

Revista de la Comisión de Arbitraje

Conmemorativa a los 100 años de Fundación de la ICC





Revista de la Comisión de Arbitraje

Conmemorativa a los 100 años de Fundación de la ICC

Ciudad de Panamá
República de Panamá
2019

Junta Directiva de ICC Panamá

Presidente Esteban López M.
Vicepresidente José Javier Rivera
Secretario César Tribaldos
Subsecretario Cecilia Arosemena
Tesorero Edgardo Carles
Subtesorero Yhordis Velarde
Vocal 1 Aura Ferrer
Vocal 2 Araldía Araya de Rodríguez
Vocal 3 Idelcarmen Pérez de Palma
Vocal 4 Agenor Correa
Vocal 5 Alexis Herrera Jr.
Vocal 6 Miriam G. Figueroa B.

Directiva de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC Panamá

Presidenta Miriam G. Figueroa B.
Vicepresidenta Idelcarmen Pérez de Palma
Secretaria María del Pilar Vásquez

Comité Editorial de la Revista

Miriam G. Figueroa B.
María del Pilar Vásquez
Esteban López M.
Juan Pablo Fábrega

Coordinación de la Revista

Miriam G. Figueroa B.

Grupo de Trabajo de la Revista

Miriam G. Figueroa B.
María del Pilar Vásquez
Juan Pablo Fábrega
María Fábrega
Romano Feoli
Sofía Cohen

Derechos Reservados © 2019 ICC Panamá.

ICC Panamá tiene autorización para publicar el material contenido en la presente revista y tiene reservados todos los derechos de esta.

ICC Panamá ha realizado todo esfuerzo razonable para asegurar la calidad del contenido de esta revista.

El contenido intelectual, de investigación y originalidad de los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores.

ISSN-L 2644-4216

Colaboradores:
Karla Turner
Melissa Castro

Impreso en Editora Sibauste, S. A.
Tel.: [507] 229-4577
esibauste@cwpanama.net

Contenido

Prólogo	11
Editorial	15
Los inicios de ICC en Panamá	17
Aportes de ICC Panamá	19
Aportes de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC Panamá	23
Reglas Incoterms® 2020 Álvarez, Lilia Marcela Panamá	27
Contribuciones de la práctica internacional del arbitraje al desarrollo del proceso arbitral panameño Arrue Montenegro, Carlos A. Panamá	40
Las Reglas de Praga. Un análisis crítico Bravo Taberné, Antonio España	60
Cien años sin soledad, las relaciones entre la CCI, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo UNCITRAL Cainzos, José Antonio España	72
ICC Guatemala y el fomento de la certeza del comercio internacional. La formalización de los contratos y acuerdos previos de la compraventa internacional de bienes y servicios como aspectos esenciales Díaz Cuevas, Mariano Guatemala	105

Motivos que impiden el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros Ellis A., Marisol Tamara Panamá	119
El arbitraje fiduciario en Panamá como medio para la solución de controversias derivadas de relaciones fiduciarias entre fideicomitente, fiduciario y/o beneficiario por incumplimiento del Contrato de Fideicomiso Fábrega, Juan Pablo Panamá	136
Extensión del pacto arbitral a partes no signatarias y su tratamiento en las decisiones de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fundamentalmente relacionadas con la teoría del grupo de sociedades Figueroa B., Miriam G. Panamá	156
Modelos de agencia en disputas de construcción González de Cossío, Francisco México.....	178
Inversiones financieras, arbitraje financiero y arbitraje de inversiones Gosis, Diego Brian Argentina, Estados Unidos	187
Arbitraje abreviado bajo las reglas de la CCI: una propuesta para el manejo efectivo del tiempo y costos en el arbitraje Jaime, Margie-Lys Panamá	195
Convención de Singapur: no sólo el clima está cambiando Letelier Velasco, Macarena y Osses Garrido, Claudio Chile	210
El laudo arbitral conforme a la ley panameña López M., Esteban Panamá	223

La armónica convivencia entre la justicia arbitral y ordinaria en Panamá Maximin Jované, Diego Panamá	237
Las medidas conservatorias o de protección en el proceso arbitral McPherson, Liza Panamá	250
Third Party Funding conflicto de intereses y cuestiones de privilegio Mosquera, Rebeca E. y Malek, Benjamin I. Estados Unidos, Panamá, Alemania	261
La actividad arbitral de la administración en el marco de la regulación de los servicios públicos en Panamá Quintero Marrone, Selva del Carmen Panamá	279
El arbitraje en controversias derivadas de los “Joint Operating Agreement (JOA)” en el sector energético Quintero Quiaro, María Gabriela Venezuela.....	293
La Convención de Nueva York de 1958: ¿momento para una reforma? Rivera Ramírez, Irma Isabel y Luna Ríos, Juan Camilo Colombia	304
Algunas notas en materia de arbitraje internacional Rodríguez-Bravo, Daniel Colombia	316
El árbitro, el juez y el otorgamiento de la tutela de urgencia Valença Filho, Clávio Brasil.....	342
La problemática de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias Vásquez Yanis, María del Pilar Panamá	357

Prólogo

Revista Aniversario de los 100 años ICC Panamá

Alexis Mourre

Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Cumpliendo con uno de los objetivos principales de la Cámara de Comercio Internacional¹: difundir el conocimiento en diversas materias, ICC Panamá ha tenido la gran idea de festejar los 100 años de esta “Gran Dama” con la presente publicación.

Quienes le llaman “la Gran Dama” conocen la historia de la CCI y, por ende, su larga trayectoria. Mucho se puede lograr en 100 años y la CCI lo ha demostrado siendo un motor del desarrollo del comercio internacional. Hoy en día, millones de comerciantes de distintas partes del mundo utilizan a diario los productos y servicios de la ICC, tales como los *Incoterms* (Términos internacionales de comercio), las *Normas Bancarias y los servicios de resolución de controversias de la CCI*.

Uno de los mayores aportes de la CCI, ha sido sin duda la creación en 1923 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (de ahora en adelante “la Corte”). Estadísticas recientes han demostrado no sólo que el arbitraje sigue siendo a la fecha el método preferido para la resolución de controversias comerciales de carácter internacional, sino también, que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI sigue siendo la institución arbitral preferida por los usuarios del arbitraje.

Desde su creación, la Corte ha administrado más de 23,000 casos. En el año 2018, se recibieron 842 nuevos casos que involucraron 2,282 partes provenientes de 135 países distintos. Estas partes provienen además de distintos sectores públicos y privados. Aproximadamente 15% del total de los casos administrados en el 2018, involucraban a un Estado o a una entidad estatal. El número de Estados y entidades estatales que participan en los arbitrajes de la ICC ha aumentado en un 50% en los últimos 5 años.

1. Conocida por sus siglas “ICC” o CCI”

El carácter internacional de la Corte se ve reflejado no sólo en estas estadísticas, sino también en la estructura interna de la Corte. Esta estructura ha cambiado sustancialmente desde su creación y, sobre todo, en esta última década. La Corte cuenta hoy en día con 194 miembros provenientes de 116 países y territorios independientes. Adicionalmente, le asiste a la Corte una Secretaría integrada por más de 80 empleados provenientes de distintos países, quienes están a cargo de la supervisión de los casos a diario, y administran los mismos en más de 20 idiomas. Estos abogados y asistentes que hacen parte de los equipos de trabajo de la Corte se encuentran radicados en distintas oficinas ubicadas en: Abhu Dabi, Brasil, Hong Kong, Nueva York, París y Singapur.

Otro de los rasgos distintivos de la Corte, además de su internacionalidad, ha sido su capacidad de adaptar sus normas y prácticas a las tendencias cambiantes del comercio internacional. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI procura estar permanentemente a la escucha de sus usuarios, manteniendo un diálogo estrecho y abierto con los mismos con el objetivo de responder a sus necesidades.

En estos últimos años, la Corte ha trabajado en responder a dos necesidades puntuales del arbitraje: por un lado (i) una mayor eficiencia en los procesos permitiendo recortar plazos y a la vez reducir los costos del arbitraje y, por otro lado, (ii) garantizar una mayor transparencia en los procesos arbitrales. Para lograr este objetivo se han publicado diversas notas de acceso público a través del sitio web de la Corte. Adicionalmente, se han realizado un número de reformas importantes al Reglamento de Arbitraje de la ICC.

Con el objetivo de hacer el procedimiento más transparente, la Corte ha comenzado a publicar los nombres de los árbitros que actúan en sus procesos arbitrales. También se comunica a las partes, que así lo soliciten, las razones que motiven las decisiones sobre recusación y sustitución de árbitros, así como las decisiones *prima facie* sobre jurisdicción y sus decisiones sobre consolidación de arbitrajes.

Las reformas al Reglamento de Arbitraje de la CCI, incluyeron nuevas Reglas de Procedimiento Abreviado que prevén un arbitraje expedito en casos de cuantías menores. Otras reformas, dirigidas a incrementar la eficiencia, incluyen la reducción de honorarios de los árbitros para penalizar retrasos y el aumento de los mismos para recompensar la rapidez. También se establecen, de manera clara, los plazos dentro de los cuales los laudos deben ser redactados y examinados por la Corte; aceptar que los laudos puedan ser firmados en contrapartidas y notificados en forma digital. Se emitió además la “*Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje*”, la cual se ha convertido en una herramienta fundamental del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Otro de los logros de la Corte, en estas últimas décadas, ha sido el de trabajar de la mano con los comités nacionales de la CCI para difundir un mayor conocimiento del uso del arbitraje y permitir de esta manera que se difundan mejores prácticas

en distintas partes del mundo. La labor realizada en este sentido por ICC Panamá y su Comisión de Arbitraje, ha sido de gran valor. La realización de conferencias tales como ICC PANARB desde el año 2012, que han contado con la participación no sólo de expositores internacionales, sino también de participantes de distintos países, han demostrado el alto compromiso de ICC Panamá y su posicionamiento importante en la región. ICC Panamá ha demostrado, además ser un comité con amplia representación y actividad no solo en el ámbito del arbitraje, sino también en las distintas esferas en las cuales trabaja la ICC.

La publicación de esta revista constituye sin duda un aporte adicional importante de ICC PANAMÁ, que merece ser reconocido y aplaudido.

Editorial

Miriam G. Figueroa B.

Presidenta de la Comisión de Arbitraje
& ADR de ICC Panamá y Consejo Editorial

La Comisión de Arbitraje & ADR de la Cámara de Comercio Internacional – Capítulo de Panamá (ICC PANAMÁ) – publica la primera versión de la Revista de la Comisión, en esta ocasión conmemorativa a los 100 años de fundación de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), organización que surge a raíz de la Primera Guerra Mundial cuando el comercio, la inversión y las finanzas adolecían de reglas que gobernarán las relaciones comerciales y que hoy, un centenario después, nos regocijamos con los éxitos logrados en la promoción del comercio internacional.

Nuestra iniciativa se dirige a reconocer los aportes de la ICC llegando a ser la organización mundial que ha logrado mayor representatividad y efectividad en su gestión de promoción del comercio internacional y la inversión como vehículos para el crecimiento inclusivo y prosperidad en beneficio de todos.

La ICC promueve una conducta empresarial responsable, tan necesaria, en momentos en los que conductas no éticas aisladas tienden a empañar los esfuerzos y buenas prácticas de la mayoría del sector productivo internacional. La ICC ha contribuido con la comunidad empresarial en el establecimiento de normas y servicios globales que facilitan las relaciones comerciales y la resolución de sus controversias.

En esta versión, siendo un tema de actualidad, nos centramos en destacar con la pluma de expertos internacionales y nacionales, los aportes de la ICC al comercio internacional, tanto relacionados con arbitraje como con los Incoterms®2020, reglas estándar reconocidas internacionalmente, utilizadas a nivel mundial en los contratos internacionales y nacionales para la venta de bienes.

La ICC ha tenido un impacto positivo y determinante en el desarrollo de la resolución de disputas en el comercio internacional, en especial en el arbitraje internacional, materia central de nuestra Revista.

En su gestión, la ICC se apoya en grupos de trabajo integrados por expertos de todo el mundo y en los comités nacionales. Esta Revista también tiene como propósito reflejar la labor y los aportes de ICC PANAMÁ, capítulo panameño de la ICC, en apoyo a la labor de ésta y en contribución a la comunidad empresarial panameña, con el respaldo irrestricto de sus miembros.

Finalmente, como tercer objetivo de la Revista, la Comisión de Arbitraje & ADR se propuso destacar, con artículos y opiniones de expertos del arbitraje internacional y doméstico, los avances que este método alternativo de resolución de controversia ha tenido en la Región y en Panamá, convirtiéndose en un sistema eficiente de resolver los conflictos propios de las distintas actividades productivas. No cabe duda del desarrollo del arbitraje internacional y de los espacios ganados en nuestra Región, con los retos que ellos imponen en materia de transparencia, objetividad, eficacia, buen juicio y en el que se precisa el respaldo oportuno de la jurisdicción ordinaria en su función de escrutinio de las decisiones arbitrales, así como el reconocimiento y ejecución de laudos y medidas cautelares dictados en el extranjero.

Es un primer esfuerzo y esperamos que represente un instrumento apropiado para contribuir en la necesidad permanente de recopilación de experiencias y criterios y con un efecto de constante actualización en la materia arbitral.

Muy agradecidos del respaldo del presidente de la Corte Internacional de Arbitraje, Alexis Mourre y de la directora Regional para las Américas, Katherine González Arrocha, tanto en la publicación de esta Revista, como en nuestra gestión a cargo de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC PANAMÁ en los últimos años.

La Revista ha contado con el usual apoyo del presidente de ICC PANAMÁ, Esteban López M., nuestra Junta Directiva y de la dirección de la Comisión de Arbitraje & ADR en la que me acompañan Idelcarmen Pérez de Palma y María del Pilar Vásquez.

Aunado a ello, la Revista ha sido posible por la activa participación del Consejo Editorial, entre ellos de Juan Pablo Fábrega y muy especialmente a todos y cada uno de los autores de los artículos de la Revista, de quienes apreciamos hayan compartido con los lectores sus experiencias vividas y conocimientos adquiridos en el mundo arbitral, lo que representa un gran esfuerzo por el tiempo invertido considerando las complicadas agendas de todos ellos.

A los miembros, firmas y organizaciones que confiaron en la Revista apoyándonos con sus pautas. Con muestras de aprecio y gratitud, esperando la Revista sea un aporte adicional al de muchos en materia arbitral.

Los Inicios de ICC en Panamá

José Javier Rivera

Expresidente de ICC Panamá

Tal como les sucedió cien años atrás a los fundadores de la *International Chamber of Commerce*, la incorporación del Capítulo de Panamá en el año 2004, tuvo su génesis en la confianza del sector privado panameño en sus capacidades para establecer los estándares necesarios para hacer negocios.

Todo tuvo su inicio en la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá, específicamente en la necesidad del gremio de procurar un método eficaz para la resolución de conflictos surgidos entre sus miembros. Este fue el combustible para promover el arbitraje comercial como método de resolución de conflictos en Panamá.

Una vez se aprobó la Ley de Arbitraje (Decreto Ley No. 5 del 8 de julio de 1999, posteriormente reemplazado por la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013) se creó el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá auspiciado por la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura y apoyado por el Banco Interamericano de Desarrollo. De esta manera, el arbitraje cobró importancia en el sector empresarial nacional, a pesar de la renuencia y desconfianza de algunos, acostumbrados a la tortuosa justicia ordinaria.

Cuando el Capítulo de Panamá se incorpora en el año 2004 a la ICC, es integrado en su mayoría por firmas de abogados practicantes del arbitraje, por lo que no es de extrañar que el enfoque inicial de este Capítulo se enfocara en el arbitraje. En este sentido, es obligatorio reconocer el apoyo profesional, administrativo y financiero brindado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, quien, con el respaldo reputacional de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura, fue un respaldo de impacto para lograr, lo que hoy día es una membresía que incluye firmas de abogados, bancos, compañías de energía, universidades e incluso instituciones gubernamentales como la Autoridad del Canal de Panamá.

En agosto de 2012, se realizó en nuestro país el Congreso de Arbitraje Internacional sobre resolución de conflictos en grandes proyectos de infraestructura en el cual participaron eminentes figuras de la ingeniería y del arbitraje procedentes de Francia, Alemania, Brasil, España, Chile, México, Italia y Panamá, entre otros, y entre los temas que se presentaron se destacó el concepto de Dispute Boards como método útil a la resolución de conflictos en megaproyectos de construcción, analizándose con especial atención el caso de la ampliación del Canal de Panamá.

Este evento fue especialmente significativo, pues, en una época de crisis económica a nivel mundial (2008-2009) no solo representó un valioso aporte al arbitraje nacional, sino que además le dio visibilidad a uno de los proyectos de ingeniería más importantes para la Humanidad: la ampliación del Canal de Panamá.

Este Congreso tuvo el auspicio de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá, el CECAP y el apoyo del International Bar Association y ALARB.

Quince años después de la incorporación del Capítulo de Panamá a la ICC, a la Comisión de Arbitraje le acompañan otras once comisiones Banca, Impuestos, Economía Digital, Propiedad Intelectual, Comercio e Inversión, Responsabilidad Social Empresarial & Anticorrupción, Competencia, Facilitación Comercial y Aduanas, Derecho y Prácticas Comerciales, Mercadeo y Publicidad, Ambiente y Energía, lo cual es importante pues permite apreciar el crecimiento que la organización ha tenido a lo largo de los años tanto a nivel nacional como internacional.

La ICC está conformada principalmente por empresas, pero no es una organización orientada al lucro o los intereses personales. Es una organización que inició con emprendedores que buscaban facilitar la forma de hacer negocios a través de la estandarización de políticas, la innovación y el entendimiento, buscando asegurar la paz en una época en la que el mundo se movía en distintas direcciones y requería con desesperación un camino común que seguir.

En la actualidad, la ICC busca asegurar oportunidades para todos, garantizando así la paz y prosperidad, al asegurarse de “Hacer que los negocios funcionen para todos, todos los días, en todas partes”.

Aportes ICC Panamá

Esteban López

Presidente de ICC Panamá

Hoy podemos decir, que lo que hace 100 años empezó como un sueño, es una realidad que superó las expectativas.

Cuando en 1919, se funda la International Chamber of Commerce (ICC por sus siglas en inglés) nunca se podía prever que se estaba creando una organización que perduraría en el tiempo. El núcleo original de empresarios – que originalmente estaba compuesto por emprendedores de cinco países – se ha expandido para convertirse en una organización con miles de empresas en más de 130 países.

Este crecimiento se debe, en gran manera, al primer presidente de la ICC Etienne Clémentel, exministro francés de comercio. Bajo su liderazgo, la Secretaría Internacional de la ICC se estableció en París, y también jugó un papel importante para crear la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en 1923. Esta última, la institución arbitral más importante del mundo.

Los aportes de la ICC son muchos, que tomaría largos párrafos enumerarlos. Sin embargo, podemos mencionar que tres de sus miembros formaron parte de la Comisión Dawes, en la cual se redactó el tratado internacional sobre reparaciones de guerra en 1924.

Durante la Gran Depresión y en su afán de luchar contra el proteccionismo, la ICC crea la primera versión de las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios, que son utilizados desde su creación en 1933 por bancos de todo el mundo. Así mismo, los Incoterms, que son mundialmente conocidos, se crearon en 1936 y se han ido actualizando conforme ha sido necesario. Un año después, la ICC introdujo su primer Código Internacional para la Publicidad.

Cabe mencionar que la Cámara de Comercio Internacional, desde 1946, tiene el estatus de organismo de consulta ante las Naciones Unidas, y desde entonces ha representado al sector privado al realizar varias actividades con la organización y sus divisiones especializadas.

La ICC ha sido un importante defensor de la apertura del sistema comercial multilateral en varias negociaciones sostenidas en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), incluyendo la Ronda Doha. Para satisfacer las necesidades de sus miembros, la ICC ha venido expandiendo su gama de servicios y actividades a través de los años.

La agencia especializada para el combate de Crímenes Comerciales, con sede en Londres, se fundó en 1980 con el objetivo de abordar diversas actividades relacionadas a crímenes comerciales. Así mismo, se creó la Federación Mundial de Cámaras (FMC) que ofrece distintos servicios a las cámaras de comercio de todo el mundo. La ICC cuenta con una larga y exitosa trayectoria de formulación de las reglas voluntarias por las cuales se llevan a cabo negocios todos los días, desde las reglas de Incoterms reconocidas internacionalmente hasta la Aduana y Práctica Uniforme UCP 600 para Crédito Documental, que se utilizan ampliamente en las finanzas internacionales.

Ante esta realidad, Panamá no podía quedarse relegado y fue así como en el año 2004 se constituye el Capítulo Panameño de la Cámara de Comercio Internacional (ICC Panamá), como una asociación sin fines de lucro, con el propósito que Panamá tuviese una representación exclusiva en esta organización Mundial Empresarial y de esta forma vincular las empresas y empresarios de nuestro país con la comunidad internacional representada en la ICC.

La misión de ICC Panamá es fomentar el comercio y la participación entre las empresas de Panamá, así como ayudarlas a enfrentarse a cada uno de los retos y oportunidades que la globalización ofrece.

En ICC Panamá, trabajamos en pro no sólo del comercio internacional, sino también de la conducta empresarial responsable y de un enfoque global de la regulación, mediante una combinación de actividades de apoyo y elaboración de normas, junto con un servicio de resolución de conflicto líder a nivel mundial.

Nuestro Comité Nacional se ha caracterizado por promover el sistema de economía de mercado basado en los principios de la libre y justa competencia entre las empresas comerciales.

ICC Panamá, está determinada a fomentar la autorregulación de los negocios. En este sentido es importante destacar que en 1977 la ICC fue la primera organización empresarial que dictó normas contra la corrupción, con la publicación de las Reglas de la ICC para combatir la corrupción y el soborno. Es así como nuestro comité

nacional ha celebrado jornadas de lucha contra la corrupción, encaminadas a crear conciencia en escala local de la ética que debe regir el destino de todas las empresas en Panamá.

El motor principal de ICC Panamá son sus comisiones de trabajo, las cuales están integradas por profesionales en cada rama específica, que buscan contribuir a las discusiones intergubernamentales y facilitar las transacciones comerciales internacionales.

En la actualidad son 11 comisiones de trabajo formadas por reconocidos expertos del sector privado, que examinan temas especializados de preocupación para la comunidad empresarial. Los temas van desde arbitraje, prácticas bancarias e impuestos, derechos de propiedad intelectual, telecomunicaciones y tecnologías de la información, logística y transporte, medio ambiente y energía, comercio internacional e inversión, responsabilidad social y anticorrupción. Todas estas actividades cumplen con el mandato de la constitución de la ICC de “promover el desarrollo de una economía global abierta con la firme convicción de que las prácticas comerciales internacionales conducen tanto a la prosperidad global como a la paz entre las naciones.”

El éxito de nuestro comité se fundamenta en el carácter de participación, cooperación y profesionalismo que hemos profesado. Muestra de lo anterior es que, dentro de nuestros agremiados, se encuentran instituciones importantes y de reconocido prestigio en Panamá como son la Cámara de Comercio y Agricultura de Panamá, la Asociación Bancaria de Panamá, CECAP, CESCOP (CAPAC); las principales firmas de abogados, Autoridad del Canal de Panamá, NATURGY, la Universidad Santa María La Antigua entre otros.

En nuestra directiva de 12 miembros, 6 son mujeres y de las 11 comisiones, 9 son presididas por mujeres, de aquí gran parte del éxito de nuestra organización. En este caso en particular es el carácter incluyente que nos une a todos en pro del desarrollo del país, lo que ha sido fundamental para que en Panamá se hayan dado lanzamientos importantes en materia arbitral como lo son Tecnología de la Información en el Arbitraje Internacional, Lanzamiento para América latina del Reporte de la comisión de arbitraje de la ICC sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional, Carta de las empresas de la ICC para un desarrollo sostenible, la hoja de ruta de la economía verde de la ICC y su relación con las APP, entre otras.

Se lanzó el **COMPENDIO DE INTEGRIDAD EMPRESARIAL DE LA ICC**, que reúne, por primera vez todas sus guías, recomendaciones y normas de prevención de la corrupción y de responsabilidad corporativa en una única publicación.

Como bien dijo la Madre Teresa de Calcuta **“Yo hago lo que usted no puede, y usted hace lo que no puedo. Juntos podemos hacer grandes cosas”**.

Y esto es lo que buscamos en ICC PANAMÁ, que todos unidos podamos poner nuestro grano de arena e implementar las medidas correspondientes para fomentar la integridad empresarial y así tener un mejor país.

En ICC Panamá promovemos la conducta empresarial responsable, adoptando el renovado propósito de ICC de permitir a las empresas de todo el mundo garantizar la paz, la prosperidad y la oportunidad para todos y se compromete a forjar soluciones para el futuro frente a otros desafíos globales, incluidas las interrupciones digitales y la creciente desigualdad.

Nos comprometemos a seguir y cumplir con la declaración de la ICC sobre el próximo siglo de negocios globales que nos indica: **“En los años venideros, estas interrupciones serán cada vez más pronunciadas en ausencia de una acción concertada de los líderes mundiales para mitigar los resultados negativos e impulsar soluciones colectivas”**.

ICC Panamá se une a la celebración de los 100 años con esta publicación que a continuación les vamos a compartir, misma que ha sido la colaboración de expertos tanto nacionales como internacionales, profesionales del arbitraje internacional y políticas de comercio exterior.

Aportes de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC Panamá

Idelcarmen Pérez de Palma

Vicepresidenta de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC Panamá

con aportes de información de Miriam G. Figueroa B.

La Cámara de Comercio Internacional-Capítulo Panamá (ICC-Panamá) se funda en Panamá en el año 2004, con el objetivo de fomentar el comercio y la inversión extranjera en el país.

Esta nueva organización, que trae consigo la consolidación del sistema de libre mercado, permite que sus asociados desarrollen y apliquen las políticas de la International Chamber of Commerce (ICC) en diferentes ámbitos del comercio.

El estudio y revisión de estas políticas se ejecuta mediante grupos de trabajo conformados por expertos de las empresas asociadas, quienes analizan temas relevantes y de interés práctico para el mundo empresarial. Es así, que en el año 2007 ICC Panamá conforma la Comisión de Arbitraje & ADR.

Este año, celebrando los 100 años de la INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (Cámara de Comercio Internacional), nos abocamos a revisar los aportes que como Comisión de Arbitraje hemos generado desde su creación.

La Comisión de Arbitraje & ADR es un foro, dentro de la Cámara de Comercio Internacional, que permite a quienes participan, el intercambio de ideas y el análisis de los distintos mecanismos de solución de controversias internacionales, en especial el Arbitraje.

Es una Comisión que, desde su conformación, ha colaborado en el fortalecimiento del arbitraje nacional e internacional en Panamá, creando los espacios necesarios para que

la comunidad empresarial, el gobierno nacional y los abogados, entiendan al arbitraje y demás mecanismos de resolución de controversias como procesos que facilitan la solución de conflictos.

Así mismo, estudia los aspectos jurídicos y prácticos del arbitraje, participa de la revisión y análisis de las reglas de ICC relativas a arbitraje, mediación, Dispute Boards y otros sistemas de resolución de desavenencias.

Es así que a lo largo de los años la Comisión mediante sus programas académicos y su trabajo en conjunto con otras organizaciones arbitrales, ha logrado mayor participación de miembros actualmente, incrementándose en los tres últimos años su membresía a más del doble siendo la comisión con más miembros en ICC Panamá.

Tomando en consideración el interés de sus miembros y del público en general, la comisión organiza anualmente diferentes actividades de formación académica aumentando en los últimos tres años el número de los conversatorios, reuniones en las que se desarrollan temas de interés relacionados con los métodos alternos de solución de controversias y en la que contamos con expertos nacionales e internacionales con quienes revisamos actuaciones judiciales o normas que afectan el desenvolvimiento del arbitraje en Panamá y nos actualizan sobre la práctica internacional de los distintos mecanismos de resolución de discrepancias.

En el año 2017, teniendo como coordinadora del Grupo YAF Regional a una representante de nuestra Comisión de Arbitraje, se creó el grupo YAF Panamá que sirve de enlace con ICC YAF global y de respaldo a la gestión del grupo regional.

Este grupo en colaboración con la Comisión de Arbitraje y la Directora Regional de la ICC, celebra conferencias dirigidas a profesionales con 40 años o menos, abogados o árbitros, siendo el foro ideal para que jóvenes profesionales intercambien sus experiencias e ideas sobre el arbitraje internacional, y reciban de los expertos consejos en cuanto a la conducción de un proceso o sobre la ética en el ejercicio del cargo.

En el cumplimiento de los fines de la Comisión, en el año 2017 y 2018 conformamos grupos de trabajo para atender temas relacionados con el desarrollo del arbitraje en Panamá como lo fue el grupo de trabajo para la revisión del Proyecto de Ley que crea la jurisdicción de los métodos alternos en la esfera judicial y el grupo de trabajo que con la participación del sector público analizó la figura del arbitraje con el Estado, y en el año 2018 creamos los grupos de trabajo del boletín y revista y de capacitación, programas con el Estado y Medición, ya debidamente conformados y en proceso de activación.

Por requerimientos de la Comisión de Arbitraje & ADR de la ICC, nos corresponde también conformar grupos de trabajo para analizar temas relevantes relacionados con las distintas herramientas que ofrece la ICC en arbitraje internacional. Así

hemos participado del Task Force sobre “Árbitros de Emergencia”, Task Force sobre la “Guía para Procedimientos Nacionales para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales bajo la Convención de NY”, entre otros que se mantienen en funcionamiento hasta tanto se concluyan las tareas del grupo de trabajo y uno de reciente creación.

Programas como ICC PANARB, realiza conferencia internacional de arbitraje organizada por la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC e ICC Panamá, cada dos años desde el año 2012, considerado nuestro programa insigne. Esta conferencia convoca a abogados nacionales e internacionales por tres días consecutivos a un ciclo de conferencias dictadas por expertos, con el fin de analizar los principales avances y novedades del Arbitraje en América Latina y el mundo. En este programa de formación académica brinda aportes de un alto nivel académico y profesional.

Para el 2018, ICC PANARB logró alianzas para celebrar eventos alternos con la IBA (International Bar Association), con aportes tan importantes como las reglas y parámetros de la IBA que sirven de referencia y orientación a los tribunales arbitrales a nivel internacional; Woman Arbitral y CEA Mujeres, en las que se desarrollaron reuniones sobre los avances alcanzados en cuanto a la participación igualitaria de los profesionales de ambos géneros en los distintos asuntos del arbitraje.

Cumpliendo con las políticas de representación de la Cámara de Comercio Internacional, el Comité Panamá a través de su Junta Directiva y por recomendación de la Comisión de Arbitraje & ADR ha designado a su representante ante la Corte Internacional de Arbitraje y ante esa Comisión.

La Comisión de Arbitraje de Panamá cuenta desde hace 2 años con una herramienta de comunicación muy importante, el Boletín Informativo, en el que se publican artículos de autores panameños e internacionales, además de la información de las distintas actividades que realiza ICC en temas arbitrales y las que organiza el comité panameño. Este boletín se publica en el sitio virtual de ICC Comité Panamá.

Hemos avanzado mucho en materia arbitral en Panamá, sin embargo, todavía tenemos temas importantes por los cuales trabajar. En ese sentido, el gobierno nacional ha iniciado la revisión de la Ley de Contrataciones Públicas, momento que la Comisión de Arbitraje de ICC PANAMÁ ha aprovechado a través de sus representantes y conformó con los centros de arbitrajes del país, un grupo de trabajo que elaboró una propuesta para introducir en las modificaciones a la Ley, en cuanto a la aplicabilidad de las cláusulas arbitrales en los contratos públicos. Estamos a la espera del debate de las modificaciones propuestas en la Asamblea de Diputados.

La Comisión de Arbitraje & ADR escoge un presidente, quien tiene la tarea de cumplir con los objetivos de la comisión, principalmente fomentar entre sus miembros los servicios que ICC brinda en la solución de controversias. Desde 2007 han sido designados:

Jorge Molina (2007-2008)

Cecilia Arosemena (2009-2011)

Mario Fábrega (2011-2015)

Miriam Figueroa (2016-2019)

Ante la Corte Internacional de Arbitraje nuestro actual representante es Jorge Federico Lee.

Todos profesionales del Derecho con gran experiencia en materia arbitral.

Esta revista, es otro de los aportes que esta Comisión deja a sus miembros y demás participantes de la comunidad arbitral, en conmemoración a los 100 años de fundación de la ICC.

Reglas Incoterms® 2020

Lilia Marcela Álvarez

Panamá
Asesora de la Comisión de Banca de ICC-Panamá,
Consultora Independiente,
Especialista en Operaciones Bancarias
de Comercio Internacional.

El acontecimiento importante del año 2019 para las regulaciones de comercio mundial, mismo año en que la Cámara de Comercio Internacional (ICC) celebra 100 años de su creación, corresponde al lanzamiento de las **Reglas Incoterms® 2020**.

Introducción.

El vocablo «incoterm» representa las siglas del término en inglés, «*International Commercial Terms*», y en nuestro idioma se conoce como los «*términos de comercio internacional*», así como términos de compraventa. Los Incoterms® están compuestos por tres letras que demuestran las condiciones relacionadas con riesgos y costos (entre otras) pactadas entre el comprador y el vendedor de una mercancía. Debido a que su verdadera utilidad es aprovechada en la compraventa internacional, donde las partes intervinientes están localizadas en distintos países, además de las tres letras, se hace imperativo agregar a las tres letras un lugar geográfico, una ciudad, un país, un puerto o un punto específico. Ese punto es considerado como el límite donde termina la responsabilidad del vendedor y comienza la del comprador; para muchos este punto es considerado como el traspaso de titularidad de la mercancía, que no necesariamente es cuando el comprador toma posesión física de esta.

Por ejemplo, si vemos en un contrato cuyo comprador está en Panamá que la compraventa será CIF puerto de Cristóbal, podemos deducir: que la mercancía viaja por barco hacia Panamá, que el vendedor es responsable de contratar y pagar en su país el flete y el seguro, que la responsabilidad del vendedor termina en el puerto de Cristóbal,

República de Panamá. Si por el contrario, vemos en un contrato cuyo comprador está en Panamá que la compraventa será FCA Hamburgo, podemos deducir: que la mercancía viaja utilizando transporte multimodal saliendo de Hamburgo, que el vendedor se libera de responsabilidad en Hamburgo y corresponde al comprador asegurar la mercancía y pagar el acarreo en Panamá. Cabe señalar que, así como encontramos el Incoterm® mencionado en el contrato comercial de compraventa, lo encontraremos en la Factura Comercial que emita el vendedor junto con otros documentos comerciales, que le permitirán cobrar por la mercancía que ha entregado, independientemente del método de pago que hayan pactado (Cuenta Abierta, Pago por Adelantado, Cobranza Documentaria o Carta de Crédito).

Qué son los Incoterms®

Los Incoterms® son reglas internacionales de usos y costumbres emitidas por la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Consisten en un lenguaje de comercio internacional sobre la base de reglas de usos y costumbres; reflejan normas de aceptación voluntaria por las partes en un contrato de compraventa de mercancía, que además de establecer los términos de entrega, define muchos otros aspectos. No obstante, el asunto que nos ocupa es el Incoterm®, por medio del cual es fácil descubrir: el modo de transporte, quién (de los dos) debe contratar el seguro de la mercancía, quién debe contratar el acarreo o flete, dónde será la entrega de la mercancía o el límite donde el vendedor deja de tener responsabilidad y la entrega al comprador, etc. Cabe señalar que, al referirnos a vendedor o comprador, estamos incluyendo a todos aquellos terceros que intervienen por parte de uno o por el otro como, por ejemplo: operadores de logística, agentes corredores de aduana, transportistas, inspectores, aseguradores, etc. quienes actuando por cuenta de su contratante, llevan a cabo su trabajo en la cadena de comercio.

En conclusión, estas reglas de comercio internacional establecen:

- Los elementos que componen el precio en una operación comercial de compraventa; es decir, quién paga qué durante el transporte.
- Qué parte se hace cargo de las contrataciones del seguro internacional.
- Cuál será el modo de transporte.
- Qué parte se hace responsable del contrato de transporte, de los acarreos y fletes, etc.
- Qué documentos comerciales debe gestionar cada una de las partes y quién se hará cargo de los costos de estas diligencias.
- Cuáles son las condiciones de entrega (lugar, a bordo del transporte, al lado del barco, en puerto, en bodega, etc.).

Antecedentes.

Las primeras reglas de Incoterms® fueron publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en 1936, como producto de ardua labor de un grupo de trabajo creado

desde los inicios de la ICC, con el objetivo de simplificar y uniformar mundialmente los términos comerciales de la compraventa internacional. Trajeron coherencia a un sistema internacional fracturado que incluía estándares comerciales y judiciales conflictivos que se propagaban de país en país. Estas primeras reglas se enfocaron en buscar la aplicación e interpretación general y homogénea del lugar de la entrega, el riesgo, el seguro y el medio de transporte. Los primeros Incoterms® (1936) contaban con seis términos. Posteriores actualizaciones surgieron, siempre bajo la responsabilidad de la ICC: en 1945, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010. Es evidente, observando las actualizaciones que han ocurrido, que la ICC se mantiene a la vanguardia de los cambios en el comercio mundial y procura proporcionar a todos los actores un conjunto de normas, lo más actualizadas posibles, para seguir el ritmo de desarrollo del comercio internacional. Los Incoterms® 2010 constan de once términos, a diferencia de su predecesor, que contenía trece. Y fue en 2010 cuando la ICC hizo la recomendación de que las partes incorporaran en sus contratos la referencia de estar amparados bajo los ICC Incoterms® 2010, debido a dos aspectos: i) porque son normas de mutuo acuerdo que se incorporan a los contratos como una de sus condiciones importantes e ineludibles en todo contrato y definen toda la operación desde allí en adelante; ii) porque en Estados Unidos rigen unos Incoterms para la compraventa doméstica, que están amparados bajo la combinación del Código de Comercio de EE.UU., Art. 2 (UCC), regidos por la Clasificación Nacional de Fletes de Motor (NMFC) y por los usos de la industria. Estos contienen términos muy similares a los de la ICC, pero su esencia es distinta y es muy fácil confundirse. Es recomendable que cuando un comerciante esté negociando un contrato con una contraparte en los Estados Unidos, se asegure de que ambos estén utilizando los Incoterms® de la ICC.

En resumen, a pesar de los cambios políticos y económicos en el mundo, durante más de ocho décadas, las reglas ICC Incoterms® mantienen su protagonismo en los negocios, gobiernos e individuos en todo el mundo.

El Proceso de Actualización.

Actualizar los Incoterms® conlleva una complicada labor para la Comisión de Banca de la ICC, «*Banking Commission*». Esta Comisión está en constante comunicación, en ambas vías, con los Comités Nacionales. Se nutre de las consultas que recibe; casos presentados para «*Opinions*», o para los «*DocDex*»; o de Laudos Arbitrales; disputas comerciales de las que le hacen partícipe; solicitudes y recomendaciones de los Comités Nacionales y de los diversos actores del Comercio Internacional. La Comisión de Banca de ICC evalúa cuándo existe la necesidad de emprender una actualización; algunas veces elevan una consulta a los Comités Nacionales pidiendo opinión, si consideran oportuno hacerlo. Otras veces lo deciden en el seno de la Asamblea Anual o de la Comisión de Banca. Es importante señalar que las revisiones y actualizaciones no ocurren necesariamente cada diez años, como muchas veces se interpreta, sino cuando es apropiado y amerite hacerlo. Una vez decidido, conforman un grupo que estará compuesto por una representación de banqueros y expertos con especialidad

en Comercio Internacional, comerciantes, aseguradores, transportistas de distintos modos de transporte, abogados de distintas especialidades, operadores de logística, especialistas en tecnología y demás, quienes se encargarán de revisar los Incoterms® vigentes y sugerir las modificaciones. Emitirán un documento que constituirá el Primer Borrador de la Revisión de los Incoterms®, que será enviado a todos los Comités Nacionales para su estudio y comentarios, con directrices y una fecha límite asignada. Cabe señalar que la Comisión de Banca de la ICC ha publicado recientemente un documento guía para las revisiones de actualizaciones de reglas ICC. Debido a lo complejo del proceso, que puede tomar dos o tres años y varios borradores, es importante que los responsables en los Comités Nacionales respondan oportunamente a la invitación y privilegio para analizar los cambios y aportar comentarios, sugerencias, opiniones y para proporcionar su punto de vista.

Como sustento de lo anterior, anotamos que el proceso de revisión y actualización de los Incoterms® 2010 inició en 2016, incluyendo en el Grupo de Redacción a nueve expertos de todo el mundo, incluidos los Directores de Comercio e Inversiones de ICC: tres de Asia, dos de América y cuatro de Europa. En términos de experiencia, el Grupo de Redacción cuenta con cuatro usuarios de las reglas de Incoterms® y cinco abogados comerciales, que son especialistas en comercio internacional.

El Grupo de Redacción se ha reunido extensamente para analizar, discutir y considerar más de 3,000 comentarios sustanciales proporcionados por los comités nacionales de la ICC. Se llevaron a cabo consultas sucesivas con la participación de los comités nacionales de la ICC en abril de 2017, octubre de 2017 y mayo de 2018; fueron distribuidos tres Borradores. Este proceso también incluyó dos consultas globales de «usuarios», que tuvieron lugar en Beijing (2017) y en Londres (2018). Durante el proceso de redacción, el comité editorial internacional se reunió 12 veces entre julio de 2016 y septiembre de 2018 para discutir los cambios propuestos, así como las recomendaciones de los comités nacionales de la ICC. Todo este proceso ha dado como fruto los **Incoterms® 2020**.

- (1) Método de consulta de la Comisión de Banca ICC a la que acuden los bancos y otros actores del Comercio Internacional, relatando su caso. Es analizado, compartido confidencialmente como Borrador de Opiniones con los Comités Nacionales y posteriormente entregada la Opinión Final.
- (2) Del idioma inglés: «*Documental Instruments Expert Dissolution Expertise (DocDex)*» Método especializado confidencial creado por la ICC para analizar, resolver y emitir un dictamen sobre disputas relacionadas con los instrumentos del comercio internacional, de una forma eficiente a un costo inferior al de un proceso de Arbitraje.

Como ejemplo de lo anterior, en 2008 la Comisión de Banca de ICC distribuyó el primer Borrador de la actualización de los Incoterms® 2000. El Comité Nacional ICC-Panamá,

participó aportando comentarios y opiniones a este y a los siguientes Borradores, hasta que surgió la versión final de los Incoterms® 2010, Publicación ICC N° 715 (Edición 2010). Además de publicar las reglas una vez aprobadas, la Comisión de Banca de ICC provee a la comunidad internacional un documento guía que expone todos aquellos detalles y explicaciones relacionados con los cambios, el motivo de ellos, la interpretación que debe darse y, sobre todo, cómo aplicar la nueva herramienta regulatoria. Debido a que las reglas Incoterms® son de aplicación mundial, también se hace necesario traducirlas. Sólo Comités Nacionales autorizados por ICC tienen la potestad de publicar traducciones oficiales, cuyos borradores también son distribuidos entre los Comités Nacionales. En este sentido, el Comité Nacional ICC-Panamá también dio su aporte durante la revisión de la traducción al idioma español de los Incoterms® 2010.

¿Quién utiliza los Incoterms®?

Después de mencionar quiénes participan en la revisión, actualización y redacción de los Incoterms®, corresponde ahora indicar a quién están dirigidas estas reglas, quién puede o debe conocerlas y usarlas, a quién le conviene aprovecharlas.

Las reglas Incoterms® están disponibles para todas las partes contratantes de acuerdos de compraventa de mercancías alrededor del mundo. Como son de adhesión voluntaria, una vez negociadas y acordadas, deben ser incorporadas en el contrato, sea cual sea el formato de este último. Tomemos en consideración que un acuerdo para compraventa puede ser representado por medio de una Orden de Compra, una Factura Proforma, un contrato de gran volumen, etc., siempre que las partes estén conformes. En cualquiera de estas manifestaciones de acuerdo, será incorporado el término de la compraventa, i.e.: el Incoterm®, representado por tres letras seguidas por la mención de un lugar. En consecuencia, el primer sujeto es el dúo comprador-vendedor, o importador-exportador, de cualquier tamaño (pequeño, mediano, gran empresario). Estos son los primeros responsables de conocer profundamente cuáles son sus derechos y responsabilidades bajo cada uno de los términos, para poder pactar lo que realmente necesita, lo que puede hacer y lo que debe cumplir en el negocio. En fin, comprador y vendedor son los que deciden y los que utilizan los Incoterms®.

Una vez acordadas todas las condiciones de una compraventa, lo que sigue es poner en marcha la operación, ya sea el vendedor fabricando o embarcando la mercancía o el comprador pagando por ella o pidiendo a su banco que emita una Carta de Crédito. Otro personaje que debe conocer estas reglas es el banquero que manejará los documentos comerciales emitidos por el vendedor y sus contratados para representar la venta que ha hecho y tener derecho de cobrar por ella. A pesar de que no siempre los documentos comerciales son tramitados por un banco, cuando es así, todos aquellos que se involucren con los documentos deben conocer sobre los Incoterms®. Desde una solicitud de un exportador de un financiamiento post-embarque, o un financiamiento de documentos de Cobranza Documentaria de Exportación, hasta la apertura de una Carta

de Crédito de Importación y posterior examen de documentos (todo esto dentro de un banco), es indispensable que el banquero, de todos los niveles y funciones, conozca los Incoterms®.

Adicionalmente, los contratos cuya magnitud requiere que abogados se involucren en la negociación, redacción o visto-bueno por alguna de las dos partes (o las dos), con mucha razón deben manejar en detalle los términos. En aquellos casos de disputas comerciales, ya sea en su primera etapa, como cuando hay que escalar en arbitrajes o judicialmente, todo abogado involucrado debe conocer en detalle los Incoterms®.

El asegurador y el agente intermediario de seguros debe estar en capacidad de proporcionar al vendedor o al comprador la Póliza o el Certificado de Seguro al que corresponda el término pactado, con las características, cobertura de riesgos y, sobre todo, el límite de responsabilidades. No es lo mismo cobertura de mercancía transportada por mar, que por aire o multimodal. Todo cambia cuando la mercancía es perecedera o cuando se trata de mercancía peligrosa o una ruta considerada de alto riesgo. No será lo mismo utilizar las Cláusulas (A) del «Institute Cargo Clauses (LMA/IUA)» que necesitar las Cláusulas (C) del «Institute Cargo Clauses (LMA/IUA)» (ver las notas al final).

Un agente Corredor de Aduanas requiere conocimiento y manejo fluido de los distintos términos, ya sea para tramitar una exportación, como una importación de mercancías. En general, los cálculos correspondientes a los impuestos y costos que haya que pagar a las autoridades aduaneras son calculados con fórmulas que toman como base, por ejemplo: el precio EXW, o el precio FOB de la mercancía.

Para un agente de Logística es imprescindible el dominio de los distintos Incoterms®, si pretende dar un buen servicio, que puede ser desde tomar la mercancía en la puerta de la fábrica y entregarla al comprador en su bodega en otro país, como enfrentarse a una operación multimodal de un continente a otro.

Muchos otros autores participan de las bondades de estos términos; sería largo enumerarlos. Pero es importante destacar que cuando un tercero, en pleno conocimiento de su responsabilidad, descubriera que su cliente (comprador o vendedor) ha pactado un término que no le conviene o que está equivocado, tiene la responsabilidad de advertirle esto para que lo modifique en el contrato; esto, siempre y cuando la contraparte esté de acuerdo y la operación no haya sido consumada.

Cómo utilizar las reglas Incoterms®.

Como consecuencia de que el comprador y el vendedor son los sujetos que negocian y deciden, así mismo son los que deben incluir expresamente en su contrato cuál es el Incoterm® elegido, incluyendo el lugar designado. Por ejemplo: «CFR Puerto de Cristóbal, Rep. de Panamá/Reglas ICC Incoterms®2010».

Desde el contrato, ambos tienen el deber de cumplir con lo pactado, contratando los servicios que les corresponda, preparando la documentación, coordinando la logística, etc.

Es importante destacar que para hacer uso apropiado de las reglas Incoterms®, los contratantes deben tomar en cuenta que el término de comercio es sólo uno de los componentes de su contrato. Este indica modo de transporte, obligaciones y responsabilidades relacionadas, riesgos y costos y el lugar de entrega. Lo que no abarcan las reglas Incoterms® es, por ejemplo: nombre de los contratantes, descripción y precios de la mercancía, método de pago, traspaso de la propiedad (consignatario), documentos requeridos por el comprador, método de solución de conflictos y otros.

Las nuevas reglas ICC Incoterms®2020. Novedades.

La Cámara de Comercio Internacional está preparada para hacer el lanzamiento de los Incoterms® 2020 a principios de septiembre de 2019, para que **entren en vigor el 1 de enero de 2020**. Esto comprende todo un engranaje y programa masivo de divulgación, entrenamiento, certificaciones y publicaciones en todo el mundo y por múltiples vías.

La ICC ha tomado medidas para garantizar que las reglas sean útiles y accesibles para todos los usuarios. Esto ocurre porque es evidente que las reglas de Incoterms®, cada vez más, se usan diariamente en los contratos para la compraventa de bienes en todo el mundo.

La red mundial de oficinas de ICC, conocida como los Comités Nacionales, ofrecerá al público versiones traducidas de las reglas Incoterms®. Ya está en producción la traducción de Incoterms® 2020 a 27 idiomas, pues la versión original generalmente es publicada en inglés y en francés. Además, la ICC ofrecerá la nueva edición en una variedad de formatos digitales y en papel.

Otra de las innovaciones para estas reglas es una aplicación móvil dedicada a Incoterms® 2020, que estará disponible en iOS y Android. El acceso a la información es considerado como esencial y el uso de las reglas será más fácil en esta ocasión. Dentro de esta aplicación, los usuarios podrán acceder a funciones informativas de actualizaciones de noticias y de eventos de capacitación y a comunicarse con expertos verificados quienes ofrecerán asesoramiento en tiempo real sobre las normas Incoterms® más indispensables que enfrenta su empresa.

Para aquellos usuarios localizados en lugares con pobre o nula conectividad con Internet, ICC ha puesto a disposición varias de las funciones de la aplicación fuera de línea, incluida una versión digital de Incoterms® 2020. Por lo tanto, si el usuario viaja en alta mar o está atrapado dentro de un puerto con WIFI deficiente, la aplicación de reglas Incoterms® seguirá disponible para guiarlo.

Las nuevas reglas ICC Incoterms®2020. Programas de Entrenamiento.

Debido a la importancia de las reglas de Incoterms® para los negocios, también para este aspecto se preparó la ICC, proporcionando capacitación específica para garantizar que Incoterms® 2020 sea utilizado correctamente por todos, en todas partes, todos los días. Ya sea por medio de los cursos en línea como in situ organizados por los Comités Nacionales, habrá suficiente divulgación y entrenamiento para todos los interesados.

Las ONCE (11) nuevas reglas ICC Incoterms®2020. Estructura y Presentación.

El grupo redactor de las reglas siempre ha buscado la forma más práctica y didáctica de exponer la estructura de los Incoterms® y explicarlos. Hemos tenido la presentación por grupos de origen y destino, agrupación literal, por modo de transporte, etc. Los Incoterms®2020, tal como aparecen presentados, están divididos en dos grupos, de acuerdo con el modo de transporte que ha sido negociado entre el comprador y el vendedor. Lo anterior, por supuesto, depende de varios factores entre los que tenemos: el lugar geográfico del despacho de la mercancía y el de su destino, qué facilidades para diversos modos de transporte hay; el tipo de mercancía, la solvencia económica de las partes; las regulaciones y/o restricciones arancelarias internacionales y locales; la urgencia con la que el comprador requiera la mercancía; facilidad o dificultad del vendedor en conseguir la documentación comercial y algunos otros.

Además de la presentación de cada uno de los once términos, la regla define claramente para cada uno, las obligaciones del vendedor (A) y las obligaciones del comprador (B), correspondientes a: A/B1) obligaciones generales; A/B2) entrega; A/B3) transferencia de riesgos; A/B4) acarreo o transporte; A/B5) seguro; A/B6) documento de transporte; A/B7) trámite aduanero de exportación, trámite aduanero de importación; A/B8) inspección, embalaje, marcaje e identificación; A/B9) definición de otros costos relacionados con la operación; A/B10) avisos, noticias, reportes, advertencias relacionados con la operación.

Reglas para cualquier modo o modos de transporte (incluye Multimodal):

1. **EXW (lugar de entrega) («EXWorks»)** Ex-Fábrica. En este término el vendedor tiene la responsabilidad de entregar la mercancía al comprador o a su agente en la puerta de la fábrica. Ni siquiera tiene el vendedor que cargar la mercancía a bordo de algún vehículo que retire la mercancía. El comprador es responsable de haber contratado y de realizar todo lo demás desde ese punto. El vendedor debe entregar al comprador su Factura Comercial con el precio de fábrica acordado. No está definido el modo de transporte, pues el comprador lo decide y lo contrata. Igual el seguro.
2. **FCA (lugar de entrega) («Free Carrier»)** Franco Transportista. Útil para transporte multimodal. El vendedor debe realizar los trámites de exportación (A7) y entregar

la mercancía al transportista o a otra persona designada por el comprador o por su agente. Es importante definir y especificar el lugar de entrega, porque desde allí en adelante, la responsabilidad es del comprador.

3. **CPT (lugar de entrega) («Carriage Paid To»)** Transporte Pagado Hasta. Este es el equivalente al tradicional Costo y Flete, sin seguro, pero en transporte combinado. La responsabilidad del vendedor llega hasta que pone la mercancía en poder del transportista, en el origen, cumpliendo con las fechas acordadas. El vendedor hace el contrato de transporte (A4). De acuerdo con A6), el vendedor debe proporcionar el/los documento/s de transporte. El vendedor debe realizar los trámites de exportación, pagar licencia de exportación, o alguna inspección o autorización oficial que sea necesaria (A7).
4. **CIP (lugar de entrega) («Carriage and Insurance Paid To»)** Transporte y Seguro Pagados Hasta. Este término es el equivalente al tradicional CIF, pero en transporte combinado. La responsabilidad del vendedor llega hasta que pone la mercancía en poder del transportista, en el origen, cumpliendo con las fechas acordadas. El vendedor hace el contrato de transporte (A4). De acuerdo con el (A5), el vendedor hace el contrato de seguro de transporte, y debe cumplir con las Cláusulas (A) del «Institute Cargo Clauses (LMA/IUA)» o similar, siempre en apego con lo acordado en este sentido. La regla especifica otras condiciones sobre el seguro; por lo tanto, debe ser cuidadosamente analizada antes de pactar. De acuerdo con A6), el vendedor debe proporcionar el/los documento/s de transporte. El vendedor debe realizar los trámites de exportación, pagar licencia de exportación, alguna inspección o autorización oficial que sea necesaria (A7).
5. **DAP (lugar de entrega) («Delivered At Place»)** Entregada en Lugar. Este término nos ubica en el lugar del comprador, porque el punto crítico de responsabilidad es en el lugar de destino acordado, en el medio de transporte de llegada y preparada la descarga, pero no descargada; el vendedor no es responsable de la descarga de la mercancía del medio de transporte a tierra. El vendedor debe realizar los trámites de exportación, pagar licencia de exportación, alguna inspección o autorización oficial que sea necesaria (A7), pero no tiene que hacer trámites aduaneros de importación en el destino. El vendedor debe contratar el acarreo hasta el destino (A4), pero no tiene obligación de contratar el seguro de la mercancía. Al comprador le corresponde hacer los trámites y pagar todo lo relacionado a la descarga del medio de transporte que llevó la mercancía al lugar acordado y expresado.
6. **DPU (lugar de entrega) («Delivered At Place Unloaded»)** Entregada Descargada en Lugar. El vendedor es responsable de coordinar, contratar y pagar la descarga de la mercancía del medio de transporte que la llevó a su destino en el lugar acordado, cumpliendo con las fechas de entrega (A2). El vendedor debe contratar el acarreo o transporte hasta el destino (A4), pero no tiene obligación de contratar el seguro de la mercancía. El vendedor debe realizar los trámites de exportación, pagar licencia de exportación, alguna inspección o autorización oficial que sea necesaria (A7). El comprador, por su parte, deberá encargarse de los trámites de aduana para la importación y cualquier inspección, si fuera necesario.

7. **DDP (lugar de entrega)** («*Delivered Duty Paid*») Entregada Derechos Pagados. Este término representa el opuesto al EXW, pues representa la máxima responsabilidad para el vendedor y la mínima para el comprador. El vendedor debe contratar el acarreo o transporte hasta el destino (A4), pero no tiene obligación de contratar el seguro de la mercancía (A5). El vendedor debe realizar los trámites de exportación, pagar licencia de exportación, alguna inspección o autorización oficial que sea necesaria. Además, debe realizar y pagar los trámites de aduana para la importación (A7). El comprador, por su parte, deberá colaborar con el vendedor en esta diligencia de aduanas, si lo requiere y bajo costo y riesgo del vendedor. Se recomienda que no sea utilizado este Incoterm® si el vendedor no puede realizar o contratar quien haga los trámites aduaneros de importación.

Reglas para transporte marítimo o acuático interno (ríos, lagos, otros).

8. **FAS (lugar de entrega)** («*Free Alongside Ship*») Franco Al Costado del Buque. Este término representa el opuesto al DPU, pero en el origen, pues representa que el vendedor es responsable hasta colocar la mercancía a un costado del buque designado por el comprador, si hay, en el puerto de embarque acordado (A2). Bajo este término el vendedor debe entregar la mercancía en la fecha acordada, o dentro del plazo convenido por el comprador y de la forma usual en el puerto convenido. El comprador debe tomar la mercancía desde el punto mencionado (al lado del barco), contratar y pagar por subir la carga a bordo, hacer el contrato de transporte con el transportista. El vendedor tramitará las licencias, inspecciones, y autorizaciones necesarias para la exportación de la mercancía.
9. **FOB (lugar de entrega)** («*Free On Board*») Franco A Bordo. Este, a su vez, es el opuesto al DAP, aunque es en el puerto de embarque. El vendedor entregará la mercancía a bordo del buque designado por el comprador, en el puerto de embarque acordado. También debe cumplir con los tiempos, fechas, plazos convenidos. A partir de que la mercancía pase la borda del buque, el comprador es el responsable de todos los riesgos y costos. El comprador debe realizar por su cuenta el contrato de transporte. El vendedor tramitará las licencias, inspecciones, y autorizaciones necesarias para la exportación de la mercancía.
10. **CFR (lugar de entrega)** («*Cost and Freight*») Costo y Flete. El punto de entrega es a bordo del barco en el puerto de embarque, con el flete pagado hasta el puerto marítimo de destino. El vendedor es responsable de entregar la mercancía a bordo del buque, en la fecha o dentro del plazo pactado y debe formalizar el contrato de transporte con el transportista, pagando el flete. De esta forma, el vendedor debe proporcionar al comprador el documento de transporte bajo las condiciones pactadas, dentro de las fechas pactadas, para permitir que la mercancía llegue oportunamente al puerto de destino y que el comprador pueda tomar posesión de ella, o para que pueda transferirla en tránsito a otro comprador, por medio del endoso. No hay obligación para el vendedor de hacer un contrato de seguro para la mercancía. El vendedor tramitará las licencias, inspecciones, y autorizaciones necesarias para la exportación de la mercancía.

11. **CIF (lugar de entrega)** («*Cost, Insurance and Freight*») Costo, Seguro y Flete. Similar al CIP, pero este cubre transporte por mar o vías navegables internas. El punto de entrega es a bordo del barco en el puerto de embarque, con el flete pagado hasta el puerto marítimo de destino. El vendedor es responsable de entregar la mercancía a bordo del buque, en la fecha o dentro del plazo pactado y debe formalizar el contrato de transporte con el transportista, pagando el flete. De esta forma, el vendedor debe proporcionar al comprador el documento de transporte emitido después de haber entregado la mercancía y contratado el transporte bajo las condiciones pactadas, para permitir que la mercancía llegue oportunamente al puerto de destino y que el comprador pueda tomar posesión de ella, o para que pueda transferirla en tránsito a otro comprador, por medio de endoso. De acuerdo con el (A5), el vendedor debe contratar y pagar la cobertura del seguro de carga, cumpliendo con las Cláusulas (C) del «*Institute Cargo Clauses (LMA/IUA)*» o similar, siempre cumpliendo con lo acordado en este sentido. La regla Incoterms®2020 especifica otras condiciones sobre el seguro; por lo tanto, debe ser cuidadosamente analizada toda antes de pactar. El vendedor tramitará las licencias, inspecciones y autorizaciones necesarias para la exportación de la mercancía.

Otros Comentarios Generales y Recomendaciones Finales.

Además de cambios estructurales como la reorganización del orden en que están definidas las responsabilidades, formato bien estructurado de fácil interpretación y manejo, notas aclaratorias muy elocuentes, deseamos destacar tres cambios en los Incoterms®2020:

- a. Cambio en el criterio de la responsabilidad del vendedor para asegurar la mercancía, cuando le corresponde, según el Incoterm®.
 - ii. Se refiere a usar las **Cláusulas (A)** del «*Institute Cargo Clauses (LMA/IUA)*» o similar, cuando se utilice el Incoterm® **CIP**.
 - iii. Se mantiene el uso de **Cláusulas (C)** del «*Institute Cargo Clauses (LMA/IUA)*» o similar, cuando se utilice el Incoterm® **CIF**.
- b. El Incoterm® **DAT** (Entrega en Terminal), del anterior Incoterms® 2010, cambia a **DPU** en Incoterms®2020, («*Delivered At Place Unloaded*») Entregada Descargada en Lugar.
- c. Como consecuencia de lo anterior, en Incoterms®2020 encontramos reagrupado el **DPU** después del **DAP**, pues su diferencia es la descarga de la mercancía. En **DAP** el vendedor no descarga la mercancía y en **DPU** sí debe hacerlo.

En todos los Incoterms®2020, incluyendo el EXW, el vendedor debe confeccionar y proporcionar su Factura Comercial, que es el documento donde expresará los términos de la venta; documento que debe llegar al comprador como haya sido pactado el método de pago en el contrato.

Igualmente indica la regla que cualquier documento que deba ser proporcionado por el vendedor puede ser impreso o electrónico, según hayan acordado.

En todos los contratos debe ser negociado, identificado y expresado el punto y lugar específicos de la transmisión de responsabilidades; mientras más preciso y detallado, mejor. Habrá casos en los que haya dos puntos críticos distintos para el riesgo y para los costos. Las reglas ICC Incoterms®2020 son verdaderamente claras en este sentido y los contratantes encontrarán una guía muy útil cuando necesiten asegurarse de pactar sobre terreno firme un Incoterms®2020 apropiado, correcto y que le facilitará la operación comercial.

Después de haber revisado lo que son los Incoterms®2020, revisemos lo que no son:

- a. No es Contrato de compraventa;
- b. No trata con:
 - i. La existencia, o no, de un contrato;
 - ii. Las especificaciones de la mercancía vendida;
 - iii. El tiempo, lugar, método o moneda del pago;
 - iv. Los documentos comerciales que requiere el comprador en su país;
 - v. El tiempo o lugar en que será traspasada la titularidad de la mercancía;
 - vi. Las alternativas de solución de eventuales conflictos;
 - vii. Las consecuencias de eventuales demoras y otros incumplimientos de obligaciones contractuales;
 - viii. El efecto de sanciones, imposición de tarifas, prohibiciones a la importación o exportación, fuerza mayor o eventos imprevistos;
 - ix. Derechos de propiedad intelectual;
 - x. El método, sede, o ley aplicable en solución de disputa en caso de incumplimiento.

Cuando los contratantes tengan la intención de aplicar a su contrato los Incoterms®2020, la forma más segura de que sea debidamente interpretado y aplicado, es insertando una frase como:

Ejemplo: «[tres letras de la regla] [nombre del lugar, puerto, punto] Incoterms 2020»
«CIF Puerto de Cristóbal, Panamá Incoterms2020 serán aplicados»

Importante: la Cámara de Comercio Internacional-ICC es el propietario oficial, productor y editor de las reglas Incoterms®. «Incoterms» es una marca registrada de ICC. Las referencias a las reglas de Incoterms® deben contener el símbolo de marca registrada (®) y un aviso de marca que indique que «Incoterms» es una marca registrada de ICC.

--- 0 ---

21 de agosto de 2019



FIGUEROA-BROCE
ABOGADOS

Experiencia
Efectividad
Transparencia

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
www.fb-abogados.com

Contribuciones de la práctica internacional del arbitraje al desarrollo del proceso arbitral panameño

Carlos A. Arrue Montenegro¹

Panamá

Introducción

La evolución creciente y global del arbitraje como mecanismo *normal* de resolución de disputas del comercio internacional, ha hecho del arbitraje una actividad económica per se en un mercado internacional en el que intervienen *operadores* (árbitros y abogados de parte, instituciones arbitrales, expertos, entre otros) provenientes de todas partes del mundo, y que ofrecen sus servicios especializados en arbitraje principalmente a *usuarios* (empresas, instituciones estatales y demás actores del comercio internacional) para la solución de sus controversias.

Una internacionalización de tal magnitud conlleva retos importantes que debieron ser afrontados desde temprano para la mejor resolución de cada disputa sometida a arbitraje. Uno de los retos más importantes ha sido – y sigue siendo – la necesidad de conciliar adecuadamente las diferencias de tradición jurídica y práctica profesional con incidencia en el procedimiento entre los operadores del arbitraje cuando en un mismo arbitraje intervienen operadores pertenecientes a culturas jurídicas distintas.

Es sobre la base de esta necesidad que los tribunales arbitrales adoptaron soluciones específicas que han sido aplicadas y perfeccionadas en otros casos, forjando

espontáneamente una práctica internacional del arbitraje compuesta por una serie de parámetros procesales y normas de conducta de los operadores del arbitraje en relación con el procedimiento arbitral².

En paralelo a esta práctica internacional – en ese entonces poco difundida y enmarcada en los confines de los arbitrajes de mayor importancia para el comercio internacional – se venía desarrollando igualmente una serie de prácticas arbitrales para los arbitrajes locales en cada país. A diferencia de la práctica internacional del arbitraje que resulta de la necesidad de conciliar diferencias culturales, la práctica local en cada país fue construida por profesionales locales que naturalmente siguieron a grandes rasgos los patrones del ejercicio profesional y del procedimiento judicial local (obviamente, con varios avatares, pues se estaba en un procedimiento arbitral y los rigores de los códigos de procedimiento civil no tenían aplicación directa). Esta descripción corresponde a la primera evolución de la práctica panameña del arbitraje, enraizada en la práctica judicial en cuanto a la forma y técnica de litigar, el procedimiento arbitral y el comportamiento de árbitros y abogados de parte.

Desarrolladas de esta forma, estas prácticas hubieran podido evolucionar como mundos separados, convirtiendo la práctica internacional en monopolio enigmático perteneciente al exclusivo grupo de personas dedicadas al arbitraje a nivel internacional.

Sin embargo, las interrelaciones profesionales y académicas entre los operadores locales y los operadores internacionales del arbitraje, el fenómeno de *democratización* y expansión del arbitraje y los beneficios de la calidad y eficiencia de las prácticas internacionales son factores que han propiciado espontáneamente una tendencia a la reducción de las diferencias entre la práctica internacional y las prácticas locales de cada país. Dentro de este contexto, se puede observar que es la práctica internacional del arbitraje la que ha servido de modelo e influencia de las prácticas locales en los diferentes países. Como podrá observarse y se sugiere en este artículo, la práctica panameña no ha sido la excepción a esta tendencia, enmarcándose en un proceso paulatino de adopción de los parámetros, tradiciones y lenguaje de esta práctica transnacional.

1. Doctor en Derecho Internacional Privado de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II-Sorbonne Universités), y condecorado con el Diploma de la Academia de La Haya de Derecho Internacional en el 2007. Actualmente funge como abogado de la Autoridad del Canal de Panamá y como profesor de Arbitraje de Inversiones de la Universidad de Panamá. Durante varios años, en París, fue abogado de firmas de abogado especializadas en arbitraje, en donde representó Estados nacionales y empresas privadas y públicas en casos de arbitraje internacional de inversiones y comerciales sometidos al reglamento de la CCI, la CNUDMI y el CIADI. Hasta recientemente, fue miembro del equipo latinoamericano de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en París y profesor titular de Derecho Comercial Internacional en la Universidad Paris XII (Nord).

2. Para entendimiento preliminar del presente aporte, es preciso que el lector no confunda práctica internacional del arbitraje con el arbitraje internacional o los grandes principios generales del arbitraje. El **arbitraje internacional** es un concepto jurídico que utiliza criterios conflictuales (nacionalidad o domicilio de las partes, internacionalidad del contrato) o económicos (importancia de la relación para el comercio internacional) para efecto de determinar el régimen legal aplicable al convenio arbitral, el reconocimiento del laudo y otros temas en los sistemas dualistas que distinguen entre arbitraje interno e internacional (que se caracterizan por mantener un sistema más flexible en relación con el arbitraje internacional). La práctica internacional del arbitraje a la que nos referiremos puede ser relevante indistintamente de la calificación de nacional o internacional del arbitraje. Nuestro concepto de práctica internacional del arbitraje no incluye tampoco los **grandes principios del derecho arbitral** (autonomía, *kompetenz-kompetenz*) ni a los mecanismos de control estatal de laudos (anulación y exequatur) sino más bien a un tema puramente práctico y procedimental sobre los rituales, normas generales de procedimiento y de conducta de las partes y sus abogados en las distintas etapas del arbitraje. Ahora bien, varios principios generales del arbitraje suelen ser implementados por medio de las prácticas internacionales del arbitraje.

El objetivo de las siguientes líneas es de presentar, en base a conclusiones no científicas³ pero basadas en observaciones propias y otras obtenidas de intercambios informales con operadores del arbitraje local (abogados, árbitros, personal de instituciones de arbitraje de Panamá)⁴ y de nuestro propio conocimiento de la práctica arbitral internacional, ilustraciones que permitan afirmar que la práctica internacional del arbitraje ha tenido sus influencias en cambios importantes en la práctica panameña en temas de procedimiento, técnicas de litigio y comportamiento de partes en los que vale la pena explicar las posibles causas específicas de este fenómeno en el caso de Panamá y valorar la conveniencia de estos cambios.

Para estos efectos, luego de presentar de forma general, el surgimiento y consolidación de la práctica internacional del arbitraje (I), nos referiremos concretamente a la influencia de la práctica internacional del arbitraje en la práctica arbitral panameña (II).

I. El Surgimiento y Consolidación de una práctica Internacional del Arbitraje

Las razones que permitieron el surgimiento de la práctica generalizada e internacional del arbitraje (A) permiten entender las características actuales y entorno teórico de este fenómeno hoy consolidado a nivel global (B).

A. Las razones del surgimiento de una práctica espontánea y generalizada del arbitraje

Como ya hemos mencionado, uno de los factores que generaron la práctica internacional del arbitraje es la necesidad de paliar o conciliar las diferencias de cultura jurídica y ejercicio profesional entre los operadores del arbitraje, necesidad que se encontraba más presente en el arbitraje internacional debido a la frecuente intervención de abogados y/o árbitros de culturas distintas.

Diferencias importantes pueden resultar al comparar dos países próximos cultural y geográficamente, pero indiscutiblemente las diferencias son más marcadas y tangibles cuando en el mismo arbitraje convergen practicantes operadores provenientes de los países de tradición *common law* y romano-germánica⁵.

3. Para llegar a conclusiones científicas al respecto se necesitaría, por ejemplo, analizar un muestreo escogido aleatoriamente de expedientes que sobrepasan cierta cuantía clasificados por periodo de tiempo (hace 10 años, hace 5 años y actuales). Luego de tomar en cuenta criterios de clasificación y distinción que permitan revelar tendencias diferentes entre los arbitrajes según el periodo, se confrontarían los cambios observados a los parámetros y estándares de la práctica internacional del arbitraje para confirmar que se trata de una nueva práctica conforme a esos parámetros y, de allí, buscar la causa de ese cambio en particular. Una investigación así conducida es mucho más ambiciosa que el análisis que ofrecemos en estas líneas.

4. Se trata de intercambios personales con fines académicos y sin referencia específica a casos particulares ni mención de las partes involucradas.

5. Las ilustraciones de diferencias entre la práctica del *common law* y de la tradición romano-germánica son las más tangibles, pero el problema no se reduce a un conflicto entre estas tradiciones. Dentro de una misma tradición existen igualmente marcadas diferencias en cuanto a la forma de llevar el procedimiento.

Una de las manifestaciones más importantes se da en el terreno probatorio y el grado de intervención del juez/árbitro en relación con la prueba:

- En relación con la **prueba documental** los *common lawyers* están acostumbrados a una fase inicial de *Discovery* en la que las partes directamente se requieran documentos que cada una estime relacionados con el caso y denuncian como demasiado inquisitoria y poco imparcial cualquier facultad oficiosa del juez. En cambio, los abogados de tradición continental están acostumbrados a que cualquier medida de obtención de prueba deba pasar por el intermediario de un juez – que garantiza el respeto del contradictorio y la pertinencia de la prueba –, rechazando cualquier “cacería de brujas” o, en términos anglosajones, “*fishing expedition*” incentivada por el *Discovery*;
- En relación con la **prueba testimonial y pericial**, bajo el modelo “*adversarial*” del *common law*, es inusual que un juez interroge a los testigos y, para la búsqueda de la verdad, los abogados han desarrollado técnicas de contrainterrogación (*cross-examination*) que un jurista arraigado a la tradición continental calificaría de muy agresivas. En cambio, en el sistema romano germánico, es muy usual que el juez haga uso de su poder de formular preguntas y las preguntas de los abogados de parte se deben hacer con neutralidad.
- En cuanto al **conocimiento e invocación del derecho**, los sistemas romano germánicos se basan en el principio *iura novit curiae* en virtud del cual el juez debe conocer el derecho, teniendo la capacidad de invocarlo de oficio⁶. En la tradición *common law*, el derecho debe necesariamente ser invocado y probado por la parte y sería inaceptable que el juez decida con fundamento a argumentos o normas que no fueron invocados, especialmente cuando no fueron objeto de discusión durante el proceso.

Aparte del terreno probatorio, existen incontables diferencias relacionadas con la forma de presentación de los escritos (de demanda, contestación y cualquier otro), los efectos probatorios de no responder específicamente a un hecho alegado por la contraparte, el momento de presentación de pruebas, el conteo y la distribución de los tiempos de cada parte durante las audiencias entre muchos otros temas que, de no ser resueltos previamente por el tribunal arbitral, producirían un caos procesal en estos “*arbitrajes mestizos*”.

Con la formación y profesionalización de los operadores del arbitraje, se fueron adoptando y dando a conocer entre la comunidad arbitral soluciones inteligentes y consensuales que reflejan el pragmatismo de los especialistas del comercio internacional, logrando así satisfacer desde un punto de vista teleológico (finalista) los objetivos perseguidos, cada cultura jurídica tienen una práctica arbitral autónoma, neutra y flexible.

6. Un matiz a esta regla existe en materia de derecho extranjero, en donde el derecho internacional privado de varios países establece la necesidad de invocar y probar el derecho extranjero aplicable a la controversia, salvo cuando se trata de materias indisponibles o de orden público (estado civil o capacidad, por ejemplo).

Esta práctica se fue formando y las soluciones fueron desarrollándose en todas las instituciones de arbitraje que tienen contacto con el arbitraje internacional⁷. Sin embargo, es meritorio reconocer que, entre todas las instituciones arbitrales, la que más ha experimentado los impactos de la diversidad de tradiciones jurídicas diversas, debido a su presencia mundial y a un número significativo de casos en todos los continentes, es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”). Son los árbitros en los procesos de arbitraje de la CCI a quienes, en gran medida, se les debe la formación y desarrollo de la práctica internacional del arbitraje⁸.

Como resultado de esta práctica consolidada debido a su utilización generalizada y exitosa por los operadores internacionales del arbitraje en el tiempo, se tiene a disposición un procedimiento arbitral estándar suficientemente flexible como para adaptarse a cada caso o industria en particular.

B. La caracterización de la práctica internacional del arbitraje

Naturaleza jurídica y carácter obligatorio. Los operadores y observadores de la práctica internacional del arbitraje se han concentrado no solamente en su utilidad práctica para la resolución de disputas arbitrales, sino también en su sustento teórico y su significación jurídica.

En este contexto, un sector muy autorizado de la doctrina, especialmente en Francia, se ha concentrado en la naturaleza jurídica de estas prácticas, reconociéndoles el carácter de derecho autónomo y completo. Con fundamento en un concepto pluralista que sobrepasa el positivismo jurídico, la práctica internacional del arbitraje – en conjunto con las normas sobre la validez y eficacia internacional del acuerdo arbitral y el reconocimiento de laudos – sería un componente de la denominada “*Lex Mercatoria*”⁹ o, según otros, un “orden jurídico arbitral”¹⁰ autónomo y completo. Autores han criticado igualmente esta visión¹¹ alegando que es irrealista e innecesaria.

Indistintamente de la juridicidad de estas prácticas, lo cierto es que en la práctica, estos parámetros y usos pueden ser obligatorios en los arbitrajes: la obligatoriedad de estos

usos y prácticas en el curso del procedimiento es **automática** cuando los mismos han sido específicamente adoptados por las partes en virtud de acuerdo (expresado en un intercambio de comunicaciones o en el acta de misión) o por el tribunal arbitral en ejercicio de su poder general de organizar el procedimiento (expresado generalmente en la orden procesal inicial sobre el procedimiento arbitral). Las prácticas pueden igualmente ser una **ratio scripta**¹² (fuente de conocimiento) para el tribunal arbitral a efectos de decidir sobre solicitudes de parte en relación con temas no contemplados específicamente en la *lex arbitri*, el reglamento aplicable o en las reglas procesales adoptadas con la cual el tribunal arbitral puede suplir vacíos no contemplados en estos documentos para decidir sobre solicitudes de parte, sirviendo de mecanismo de excepción¹³. Además, pueden servir de datos de referencia para efectos de interpretar las normas de la Ley de Arbitraje, el reglamento de arbitraje aplicable, las reglas procesales adoptadas en el procedimiento o el acuerdo de arbitraje¹⁴.

Características propias del estándar internacional. La práctica internacional del arbitraje se caracteriza por ser autónoma, neutral y flexible. **Autónoma**, por tratarse de prácticas desarrolladas específicamente para arbitraje y distinta de la práctica ante los tribunales estatales, por lo que se puede distinguir entre abogados que litigan en arbitraje y los abogados que litigan en lo judicial¹⁵. **Neutral**, debido a que sus parámetros no están arraigados ni diseñados para hacer prevalecer una tradición jurídica en particular sobre otra, sino que la misma resulta de un pragmatismo propio a las características del arbitraje y enriquecido con la experiencia de las tradiciones jurídicas en su conjunto. **Flexible**, porque no se trata de un proceso codificado – en el sentido romano germánico del término – sino, por el contrario, de un proceso adaptable cuya sola limitante serían los derechos fundamentales no susceptibles de renuncia o modulación por las partes; la flexibilidad lleva consigo un elemento de confianza que las partes depositan en el arbitraje y el tribunal arbitral para los efectos de llevar el proceso de la forma acordada o que el tribunal estime más apropiada.

Descripción del proceso estandarizado. En lo referente al contenido de esta práctica, nos referimos fundamentalmente a la organización de las fases del procedimiento, reglas del procedimiento arbitral y a parámetros de conducta de los árbitros y las partes

7. Entre las cuales mencionamos la London Court of International Arbitration (LCIA), el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la *American Arbitration Association* (ICDR-AAA) y la Cámara de Stocolmo (SCC).
8. Vale mencionar igualmente que esta diversidad jurídica se presenta muy frecuentemente en los arbitrajes inversionista-Estado. Debido al carácter público de varios de estos procesos – especialmente cuando se enmarcan en el sistema del Centro Internacional de Arreglo de Disputas en materia de Inversión (CIADI), en donde se han desarrollado prácticas tanto específicas al arbitraje de inversiones como aplicables de forma general al arbitraje.
9. Éric Loquin, « Les règles matérielles internationales », *RCDAI* 2006, t. 322, p. 15, refiriéndose a la práctica arbitral como expresión de una *Lex Mercatoria* sobre la resolución de disputas del comercio internacional y a los árbitros como órganos productores de la *Lex Mercatoria*.
10. El más conocido exponente de esta posición es el profesor y profesional del arbitraje internacional, Emmanuel Gaillard, quien sostiene que tal orden jurídico arbitral es un sistema jurídico completo, pertenece a una visión que concibe el arbitraje como un *fenómeno transnacional*, se adhiere a la fuerte convergencia entre los sistemas jurídicos estatales y existe como sistema jurídico. Sobre esta posición, v. Emmanuel Gaillard, « Aspects philosophiques de l'arbitrage commercial international », *RCADI*, t. 329, 2007, p. 49-216 ; « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », *McGill Law Journal* N° 55, 2010, p. 891-907.
11. Para una posición contraria, v. Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2/2010, London School of Economics and Political Science, 2010.

12. Para los que postulan la idea de que se trata de un derecho autónomo, esta práctica sería una *fuente supletoria de derecho*.
13. Un ejemplo de esta situación se daría cuando en el curso del proceso y luego de la presentación de los memoriales principales surge una prueba nueva de extrema relevancia para el caso. La parte, no pudiendo presentar la prueba, solicita al tribunal que le permita incluir esta prueba antes de la audiencia, explicando las circunstancias que le impidieron la presentación de la prueba con anterioridad.
14. En este sentido, v. Julian David Mathew Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003 p. 29-30: (“International arbitration practice comes into play at all stages, not only as a separate source but also to interpret the arbitration agreement, the chosen arbitration and the applicable national law [...] Where there are complications and uncertainties, these should be resolved by national courts and arbitrators in accordance with international arbitration practice”).
15. Es por esto que es común encontrar firmas especializadas en arbitraje (firmas boutique) y en las firmas de tamaño grande que mantienen una práctica importante de arbitraje internacional, un departamento especializado en arbitraje internacional (distinto al departamento de litigios) o al menos un grupo especializado en arbitraje.

(con sus abogados). Se trata de técnicas para la conducción del procedimiento que devienen usos debido a su utilización generalizada y en el tiempo por los operadores del arbitraje a nivel internacional.

El uso constante de estas prácticas ha producido una estandarización del procedimiento arbitral que sirve de modelo a partir de la cual se discute en cada arbitraje en particular sobre el calendario procesal y las reglas de procedimiento.

En términos puramente descriptivos, el proceso estándar se organiza con una fase escrita que antecede una audiencia. La **fase escrita** incluye dos rondas de escritos. En la primera ronda se presentan el Memorial de Demanda de la Demandante y el Memorial de Contestación del Demandado; en la segunda ronda se presentan el Memorial de Réplica de la Demandante y el Memorial de Dúplica de la Demandada. Entre ambas rondas se suele incluir una *fase de producción de documentos*. Luego de la fase escrita, las partes se preparan para una audiencia en la cual las partes presentan sus alegatos de apertura (*opening statements*) para luego concentrarse en el contrainterrogatorio de testigos (*cross-examination*), las presentaciones de reportes de expertos y el contrainterrogatorio de expertos antes de escuchar alegatos de clausura (*closing statements*). Habiendo culminado estas fases, se puede acordar u ordenar la presentación de escritos finales de conclusiones y costas (*post-hearing briefs*)¹⁶.

Algunas explicaciones puntuales y prácticas en relación con este procedimiento estándar merecen ser subrayadas:

- el plazo que se otorga para la presentación de cada uno de los escritos principales es considerablemente más importante que el que se otorga en la práctica local. Un tiempo estándar podría estar en 2 a 3 meses (primera ronda) y 1 a 2 meses (segunda ronda); correlativamente, la técnica de redacción y detalles en la argumentación que se esperan del memorial en la práctica internacional es mucho mayor que lo que se espera de un escrito que se presenta en 10 días;
- como regla general, los escritos de la segunda ronda deben circunscribirse a los temas tratados en la primera ronda que mantienen discusión y no pueden presentarse argumentos completamente nuevos que no respondan a argumentos de la primera ronda. Esta regla tiene varias excepciones, entre las cuales están los argumentos que resultan de “hallazgos” obtenidos en la fase de producción de documentos;

16. Para una explicación distinta de esta práctica, v. Trevor Cook and Alejandro I. García, Arbitration in Context Series, Volume 2, *Kluwer Law International*, 2010, 186: (“In prevailing international arbitration practice, many arbitral proceedings share a similar structure. First, in most arbitrations there will be a commencement stage in which the parties introduce their case and deal with the appointment of the arbitral tribunal. After the arbitral tribunal has been established, the parties discuss the organization of the proceedings. The tribunal would often issue an order setting out how the proceedings will be conducted. Subsequently, the parties will often make their written submissions and produce evidence supporting their case. According to current practice, there is then a document disclosure stage. Thereafter, the evidentiary hearing will take place. Post-hearing briefs might be filed. Finally, the arbitral tribunal will resolve the dispute by making one or several awards”).

- las pruebas sólo pueden entrar en el proceso cuando las mismas han sido presentadas en conjunto con los memoriales principales que conforman las dos rondas de escritos; no existe un periodo de presentación de pruebas como en el derecho judicial panameño;
- las pruebas testimoniales y de expertos (peritos) se presentan por medio de declaraciones testimoniales o reportes de experto escritos al momento de la presentación de un escrito principal; a la audiencia sólo pueden ser citados quienes han presentado declaración o reporte escrito;
- el derecho es tratado como prueba desde el punto de vista de la logística del proceso. Tanto las normas jurídicas como la doctrina, la jurisprudencia y cualquier prueba que sirva para determinar la relevancia del derecho debe ser identificado como prueba (generalmente, se incluye en una lista de piezas jurídicas (*legal authorities*) separada de las pruebas fácticas);
- en la fase de producción de documentos, cada parte presenta solicitudes de documentos dirigidas a la otra parte. Como parte de la práctica arbitral, para efectos de esta fase se han producido y desarrollado los denominados “formularios Redfern”¹⁷ en donde se implementan generalmente los parámetros de las Reglas de la IBA sobre obtención de pruebas en el arbitraje internacional. Los documentos obtenidos de la fase de producción de documentos no son parte del proceso mientras los documentos no hayan sido específicamente incluidos y referidos en los escritos principales.

A partir de este modelo de base es que se establecen las variantes necesarias que permitan tomar en cuenta las circunstancias de cada caso en particular. Evidentemente, si el caso es muy simple, las dos rondas de escrito pueden ser reemplazadas por una sola ronda de escritos (sin fase de producción de documentos) y si, por el contrario, el caso es más complejo de lo normal y existen argumentos importantes de distinta naturaleza, se puede contemplar la posibilidad de *bifurcar* el procedimiento – en fases jurisdiccional y fondo, en fases de determinación de la responsabilidad civil y cuantificación de daños, fases de determinación de la ley aplicable y fondo entre otras – o inclusive “*trifurcar*” el procedimiento (lo cual es bastante raro pero han habido casos).

Como puede observarse, la estandarización del proceso arbitral internacional ni la presencia *soft law* ponen en juego la flexibilidad característica del proceso arbitral. La estandarización va a servir como modelo de base o de discusión inicial para los operadores que en cada proceso en particular puedan organizar el calendario procesal y las reglas de procedimiento del caso.

17. Los denominados “Redfern Schedule” fueron bautizados así en homenaje a su autor, el árbitro, autor y barrister Allan Redfern.

II. La influencia de la Práctica Internacional del Arbitraje en el Arbitraje Panameño

La influencia de la práctica internacional del arbitraje en el arbitraje panameño obedece a ciertas causas que merecen ser estudiadas en términos etiológicos (I) antes de presentar ciertas manifestaciones concretas de esta influencia en la práctica arbitral panameña (II).

A. Etiología de la influencia

Para tratar sobre las razones o los factores que han propiciado un acercamiento entre la práctica panameña y la práctica internacional del arbitraje, vamos a hacer una distinción entre los factores jurídicos (legales y reglamentarios) que, sin constituir necesariamente práctica internacional *per se*, han servido de fundamento para su entrada, creando un marco legal propicio a su evolución y los factores materiales concretos que, en nuestra opinión, han incidido de forma general en la evolución de la práctica panameña del arbitraje.

La tendencia global a la adopción de la práctica internacional del arbitraje y la democratización del arbitraje. En el contexto internacional, el fenómeno de la democratización del arbitraje – con el que queremos describir el interés y facilidad de acceso de muchos por vía académica o profesional, al arbitraje internacional – ha generado intercambios académicos y de movilidad profesional entre los operadores internos y los operadores internacionales del arbitraje, unificando el lenguaje arbitral y produciendo un fenómeno de importación de prácticas arbitrales.

Ilustraciones de estas interrelaciones son varios. Sin ánimos limitativos, nos referimos a los siguientes:

- (i) la publicación, por parte de organizaciones internacionales¹⁸ y entidades académicas¹⁹ y profesionales²⁰, de una “codificación suave” de normas que cristalizan, sistematizan y buscan afinar las buenas prácticas desarrolladas en los arbitrajes. Como ejemplo de esta codificación suave, no pueden dejar de ser citadas las todavía tan utilizadas Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (adoptadas en 1999), que establecen normas bastante específicas en relación con documentos, testigos, expertos y que son frecuentemente adoptadas por acuerdo de parte o por decisión del tribunal arbitral²¹;

18. Pueden ser citados los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional.

19. Podemos referirnos a los trabajos de la Asociación de Derecho Internacional y el Instituto de Derecho Internacional en relación con ciertos temas de derecho arbitral y los trabajos del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

20. El rol central entre las organizaciones profesionales ha sido liderado fundamentalmente por la International Bar Association (IBA).

21. Aunque con menos relevancia en el procedimiento de arbitraje propiamente tal, pueden ser citadas las Reglas de la IBA sobre conflicto de intereses en el arbitraje internacional que han servido a árbitros al momento de determinar si aceptan una designación o deben revelar algo al aceptar y, sobre todo, han servido de modelo para

- (ii) la creación, por parte de universidades y centros académicos, de formaciones especializadas (diplomados, maestrías, conferencias, cursos, *master classes*) dedicadas exclusivamente al arbitraje y que ofreció acceso a profesionales de todos los niveles a los detalles de la práctica internacional del arbitraje. Dentro de esta categoría incluimos la explosión de libros, artículos, trabajos especializados de doctrina que ofrecen acceso a una literatura especializada y conocedora de los detalles del procedimiento arbitral y plataformas electrónicas que aseguran el acceso a esta documentación a nivel mundial; y la intervención, por necesidad de la complejidad del litigio, de especialistas en distintas áreas del derecho en la práctica internacional. Esta interrelación ocurre con la intervención de profesionales del derecho especializados en distintas áreas – construcción, distribución, ambiente, propiedad intelectual, tecnología y comunicación, energía, minería, inversiones, quantum, derecho internacional, derecho administrativo o el derecho de un país –, con poca experiencia en la práctica internacional del arbitraje pero que aportan mucho en el fondo de la controversia, a equipos de litigantes especializados en arbitraje. Con el tiempo, estos profesionales especialistas se fueron convirtiendo en experimentados en la práctica internacional del arbitraje.

Correlativamente, también se da el caso de intervención de profesionales del arbitraje internacional en procesos locales (en calidad de árbitros e incluso como abogados de parte).

En el contexto de esta tendencia a la armonización, probablemente justificado por razones de neutralidad, expansión global y éxito demostrado, es la práctica internacional del arbitraje la que toma el liderazgo, sirviendo de modelo e influencia de la práctica local del arbitraje²².

La creación de un marco legal y reglamentario propicio a la evolución en Panamá.

La República de Panamá cuenta hoy en día con un sistema jurídico favorable al desarrollo del arbitraje, resultante de la Ley N°. 131 de 2013 (la “**Ley de Arbitraje**”)²³. Es con la Ley de Arbitraje, acompañada de una reforma constitucional, que se ha

varias instituciones arbitrales internacionales que deban decidir sobre la confirmación o recusación de un árbitro. Más recientemente, han sido elaboradas en el marco de IBA un conjunto de reglas sobre representación de partes en el arbitraje internacional, las cuales proponen unificar algunos criterios – muy distintos en cada barra – en relación con el comportamiento de los abogados de parte en sus relaciones con el tribunal arbitral, con el caso

22. La constatación de una tendencia en el sentido de que la práctica internacional del arbitraje incide en la práctica local de los países no significa que lo inverso no pueda ocurrir. Una ilustración reciente del fenómeno inverso es el proceso de elaboración y adopción de Códigos de Ética en las instituciones de arbitraje que realizan arbitrajes internacionalmente. Estos códigos son comunes en las instituciones locales de América Latina.

23. Siendo justos, tenemos que reconocer que la gran mayoría de los principios protectores del arbitraje ya existían en Panamá con el Decreto-Ley N°. 5 de 1999 (el “**Decreto-Ley de 1999**”), basado en la Ley Modelo de la CNUDMI en vigor en la época. Sin embargo, bajo el imperio del Decreto-Ley existían por lo menos, dos problemas fundamentales que impedían su calificación de régimen favorable al desarrollo del arbitraje. El **primero**, es que el Decreto-Ley de 1999 establecía como regla que el arbitraje sería en equidad salvo pacto en contrario lo cual expresaba en nuestro concepto una negación o al menos una subestimación de la jurisdicción de la justicia arbitral incompatible con la práctica internacional en la que la mayoría de los arbitrajes son en derecho. El **segundo**, es que esta legislación en apariencia alentadora y propicia al desarrollo del arbitraje fue desmoronándose paulatinamente como consecuencia de sentencias de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del control posterior de la constitucionalidad de las leyes y actos de funcionarios públicos. En virtud de estas decisiones (i)

podido instaurar un régimen eficaz que, además de incorporar la última versión de la Ley Modelo de la CNUDMI, reestablece el principio *Kompetenz-Kompetenz* y busca garantizar la intervención mínima del poder judicial en el arbitraje.

La Ley de Arbitraje no solamente *tolera* la adopción de las buenas prácticas internacionales – lo que ya ocurría bajo el Decreto Ley de 1999²⁴–, sino que además, con la debida influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, *incentiva* su adopción cuando las mismas corresponden a principios generales del arbitraje.

La tolerancia en relación con cualquier evolución en la práctica panameña encuentra su fundamento en el poder subsidiario que la Ley de Arbitraje otorga al Tribunal Arbitral para determinar su propio procedimiento en todo lo que las partes no hayan acordado. En este sentido, el artículo 46 de la Ley de Arbitraje establece en su parte relevante, lo siguiente:

“A falta de acuerdo [de las partes en relación con el procedimiento], 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”

Como puede observarse, la Ley de Arbitraje utiliza la fórmula clásica que reconoce el poder de dirección del procedimiento y establecer reglas de procedimiento (con sujeción a lo que establezcan las partes y cualquier disposición imperativa de la Ley de Arbitraje). Sin embargo, la Ley de Arbitraje va un poco más allá, al establecer que ese poder de dirección se realiza *“sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje”*, dejando claro que el tribunal no puede sentirse compelido (ni legal ni psicológicamente) a actuar como un juez y seguir la práctica o las normas aplicables a lo judicial. Si bien es cierto que el artículo 46 de la Ley de Arbitraje no se refiere a la práctica internacional del arbitraje, confiere amplias facultades al tribunal arbitral indicando expresamente que los parámetros del proceso judicial (utilizados en la práctica interna) no son la referencia.

Aparte del poder general del Tribunal Arbitral, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje²⁵ constituye, en nuestro concepto, un elemento clave que invita a adoptar la práctica

internacional del arbitraje. Esta disposición establece que en la interpretación de la Ley de Arbitraje habrá de tenerse en cuenta su *“origen internacional”* y la *“necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”* y los vacíos que no estén resueltos en la Ley de Arbitraje se dirimirán de conformidad con los *“principios generales del arbitraje”*.

Esta disposición traduce un reconocimiento legislativo de que la Ley de Arbitraje proviene fundamentalmente de un esfuerzo internacional encaminado a la uniformización de los conceptos y reglamentación del arbitraje, concretizados en la Ley Modelo de la CNUDMI (el origen internacional) y que, habida cuenta de este origen, es necesario promover la uniformidad de su aplicación, haciendo válida toda referencia al derecho comparado de los países que han adoptado disposiciones de la Ley Modelo y a la doctrina nacional o extranjera que la ha interpretado para los efectos de interpretar de forma uniforme sus disposiciones. En este contexto, se puede acudir igualmente a la práctica del arbitraje internacional para constatar la manera como se espera que el tribunal arbitral ejercerá su poder de dirigir el procedimiento arbitral como lo dispone el artículo 46 de la Ley de Arbitraje.

Además, la referencia a los principios generales del arbitraje (y no al Código Judicial o a normas procesales) en casos de vacíos jurídicos en la Ley de Arbitraje sirve igual de fundamento para los efectos de seguir una práctica procesal generalmente utilizada para implementar o reflejar un principio general del arbitraje. En nuestro concepto, la referencia a su origen *“internacional”* y a los principios generales del arbitraje constituye un incentivo *ex lege* a la incorporación de la práctica internacional del arbitraje en Panamá.

Por ejemplo, en un caso en que el tribunal arbitral deba decidir sobre una solicitud de *bifurcación del procedimiento* (en una primera fase sobre competencia y una segunda fase sobre el fondo de la controversia) en el que las partes no estén de acuerdo sobre el tema, el tribunal podrá constatar que la Ley de Arbitraje lo autoriza a bifurcar el procedimiento, pero no establece requisitos o condiciones para tomar tal medida cuando las partes estén en desacuerdo. En este contexto, el tribunal arbitral puede recurrir a los principios generales del arbitraje para (i) otorgar a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre el particular (principio de contradictorio en el arbitraje) y (ii) decidir la bifurcación con fundamento al principio de eficiencia arbitral, observando y refiriéndose a los requisitos que en la práctica internacional del arbitraje han conducido a los árbitros a aceptar una solicitud de bifurcación²⁶.

Ahora bien, es preciso aclarar que por *tolerancia e incentivo* legal no significa que el arbitraje panameño se ha convertido en un arbitraje basado en la práctica internacional

se declaró inconstitucional el principio *Kompetenz-Kompetenz*, la posibilidad de renunciar al recurso de anulación en los arbitrajes internacionales y la norma que garantizaba la validez de compromisos arbitrales acordados por el Estado e instituciones públicas (la mal llamada *“arbitrabilidad subjetiva”*) y (ii) se admitieron, mediante una interpretación curiosa, que los amparos de garantías constitucionales proceden contra las decisiones tomadas en los arbitrajes (no solo laudos, sino también actas de fijación de causa o actas de misión).

24. El Decreto-Ley de 1999 tampoco era intolerante a cualquier evolución en la práctica arbitral, pero era casi totalmente indiferente al tema, siguiendo un concepto no entrar en ningún detalle del procedimiento arbitral (salvo en lo concerniente a la facultad del tribunal arbitral de organizar y establecer las reglas del procedimiento en caso de que las partes no lo hayan hecho).

25. **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.

26. Por ejemplo, y sin ánimos limitativos, que la bifurcación pueda simplificar de forma efectiva el litigio, que los temas bifurcados no estén demasiado entrelazados y que no se ponga en riesgo el derecho de acción y contradictorio ni la solución expedita del procedimiento.

o que la práctica internacional es ipso iure obligatoria en Panamá. Lejos de eso, estas prácticas están en el mapa jurídico como útiles de una práctica panameña distinta y con identidad y características propias.

Además del ambiente puramente legal propicio al arbitraje, es preciso señalar que con posterioridad a la Ley de Arbitraje, las mayores instituciones arbitrales de Panamá, el CeCAP y el CESCÓN han aportado modificaciones importantes a sus reglamentos de arbitraje. Como dato curioso, ambos nuevos reglamentos entraron en vigor el 1 de agosto de 2015. El denominador común de estas modificaciones realizadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje ha sido otorgar mayor flexibilidad en la reglamentación del procedimiento y reconocer el poder del tribunal de organizar el procedimiento.

El Reglamento de Arbitraje del CeCAP establece en su Sección II (Procedimiento Arbitral) normas procesales detalladas sobre actuaciones que se darán con la constitución del tribunal arbitral con periodos cortos y definidos que se asemejan a la práctica tradicional del arbitraje panameño²⁷. No obstante, una vez el tribunal ha sido constituido, el Reglamento de Arbitraje del CeCAP hace un reconocimiento expreso del poder de dirección del tribunal arbitral, lo cual está establecido en el artículo 27(1), al establecer que “[e]l Tribunal deberá dirigir el arbitraje del modo que considere más apropiado, con estricto apego a los principios de igualdad y oportunidad en cada etapa del procedimiento y sin necesidad de acudir a normas procesales”.

Entre estas facultades, el tribunal arbitral suele adoptar en consultación con las partes durante una conferencia sobre la conducción del procedimiento, un calendario procesal que se adapte a las necesidades y la complejidad del caso, estableciendo, por ejemplo, plazos más extensos y más rondas de escritos seguidos por una audiencia y escritos de conclusiones (*post hearing briefs*). La verdadera limitante para el tribunal arbitral es el principio de efectividad establecido en el artículo 27(2)²⁸ que es un principio general del arbitraje muy presente en la práctica internacional. El Reglamento del CeCAP es un reglamento abierto a la práctica internacional del arbitraje, lo cual queda reflejado en el texto de la presentación misma del reglamento, el cual indica que recopila la experiencia de 20 años del CeCAP y las “tendencias internacionales de conducción de los procesos arbitrales”²⁹.

De forma similar, el Reglamento de Arbitraje del CESCÓN reglamenta de forma detallada el procedimiento arbitral que en términos generales, también sigue la tradición arbitral

panameña con plazos cortos³⁰. Sin embargo, el Reglamento de Arbitraje del CESCÓN no impide que el tribunal arbitral acuerde con las partes o decida aceptar escritos posteriores que amplíen las demandas ya presentadas o claramente establezcan un calendario procesal para ese arbitraje en particular, lo cual también suele hacerse. Estas decisiones se pueden tomar luego de consultar con las partes dentro del marco de una conferencia sobre la celebración del procedimiento y resultan de la libertad de las partes de determinar y organizar su propio procedimiento. El Reglamento de Arbitraje del CESCÓN, como también lo hace el Reglamento de Arbitraje del CeCAP, permite que el tema de la competencia arbitral quede sujeto a decisión por medio de Laudo parcial o final, lo cual significa una admisión implícita del poder del tribunal arbitral de bifurcar el procedimiento.

Estas modificaciones, que se caracterizan por la flexibilidad en los poderes del tribunal arbitral, han permitido, en conjunto con otros factores, la incorporación de elementos de la práctica internacional del arbitraje al arbitraje panameño.

Por más que el establecimiento de un régimen legal amigable al arbitraje y tolerante o que incentive la incorporación de mejores prácticas desarrolladas internacionalmente contribuya a la evolución de una práctica, este régimen es insuficiente para el desarrollo concreto de esta práctica. La mano humana es necesaria para tal evolución.

Las circunstancias materiales de la evolución en Panamá. En el caso de Panamá se puede constatar un aumento en cantidad y complejidad de los arbitrajes en Panamá y, con ese desarrollo interno, han incrementado las exigencias de calidad. Además, cuando el arbitraje es internacional debido a la diferencia de nacionalidad de los intervinientes, se añade un factor de complejidad adicional que apela al llamado de un dirimente neutral en relación con las partes.

La existencia de procesos complejos ha requerido, objetivamente, mejoramiento de las técnicas y prácticas arbitrales (en materia de obtención de pruebas, en materia de manejo eficiente del procedimiento, entre otros), para lo cual podrían ser de utilidad las prácticas arbitrales internacionales que ya han demostrado su eficiencia.

Esta necesidad objetiva ha llevado a los profesionales que ejercen en Panamá a actualizarse y lograr un buen entendimiento de la práctica arbitral internacional. Dentro de este proceso de actualización, es preciso resaltar el trabajo realizado por la CCI y las instituciones arbitrales de mayor trayectoria en Panamá (el CeCAP y el CESCÓN).

27. El procedimiento inicia con la Demanda de Arbitraje (Artículo 7), la cual es contestada en un plazo de 10 días a partir de su notificación con un escrito de Contestación y/o Reconvencción (Artículo 9).

28. Artículo 27. Salvo a lo expresamente dispuesto en el acuerdo de arbitraje y en este Reglamento, se aplicarán las siguientes reglas generales:

2. El Tribunal Arbitral y las partes deberán llevar a cabo el arbitraje de una manera rápida y eficaz con relación a las circunstancias del caso.

29. Reglamento CeCAP, Presentación.

30. El procedimiento comienza con una notificación formal por parte del Director del CESCÓN de que el proceso ha iniciado (artículo 31). La parte demandante debe entonces presentar una Demanda de Arbitraje en un término de sólo 5 días que pueden extenderse a 10 debido a la distancia de un árbitro o parte que esté domiciliado en el extranjero, luego la parte demandada debe presentar un escrito de Contestación y/o Reconvencción en término similar contado desde la notificación de la Demanda (artículo 36). De haber reconvencción se otorga traslado a la parte demandante para que ésta presente una contestación a la convención en un término similar (artículo 37). Seguido de estos escritos, se presentan pruebas, contrapruebas y objeciones (artículo 39) para llegar a una audiencia que tiene el propósito de establecer el Acta de Misión.

La ICC Panamá y el ICC YAF han realizado desde el 2012 una serie de eventos internacionales en torno al arbitraje en los cuales participan grandes especialistas del arbitraje para compartir sus experiencias con la comunidad arbitral panameña. Hoy en día existe un compromiso de la ICC Panamá en la realización de un evento bianual en Panamá que recibe el nombre de PANARB³¹, y que propicia el intercambio profesional.

Conscientes de los beneficios de la práctica internacional como mecanismo para mejorar sus servicios arbitrales y asegurar la eficacia, calidad y legitimidad de sus laudos y expandir su práctica local a otros horizontes, las instituciones arbitrales panameñas como el CeCAP y el CESCÓN han apostado al mejoramiento de la práctica arbitral panameña, no solamente invitando a profesionales de la práctica arbitral internacional para compartir sus experiencias dentro del contexto de congresos o cursos para árbitros, sino también invitando a estos profesionales a trabajar directamente en la práctica panameña como árbitros, especialmente cuando necesidades de neutralidad sugieren el nombramiento de un extranjero. Esta interacción entre árbitros internacionales y nacionales enriquece la práctica del arbitraje panameño e “internacionaliza” a los árbitros panameños.

Es así como la comunidad arbitral local ha logrado entender, manejar y utilizar la práctica internacional del arbitraje, adaptándola a la práctica panameña.

B. Manifestaciones de la influencia de la práctica internacional en el arbitraje panameño

Una práctica ya referida – y que ha sido clave para la incorporación de elementos del procedimiento estándar en los arbitrajes panameños – es la celebración, desde la constitución del tribunal arbitral, de una especie de conferencia sobre la conducción del procedimiento en la que el tribunal arbitral conoce formalmente a las partes y sus abogados, y se discuten precisamente temas iniciales del procedimiento (el calendario procesal).

Este tipo de reuniones es, de por sí, una práctica internacional del arbitraje que ha sido reflejada desde el 2012 en versiones del Reglamento de Arbitraje de la CCI como un acto necesario en el inicio del procedimiento arbitral³². Esta reunión en la que convergen

el tribunal arbitral y las partes es el momento idóneo y más oportuno para incorporar prácticas internacionales del arbitraje.

En varias ocasiones se discute sobre la presentación de los memoriales (Demanda y Contestación) en un plazo mucho mayor que el de 10 días y en los que se incluyen las pruebas, muchas veces incluyendo la necesidad de presentar declaraciones testimoniales escritas. Es importante reconocer que estos elementos de la práctica arbitral han sido incorporados igualmente por vía de los artículos 50 y 51 de la Ley de Arbitraje, que reconocen que los memoriales principales deben ser presentados en el plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y que en estos memoriales “[l]as partes podrán presentar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar”. Estas prácticas se alejan de la práctica panameña que consiste en aducir testimonios que aparecen por primera vez el día de la audiencia y el establecimiento de una “período” de pruebas escritas que no existen en la práctica internacional.

En el terreno probatorio, también se discute sobre la relevancia o aplicabilidad de las Reglas IBA sobre práctica de pruebas en el arbitraje internacional y se puede establecer un calendario procesal en el que se usan los *Redfern Schedules* en una fase de producción de documentos (concepto muy distinto a un “período de pruebas”).

Es preciso indicar que la presentación de un memorial de demanda o de contestación con reconvencción con posterioridad al acta de misión (CESCÓN) o al acta de fijación de causa (CeCAP) no justifica bajo ningún término que en estos memoriales se puedan incluir reclamos no incluidos o anunciados en esos documentos. Se trata de memoriales que desarrollan las demandas anunciadas y no documento.

Con particular importancia para el calendario procesal y debido al reconocimiento por la Ley de Arbitraje de la facultad del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su competencia mediante un laudo (parcial o final) o una orden procesal, se contempla cada vez con mayor frecuencia la posibilidad de bifurcar el procedimiento, invitando a las partes a someter memoriales en materia de competencia antes de cualquier discusión sobre el fondo. Este cambio es bastante significativo en el caso de Panamá,

31. Estos intercambios académicos y profesionales iniciaron con Congreso de Arbitraje de 24 de agosto de 2012 (“Congreso de Arbitraje Internacional: Arbitraje y resolución de conflictos en grandes proyectos de infraestructura”) y Reunión del Grupo Latinoamericano de Arbitraje y siguieron con los ya famosos PANARB que reagrupan especialistas e interesados en el arbitraje desde el punto de vista profesional y académico de habla hispana y que han puesto a Panamá en el escenario del arbitraje: 5 y 6 de agosto de 2014 “ICC PANARB: Conferencia Internacional de Arbitraje en Panamá”; 17 y 18 de marzo de 2016 “ICC PANARB 2016-Conferencia Anual de ALARB-Lanzamiento para América Latina del Reporte de la Comisión de Arbitraje & ADR de la ICC sobre costos”; 30 de enero de 2018 “ICC PANARB 2018-¿Cómo lograr efectividad en el arbitraje?: Compartiendo experiencias de la ICC”.

32. Actualmente se encuentra en el Artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2017: Conferencia sobre la conducción del procedimiento y calendario procesal

1. Al preparar el Acta de Misión, o en cuanto le sea posible después de ello, el tribunal arbitral organizará una conferencia sobre la conducción del procedimiento para consultar a las partes sobre las medidas

procesales que podrían ser adoptadas de conformidad con el Artículo 22(2). Tales medidas pueden incluir una o más de las técnicas para la administración del caso descritas en el Apéndice IV.

2. Durante o después de dicha conferencia, el tribunal arbitral deberá establecer el calendario procesal que pretenda seguir en la conducción del arbitraje. El calendario procesal y cualquier modificación del mismo deberán ser comunicados a la Corte y a las partes.

3. Con el fin de asegurar de forma permanente la eficaz conducción del procedimiento, el tribunal arbitral podrá adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal, después de consultar a las partes mediante una nueva conferencia sobre la conducción del procedimiento o de cualquier otra forma.

4. Las conferencias sobre la conducción del procedimiento pueden realizarse mediante una reunión personal, por videoconferencia, por teléfono o por otra forma similar de comunicación. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral determinará la forma en la que la conferencia será realizada. El tribunal arbitral puede solicitar a las partes que presenten propuestas para la conducción del procedimiento con antelación a una conferencia de conducción del procedimiento, y puede solicitar la presencia de las partes en persona o a través de un representante interno.

en donde se sigue mucho el concepto de que el tribunal tendría que pronunciarse definitivamente sobre su competencia en el acta de fijación de causa o en el acta de misión. No hemos observado que se haya contemplado otro tipo de bifurcación (por ejemplo, responsabilidad y daños), pero el nacimiento de una práctica y el manejo de la bifurcación como técnica que puede extenderse al manejo eficiente de arbitrajes complejos en los que existen otros temas divisibles.

La técnica de redacción del acta de fijación de causa o el acta de misión, tradicionalmente compuesta de un número abundante de puntos por resolver, también ha tenido una evolución práctica en algunos casos que va hacia la simplificación de estos puntos en unos cuantos puntos generales y suficientemente abarcadores para responder a las grandes pretensiones y defensas de las partes, incluyendo una fórmula general sobre cualquier otro punto que las partes hayan sometido válidamente en el procedimiento.

Durante el procedimiento, cada vez es más común la presentación de comunicaciones y escritos por vía electrónica (como envío cierto de la comunicación), eliminando la exigencia de la presentación física, salvo algunas excepciones. Sobre este punto, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje ha sido de gran utilidad para cristalizar esta práctica a nivel legislativo.

Aparte de la organización de la fase escrita, se ha observado igualmente que se celebra una conferencia para la celebración de la audiencia (*pre-hearing conference*) y se puede observar en algunas reglas sobre audiencia que el tiempo de interrogatorio directo (realizado por la parte que presenta el testigo) tiende a ser reducido en beneficio del contrainterrogatorio (realizado por la parte contra la cual el testimonio ha sido presentado), lo que es entendible en el contexto en que la prueba testimonial directa ya ha sido presentada por escrito y sólo queda poner el testimonio a prueba ante el adversario.

Finalmente, no puede dejarse a un lado que toda esta evolución ha tenido sus efectos positivos en la técnica de redacción de laudos, sobre la cual la práctica internacional del arbitraje mantiene un estándar muy alto en relación con la calidad de la redacción, la toma en consideración de los argumentos de las partes y de la motivación del tribunal en relación con sus decisiones³³.

Los temas arriba descritos constituyen sólo algunas ilustraciones que reflejan nuestras propias observaciones y escuchas; seguramente habrá más sobre las cuales se expresa la influencia de la práctica internacional en la práctica panameña.

Es importante indicar que existen otros temas en donde se podría explorar más la práctica internacional. En específico en el terreno de la administración del expediente,

reemplazando el sistema de “foliado de cada página del expediente” (insostenible en arbitrajes de alta complejidad que contienen cientos de miles de páginas) por el mantenimiento electrónico de escritos, pruebas fácticas y jurídicas enumeradas por “anexo” (Anexo del Demandante N°. X o Anexo C-X / Anexo del Demandado N°. X o Anexo R-X) y declaraciones testimoniales y reportes de experto. Este tema, de vital importancia para los casos complejos, requerirá una evolución a corto plazo.

Conclusiones y reflexiones finales

Esta demostración no científica y sobre la base de observaciones directas e informaciones obtenidas de operadores del arbitraje panameño, permite afirmar que la práctica panameña del arbitraje ha evolucionado y sigue evolucionando nutriéndose con técnicas arbitrales, parámetros y reglas desarrolladas en el contexto de la práctica internacional del arbitraje. Todavía falta camino por recorrer, pero la tendencia mundial ya ha penetrado la práctica panameña. Pensamos que la vía tomada es la más conveniente para el desarrollo del arbitraje panameño.

En relación con la expansión general de la práctica internacional del arbitraje, algunos podrían tener el temor de que la evolución de esta práctica – hoy bastante democratizada y cristalizada en instrumentos de *soft law*, reglamentos de instituciones y otros documentos – produce una **codificación** que desnaturaliza la flexibilidad que caracteriza el arbitraje, que quedaría asimilado a un proceso judicial codificado. En el estado actual de las cosas, este temor es infundado: el éxito de los instrumentos de *soft law* que han intentado “codificar” la práctica arbitral internacional se debe precisamente a que el contenido material de las reglas o guías son flexibles y toman en consideración la diversidad, otorgando un margen de decisión importante al árbitro y no preocupándose tanto por su aplicación mecánica. Como mencionamos, lo que caracteriza la práctica internacional del arbitraje es su espontaneidad y la posibilidad de adaptar reglas y modelos armonizados por la práctica a las necesidades de cada caso concreto y a las expectativas legítimas de las partes en el arbitraje y la naturaleza del *soft law* es precisamente la flexibilidad.

En el caso específico de los cambios en la práctica panameña, algunos podrían expresar el temor de ver la práctica local panameña desmembrada en una *unificación o internacionalización* del arbitraje que le daría la espalda a la praxis y la cultura jurídica panameña. Este temor, también infundado, ignora que la práctica arbitraje internacional busca precisamente respetar y tomar en consideración la diversidad que la origina. La práctica panameña sigue y seguirá siendo siempre la práctica panameña del arbitraje, pero perfeccionada con conceptos, parámetros y reglas emanadas de una experiencia sólidamente demostrada, diversa y multicultural que armoniza el idioma arbitral sin imponer una cultura sobre la otra.

En definitiva, se puede afirmar que la incorporación de elementos de la práctica internacional del arbitraje es directamente proporcional con el reconocimiento de

33. Sobre el particular, v. Carlos A. Arrue Montenegro, “Reflexiones sobre la motivación de laudos arbitrales en el derecho panameño”, Revista del Club Español del Arbitraje N°. 35, 2019, p. 155-171, especialmente N° 93-94.

Panamá como plaza de arbitraje internacional. La experiencia enseña que la aprobación de una ley de arbitraje moderna como la Ley de Arbitraje es insuficiente para consolidar a un país o ciudad en plaza de arbitraje internacional. Los elementos decisivos para lograr este objetivo son más reales y humanos que puramente legales.

En este contexto, el desarrollo de una práctica local caracterizada por la utilización constante de las prácticas comúnmente adoptadas por los operadores internacionales ofrece un marco flexible, previsible y estable que genera confianza en el arbitraje local. En conjunto con otras consideraciones³⁴, esta confianza de que se está hablando el mismo idioma (el arbitral) son decisivos para que los operadores extranjeros elijan a Panamá como sede de su arbitraje, ya sea administrado por instituciones locales o extranjeras.

El desafío queda ahora en manos de los árbitros y los abogados panameños de continuar su formación arbitral, adaptándose e incluso siendo agentes de cambio hacia mejores prácticas arbitrales.

34. Entre ellos, la estabilidad del sistema judicial en relación con el arbitraje.



Felicitamos a ICC por la conmemoración de sus 100 años de fundación

P.H. Plaza Banco General, Piso 15
Tel: (507) 223-2733
P.O. Box 0823-04684 Panamá, Rep. de Panamá
www.katzzylopez.com • kalop@katzzylopez.com

Siempre es posible una mejor solución, nuestra especialización es presentarla.



GONZALEZ REVILLA Y ASOCIADOS
ABOGADOS DESDE 1980

FIRMA BOUTIQUE DE ARBITRAJE Y MÉTODOS ALTERNOS
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

www.gralaw.com

San Francisco: Calle 78 Este | Local C | (+507) 270-7251
Correo: info@gralaw.com | P.O.Box: 0830-00482 | República de Panamá

Las reglas de Praga. Un análisis crítico

Antonio Bravo Taberné

Partner en Eversheds Sutherland Nicea, España
Experto en Litigación y Arbitraje Internacional
Head de la Eversheds Sutherland LatAm Alliance

Introducción

Recientemente, en concreto a finales de 2018, el mundo del arbitraje internacional asistió a uno de los hitos más importantes de los últimos años: se publicaba la versión final de las llamadas “Reglas sobre la Conducción Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional”, a las que al día de hoy se conoce ya mundialmente como las “Reglas de Praga”¹.

Fue en la IV Confederación de la Asociación Rusa de Arbitraje, celebrada en abril de 2017, en la que se concluyó sobre la necesidad de contar con normas alternativas a las ya existentes en materia de prueba. Poco después, en concreto en el mes de enero de 2018, se publicaba un primer borrador de dichas normas, que como se ha dicho vieron su versión final antes de que terminara ese mismo año.

Como es bien sabido, la elaboración y publicación de las llamadas Reglas de Praga forma parte del esfuerzo que en los últimos años se viene haciendo para responder a la necesidad de armonización de las normas procesales aplicables en el ámbito del arbitraje internacional.

En efecto, en la esfera del arbitraje internacional a menudo confluyen abogados, partes y árbitros que provienen de sistemas legales muy diferentes, lo que habitualmente genera problemas de entendimiento a nivel práctico sobre la forma de tramitarse los procedimientos y, en concreto, sobre la forma de proponer y practicar la prueba.

Estos desencuentros son aún más relevantes cuando en un mismo arbitraje internacional confluyen partes, abogados o árbitros que proceden de sistemas legales de *common law* y *civil law*, en los que como se sabrá la configuración de los procedimientos se asienta sobre principios completamente diferentes: en uno el papel mientras que en los sistemas de *common law* se le otorgan al tribunal un mayor protagonismo en relación con la proposición y la práctica de la prueba, mientras que en otro el tribunal tiene un rol únicamente pasivo, de recepción, aceptación y análisis de las pruebas que las partes proponen y practican.

Estos problemas desacuerdos, que generan ineficiencias y retrasos en los procedimientos, pretenden solucionarse con la elaboración de normas internacionales uniformes que arrojen luz sobre los anteriores aspectos.

Las Reglas de Praga no son, por lo demás, el primer catálogo de normas transnacionales en este esfuerzo de armonización del derecho procesal aplicable al arbitraje internacional. Con el mismo objetivo, en el pasado se han publicado otras reglas similares, de las cuales hay que destacar las “Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional”, publicadas en mayo de 2010², también las Directrices de la IBA sobre la Representación de Parte en el Arbitraje Internacional.

En concreto, y según exponen las propias Reglas de Praga en su Nota Inicial, el objetivo primordial de las mismas es de mejorar la conducción eficiente de los procedimientos arbitrales con el fin de reducir tanto la duración de los mismos como el coste que las partes invierten en éstos, y ello se pretende potenciando un papel más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos.

Ambas cuestiones, como resulta evidente, están por lo demás directamente relacionadas con la forma de organizar la práctica de la prueba en el procedimiento: en efecto, suele ser en la fase de preparación y práctica de la prueba en la que más tiempo se pierde y en la que las partes dedican mayores esfuerzos económicos.

A continuación se explicarán brevemente las disposiciones más importantes de las contenidas en las Reglas de Praga, al tiempo que se van comentando éstas, para finalmente sacar unas breves conclusiones sobre su carácter práctico y su utilidad en el panorama del arbitraje internacional.

Análisis Crítico de las Reglas de Praga

En lo sucesivo iremos comentando uno por uno el contenido de los distintos artículos de las Reglas de Praga, dando nuestra opinión sobre la razonabilidad de las distintas

1. Su texto en distintos idiomas se encuentra accesible en la página oficial de las Reglas de Praga, a la que se puede acceder en el siguiente link: <https://praguerules.com/publications/>.

2. Su texto se encuentra accesible en la página de la IBA, a la que se puede acceder en el siguiente enlace: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

reglas que establecen éstos. Dependiendo de la importancia que le concedamos a cada uno de ellos, nos extenderemos más o menos en la exposición de cada uno de ellos.

Aplicación de las Reglas de Praga (Artículo 1)

El primer artículo de las Reglas establece básicamente que éstas pueden aplicarse por acuerdo de las partes antes de que comience el procedimiento arbitral, o en un momento posterior del mismo. Hasta aquí se trata tan sólo de una obviedad, puesto que la autonomía de la voluntad de las partes les permite sujetar la tramitación del procedimiento a cualesquiera reglas que decidan aplicar.

En el segundo apartado, el texto de las Reglas establece que el tribunal arbitral podrá aplicar estas reglas “de oficio”, después de haber oído a las partes. Esto es bastante más criticable, ya que como es bien sabido la piedra angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, y por lo tanto para la sumisión a cualesquiera reglas procedimentales debe de constar el consentimiento de ambas partes.

Quedaría por analizar cuál es la mejor manera de potenciar el uso de este tipo de reglas de forma que su utilización sea habitual en la práctica. No parece razonable que las partes vayan a pactar la aplicación de estas reglas ya desde la firma del convenio arbitral o como parte de la cláusula de arbitraje de un contrato. Más bien, parece que para que la aplicación de estas reglas verdaderamente sea uniforme en el mercado, son las distintas instituciones arbitrales las que deberían de “adoptarlas” como parte de sus reglamentos, o bien que los propios árbitros, a la hora de establecer el calendario de actuaciones y las reglas procedimentales, las “ofrezcan” a las partes como parte de la normativa procesal que regulará el procedimiento arbitral.

La Iniciativa del Tribunal Arbitral y la “reunión previa” (Artículo 2)

El artículo 2º introduce el mecanismo que, a nuestro modo de ver, es el mejor acierto de las Reglas de Praga y que verdaderamente contribuiría a generar una mayor eficiencia, y un ahorro de costes y tiempos en el desarrollo de los procedimientos.

El artículo prevé que, una vez el tribunal arbitral se haya hecho cargo de las posiciones de ambas partes, se celebre entre las partes y el tribunal una “reunión previa” en la que las partes deberán aclarar sus respectivas posturas sobre las pretensiones que ejercitan, los hechos controvertidos y los no controvertidos, y los fundamentos legales que en definitiva se basa el procedimiento.

Como se decía, creemos que al contrario de lo que ocurre con algunas otras de las normas contenidas en las Reglas, ésta sí contribuiría decisivamente a una

mayor eficiencia en la tramitación de los procedimientos arbitrales. En efecto, en el ámbito del arbitraje internacional es muy habitual que los procedimientos incluyan largas audiencias de juicio –a menudo duran varios días– en las que las partes proponen y practican interminables medios de prueba, en un esfuerzo de los letrados defensores de cubrir absolutamente todos los puntos de posible controversia entre las partes.

En muchos casos, esto se debe a que las partes, a pesar de haber fijado sus respectivas posiciones en los escritos rectores, no tienen claro qué hechos o que argumentos se aceptan de contrario y por lo tanto no requieren de ninguna prueba posterior. A menudo hay multitud de detalles y cuestiones jurídicas sobre los que las partes no se han pronunciado expresamente, y que pueden ser decisivos para decidir la controversia.

Esto, a su vez, genera una cierta imprecisión o vaguedad sobre las líneas de defensa que van a seguir las partes, y ello hace que el tribunal arbitral, a la hora de decidir sobre la prueba propuesta por las partes, acepte absolutamente todo lo propuesto, ante el peligro de limitar el derecho a la defensa de las partes. Ello también hace que el tribunal arbitral encuentre muchas dificultades para guiar los interrogatorios de testigos, partes y peritos durante la audiencia, y que al no estar claro el objeto de la controversia, los interrogatorios se alarguen hasta la saciedad.

Sin embargo, entendemos que esta “reunión previa” entre las partes y el tribunal arbitral podría ser enormemente útil para confirmar qué hechos son admitidos por ambas partes y por lo tanto no requieren de prueba posterior, y, por el contrario, qué hechos o qué extremos son los puntos clave de la controversia”, delimitando así el objeto de controversia y evitando que en la audiencia posterior se discuta, como es tan habitual, sobre absolutamente todo.

Entendemos además que tiene todo el sentido que el tribunal arbitral “guíe” a las partes y, tal y como establece el apartado 2.4. de las Reglas, indique a las partes cuáles son los puntos que entiende no controvertidos y los que entiende son discutidos, indique los medios de prueba que podría entender adecuados para acreditar éstos, y confirme con éstas el fundamento legal que entiende sustenta las pretensiones de cada una de ellas.

Como resultado de esta “reunión previa”, queda correctamente delimitado cuál es el verdadero objeto de la controversia y cuáles son los puntos claves en los que ésta se centra. Entonces, las partes se encuentran en una mejor posición para proponer la prueba que realmente sirve para probar estos puntos determinados, y dejar de lado el resto de las pruebas “inútiles” con la seguridad de que la parte contraria no va a tratar de controvertir algún hecho o aspecto que aceptó en un primer momento.

En este sentido, y yendo más allá del texto de las Reglas, creemos que como resultado de esta “reunión previa” podría confeccionarse algún tipo de documento por parte del tribunal arbitral que deje constancia de los hechos aceptados por las partes y de los controvertidos, así como de los puntos clave de la discusión. Una vez confeccionado dicho documento, ambas partes podrían firmarlo en señal de aceptación. Este documento serviría para guiar la proposición de la prueba y también serviría al tribunal para poder fundamentar con suficiente seguridad un rechazo de alguna prueba propuesta por las partes por no tener incidencia en el resultado del procedimiento o no ser necesaria para acreditar los hechos que realmente son controvertidos.

Todo lo anterior contribuiría a que las audiencias de juicio sean más breves, más centradas en los verdaderos puntos de fricción entre las partes, y por lo tanto a que la tramitación del procedimiento sea más rápida y que las partes dedicaran menores esfuerzos económicos.

La utilidad de esta “reunión previa” queda confirmada, a nuestro modo de ver, por el hecho de que multitud de sistemas procesales contemplan algún tipo de trámite similar. En el caso español, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española establece una “Audencia Previa” que tiene básicamente el objetivo descrito anteriormente: intentar un acuerdo extrajudicial entre las partes, resolver las cuestiones procedimentales que puedan haberse planteado, delimitar los términos de la controversia que serán objeto de prueba en la audiencia, y en base a éstos, proponer la prueba que realmente sea útil para acreditarlos.

Capacidad del tribunal de proponer pruebas (Artículo 3)

El artículo 3º de las Reglas pretende dar al tribunal arbitral una mayor proactividad a la hora de (i) establecer aquellos hechos que consideren relevantes para la resolución de la controversia y (ii) proponer pruebas dirigidas a acreditar los mismos.

Respecto de la primera facultad, hemos de decir que en nuestra opinión es acertada. De hecho, tal y como se apuntaba en el apartado anterior, creemos muy recomendable incluir una fase en los procedimientos arbitrales en la que el tribunal, con ayuda de las partes, delimite el objeto de la controversia y los hechos propiamente controvertidos. Cualquier esfuerzo en este sentido entendemos es razonable y potencia una mayor eficiencia en términos de la posterior proposición, admisión y práctica de la prueba.

Ahora bien, la segunda de las facultades que refleja el artículo 3º nos parece mucho más criticable, pues parece conceder al árbitro una facultad de proponer a las partes “de oficio” la aportación de pruebas documentales que considere

relevantes, así como el nombramiento de peritos judiciales, o adoptar otras medidas en términos de prueba que considere apropiadas para la determinación de los hechos.

Y decimos que nos parece criticable conceder a los árbitros esta facultad tan amplia porque, a la hora de la verdad, es razonable esperar que los árbitros quieran disponer de toda la prueba posible a fin de tomar una decisión más fundada, con el fin de ganar en seguridad de sus decisiones y, por ende, evitar responsabilidades en el desempeño de su labor como tribunal.

Este afán de asegurar, en todo lo posible, la corrección de su decisión podría suponer que los árbitros, a fin de ganar en seguridad, se excedan de lo que sería razonable esperar y traten de traer al procedimiento tantas pruebas como les parezcan oportuno y necesario, generando de esta manera gastos innecesarios para las partes que, temerosas de “llevar la contraria” al árbitro, en la mayoría de los casos aceptarán aportar y traer al procedimiento todas las pruebas que el tribunal arbitral pueda requerir.

Creemos, por lo tanto, que al margen de que el árbitro pueda fijar los hechos controvertidos y sugerir o dar alguna idea a las partes sobre la forma de acreditar sus respectivas posturas, en este punto sería más inteligente no dejar en manos de los tribunales arbitrales la decisión sobre las pruebas que deban aportarse o no al procedimiento.

La prueba documental (Artículo 4)

El artículo 4 de las Reglas de Praga, también contiene una de las disposiciones que consideramos más importantes de cara a la mejora de la eficiencia en el arbitraje internacional.

En efecto, esta disposición establece que como regla general deberá de excluirse de los procedimientos arbitrales la conocida figura del “disclosure”, más propia de los sistemas de *common law* y que supone una exhibición entre las partes de toda la documentación interna relativa al caso en disputa, que en la práctica conlleva un incremento muy considerable en términos de costes y duración del procedimiento.

Para el caso de que las partes, de forma excepcional, necesiten requerir a la parte contraria la exhibición de determinados documentos, las Reglas prevén que deberá de justificarse que dichos documentos son determinantes para la resolución del caso y la imposibilidad de obtenerlos de cualquier otra manera.

Como se decía, ésta es una de las disposiciones más acertadas que las Reglas disponen, ya que a través del disclosure, que es tan habitual en los sistemas

de *common law*, se tiende a ampliar el objeto de la disputa en vez de limitarlo, y además se obliga a ambas partes a realizar un extenso y detallado análisis a través de enormes volúmenes de documentos, la mayoría de los cuales son, en último término, completamente inútiles para la disputa.

Los testigos (Artículo 5)

En relación con los testigos y sus declaraciones, las Reglas establecen una serie de disposiciones que pretenden asegurar que los testigos que finalmente declaren en la audiencia de juicio realmente sean necesarios y útiles para resolver la controversia.

A tal efecto, las Reglas establecen que al proponer las partes los testigos que pretenden que declaren en la audiencia, deberán de explicar, concretamente, los hechos sobre los que éstos se pronunciarán, así como la relevancia de la declaración para la resolución de la controversia.

A continuación, se establece que el tribunal arbitral tendrá la facultad de rechazar la declaración de aquellos testigos que entienda no es relevante o útil para esclarecer los hechos controvertidos entre las partes.

En la línea de lo que antes se explicaba, hemos de señalar que para que este examen de la utilidad de los testigos pueda hacerse correctamente sin afectar al derecho de defensa de las partes, antes es necesario que el objeto de la controversia haya quedado adecuadamente limitado, y fijados por acuerdo entre las partes y el tribunal arbitral aquellos hechos que realmente son controvertidos entre las partes.

De otra manera, y si este análisis no ha sido correctamente realizado, el tribunal arbitral no tiene ningún tipo de criterio sobre la base del cual proceder al rechazo de unos testigos y de otros no, y se corre el peligro de que éste tome alguna decisión equivocada sobre la prueba a admitir, afectando al derecho a la defensa de las partes, lo que conlleva los consabidos problemas de posible nulidad del laudo que se dictase.

En fin, entendemos que esta facultad que se concede al tribunal arbitral para rechazar testigos es adecuada y acertada, con tal de que previamente se haya llevado a cabo el análisis pertinente que mencionábamos antes.

Además, el artículo 5º de las Reglas establecen que durante la audiencia el interrogatorio deberá de ser guiado y controlado por el tribunal arbitral, y que éste podrá rechazar las preguntas que entienda que son innecesarias, repetitivas o irrelevantes.

También consideramos un acierto este tipo de normas, pues al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, es muy habitual que durante la celebración de las audiencias los tribunales permitan que los testigos sean interrogados hasta la saciedad y sin hacer un control de las preguntas o de las líneas de interrogatorio, con lo que las audiencias se alargan innecesariamente.

Los peritos (Artículo 6)

Respecto de las pruebas periciales, las reglas otorgan al tribunal arbitral la facultad de nombrar de oficio un perito o peritos independientes que decidirán sobre las cuestiones técnicas que requieran de un conocimiento especializado.

Esta disposición nos resulta, de primeras, algo cuestionable, ya que como decíamos antes, a nuestro modo de ver la proposición de la prueba debe de quedar en manos de las partes y no del tribunal arbitral. Una cosa es que el tribunal pueda “sugerir” o “recomendar” la aportación de una determinada prueba, o expresar su opinión sobre la forma en que sería adecuado que se acreditara un determinado hecho controvertido, y otra muy distinta que el tribunal tenga la facultad, de por sí, de poder nombrar a un perito a su propio arbitrio.

Téngase en cuenta, en este sentido, lo que se decía más arriba sobre la tendencia natural que el tribunal arbitral tiene en la mayoría de los casos de “reducir la incertidumbre” y de que sus decisiones estén basadas sobre la mayor cantidad de prueba posible: esta tendencia, sumada a la posibilidad de que el tribunal arbitral nombre uno o varios peritos independientes, creemos que puede contribuir en buena medida a incrementar peligrosamente los costes del arbitraje.

Por lo demás, y aunque las Reglas establecen que en casos en los que el tribunal nombre un perito deberá de recabar la opinión de las partes sobre la persona a elegir, su expertise, etc., lo cierto es que la decisión última queda en manos del tribunal. Y esto elimina la libertad de las partes acerca de multitud de cuestiones de gran importancia respecto del perito nombrado. Por ejemplo, las partes conocen la controversia, al menos en un primer momento del procedimiento arbitral, mucho mejor que el tribunal arbitral, y por lo tanto están mejor posicionadas para decidir sobre la experiencia o cualificaciones que el perito deba de tener. O, sin ir más lejos, y ya que estamos tratando de los costes del procedimiento, véase que mediante este sistema de nombramiento de oficio las partes deben de asumir sin más los honorarios del perito nombrado por el tribunal, cuando seguramente las propias partes o sus asesores podrían encontrar mejores peritos y más económicos para llevar a cabo la pericial de que se trate. Y los honorarios de los peritos, como es bien sabido, son uno de los principales costes de cualquier procedimiento arbitral.

Como hemos comentado ya antes, éste es el principal problema que encontramos en la regulación procesal que hacen las reglas: encontramos positivo y eficiente que el tribunal gane iniciativa en la tramitación del procedimiento, pero darle demasiada iniciativa puede suponer un peligro clarísimo de que las partes pierdan el control del proceso y de sus costes.

Sí vemos bastante interesante la previsión que se contiene en el apartado 6.7. de las Reglas, que establece que, entre los peritos nombrados por las partes (y, en su caso, por el tribunal), se pueda celebrar una reunión de trabajo conjunto en la que éstos emitan un documento en el que reflejen aquellas cuestiones en las que están de acuerdo, aquellas cuestiones sobre las que existe controversia y los motivos de discrepancia de los peritos.

Creemos que este tipo de reuniones entre peritos contribuyen y van en la línea de lo que ya hemos apuntado anteriormente en cuanto a la delimitación del objeto del proceso y la fijación de los hechos controvertidos entre las partes. Una vez celebrada esta reunión entre las partes, el tribunal conoce mejor cuáles son exactamente los puntos de discrepancia entre las partes y sus peritos, y esto le facilita al tribunal la labor de dirigir los interrogatorios en la audiencia.

Imputación de Costas (Artículo 11)

En cuanto a la imposición de costas del procedimiento, las Reglas de Praga establecen en su artículo 11º que el tribunal puede valorar la conducta procesal de las partes en la tramitación eficiente del procedimiento a fin de imponer las costas.

La anterior mención nos parece interesante, aunque poco operativa en la práctica: creemos que sería bastante audaz que un tribunal arbitral fundamentara una condena al pago de las costas del arbitraje basada en el hecho de que la parte no haya cooperado en la tramitación eficiente del arbitraje. Por otra parte, no nos parece del todo objetivo el juicio de si una parte ha cooperado en la tramitación eficiente del arbitraje o no, y nos parece que en la práctica esta subjetividad podría dar lugar a infinidad de problemas.

Sí queremos remarcar con contundencia que, en nuestra opinión, las Reglas han perdido una gran oportunidad de regular con más detalle esta cuestión de la condena en costas, tema que resulta en la práctica de tanta importancia y que afecta de lleno a la eficiencia del arbitraje internacional desde el punto de vista de costes.

En efecto, en el ámbito del arbitraje internacional es de sobras conocida la tendencia de los árbitros de ser en ocasiones “demasiado cautelosos” a la hora de dictar resoluciones contundentes o imponer las costas a alguna de las partes: a menudo los árbitros tienden a dictar laudos “salomónicos”, lo que entre otras

cosas ocurre, según nuestra opinión, por el miedo que tienen de que alguna de las partes se niegue a nombrarles en futuros conflictos: parece que dictando un laudo completamente desfavorable a una de las partes y haciendo una condena en costas contundente, su prestigio profesional se ve afectado, al menos en la consideración que la parte desfavorecida tiene del árbitro. Esta tendencia se puede apreciar de forma si cabe aún más clara en la imposición de costas del proceso: los árbitros suelen considerar que rechazar las pretensiones de una parte ya “es bastante” y a la mínima duda que exista en el procedimiento no hacen expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Y éste es, a nuestro modo de ver, otro de los problemas importantes que el arbitraje internacional tiene en términos de eficiencia económica: a menudo los clientes deben defenderse de demandas injustificadas o, al contrario, tramitar reclamaciones que están totalmente justificadas, invirtiendo en ellas importantes recursos económicos, y sin embargo no pueden recuperar de la otra parte el coste que les ha supuesto la tramitación del procedimiento. La comentada tendencia de los árbitros a dictar laudos salomónicos, y en concreto, a no hacer condenas en costas, supone un enorme perjuicio económico que contribuye a generar desconfianza en el arbitraje internacional, pues la parte victoriosa, en muchos casos, ha tenido que dedicar sumas millonarias a defenderse o a reclamar lo que en justicia le correspondía, y el balance final de los gastos incurridos ya supone de por sí una pérdida importante en su situación económica.

Por eso decimos que en nuestra opinión, las Reglas han perdido una buenísima oportunidad para tratar de establecer criterios objetivos que puedan ayudar y dar más seguridad a los árbitros para que éstos se aventuren a hacer más condenas en costas. A modo de ejemplo, entendemos que no sería irrazonable introducir reglas que aconsejen la condena al pago de las costas de acuerdo con la teoría del vencimiento, o que permitan hacer una condena en costas parcial en aquellos casos en que las pretensiones de las partes hayan sido parcialmente estimadas y parcialmente rechazadas (por ejemplo, condenar al pago del 60% de las costas si las pretensiones económicas de la parte vencedora se han estimado en esta proporción). También podrían introducirse reglas sobre la posibilidad de separar en determinados casos la demanda principal y la reconvenición, y hacer imposiciones de costas para cada una de ellas como si fueran reclamaciones independientes, en función de sus respectivas cuantías y del resultado alcanzado por ambas.

Creemos que la falta de estándares internacionales sobre estos extremos genera incertidumbre sobre la forma en que las costas han de imponerse que en modo alguno ayuda a los tribunales arbitrales a hacer condenas en costas contundentes.

En relación con lo anterior, véase que si las partes han aceptado expresamente la aplicación de las Reglas de Praga a su procedimiento, y éstas establecieran

criterios objetivos para hacer la correspondiente condena en costas, el árbitro ganaría en seguridad y certidumbre, y tendría una mayor confianza para hacer una condena en costas si tiene unas normas procesales que den soporte a sus decisiones.

Conclusiones

Del extenso análisis realizado podemos concluir que, en nuestra opinión las Reglas de Praga (o al menos algunas de sus disposiciones) podrían contribuir a mejorar la eficiencia en la tramitación de los procedimientos arbitrales.

Como se explicaba más arriba, creemos que el mayor acierto de las Reglas de Praga son aquellas disposiciones con las que se pretende que el objeto del debate entre las partes sea delimitado con anterioridad a la audiencia, de forma que en la misma se practique aquella prueba que verdaderamente sea útil y necesaria para decidir la disputa, y no se exceda de ésta generando con ello un mayor alargamiento del procedimiento y un incremento de los costes para las partes.

Es por ello que, a nuestro modo de ver, la propuesta más útil que las Reglas contienen es la celebración de la mencionada “reunión previa” en la que tendría lugar esta delimitación del objeto del proceso, y en la que las partes dejarían fijados los hechos sobre los que no existe controversia y aquellos sobre los que sí existe la misma.

Como se decía, y yendo quizás más allá de la propuesta que hacen las Reglas, en nuestra opinión resultaría de gran utilidad recoger las conclusiones sobre esta reunión previa en un documento que resulte de alguna manera vinculante para las partes. Estas conclusiones alcanzadas en la reunión previa servirán de guía en lo posterior para poder aceptar o rechazar prueba en función de su utilidad y pertinencia para la resolución de la disputa.

No obstante lo anterior, y como se explicaba más arriba, creemos que la aplicación de las Reglas depende de que su utilización sea potenciada por las propias instituciones arbitrales, que las adopten como parte de sus reglamentos o que las propongan a las partes al inicio de los procedimientos como parte de la regulación procesal que aplicará en los mismos.

Dada su reciente publicación, sin embargo, deberemos esperar todavía para comprobar si realmente, estas reglas se aplican finalmente en los procedimientos y contribuyen a hacer su tramitación más eficiente en cuanto a su duración y su coste.



VASQUEZ & ASOCIADOS



Brindamos soluciones globales,
personalizadas y confiables.

Áreas de práctica

- Litigios
- Arbitraje Nacional e Internacional
- Mediación y Conciliación
- Mercantil y Corporativo
- Concursal y Reestructuraciones
- Empresas Familiares y Grandes Patrimonios
- Inmobiliario y Bienes y Raíces.
- Migración

Tel. (507) 209.0896 / 209.2715 Fax. (507) 209.0897 www.mpvvasquezyasociados.com

est. 1989

**Atención personalizada para brindar un servicio integral
fundamentado en las altas capacidades y especialización del equipo.**

Áreas de práctica

- Litigios
- Derecho Bancario
- Concursal y Reestructuraciones
- Empresas Familiares y Grandes Patrimonios
- Mercantil y Corporativo
- Inmobiliario y Bienes y Raíces.



Fernández y
Asociados

Tel. (507) 2233715 / 2690969

www.jafernandezyassociados.com

Cien años sin soledad, las relaciones entre la CCI, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo UNCITRAL

José Antonio Caínzos

Árbitro y Socio Director del Dpto. de Litigios
y Arbitraje de Clifford Chance en España

1. Introducción

Cien años es una edad que reviste un simbolismo singular. En los seres humanos pocos son todavía los que los alcanzan y, cuando así ocurre, normalmente se convierten en el centro de una importante celebración y, en ocasiones, de un merecido homenaje.

En las instituciones es más frecuente disfrutar de una vida tan longeva, pero tampoco es algo de lo que muchas de ellas puedan presumir. Si el evento tiene lugar, es normal que su entorno profesional, económico, cultural, jurídico o político se haga eco de él y que la conmemoración sirva para repasar sus logros.

La Cámara de Comercio Internacional (**CCI**) no puede ser una excepción. Sería injusto no hacer el elogio que merece una institución capaz de alcanzar, con buena salud, una edad tan venerable pero, sobre todo, autora de una relevante aportación a la sociedad, en este caso, con alcance universal. A la hora de pasar revista a sus méritos y a sus éxitos, es fácil fijarse en su contribución al comercio internacional, a la seguridad jurídica, incluso a la paz mundial. Si el observador se centra en la Corte de Arbitraje de la propia CCI, sólo algunos años más joven, es muy probable que la mirada se centre en el número e importancia de los arbitrajes administrados, en su trascendencia económica, en la diversidad de las partes o de los árbitros intervinientes. Sin embargo, el propósito de este artículo¹ es más limitado. Parte de la base del indiscutible protagonismo que en el campo del arbitraje comercial internacional durante el último siglo han tenido la

1. Este artículo continúa la línea de estudio que inicié con la participación en una mesa redonda del Congreso de Arbitraje Internacional celebrado en San José (Costa Rica) en febrero de 2019 y que también ha dado lugar al artículo escrito para el Centro de Arbitragem Comercial de la Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, titulado “La influencia de la Convención de Nueva York en la Ley Modelo”, recientemente publicado en el libro “Arbitragem

Convención de Nueva York y la Ley Modelo y se centran en la interrelación entre CCI, la citada Convención y Ley Modelo.

En efecto, se ha escrito mucho en relación con la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras hecha en esa ciudad el 10 de junio de 1958 (**CNY**). Nadie que se dedique al arbitraje ignora su existencia y contenido. Los estudiosos de otras materias, como los internacionalistas o los procesalistas en general, también la estudian por distintas razones, especialmente por considerarla el paradigma del éxito de un tratado internacional, dado el número de países que se han adherido a ella. Son muchos los elogios que ha recibido por su contenido jurídico y por los efectos que ha producido. Probablemente casi todos ellos sean merecidos.

En los últimos años no han faltado algunas críticas que consideran este convenio como una pieza a reformar dados los años transcurridos desde su aprobación, los cambios habidos en el arbitraje internacional, la jurisprudencia existente en países de reconocida raigambre arbitral y, en general, la apremiante urgencia con que se viven en el mundo actual las transacciones comerciales y sus efectos económicos. Fruto de estas inquietudes es, entre otras manifestaciones, el Miami Draft preparado por Albert Jan van den Berg².

Por su parte la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (**CNUDMI**, en las siglas en español; **UNCITRAL**, si se utilizan en inglés) el 21 de junio de 1985³ (en adelante, la **Ley Modelo**) es un producto que también ha tenido una enorme repercusión en la extensión del arbitraje internacional y que cuenta con una excelente reputación. De ella, se han hecho enormes alabanzas por cuanto ha servido como verdadero espejo en el que muchas legislaciones nacionales se han mirado con distintos objetos: copiarla literal e íntegramente, adaptarla a las peculiaridades del país o servir como inspiración para la elaboración de la norma local sobre esta materia. Otro aspecto que se destaca es haber servido como vehículo para una deseable homogeneización de las leyes de arbitraje de muchos Estados. En verdad puede decirse que, aunque no es el único camino para ello, la adopción de la Ley Modelo en un determinado territorio, se considera como una suerte de “*certificado de calidad*” de la regulación del arbitraje en ese país.

Comercial. Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”, coordinado por Antonio Menezes Cordeiro, Edições Almedina S.A. Junio, 2019.

2. El texto del *Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards* (Miami Draft), la Explanatory Note preparada por Albert Jan van den Berg y la presentación del mismo autor hecha el 31 de octubre de 2009 en Miami Beach titulada “A New York Convention for the Next Fifty Years” pueden encontrarse en <http://www.newyorkconvention.org/draft+convention>

3. Uno de los artículos que se centran en este tema es el escrito por Renaud Sorieul “*The influence of the New York Convention on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*” 2 *Dispute Resolution International* 27 (2008). En él se afirma “*For the drafters of the Model Law, the Convention was not only a constant source of inspiration (I) but also a scope-setting and structuring model, with some provisions in the Model Law referring directly to the New York Convention (II)*”.

En este artículo nos vamos a centrar en dos temas: el primero es el camino seguido hasta la aprobación de la CNY, haciendo especial referencia al rol de la CCI. El análisis de la relación entre la CCI y la CNY no sería completo si no nos remontásemos a los primeros años de la CCI y a su influencia en la aprobación de dos instrumentos de enorme interés para comprender lo que es la CNY, cómo se llegó a ella y las razones que explican algunos de los aspectos que todavía hoy son más debatidos. Me refiero al Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial del 24 de septiembre de 1923 (el **Protocolo de 1923**) y a la Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 26 de septiembre de 1927 (la **Convención de 1927**), integrantes de la que habitualmente se denomina los **“Acuerdos de Ginebra”**. El segundo tema que abordaremos es la influencia de la CNY en la Ley Modelo.

2. El nacimiento de la CCI y los Acuerdos de Ginebra

No es casualidad que los mayores avances del arbitraje comercial internacional se hayan producido inmediatamente después de las dos grandes Guerras Mundiales del siglo XX. La cronología que seguiremos en este artículo da cuenta de ello. Y la razón por la que se producen progresos, en esos momentos, es precisamente el deseo de evitar una nueva catástrofe parecida, a través de instrumentos que faciliten la pacífica relación entre los Estados y su progreso económico⁴.

La Primera Guerra Mundial finaliza el 11 de noviembre de 1918. En 1919 se celebra en Atlanta la Conferencia Internacional de Comercio de la que resulta el compromiso de crear la Cámara de Comercio Internacional. Poco después, en 1923, se crea la Corte Internacional de Arbitraje en el seno de la CCI⁵. Precisamente en ese año se aprueba el Protocolo de 1923. Cuatro años después, en 1927, se aprueba la Convención de Ginebra, en ambos casos en el seno de la actividad de la Sociedad de Naciones (antecedente de la actual Organización de Naciones Unidas, **ONU**) creada también en 1919 por el Tratado de Versalles.

Son varios los autores que dan fe del protagonismo de la CCI en esta etapa. El ya citado Dr. Briner, al afirmar que la CCI participó en la redacción de estos Acuerdos es solo

uno de ellos⁶. Otra buena conocedora de la CCI y reconocida árbitro, Dyalá Jiménez Figueres, recuerda que la CCI ayudó activamente a su elaboración y a la de la CNY⁷. La Directora para América Latina de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Katherine González Arrocha, ha explicado detenidamente el proceso que condujo a la aprobación de la CNY⁸.

Giacomo Marchisio⁹ hace especial mención a la importancia de los esfuerzos diplomáticos de la CCI para conseguir el éxito que supuso la aprobación de los Acuerdos de Ginebra.

Pero probablemente es Gary Born, uno de los tratadistas más reconocidos en el mundo arbitral, quien se ha detenido con mayor detalle en esta fase¹⁰. Este autor no duda en calificar el papel de la CCI como clave.

6. Briner, op. cit. pág. 9: “The ICC also worked closely with the competent organs of the League of Nations in drafting the Protocol on Arbitration Clauses (Geneva, 1923) and the Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, (Geneva, 1927)”.
7. Dyalá Jiménez Figueres “Las Convenciones anteriores a la Convención de Nueva York: discusiones y problemas” en “La Convención de Nueva York” en “El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario”. Guido S. Tawil y Eduardo Zuleta (Directores), 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 1, dice: “No es raro entonces que haya sido la CCI -la organización internacional del gremio comercial- la que participara activamente con la Organización de las Naciones Unidas – o su antecesora, la Liga de las Naciones - en la elaboración tanto de la llamada Convención de Nueva York como en la de sus dos predecesoras: el Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial del 24/9/1923 (Protocolo de 1923) y la Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 26/9/1927 (Convención de 1927)”.
8. Katherine González Arrocha, “Intención de las partes con la Convención de Nueva York. Principales temas y discusiones que llevaron a su nacimiento” en “El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario”. Guido S. Tawil y Eduardo Zuleta (Directores), 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, págs. 17 y 18, hace un relato detenido de los antecedentes de la CNY y de la importancia de la CCI en todas las fases previas a su aprobación, a la vez que aporta una interesante bibliografía: “El Desarrollo del arbitraje en los años veinte se vio marcado principalmente por dos dificultades. La primera era que en muchos países no se reconocía la validez de un acuerdo o cláusula arbitral por medio de la cual las partes deciden someter litigios futuros a la instancia arbitral. Estos países exigían la firma del llamado “compromiso arbitral” una vez que el litigio había surgido entre las partes. Este problema se agravaba cuando se trataba de un arbitraje internacional. La segunda dificultad se relacionaba con la ejecución y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Con el objetivo de superar estas dificultades surgen dos importantes Convenios, los cuales fueron el fruto de una iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional. El primero de ellos fue el Protocolo Relativo a las Cláusulas Arbitrales en Materia Comercial, suscrito en Ginebra el 24/9/1923. Este Protocolo hace una mención expresa a “compromiso” y a “cláusula arbitral”. Así, al suscribir el protocolo, los Estados signatarios reconocían la validez tanto del compromiso como de la cláusula arbitral (art. 1º, inc. 1º, del Protocolo. El contenido de este artículo sería incorporado posteriormente en los arts. II y V [d] de la Convención de Nueva York con algunos cambios menores). Teniendo en cuenta que este Protocolo no regulaba lo relacionado con el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en virtud de los acuerdos de arbitraje comprendidos dentro de él, se adopta en 1927 la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales”.
9. Giacomo Marchisio “The Notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law, and the UNCITRAL Model Law”; International Arbitration Law Library, Volume 44, Kluwer Law International, pág. 28 dice: “The diplomatic efforts of the ICC under the leaderships of Clémentel led to the successful conclusion of the 1923 Geneva Protocol on Arbitration Clauses (Geneva Protocol). Similar circumstances led to the drafting of the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 (Geneva Convention), an ancillary instrument to the Protocol on Arbitration Clauses that was concluded with a view to fostering the effectiveness of arbitral decisions, allowing the enforcement of awards in jurisdictions other than the one in which the arbitration took place. The first sign of the revolution in states’ perception of arbitration thus became apparent”.
10. Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), Kluwer Law International, 2014, pág. 22. “In the international context, the newly-founded International Chamber of Commerce (established in 1919) played a central role in efforts by the business community to strengthen the legal framework for international arbitration”.

4. El antiguo presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI, Robert Briner, lo ha expresado muy claramente en su ponencia “Philosophy and objectives of the Convention”, en “Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects”, United Nations, New York, 1999, pág. 9: “International commercial arbitration is the servant of international business and trade”. Florian Grisel en “Treaty-Making between Public Authority and Private Interests: The Genealogy of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, The European Journal of International Law (2017) Vol. 28 n° 1, págs. 75 y 76, se refiere al propósito que guió a la CCI diciendo: “The primary purpose of the ICC has been to promote global peace by private means; its founders described themselves as ‘merchants of peace’ and the ICC characterized itself as a ‘private institution for public welfare’. In its current constitution, the ICC still refers to ‘greater global prosperity and peace among nations’ as its ‘foundational objective’”.
5. Briner, op. cit. pág. 9: “It was therefore only normal that the newly created International Chamber of Commerce (ICC) in 1923 set up an arbitration system in order to encourage the settlement of disputes arising from international trade”.

En suma, no son necesarios más testimonios para acreditar el relevante papel de la CCI en la elaboración de estos instrumentos internacionales. Veamos ahora, siquiera brevemente, en qué consisten tales documentos.

El Protocolo de 1923, que contiene cuatro artículos sobre la materia sustantiva objeto del mismo, se refiere a las cláusulas de arbitraje en los artículos 1 y 4. En ellos se anticipa el contenido de lo que en la CNY es el artículo II (apartados 1, 2 y 3). Aunque las diferencias entre ambos textos son notables, como más adelante veremos, la regulación del Protocolo se caracteriza por:

- Se admite la validez de los acuerdos de arbitraje entre partes sujetas a la jurisdicción de distintos Estados.
- El acuerdo arbitral puede incluir todas o alguna de las diferencias entre partes.
- La cláusula de arbitraje se puede referir a diferencias actuales o futuras.
- Tales diferencias deben nacer del seno de un contrato.
- Los contratos en los que se produzcan estas diferencias son los relativos a asuntos comerciales o cualquier otra materia susceptible de arreglo por arbitraje.
- Los Estados se reservan el derecho a calificar los contratos como comerciales según el derecho nacional.
- Se establece la obligación de los tribunales nacionales de remitir a las partes a arbitraje en caso de existencia de cláusula arbitral.

La importancia del Protocolo no siempre ha sido suficientemente ponderada, pero es destacable¹¹, desde diversos puntos de vista.

No obstante, pronto se ve que la regulación del Protocolo de 1923 es insuficiente en materia de ejecución de sentencias arbitrales (su artículo 3 sólo se refiere a la ejecución de las dictadas en el Estado en el que se van a ejecutar). De ahí la aparición de la Convención de 1927 que sólo puede ser ratificada por los miembros de la Sociedad de Naciones que hubieran ratificado el Protocolo de 1923. Los cinco primeros artículos de la Convención de 1927 son los que nos interesan particularmente y en ellos destacan estos datos:

- Se vincula al Protocolo de 1923 en lo relativo al acuerdo de arbitraje.
- Se refiere a la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, dando así un importante paso en relación con el Protocolo de 1923.

- Sólo se puede ejecutar la sentencia, en el país donde se hubiera dictado fuera final, es decir, no fuera susceptible de impugnación o recurso por ningún medio.
- No se puede ejecutar la sentencia anulada en su país de origen.
- Establece ciertas causas de oposición al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral que no permiten entrar en la revisión del fondo del laudo.

En suma, estos Acuerdos de Ginebra “*perseguían satisfacer la necesidad de dotar de fuerza legal, de manera uniforme, al acuerdo arbitral y al laudo. Así, mediante la ratificación del Protocolo de 1923, los Estados se comprometían a reconocer el acuerdo arbitral y a remitir a arbitraje los casos que fueran sometidos a sus tribunales desconociendo un acuerdo arbitral previo. Por su lado, la Convención de 1927 logró que los Estados se obligaran a ejecutar los laudos arbitrales que resultaran de arbitrajes basados en acuerdos arbitrales cubiertos por el Protocolo de 1923*”¹².

Pero la Convención de 1927 tampoco era perfecta.

Diversos autores han señalado que el principal problema de la Convención de 1927 provenía de la necesidad del doble exequátur, es decir, había que probar primero que en el país de origen el laudo era firme y después tenía que obtenerse el exequátur en el país de la ejecución para poder afrontar esta fase¹³.

A pesar de esas limitaciones, los Acuerdos de Ginebra sirvieron como elemento inspirador para algunas legislaciones nacionales pro-arbitraje.

3. El papel de la CCI en la elaboración de la Convención de Nueva York

Aunque el Protocolo de 1923 y la Convención de 1927 suponían un considerable avance para el arbitraje internacional, las circunstancias tras la Segunda Guerra Mundial eran muy distintas a las de la segunda década del siglo XX. Había coincidencia en que las necesidades del comercio internacional exigían dar un paso más para facilitar la ejecución de los laudos. Una vez más la CCI tuvo un papel destacado a la hora de avanzar en esta línea.

El primer mérito de la CCI fue proponer que se redactara una nueva Convención para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, como recuerda uno de

11. Gary B. Born op. cit. págs. 22 y 23 “*The Geneva Protocol played a critical – if often underappreciated – role in the development of the legal framework for international commercial arbitration. Among other things, the Protocol laid the basis for the modern international arbitral process, requiring Contracting States to recognize, if only imperfectly, the enforceability of specified international arbitration agreements and arbitral awards*” ... “*the Geneva Protocol planted the seeds for a number of principles of profound future importance to the international arbitral process including the presumptive validity of agreements to arbitrate future (as well as existing disputes, the obligation of national courts to refer parties to arbitration, the concept of arbitrating “commercial” disputes and disputes “capable of settlement by arbitration,” and the obligation to recognize international arbitration agreements on an equal footing with domestic arbitration agreements*”.

12. Dyalá Jiménez Figueres op. cit. pág. 2.

13. Emmanuel Gaillard “*El espíritu de la Convención de Nueva York*”, Spain Arbitration Review, nº 34/2019, págs. 9 y 10: “*Con motivo del sexagésimo aniversario de la Convención, es útil reflexionar sobre algunas de las herramientas utilizadas por los redactores de la Convención para alcanzar su objetivo principal, a saber, reformar el antiguo sistema existente bajo la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927 (la “Convención de Ginebra de 1927”) para eliminar obstáculos innecesarios para el reconocimiento y la ejecución, y para maximizar la circulación de los laudos arbitrales extranjeros. Para alcanzar esta meta, los redactores buscaron alcanzar los siguientes objetivos principales: crear una presunción relativa a la naturaleza vinculante de los laudos, derogar el requisito de doble exequatur, invertir la carga de la prueba sobre las condiciones para el reconocimiento y la ejecución de los laudos, y permitir a los tribunales de los Estados Contratantes hacer uso de su discreción para rehusarse a reconocer o ejecutar laudos arbitrales extranjeros de*

los testigos presenciales del proceso que llevó a la aprobación de la CNY, considerado por muchos como “el padre” de esa Convención, Pieter Sanders¹⁴.

El segundo logro que hay que reconocer a CCI es que fue quien elaboró en 1953 el primer borrador al que posteriormente nos vamos a referir en detalle y de cuya importancia no se puede dudar (**Borrador CCI**)¹⁵, porque, entre otras cosas, sirvió para abrir la discusión.

El tercero es que sus tesis siempre fueron las más avanzadas en beneficio del comercio internacional, algo que hoy resulta más actual que nunca, pero sin desprestigiar los elementos más importantes de los Acuerdos de Ginebra, que aprovechó, enmendó y enriqueció.

Cuarto, porque el avalar desde el punto de vista de una organización empresarial que ya contaba con una dilatada experiencia en arbitraje internacional, parte de los textos acordados por algunos Estados en la década de los veinte, permitió a la ONU contar con la tranquilidad de que el texto que se iba a debatir contaba con el respaldo de una representación muy significativa de los actores económicos internacionales.

acuerdo con las causales enumeradas en el Artículo V. Habiendo sentado estas bases pro-ejecución, los redactores fueron un paso más allá y establecieron un “tope”, o nivel máximo de control, prohibiendo a los Estados Contratantes imponer condiciones más onerosas para el reconocimiento y la ejecución que aquéllas impuestas por la misma Convención. De otra parte, la Convención permite a los Estados Contratantes adoptar requisitos más liberales que aquéllos impuestos por la Convención. El sesgo pro-ejecución de la Convención de Nueva York está consagrado en el Artículo VII, conocido como la cláusula del “derecho más favorable”, el cual permite a las partes basarse en las disposiciones de una ley doméstica o un tratado más favorable. Esta disposición es considerada como uno de los elementos más importantes de la Convención”.

Gary B. Born op cit. pag. 23: “Regrettably, the Convention placed the burden of proof in recognition proceedings on the award-creditor, requiring it to demonstrate both the existence of a valid arbitration agreement, concerning an arbitrable subject matter, and that the arbitral proceedings had been conducted in accordance with the parties’ agreement. The Convention also required the award-creditor to show that the award had become “final” in the place of arbitration and was not contrary to the public policy of the recognizing state. This approach to the awards’ finality led to the so-called “double exequatur” requirement – whereby an award could effectively only be recognized abroad under the Geneva Convention if it had been confirmed by the courts of the place of the arbitration. This proved a major source of difficulty and uncertainty in establishing the finality of international arbitral awards under the Geneva Convention”.

Florian Grisel op. cit. pag. 77: “a party who wished to enforce an award had to establish that the award was final in the country where it had been rendered, which necessitated double exequatur proceedings. These proceedings were initiated both at the seat of the arbitration (in order to make sure that the award was indeed final) and at the place of enforcement (in order to enforce the award and seize assets located in a country other than the place of arbitration), significantly lengthening the time involved in the process”.

14. Pieter Sanders “The History of the New York Convention” en “in Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 years of Applications of the New York Convention”, ICCA Congress Series no. 9 (1999) pag. 11: “Today is not only a day of celebration for the United Nations, but also for the International Chamber of Commerce. It was the ICC that took the initiative in 1953 to draft a Convention on the recognition and enforcement of truly international arbitral awards. The idea of a truly international arbitral award was too progressive for the times”.
15. Giacomo Marchisio op. cit. pag. 30 es rotundo en destacar el papel de la CCI: “In fact, contrary to certain otherwise convincing accounts, this convention is essentially a product of the ICC. A recent article made this point very convincingly, describing the extent and success of the ICC’s lobbying. There is therefore no need to go into these details again. What should be emphasized, nonetheless, is that even conventional authorities affirm that the New York Convention was aligned with the requests of the ICC. As explained by Gaillard and Savage, the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), which rejected the 1953 ICC’s proposed draft in 1955, ended up drafting a text that was very close to ICC’s proposals. Gaillard and Savage observe, in fact, that ‘the text which it adopted on June 10, 1958 was considerably more liberal... and came closer to the ideas, if not the wording, of the ICC draft’”.

Obviamente tampoco se debe restar protagonismo a la ONU. Es bien sabido que ECOSOC (Economic and Social Council) elaboró un nuevo borrador.

La Conferencia de Nueva York produjo un texto que se basaba en ambos borradores y en algunos elementos nuevos. También se incorporó a la CNY una regulación sobre los acuerdos arbitrales que traía causa del Protocolo de Ginebra de 1923. Lógicamente en todos los aspectos se introdujeron mejoras y la versión final fue el resultado de la “propuesta holandesa”¹⁶ pero el trabajo original marcó el buen resultado final. Por eso es conveniente comparar el primer borrador de la Convención elaborado por la CCI con el texto aprobado por la CNY¹⁷.

Borrador CCI	CNY
PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ART. I. – The present Convention shall apply to the enforcement of arbitral awards arising out of commercial disputes between persons subject to the jurisdiction of different States or involving legal relationships arising on the territories of different States. ART. II. – In the territories of any High Contracting party to which the present Convention applies, an arbitral award shall be recognized as binding and shall be enforced in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. ART. III – To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, it will be necessary:	I. 1. This convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought. III. Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applied

16. Pieter Sanders, autor de la “Dutch proposal” en op. cit. pag. 12, explica cómo cambió esta propuesta y qué papel jugó durante la negociación de la CNY y su contenido: “The main elements of the “Dutch proposal” were, first of all, the elimination of the double exequatur, one in the country where the award was made and another one in the country of the enforcement of the award. Under the Geneva Convention we always requested both. It is logical to require an exequatur only in the country where enforcement of the award is sought and not in the country where the award is made but no enforcement is sought. I remember that the disappearance of the double exequatur was so warmly welcomed during the Conference that the suggestion was made to create a new cocktail: the “double exequatur”. Another element of the proposal was to restrict the grounds for refusal of recognition and enforcement as much as possible and to switch the burden of proof of the existence of one or more of these grounds to the party against whom the enforcement was sought. This again stands to reason because the grounds for refusal deal with exceptional cases. Logically, these grounds should be invoked by the party who opposes the exequatur. All of this is reflected in Art. V, the heart of the Convention”.
17. El borrador entregado por la CCI a la ONU (ECOSOC) sólo contenía versión inglesa y francesa, no española. Para ser respetuoso con el texto original copiamos la versión inglesa del Borrador CCI y la comparamos con la versión inglesa de la CNY.

Borrador CCI	CNY
a) that there exists between the parties named in the award a written agreement stipulating settlement of their differences by means of arbitration; b) that the composition of the arbitral authority and the arbitral procedure shall have been in accordance with the agreement of the parties or, failing agreement between the parties in this respect, in accordance with the law of the country where arbitration took place. ART. IV. – Recognition and enforcement of the award shall be refused if the competent authority to whom application is made establishes: a) that recognition or enforcement of the award would be contrary to public policy in the country in which it is sought to be relied upon; b) that the subject-matter of the award is not capable of settlement by arbitration under the law of the country in which the award is sought to be relied upon; c) that the party against whom it is sought to use the award was not given notice of the arbitration proceedings in sufficient time to enable him to present his case; or that being under a legal incapacity, he was not properly represented; d) that the award deals with a difference not contemplated by the agreement of the parties or that it contains decisions on matters not submitted to the arbitrators; e) that the award the recognition or enforcement of which is sought, has been annulled in the country in which it was made. The circumstances referred to in (c), d) (d) and (e) of the present article may only be invoked by the party against whom recognition or enforcement of the arbitral award is sought.	than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards. IV.1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of application, supply: a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof; b) The original agreement referred to in Article II or a duly certified copy thereof (7). 2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent. V. 1 Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: a) The parties to the agreement referred to in Article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or b) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated

Borrador CCI	CNY
ART. V. – The party claiming the recognition of an award or its enforcement must supply: a) the original award or a copy thereof duly authenticated, according to the requirements of the law of the country in which it was made; b) Documentary or other evidence to prove that the conditions laid down in Articles I, II and III have been fulfilled. ART. VI. – The provisions of the above Articles shall not deprive any interested party of the right of availing himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.	from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or e) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, the award was made. 2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

- El Borrador hablaba de la ejecución de laudos dictados en relación con disputas entre personas sujetas a la jurisdicción de diferentes Estados sin exigir que fueran laudos dictados en el país en el que se pedía la ejecución.
- En el Borrador ya se habla de “reconocimiento” y “ejecución”.
- En el Borrador también se habla de acuerdo escrito.
- Las causas de anulación que en la CNY aparecen en el artículo V.1.a) y b), c), d) y e) y V.2 a) y b) están ya esbozados en los artículos III b) y IV del Borrador.
- Los documentos que sirven de base para pedir el reconocimiento y la ejecución en la CNY (art. IV) ya aparecen en el Borrador en su artículo V.

Es evidente, por tanto, que buena parte de los contenidos de la CNY ya se encuentran expresados de una u otra manera, a veces con un alcance más limitado, en el Borrador CCI. Obviamente la CCI, a su vez, parte de los Acuerdos de Ginebra y, por tanto, no todo lo que el Borrador contiene es una nueva creación de la CCI pero hay que reconocer que la CCI no se limitó a recoger el contenido de los Acuerdos de Ginebra sino que los hizo parcialmente propios y a esas partes conservadas les adicionó otros contenidos que finalmente fueron incluidos en la versión final de la CNY.

La contribución de la ONU tampoco puede ser olvidada. No cabe duda que tanto la CNY como la Ley Modelo son el fruto de trabajos realizados y guiados por la ONU. Y es lógico que así haya sido. En el caso de la CNY porque, tras la terrible Segunda Guerra Mundial, con una situación política influida por la creciente Guerra Fría, el proceso descolonizador y un nuevo orden económico internacional, el comercio transfronterizo y la necesidad del pacífico desarrollo de todos los países del orbe, hacían necesario que se crearan instrumentos que facilitasen las inversiones y los intercambios comerciales entre diferentes países. Era evidente que los actores económicos no se fiaban de los sistemas judiciales de muchos países, lo que convertía al arbitraje en la alternativa idónea para resolver las disputas que pudieran surgir en el seno de estas operaciones. Pero todo el mundo sabía que lo más importante no era obtener una decisión favorable sino poder hacerla efectiva, poder ejecutarla en el país en el que la parte perdedora tuviera bienes susceptibles de realización. El Convenio de Ginebra de 1927 no era suficiente aunque era un punto de partida no desdeñable.

Una organización como la joven ONU, nacida con el propósito de evitar nuevas guerras mundiales y de conseguir un mundo más justo, no podía dejar de percibir la enorme importancia que iba a tener la extensión del comercio internacional. En la resolución 604 (XXI) de 3 de mayo de 1956, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas *“decidió convocar a una conferencia de plenipotenciarios para concertar una convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y examinar otras medidas que pudieran acrecentar la eficacia del arbitraje para la solución de las controversias de derecho privado”*.

Por su parte, la Ley Modelo es un resultado más tardío del trabajo de Naciones Unidas, en este caso de CNUDMI, organización inexistente en el año en que se aprobó la CNY (CNUDMI nació en 1966) pero con una extensa obra en su haber desde su creación hasta la fecha.

Efectivamente la aprobación de la Ley Modelo se produjo tras una laboriosísima tarea de muchos años y en un contexto internacional muy diferente al del nacimiento de la CNY, pero con una ambición aún mayor pues pretendía *“hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales del arbitraje”*. En ella se abordan todas las etapas del arbitraje, desde la cláusula arbitral hasta el reconocimiento y ejecución de los laudos.

Procede, pues, rendir homenaje a la ONU e incluso a la tan poco reconocida Sociedad de Naciones porque en materia de arbitraje han hecho una gran contribución. Pero una parte de ese reconocimiento también es extensible a la CCI por haber auspiciado los principales acuerdos internacionales que se han obtenido en el siglo XX en materia de acuerdos arbitrales y reconocimiento y ejecución de laudos. El origen común de la CNY y la Ley Modelo explica, en buena medida, la relación entre ellas que vamos a examinar a continuación, haciendo también una comparación con los Acuerdos de Ginebra para ver la vinculación entre todos estos instrumentos internacionales.

4. La Convención de Nueva York ya anunciaba la Ley Modelo y ésta, a su vez, reconoce su papel de continuadora de la labor emprendida por aquella.

Cuando la Conferencia de las Naciones Unidas aprobó la CNY ya decía:

- *“La Conferencia,*
Convencida de que además de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras que se acaba de concertar, y que contribuirá a acrecentar la eficacia del arbitraje como medio de resolver las controversias de derecho privado, deberían adoptarse en esta materia medidas complementarias”
- *“Considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje, haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado; toma nota de la labor realizada en esta materia por diversas organizaciones y sugiere que, para completar la labor de estas entidades, se preste la debida atención a la definición de las materias que se prestan a disposiciones de arbitraje modelo y a otras medidas oportunas para fomentar el desarrollo de esa legislación”*.

Es nítido, por tanto, que Naciones Unidas no se conformaba con la elaboración de la Convención de 1958, sino que aspiraba a una cierta codificación de disposiciones de arbitraje que pudieran considerarse modelo en el futuro y para Estados que quisieran elaborar sus reglas de arbitraje o ponerlas al nivel de un estándar internacional reconocido y aceptable.

Es cierto que entre 1958 y 1985 pasaron casi 30 años pero los autores de la Ley Modelo no olvidaron de dónde venían y de quién eran tributarios. La Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo¹⁸ (la **Nota**) reconoce, por ejemplo, en el □4 que

“La versión de la disposición del texto original de 1985 sobre la forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7) se inspiraba en el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)”.

También reconoce la influencia citada en el ¶21 al referirse al artículo 8 de la Ley Modelo: *“Con arreglo al párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo, que se inspira en el texto del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que tal acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”*.

18. La Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, puede encontrarse en la página web de CNUDMI.

Pero no debemos olvidar que, como ya hemos explicado anteriormente, la CNY, en materia de acuerdo de arbitraje, ha seguido, a su vez, la línea iniciada por el Protocolo de 1923 tanto en el reconocimiento de la eficacia del acuerdo de arbitraje, como en la obligación de los tribunales judiciales de remitir a las partes al arbitraje cuando existe aquél acuerdo.

De cuasi-identidad puede hablarse cuando la Nota hable de los motivos de anulación (¶146):

“Otra mejora introducida por la Ley Modelo es que enumera en forma exhaustiva los motivos por los que un laudo podrá declararse nulo. La enumeración coincide esencialmente con la del párrafo 1) del artículo 36, tomada del artículo V de la Convención de Nueva York”.

También hemos visto con anterioridad que el origen más remoto de los motivos de anulación del artículo V de la CNY se encuentra, en parte, en la Convención de Ginebra de 1927 y ya de manera bastante más cercana en el Borrador CCI.

Finalmente encontramos en la Nota referencias muy significativas a las similitudes entre la CNY y Ley Modelo al referirse al reconocimiento y ejecución de laudos:

- *“El octavo y último capítulo de la Ley Modelo se refiere al reconocimiento y a la ejecución de los laudos. Sus disposiciones reflejan la importante decisión de rango normativo de que las mismas normas regirán todos los laudos arbitrales, con independencia de que se hayan dictado en el país de su ejecución o en otro Estado, y que tales normas deberán seguir de cerca las enunciadas en la Convención de Nueva York”. (¶49)*
- *“Al estipular normas sobre el reconocimiento y la ejecución que siguen el modelo de las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York, la Ley Modelo complementa el régimen de reconocimiento y ejecución creado por esa exitosa Convención sin entrar en conflicto con él”. (¶51)*
- *“Aun cuando los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución en virtud de la Ley Modelo son idénticos a los del artículo V de la Convención de Nueva York, los enunciados en la Ley Modelo son relevantes no sólo para los laudos extranjeros, sino también para todos los laudos que se dicten en el ámbito de aplicación del texto legislativo por el que se haya incorporado la Ley Modelo al derecho interno. En general se estimó conveniente adoptar, en aras de la armonía, el mismo criterio y terminología de esta importante Convención”. (¶54)*

Igualmente en este caso es innecesario reiterar la influencia que los Acuerdos de Ginebra han tenido en la actual CNY.

No puede haber duda, por tanto, de que la CNY ha influido en la Ley Modelo y de que quienes han trabajado en ésta consideran que la interrelación ha sido especialmente fértil para la segunda.

Aún podemos dar un paso adelante más. Los redactores de la reforma de la Ley Modelo aprobada en 2006 se han seguido considerando herederos de la Convención de 1958. Los principales aspectos de esta modificación se centraban en el Capítulo II (Acuerdo de Arbitraje), en particular en su artículo 7, y el Capítulo IV A (Medidas cautelares y órdenes preliminares, arts. 17 a 17J). Pues bien, la citada Nota explicativa, en el comentario da la Ley Modelo en su versión de 2006, no sólo admite y explica extensamente la influencia de la CNY en la definición del acuerdo de arbitraje (¶19, ¶20) sino que también lo hace en referencia a las medidas cautelares, cuando dice (¶27):

*“Una innovación importante es la introducción (en la sección 4) de un régimen de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, que se inspira, como cabía esperar, en el que regula el reconocimiento y la ejecución de los laudos en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo”.*¹⁹

Esta importante modificación de la Ley Modelo ha incidido de manera destacada en la mayor parte de las legislaciones nacionales que adoptan el esquema o el texto de la Ley Modelo pero también lo ha hecho en los reglamentos de arbitraje de las Cortes arbitrales más importantes del mundo, entre ellas la de la CCI²⁰, que, además de reconocer las medidas cautelares arbitrales, han aceptado también las judiciales.

5. El acuerdo de arbitraje

Aunque el ámbito de la CNY es el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, hay un extremo sobre el que también se pronuncia. Me refiero al acuerdo de arbitraje. A él se dedica el Artículo II.

En este artículo encontramos la huella del Protocolo de 1923, como ya hemos señalado.

La trascendencia de este precepto no se le escapa a nadie. Como es obvio, no hay arbitraje sin cláusula arbitral y, para que ésta exista, debe quedar claro qué se entiende por tal y cómo se conforma. La redacción de la CNY nos proporciona un marco bastante bien definido:

- Exige que los Estados Contratantes reconozcan el “acuerdo [de arbitraje] por escrito”. El propio artículo II da una interpretación auténtica de qué se entiende por acuerdo por escrito, aceptando tanto la cláusula firmada por ambas partes como la que resulte de un intercambio de cartas o telegramas y admitiendo la cláusula compromisoria contenida en un contrato y la aparecida en un compromiso.
- Admite que las diferencias que se sometan a arbitraje sean todas o sólo algunas.

19. Los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo integran el Capítulo VIII titulado “Reconocimiento y ejecución de los laudos” y, como explicaremos más adelante, están muy influenciados por la Convención de Nueva York.

20. El Reglamento de la CCI de 2012 (en 2017 se hicieron algunos cambios que no afectan a esta materia) recoge en su art. 28 las medidas cautelares y provisionales y en el art. 29, la figura del árbitro de emergencia, cuyo funcionamiento se desarrolla en el Apéndice V del Reglamento, “Reglas de Árbitro de Emergencia”.

- Da libertad para someter a arbitraje las diferencias que ya hayan surgido cuando se redacta el acuerdo de arbitraje o las que puedan surgir en el futuro.
- Especifica que la relación jurídica en relación con la que puedan surgir las disputas puede ser contractual o extracontractual.
- Dispone que las diferencias deben surgir en relación con una materia arbitrable.

¿Qué contenido tenía el Protocolo de 1923 sobre otra materia? Por su parte, ¿qué dice al respecto la Ley Modelo en el artículo 7 en su versión de 1985?

Comparemos estos tres textos:

Protocolo Ginebra 1923	CNY	Ley Modelo 1985
1) Cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de un acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes, por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan surgir respecto de tal contrato, relativo a asuntos comerciales o cualquier otro susceptible de arreglo por arbitraje, deba o no éste tener lugar en un país a cuya jurisdicción ninguna de las partes esté sujeta. Todo Estado contratante se reserva el derecho de limitar la obligación arriba citada a los contratos que se consideren comerciales por su derecho nacional. El Estado contratante que haga uso de este derecho lo notificará al Secretario General de la Sociedad de las Naciones, para que pueda informarse así a los otros Estados contratantes.	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. 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.	1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en 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 otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En relación con la CNY el Protocolo de 1923 presenta algunos elementos diferenciadores pero son muchas las similitudes:

- En el Protocolo de 1923 no se exige que el acuerdo sea “por escrito”, limita las relaciones jurídicas de las que puedan surgir la disputa a las contractuales, y además, los Estados contratantes pueden limitar la eficacia de los acuerdos arbitrales a los contratos “comerciales” según su derecho nacional.
- Pero ese mismo Protocolo ya permite que las diferencias sometidas a arbitraje sean todas o algunas, admite que se sometan a arbitraje las diferencias actuales o futuras y exige que las materias sobre las que pueden surgir las diferencias sean arbitrales.

Un buen resumen de las mejoras de la CNY sobre los Acuerdos de Ginebra lo hace Dyalá Jiménez con estas palabras:

“[L]os Acuerdos de Ginebra tienen una limitación no menor: su campo de aplicación. El Protocolo de 1923 se refiere a acuerdos arbitrales celebrados entre partes ‘sometidas a la jurisdicción de Estados Parte diferentes’. A su vez, la Convención de 1927 se aplica sólo respecto de laudos basados en cláusulas arbitrales válidas según el Protocolo, y con sede en un Estado Parte de la Convención.

Estas dos limitaciones, vale decir, la de laudos basados en acuerdos arbitrales entre nacionales de Estados Parte distintos y la de que los laudos se hayan dictado en un país que sea Estado Parte de la Convención, fueron parcialmente eliminadas por la Convención de Nueva York. En primer lugar, la Convención de Nueva York no restringe el laudo en términos de la nacionalidad de las partes al acuerdo de arbitraje. Su aplicación depende de las cualidades del laudo y no de las partes.

Por otro lado, la reciprocidad en el sentido de que se reconozcan laudos dictados en Estados Parte de la Convención se dejó como opción solamente, mediante reserva. Aun cuando casi la mitad de los Estados Parte han hecho la reserva de reciprocidad, debido a la gran adherencia que tiene la Convención de Nueva York hoy en día, dichas reservas tienen poco efecto”.

El art. II de la CNY es casi igual que el art. 7 de la Ley Modelo de 1985. Las diferencias fundamentales de la Ley Modelo son:

- El intercambio que permite generar un acuerdo de arbitraje podría nacer de distintos medios tecnológicos (se añade el télex y se abre a otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo).
- También se acepta que el intercambio de demanda y contestación en las que una parte afirma la existencia de un acuerdo y la otra no lo niega, genera una cláusula arbitral.
- Finalmente se admite la cláusula de arbitraje por referencia a un contrato o documento en el que exista una cláusula compromisoria.

En suma, básicamente estamos ante los mismos principios con una mayor flexibilidad en la generación del acuerdo de arbitraje por la evolución de la legislación y la jurisprudencia de algunos países.

En 2006 las cosas cambian:

CNY	Ley Modelo 2006 – Artículo 7 – opción 1	Ley Modelo 2006 – Artículo 7– opción 2
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. 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.	1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) 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. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en 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. 6) 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.	El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

La modificación de la Ley Modelo sobre este punto es profunda pero no hace tabla rasa de la redacción existente hasta esa fecha sino todo lo contrario. Como la Nota explicativa señala, se partía de un texto (el de 1985) que *“sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York”* pero como *“en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctico”*, se inclina por flexibilizar mucho más la aparición de una cláusula arbitral sin apartarse totalmente del modelo inicial. Por ello aprobó dos opciones. Siguiendo de nuevo a la Nota explicativa vemos que *“[l]a primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. Conforme a la Convención de Nueva York se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito. El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido”* (¶19).

Por el contrario, *“[e]n la segunda opción del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite todo requisito de forma. La Comisión no expresó preferencia por ninguna de las opciones”. La finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York”*. (¶19).

Para subrayar la correlación entre la Ley Modelo y la CNY de manera aún más clara, en el mismo periodo de sesiones en el que la CNUDMI enmendó la Ley Modelo en este aspecto, la propia CNUDMI aprobó igualmente una Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención²¹:

- “1. Recomienda que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;*
- 2. Recomienda que el párrafo 1 artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”*.

Finalmente, en lo que al acuerdo de arbitraje se refiere, la complicitad entre los textos mencionados se puede también observar al comparar los Arts. II.3 de la CNY y 8 de la Ley Modelo

21. La Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del Artículo II y del párrafo 1 del Artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39º Período de Sesiones también puede ser encontrada en la página web de CNUDMI. En relación con este punto son interesantes las reflexiones de José Carlos Fernández Rozas, Sixto A. Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa en “Principios generales del arbitraje”, CIMA y Tirant lo Blanch, Valencia 2018, págs. 151 a 175.

Protocolo de 1923	CNY	Ley Modelo 1985
4) Los Tribunales de los Estados contratantes, al presentárseles un litigio sobre un contrato celebrado entre personas comprendidas en el artículo 1, y que incluya acuerdo de arbitraje sobre diferencias actuales o futuras válido en virtud de dicho artículo y susceptible de aplicación, lo someterá, a petición de una de las partes, a la decisión de los árbitros. Esta inhibición será sin perjuicio de la competencia de los tribunales en el caso de que el acuerdo de arbitraje prescriba o se anule.	3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable	1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Como la Nota Explicativa señala: *“La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede formular a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Por su naturaleza, esta disposición, en caso de ser adoptada por un Estado que incorpore la Ley Modelo a su derecho interno, sólo obliga a los tribunales de ese Estado. Sin embargo, como el artículo 8 no se limita en su ámbito de aplicación a los acuerdos que prevén el arbitraje en dicho Estado facilita el reconocimiento y la eficacia universales de los acuerdos de arbitraje comercial internacional”.*

Vemos que la diferencia radica en que la Ley Modelo aclara que la existencia de un escrito de iniciación del arbitraje permite iniciar o proseguir las actuaciones e incluso dictar laudo a pesar de que se haya planteado la cuestión al tribunal judicial. Esto es exactamente lo que, por ejemplo, establece el art. 11.2 de la Ley española de Arbitraje al referirse a lo que en Derecho español se conoce como declinatoria:

“La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales”.

6. La relación entre las causas de anulación del laudo de la Ley Modelo y los motivos de oposición al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros de la Convención de Nueva York

Creo que es correcto afirmar que el artículo clave de la CNY es el V. En él se contienen los motivos por los que el Órgano Judicial al que se solicite el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero puede rechazarlos.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley Modelo recoge los casos en que un laudo puede ser anulado en el curso de la impugnación del mismo. Se trata, aparentemente, de cuestiones muy dispares. En el caso de la Ley Modelo es el Órgano Judicial competente en el país sede del arbitraje el que examina si el laudo padece alguna anomalía que le haga merecedor de su anulación. En la CNY es el Órgano Judicial de un país diferente a aquél en que se ha dictado el laudo, el que analiza si concurren algunas de las causas por las que no procede reconocer ese laudo o conceder la ejecución, sin que ello signifique, obviamente, que el laudo sea anulado. En el caso más extremo de países en los que se admite la ejecución de laudos anulados en su país de origen, puede parecer aún más alejada la relación entre ambas materias. Sin embargo, no es necesario esforzarse demasiado para comprender que la interacción entre estas dos cuestiones es muy estrecha. Lo que se ha buscado precisamente es que no haya discrepancias entre los motivos que producen la ineficiencia del laudo, precisamente aunque sea por distintas vías, en el lugar en que se ha dictado y aquél en que se quiere ejecutar. Como veremos en el último apartado de este artículo, lo mismo se puede decir de la búsqueda de homogeneidad entre los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo en cualquier lugar.

Una vez más no debemos olvidar que, en gran medida, las causas de oposición al reconocimiento y la ejecución de laudos ya estaban en la Convención de 1927.

Empecemos pues, como otras veces, por comparar los tres textos confrontados:

Motivos de oposición a reconocimiento y ejecución		Causas de anulación
Convención Ginebra 1927	CNY 1958	Ley Modelo 1985
ARTÍCULO 1 En los territorios dependientes de una de las altas partes contratantes, a los cuales se aplique la presente convención, se reconocerá la autoridad de toda sentencia arbitral recaída como consecuencia de un acuerdo (llamado en lo sucesivo “Acuerdo de someterse a arbitraje”) relativo a las diferencias actuales o futuras previstas en el protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje, abierto a la firma en Ginebra a partir del 24 de septiembre de 1923, y la ejecución de dicha sentencia se llevará a efecto conforme a las reglas	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; o	1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 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

Convención Ginebra 1927	CNY 1958	Ley Modelo 1985
de procedimiento seguidos en el territorio donde la sentencia se invoque, cuando dicha sentencia haya sido dictada en un territorio dependiente de una de las altas partes contratantes al cual se aplique la presente convención y entre personas sometidas a la jurisdicción de una de las altas partes contratantes. Para obtener dicho reconocimiento o dicha ejecución, será necesario además: a) que la sentencia haya sido dictada a consecuencia de un acuerdo de someterse a arbitraje válido, según la legislación que le sea aplicable; b) que según la ley del país donde sea invocada, el objeto de la sentencia sea susceptible de solución por la vía del arbitraje; c) que la sentencia haya sido pronunciada por el tribunal arbitral previsto en el acuerdo de someterse a arbitraje, o constituido por acuerdo de las partes y conforme a las reglas del derecho aplicable al procedimiento de arbitraje; d) que la sentencia sea definitiva en el país en que hubiere sido dictada, no considerándose como tal si es susceptible de impugnación, de apelación o de recursos de casación (en los países en que existan dichos procedimientos) o si se prueba que se haya en curso un procedimiento para impugnar la validez de la sentencia;	b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.	nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) 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 ii) 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 iii) 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, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición 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 b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

Convención Ginebra 1927	CNY 1958	Ley Modelo 1985
e) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público o a los principios de derecho público del país en que se invoque. ARTÍCULO 2 Aún en el caso de que concurren las condiciones previstas en el artículo 1º no se procederá al reconocimiento y a la ejecución de la sentencia si el juez comprobare: a) Que la sentencia ha sido anulada en el país donde fue dictada; b) Que la parte contra la cual se invoque la sentencia no ha tenido conocimiento en tiempo oportuno, del procedimiento arbitral para hacer valer sus medios de defensa o que, siendo incapaz, no haya estado regularmente representada en el procedimiento; c) Que la sentencia no verse sobre la controversia prevista en el acuerdo de someterse a arbitraje o no se encuentre incluida entre las disposiciones de dicho acuerdo, o que contenga decisiones que excedan en los términos del mismo. Si la sentencia no ha resuelto todas las cuestiones sometidas al tribunal arbitral, la autoridad competente del país en que se pida el reconocimiento o la ejecución de ella, podrá, si lo juzga oportuno, aplazar dicho reconocimiento o dicha ejecución o subordinarlos a la garantía que determine dicha autoridad. ARTÍCULO 3 Si la parte contra la cual haya sido dictada la sentencia acreditar que, según las reglas de derecho aplicables al procedimiento de arbitraje, existe una causa diferente de las señaladas en el artículo 2, Apartados b) y c), que le permita impugnar ante la justicia la validez de la sentencia, el juez, si lo estima oportuno, podrá no proceder al reconocimiento o a la ejecución, o suspenderlos, dando a la parte un plazo razonable para que sea declarada la nulidad por el tribunal competente.	2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.	3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral. 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

En la CNY, los rasgos más característicos son:

- Parte del principio de máxima eficacia, se presume la licitud del reconocimiento y ejecución (V.1).
- Las causales recogidas en el artículo V son un *numerus clausus* - (“*sólo se podrá denegar*”) - (V.1).
- Se invierte la carga de la prueba (“*si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución*”) (V.1)
- Como regla general la parte que se opone al reconocimiento y ejecución es la que tiene que invocar alguna de las causas de oposición (V.1.) aunque en dos supuestos también cabe que el tribunal deniegue de oficio el reconocimiento y la ejecución (V.2).
- Pueden también diferenciarse los motivos en función del interés defendido: en los casos del V.1 prima el interés del deudor; en los del V.2 es fundamental el interés del Estado en el que se pide el reconocimiento y la ejecución.
- Las causas de denegación del reconocimiento y ejecución son formales porque el tribunal no debe entrar en el fondo del asunto.
- A lo anterior cabe añadir que el tratamiento que le ha dado a estos motivos de oposición la doctrina y la jurisprudencia de la inmensa mayoría de los países ha sido sumamente restrictivo.

Si nos trasladamos a las causas de anulación de la Ley Modelo, podemos encontrarnos estas características:

- El laudo sólo puede impugnarse por la vía de la anulación (art. 34.1)
- Las causales recogidas en el art. 34 son un *numerus clausus* (“*solo podrá ser anulado*”)(art. 34.2).
- La regla general es la invocación de la causa de anulación por quien impugna el laudo (34.2.a) pero no es necesario que concurra esta circunstancia en los casos del 34.2.b)
- También es principio general que es el impugnante quien tiene que probar (art. 34.2), lo que significa que hay una presunción de validez del laudo; en los casos del 34.2.b) el Órgano Judicial competente para decidir la anulación también puede comprobar de oficio la concurrencia de una de esas causas.
- En los casos del 34.2.a) es preeminente el interés del deudor a diferencia de lo que sucede en los supuestos del 34.2.b) que buscan la protección del interés del Estado.

Evidentes son, pues, las similitudes entre un régimen jurídico y otro. En ambos casos se parte del deseo de que el laudo sea irrecorrrible o no se pueda impedir la ejecución por razones de fondo y en las dos situaciones se apuesta porque el laudo sea eficaz, cualquiera que sea el lugar en que se ejecute, de tal manera que, indirectamente, se busca la ejecución voluntaria de los laudos, algo que ocurre en la mayoría de los casos y que es prueba inequívoca de la buena salud del arbitraje.

Por el contrario, en este aspecto es donde la Convención de 1927, aún ofreciendo grandes parecidos con las causas de anulación de la Ley Modelo, tiene mayores diferencias con el sistema actual de reconocimiento y ejecución puesto que en aquella se exigía el doble exequátur al que ya nos hemos referido, felizmente desaparecido en la CNY. La otra gran diferencia es que la carga de la prueba en la Convención de Ginebra recaía en quien quería obtener el reconocimiento o la ejecución mientras que en la CNY es quien plantee el motivo de oposición quien tiene que probar que concurre. En ambos casos hay motivos que pueden ser declarados de oficio.

Veamos ahora por separado cada una de las causas de anulación o motivos de oposición al reconocimiento y ejecución²²:

Motivos de oposición a reconocimiento y ejecución		Causas de anulación
Convención Ginebra 1927	CNY V.1.a)	Ley Modelo 1985 34.2.a.i)
ARTÍCULO 1 Para obtener dicho reconocimiento, o dicha ejecución será necesario además: a) que la sentencia haya sido dictada a consecuencia de un acuerdo de someterse a arbitraje válido, según la legislación que le sea aplicable. ARTÍCULO 2 Aún en el caso de que concurran las condiciones previstas en el artículo 1º no se procederá al reconocimiento y a la ejecución de la sentencia si el juez comprobare: b) Que la parte contra la cual se invoque la sentencia ... siendo incapaz, no haya estado regularmente representada en el procedimiento:	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;	a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 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 de este Estado;

22. Para el mayor conocimiento de esta materia resultan muy útiles la Guía de la Secretaría de la CNUDMI relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), edición de 2016, que puede encontrarse en la página web de CNUDMI, y la “Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. Un manual para jueces”, con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje, Palacio de la Paz, La Haya, disponible en la página web de International Council for Commercial Arbitration (ICCA). De la gran cantidad de artículos y libros sobre la Convención de Nueva York, en idioma español recomiendo “El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario”, Guido S. Tawil y Eduardo Zuleta (Directores), 1ª edición, Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2008.

Los parecidos entre la CNY y la Ley Modelo son casi totales en los dos supuestos que contempla:

- Incapacidad de las partes
- Acuerdo no válido en virtud de la ley a la que las partes se hayan sometido o, si no lo hubieran hecho, en virtud de la ley del Estado en que se dictó el laudo o se intentó la anulación (que es el mismo).

La única diferencia está en que, en el caso de la incapacidad, la Ley Modelo es más precisa al especificar que cabe que la incapacidad concurre en una sola de las partes mientras que la CNY habla de *“las partes”* en plural. En la Convención de Ginebra era apreciable de oficio y desde la CNY debe probarlo la parte.

La gran diferencia de la CNY con la de Ginebra en relación con el acuerdo de arbitraje válido es que en éste no se señala cuál es la ley aplicable mientras que la CNY, como acabamos de ver, sí lo hace.

Motivos de oposición a reconocimiento y ejecución		Causas de anulación
Convención Ginebra 1927	CNY V.1.b)	Ley Modelo 1985 34.2.a.ii)
Art. 2 b) Que la parte contra la cual se invoque la sentencia no ha tenido conocimiento en tiempo oportuno, del procedimiento arbitral para hacer valer sus medios de defensa.	Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa;	a) la parte que interpone la petición pruebe: ii) 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;

De nuevo nos encontramos con una casi total exactitud entre CNY y Ley Modelo. Los matices de redacción que introduce la más moderna Ley Modelo son: designación de “un” árbitro frente a la designación *“del árbitro”*; *“actuaciones arbitrales”* frente a *“procedimiento de arbitraje”*; *“hacer valer sus derechos”* frente a *“hacer valer sus medios de defensa”*.

Los cambios de la CNY sobre la de 1927 en relación con los medios de defensa son varios: i) los medios de defensa se han convertido en un motivo de oposición de parte no apreciable de oficio; ii) la CNY contiene una cláusula muy amplia porque además de la falta de notificación *“debidamente”*, se puede invocar el motivo de oposición cuando no se hayan podido hacer valer los medios de defensa *“por cualquier otra razón”*.

En la CNY el derecho al que se someten tanto la constitución del tribunal arbitral como el procedimiento arbitral es el que las partes han acordado y, en su defecto, el de la sede mientras que en Ginebra el derecho a respetar es tanto el uno como el otro.

Motivos de oposición a reconocimiento y ejecución		Causas de anulación
Convención Ginebra 1927	CNY V.1.c)	Ley Modelo 1985 34.2.a.iii)
Art. 2 c) Que la sentencia no verse sobre la controversia prevista en el acuerdo de someterse a arbitraje o no se encuentre incluida entre las disposiciones de dicho acuerdo, o que contenga decisiones que excedan en los términos del mismo.	Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;	a) la parte que interpone la petición pruebe: iii) 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, sólo se podrán anular estas últimas;

Una vez más la coincidencia entre CNY y Ley Modelo es prácticamente plena si salvamos la diferencia de términos *“acuerdo de arbitraje”* en la Ley Modelo y *“compromiso”* y *“cláusula compromisoria”* en la CNY.

También aquí encontramos algunas diferencias entre la Convención de Ginebra y la CNY. En esta última el motivo de oposición aquí estudiado pasa a ser alegable por la parte mientras que en Ginebra era apreciable de oficio. Pero hay otras dos diferencias importantes. La primera es que las decisiones del tribunal arbitral que no exceden el acuerdo arbitral, aunque existen otras que sí cometan ese exceso, pueden ser ejecutables, lo que no era posible en la Convención de Ginebra. La última diferencia

Motivos de oposición a reconocimiento y ejecución		Causas de anulación
Convención Ginebra 1927	CNY V.1.d)	Ley Modelo 1985 34.2.a.iv)
Art.1 c) que la sentencia haya sido pronunciada por el tribunal arbitral previsto en el acuerdo de someterse a arbitraje, o constituido por acuerdo de las partes y conforme a las reglas del derecho aplicable al procedimiento de arbitraje;	Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.	a) la parte que interpone la petición pruebe: iv) que la composición 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;

es que en el texto de la CNY no se hace referencia a la diferencia entre el acuerdo y lo resuelto por *infra petita*.

También aquí los parecidos son manifiestos. Donde aparece una pequeña diferencia es en la Ley Modelo, en la que, al referirse al acuerdo de las partes, salva que tal acuerdo esté en contradicción con la ley en los casos en que sea posible el pacto en contrario.

Hay un apartado en la CNY que no aparece en la Ley Modelo. Me refiero al art. V.1.e) que dice:

“Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

Su contenido explica muy bien por qué no aparece en la Ley Modelo. En esta última no puede hacerse referencia a que el laudo haya sido anulado porque es precisamente la anulación lo que se regula. Tampoco la suspensión, porque en el caso de que ésta quepa, es materia ajena a la anulación y tiene su propio campo de aplicación como, por ejemplo, se puede ver en el art. 45 de la Ley española de Arbitraje.

La Convención de 1927 ya se refería a la anulación en estos términos: *“que la sentencia ha sido anulada en el país donde fue dictada”* (art. 2.a). Diferencia importante es que en esta Convención el motivo podía ser apreciado de oficio mientras que en la CNY debe ser probado por quien lo invoca.

También se hacía una mención a este tema en el art. 1.d) de la Convención de Ginebra (*“que la sentencia sea definitiva en el país en que hubiere sido dictada, no considerándose como tal si es susceptible de impugnación, de apelación o de recursos de casación (en los países en que existan dichos procedimientos) o si se prueba que se haya en curso un procedimiento para impugnar la validez de la sentencia;”*) pero en términos muy distintos. Mientras que en la Convención de Ginebra se planteaba este “primer exequátur”, en la de Nueva York, la parte que lo invoca debe probar que el laudo no es aún “obligatorio”. Además, el art. VI de la CNY permite el reconocimiento y ejecución de un laudo pendiente de anulación en el lugar de la sede.

Motivos de oposición a reconocimiento y ejecución		Causas de anulación
Convención Ginebra 1927	CNY V.2.a)	Ley Modelo 1985 34.2.b.i)
Art. 1 b) que según la ley del país donde sea invocada, el objeto de la sentencia sea susceptible de solución por la vía del arbitraje;	Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje;	b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje;

El texto es casi el mismo en los tres casos, la diferencia estriba en que en la CNY y en la Convención de Ginebra la inarbitrabilidad de la materia es conforme a la ley del país en el que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero mientras que en la Ley Modelo es conforme a la ley del país donde se ha dictado el laudo y planteado la impugnación.

No obstante, la diferencia puede ser más aparente que real si tomamos en consideración estas reflexiones de Dyalá Jiménez:

“Además de que la arbitrabilidad deba conformarse a la legislación del país de la ejecución, las tres convenciones prevén la necesidad de que la materia sea susceptible de someterse a arbitraje según otras legislaciones. Así, cuando el Protocolo de 1923 establece que los Estados deben reconocer la validez de los acuerdos arbitrales que se refieran a “...materia comercial y[a] cualquier otra susceptible de ser regulada por vía de arbitraje por compromiso”, se podría interpretar que el estándar será el de la legislación aplicable al acuerdo arbitral y/o la legislación del país que reconoce el acuerdo arbitral. La Convención de 1927 hace suya la anterior disposición por referencia.

Por su lado, cuando la Convención de Nueva York incluye expresamente el concepto de arbitrabilidad en relación con el reconocimiento de acuerdo arbitral (“...concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”), se puede concluir que la legislación aplicable para determinar arbitrabilidad es la que las partes hayan acordado o, en su defecto, la de la sede, según ese mismo instrumento, como se vio más arriba. Además, la Convención de Nueva York se refiere también al concepto de arbitrabilidad de manera indirecta en su artículo V (1) (a), ya que el laudo podría no ser reconocido si se comprueba que el acuerdo de arbitraje es nulo porque su objeto no es materia “arbitrable”.”

A diferencia de lo que hemos visto en otros casos, aquí el motivo de oposición aparece como alegable por la parte en la Convención de Ginebra mientras que es apreciable de oficio en la CNY lo que, sin duda, le dota de una fuerza especial.

Motivos de oposición a reconocimiento y ejecución		Causas de anulación
Convención Ginebra 1927	CNY V.2.b)	Ley Modelo 1985 34.2.b.ii)
Art. 1 e) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público o a los principios de derecho público del país en que se invoque.	Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.	b) el tribunal compruebe: ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

Lo expuesto en el caso anterior es aplicable, en líneas generales, a este último. Adicionalmente hay que señalar que en la Convención de 1927 el motivo tenía que alegarse por la parte y en la CNY es apreciable de oficio, y que no sólo se refiere al orden público sino también a los principios de derecho público del país en que se invoque, lo que felizmente ha sido eliminado en la CNY.

La Nota explicativa²³ hace una interesante reflexión:

“Aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo enunciados en el párrafo 2) del artículo 34 son casi idénticos a los que pueden invocarse para denegar su reconocimiento o ejecución con arreglo al párrafo 1) del artículo 36, cabe señalar una diferencia de orden práctico. En virtud del párrafo 2) del artículo 34 una petición de nulidad podrá interponerse únicamente ante un tribunal del Estado en que se haya dictado el laudo; la ejecución de un laudo, en cambio, podrá pedirse a un tribunal de cualquier Estado. Ello explica que los motivos relacionados con el orden público y con el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje puedan diferir en cuanto al fondo en función de la ley que el tribunal aplique (sea la del Estado en el que se declare la nulidad o la del Estado en que se ejecute el laudo)”.

Los números 3 y 4 del art. 34 de la Ley Modelo no tienen su parangón en la CNY.

A la vista de lo expuesto no se puede negar que las tres obras a las que nos referimos encajan perfectamente entre sí, lo que demuestra que la CNY ha sido el “modelo” seguido por la Ley Modelo, si se nos permite este pequeño juego de palabras y que la CNY sigue en proporciones considerables la línea inicialmente marcada por la Convención de 1927, mejorándola en diversos aspectos.

7. Las medidas cautelares y órdenes preliminares

Como ya hemos dicho, en el 2006 la Ley Modelo fue enmendada para introducir una extensa regulación de las medidas cautelares y órdenes preliminares. A los efectos que ahora nos interesan, hemos de detenernos en los artículos 17 H e I.

En estos artículos encontramos una equiparación de las medidas cautelares otorgadas por un tribunal arbitral con el laudo, al declarar que aquellas decisiones son vinculantes y deben ser ejecutadas por el tribunal al que se solicite su ejecución, cualquiera que sea el Estado en que haya sido ordenada la medida cautelar. Donde aparece la inequívoca influencia de la CNY es en el art. 17 I que podemos comparar con el ya citado Art. V de la CNY.

23. “La Nota explicativa también hace referencia al Convenio de Ginebra de 1961: “El paralelismo entre los motivos de nulidad de un laudo en virtud de la Ley Modelo y los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York recuerda el existente a ese respecto entre este último instrumento y la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961). A tenor del artículo IX de esta Convención, la decisión de un tribunal extranjero de anular un laudo por algún motivo distinto de los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York no constituye una causa para denegar su ejecución. La Ley Modelo lleva ese principio algo más lejos y limita directamente los motivos de nulidad”.

CNY	Ley Modelo 1985
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; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.	1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que: i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o b) si el tribunal resuelve que: i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar. 2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Como vemos, las coincidencias son muchas:

- En ambos casos estamos una lista taxativa de causas de denegación
- El art. 17H recoge las causas de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos del art. 36 de la propia Ley Modelo y le añade otras que sólo pueden operar en el seno de una medida cautelar (no haber constituido la garantía impuesta por el tribunal arbitral; haber sido suspendida o revocada la medida cautelar; no ajustarse la medida cautelar a las facultades del Órgano Judicial al que se solicita la ejecución aunque en tal caso este Órgano puede adaptarla a efectos de hacerla compatible con sus facultades sin que ello suponga cambiar su contenido).

En definitiva, todo lo que hemos afirmado anteriormente sobre las causas de anulación es trasladable a este apartado.

8. Reconocimiento y ejecución de laudos

En la CNY ya sabemos cuáles son los principios que rigen el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (art. V) ¿Cuáles son los que se aplican en el país sede del arbitraje? Los encontramos en los arts. 35 y 36 de la Ley Modelo. Ahora bien, debe precisarse que la Ley Modelo se refiere al reconocimiento y ejecución tanto de laudos nacionales como extranjeros.

Respecto a los motivos de denegación, baste decir que son los mismos que los recogidos por el artículo 34 de la propia Ley Modelo en sede de anulación, con una única diferencia y es que entre los motivos que puede alegar y probar la parte que se opone está el mismo motivo del art. V.1.e) de la CNY que, como ya sabemos, no existe en el artículo 34 de la Ley Modelo.

La Nota explicativa de la Ley Modelo es muy clara:

- Los motivos son los mismos en los dos textos (¶154)
- La Ley Modelo complementa a la Convención de Nueva York (¶151)
- Se quiere que todos los laudos tengan el mismo régimen jurídico con independencia de su origen (¶149)

Además se añade:

“Al tratar los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la Ley Modelo hace una distinción entre laudos “internacionales” y los “no internacionales”, en sustitución de la tradicional diferenciación entre laudos “extranjeros” y “nacionales”. Esta nueva orientación se basa en motivos de fondo, y no en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas por la poca importancia que el lugar del arbitraje reviste sobre Arbitraje Comercial Internacional en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado en que se

substancien las actuaciones conforme a la ley. En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos “internacionales”, sean “extranjeros” o “nacionales”, deberían regirse por las mismas disposiciones”. (¶150)

No es sorprendente que existe una completa afinidad en esta materia pero sí es la prueba definitiva de que no se puede comprender la Ley Modelo y, por derivación muchas de las legislaciones arbitrales en todo el mundo sin conocer y comprender la CNY²⁴.

9. Conclusión

Es de justicia, por tanto, reconocerle a la CNY los inmensos efectos benéficos que ha tenido sobre el arbitraje internacional. Nada sería igual en el mundo del arbitraje, tanto nacional como internacional, sin ella. Que sea objeto de constante estudio, de bienintencionados intentos de interpretación uniforme y hasta de reforma significa que sigue siendo una herramienta imprescindible para conocer la esencia del arbitraje. Pero no olvidemos que la CNY no nació de la nada sino que continuó la línea iniciada por los Acuerdos de Ginebra y que tanto en la elaboración de éstos como en la existencia y contenido de la CNY el papel de la CCI es destacable y merece un reconocimiento público.

Por su parte, la Ley Modelo ha sido, probablemente, el mejor instrumento para que países muy dispares se entiendan a la hora de hablar de arbitraje.

La combinación de los textos examinados ha permitido progresar considerablemente al arbitraje internacional. Que entre ellos no haya una abrupta ruptura sino una importante continuidad dentro de la voluntad de mejora demuestra cuán sanamente se ha producido esta evolución. Esperamos que no cambie este criterio si se acometen reformas en el futuro.

Y, desde luego, de lo que no hay duda es de que la CCI ha estado siempre presente en los movimientos producidos en el siglo XX por hacer avanzar el arbitraje internacional, yendo de la mano de quienes, con mayor o menor acierto, han encarnado la voluntad de superar las terribles guerras mundiales acontecidas en ese siglo, las organizaciones internacionales. Hoy es día para reconocerles a la CCI y a la ONU muy especialmente, lo que han hecho en este campo por un mundo mejor.

23. En la Nota explicativa de Albert Jan van den Berg sobre el Miami Draft se dice: “The above shortcomings in the New York Convention cannot be remedied by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 (the “UNCITRAL Model Law”), as revised in 2006. The reason is that the provisions relating to enforcement of an arbitral award as set forth in the UNCITRAL Model Law are almost the same as those contained in articles III-VI of the New York Convention (article 35), because of the policy decision taken in 1985 to follow as closely as possible the New York Convention”.

Tú nos inspiras a ser cada día mejor, a desarrollar nuevas tecnologías, a innovar, a darte un mejor servicio,

**PARA SEGUIR CRECIENDO
CONTIGO.**



Banesco Panamá en:     | [Banesco.com.pa](https://banesco.com.pa) |  **Banca Móvil** |  **BanescOnline**

 **Web Chat** <https://banesco.com.pa/chat-linea/> |  **WhatsApp** +507 6349-0449 |  **Call Center** 800-1300



Nuestro equipo de abogados litigantes cuenta con una sólida y amplia experiencia en procesos de arbitraje y soluciones alternas a conflictos. Nuestra trayectoria y participación en arbitraje se extiende a procesos locales e internacionales, y ofrecemos la capacidad de representar los intereses de nuestros clientes ante reconocidas instituciones y centros de arbitraje



ICC Guatemala y el fomento de la certeza del comercio internacional. La formalización de los contratos y acuerdos previos de la compraventa internacional de bienes y servicios como aspectos esenciales.

Mariano Díaz Cuevas

Guatemala

Los acuerdos previos a los Contratos de Compraventa Internacional y el manejo correcto de los INCOTERMS® son la base para formalizarse en el Comercio Internacional buscando la certeza y seguridad de las negociaciones. **(primera entrega)**

Antecedentes:

Para muchos comerciantes, industriales y exportadores centroamericanos, las negociaciones internacionales al igual que los negocios locales y/o particulares se realizan con la más estricta confianza y facilidad, basándose en el común denominador: **“un estrechón de manos es suficiente para iniciar un negocio, ya que los papeles escritos y firmados salen sobrando”**. Esto es cierto en algunos casos y cada día más son la excepción a la regla derivado de la cantidad de negocios y complejidad de los mismos que merecen aumentar la atención a los detalles para generar certeza a las partes involucradas. Es decir, el **apretón de manos y la palabra dada ya no son suficientes**, se necesita la palabra puesta en papel que defina los derechos y obligaciones. O sea, un **CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL** con todos los elementos y las formalidades que implica un instrumento válido a nivel internacional que garantice a ambas partes el cumplimiento de las condiciones inicialmente pactadas.

Ya lo dice la Cámara de Comercio Internacional –ICC– en la publicación de junio de 2016 al revisar su última publicación actualizando los INCOTERMS® 2010 sobre la gestión del Comercio Internacional y en especial de la Compra Venta Internacional de Bienes y servicios: “Es de hacer notar las diferencias entre las leyes y regulaciones concernientes

al contrato de compraventa internacional y al contrato de transportación internacional de mercancías. En la compraventa y sus regulaciones, la libertad de contratación es la que ha regido siempre, limitada únicamente por algunas regulaciones (restricciones comerciales, Tratados de Libre Comercio –TLC’s–, leyes de competencia, control de cambios o medidas de equivalencia). La mayor parte de regulaciones relacionadas están contenidas en la Convención de Viena, **Convention for the International Sale of Goods (CISG)** Convención de Viena de 1981”. Lo que implica necesariamente que a partir que las empresas marquen su quehacer comercial integrándose al Comercio Internacional, necesariamente deben poner atención a la certidumbre de su relación como proveedor, exportador, intermediario o como comprador, importador. Para ello, todo aquel que esté en el medio para tener éxito en Comercio Internacional debe gestionar, cubrir, estudiar, saber y manejar lo que denominamos “la mesa de 5 patas”:

1. Contrato de **Compraventa Internacional –CCVI–**
2. Conocimiento de los **INCOTERMS® 2010** y sus revisiones (la última fue en junio del 2016, y la próxima la versión 2020 por ser lanzada en octubre de este año)
3. **Contrato de Transporte Internacional –CTI–**
4. **Contrato de Seguro** que ampara su gestión (transporte y de carga) –CSI–
5. Contratación de otros servicios Internacionales.

Sin entrar a conocer las variables mencionadas por ICC, las que veremos eventualmente en otros artículos, (si los editores y los lectores nos siguen leyendo), entonces analizaremos las cinco patas como sigue:

1. Contrato de Compra Venta Internacional –CCVI–:

Sin menoscabo de los demás ordenamientos legales centroamericanos, y/o de la nacionalidad del lector, es menester basar nuestro análisis de la siguiente manera salvando las similitudes nacionales de cada caso:

El Código Civil guatemalteco (Decreto Ley Número 106) establece en sus artículos relacionados al contrato de compraventa (las cursivas son nuestras):” ARTÍCULO 1790. Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero. ARTÍCULO 1791. El contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Queda prohibido el pacto de retroventa”. Delimitan explícitamente los elementos del contrato de compraventa: los sujetos (vendedor y comprador), los actos jurídicos (transferencia de propiedad, entrega y pago) y la perfección del mismo que implica la convención de la cosa y fijación del precio. En seguimiento a lo anterior, **por su parte el Código de Comercio de Guatemala (Decreto 2–70) establece en**

sus artículos lo relativo (sin mencionar explícitamente que se refiere a Compraventa Internacional lo siguiente (las cursivas son nuestras):” ARTÍCULO 695. Ventas contra documentos. En las ventas contra documentos, el vendedor cumplirá su obligación de entrega, remitiendo al comprador, los títulos representativos de las mercaderías y los demás documentos indicados en el contrato o exigidos por el mismo. Salvo pacto en contrario, el pago del precio deberá hacerse en el momento en que se entreguen los documentos, sin que el comprador pueda negarse a efectuar el mismo, alegando defectos relativos a la calidad o al estado de las cosas, a no ser que tenga prueba de ello”.

En adición a lo citado, en la Compra Venta Internacional incurren otros elementos adicionales que el ordenamiento legal guatemalteco y los otros posiblemente consideren expresamente y deben ser la guía para una mejor negociación y contratación entre las partes. Es así que **la definición local se amplía derivado de los adicionales elementos que intervienen en este contrato internacional**. Para ello, se sugiere utilizar de guía lo establecido en la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de bienes y servicios conocida como la CISG¹ la cual establece que el contrato de Compra Venta Internacional se define como:

Definición:

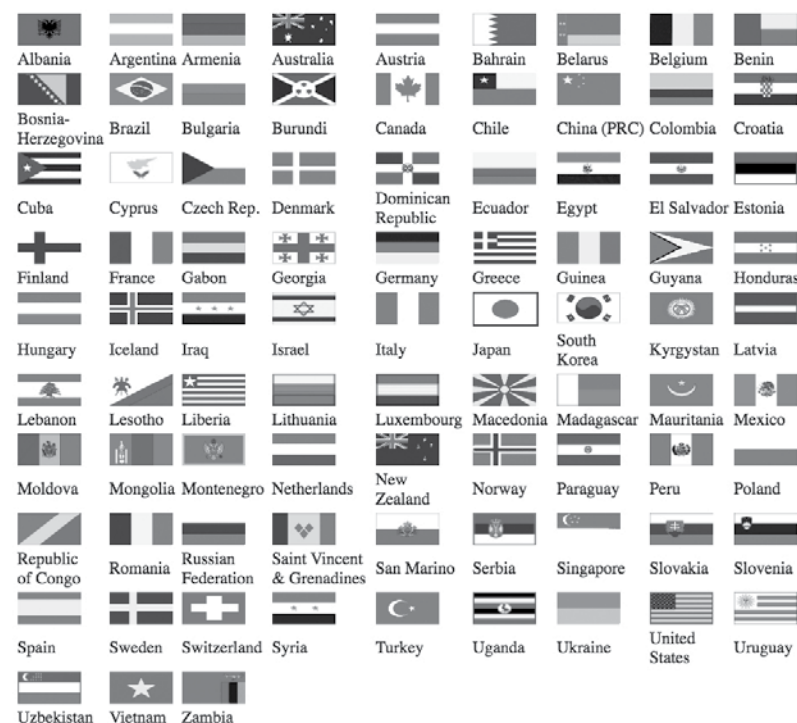
Contrato de Compraventa Internacional de mercaderías

“Es el acuerdo de *voluntades* celebrado entre partes domiciliadas en países diferentes, a través del cual se *transfiere* la propiedad de *mercaderías* que serán *transportadas* a otro territorio, teniendo como contraprestación el *pago* de un precio”.

En la cual se detallan adicionalmente a los elementos ya definidos en nuestro ordenamiento nacional los siguientes temas: 1. Los sujetos activo y pasivo, es decir vendedor/exportador y comprador/importador (se menciona expresamente y enfatiza, el domicilio en países diferentes), 2. A los actos jurídicos de compraventa se agrega: el transporte internacional sobre el cual se recomienda expresamente que haya un instrumento contractual legal documentado con todas las características y elementos que brinden seguridad a la relación (contrato de Transporte Internacional), sobre el que hay un régimen jurídico internacional que regula dicha actividad y que afecta el perfeccionamiento de esa relación contractual matricial (el momento y responsabilidad de la entrega, la transferencia del riesgo inherente de los bienes y el pago internacional), y los otros temas que intervienen como los Seguros que aseguran los riesgos, las Inspecciones en origen y/o destino de la carga, así como los Servicios Financieros que se utilizan frecuentemente para el pago de los bienes/servicios adquiridos.

A lo largo de nuestra experiencia se nos ha demostrado que no tener un contrato de Compraventa Internacional con los elementos que se enumeran en la Convención

de Viena nos ha puesto (ejemplos sobran) y nos pone en desventaja ya sea como proveedores o como compradores ante las otras partes, y esto por diferentes circunstancias y derivado de los diferentes actores que intervienen en una operación internacional: Transportistas Nacionales, Agentes Aduaneros, Agencias de Carga Internacionales, Aduanas Nacionales y de los otros países, Puertos y Aeropuertos, Transportistas Internacionales (Aire, Mar y Tierra), Aseguradoras, Reaseguradoras, Afianzadoras, Bancos e Instituciones Financieras Internacionales cuyo desempeño acarrea responsabilidades conjuntas y afectantes del negocio principal (Compra Venta Internacional).



iii

Fig. 1 Países que han ratificado la CISG a nivel mundial.

Consultada la página oficial de la Convención podemos apreciar a los países que han ratificado dicho ordenamiento. Al respecto podemos enunciar que sin menoscabo de que el gobierno del país del lector no haya ratificado la CISG, esta Convención ya establece su ámbito de aplicación en la contratación internacional, bajo los siguientes parámetros:

- Cuando el comprador y vendedor se ubican en Estados Contratantes distintos (CISG art. 1(1)(a))
- Por las reglas del derecho internacional privado (método conflictual) (CISG art 1(1)(b))

De lo que se infiere, el espíritu de la citada Convención consistiendo en la “internacionalidad” de la relación contractual como el requisito esencial para invocar la aplicación de este ordenamiento en la elaboración de un contrato que revista estas dos condiciones. Es decir, de usted dedicarse al ejercicio del comercio internacional, conozca, estudie y use la CISG de guía ya que en cualquier momento la va a necesitar.

Sin menoscabo de lo anterior, podemos mencionar que la CISG aplica para los siguientes contratos:

- Aplica para toda clase de mercancías, materias primas, insumos, maquinarias (bienes muebles tangibles), es decir casi todo lo que se comercia, se transporta y se entrega mundialmente,
- Cuando la CISG no ha sido excluida expresamente mediante la elección de otro derecho, lo cual en determinado caso puede ser una presunción legal que opere a favor o en contra de ambas partes en la elaboración del contrato o bien en la interpretación de uno ya elaborado en ejecución,
- Cuando el contrato incluye cláusula expresa que elige la CISG o por implicación, que es más específico y generalmente es por conocimiento de las partes contratantes y constituye el caso ideal por el cual se desea de parte de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (por sus siglas en inglés) –UNCITRALⁱⁱⁱ–.

Como una observación especial es menester mencionar que el carácter internacional de la CISG implica entre otras recomendaciones para la sana aplicación, la interpretación autónoma desvinculada del derecho doméstico. Esto derivado de que la CISG se basa en la “internacionalidad” del derecho mercantil y requiere separarse de los lineamientos nacionales, acorde a las características y necesidades del derecho mercantil internacional. Por lo tanto, no es válido apoyarse en interpretaciones y/o jurisprudencia de derechos nacionales tales como el Código de Comercio o Civil.

Acuerdos Previos formales:

En numerosas ocasiones se mencionan los **ACUERDOS PREVIOS** en las negociaciones, también denominados como acuerdos marco sobre los cuales se basan (se sugiere) eventualmente las Compraventas Internacionales y que son entre ellos:

L.O.I. carta de intención (unilateral, no vinculante) –Letter of Intention/interest–

Para muchos, esto constituye el origen de las negociaciones. Radica básica y puramente en la muestra de intención y/o interés en realizar alguna negociación de estar la otra parte interesada o también intencionada a lo mismo, hacer negocios. Para algunos, constituye la carta de presentación (un poco más formal) de alguna

de las partes mencionando entre todas una breve presentación de la empresa con interés/intención de iniciar negociaciones de compra o de venta.

En ocasiones acredita y establece los lineamientos bajo los cuales los intermediarios podrán trabajar en la etapa de presentación, alcances, resultados y desemboca posiblemente en una apertura de negociación que termina en la negociación en sí.

NDA–NCA, acuerdo de No Divulgación, No circunvención –Non Disclosure Agreement–

Los acuerdos también denominados en ciertos lugares como: Acuerdos de Discrecionalidad o de No Divulgación buscan asegurar que el uso de la información privada de las empresas esté restringido en su manejo y distribución al público o a otros no involucrados en las negociaciones por las partes y/o sus representantes. Pueden ser unilaterales o bilaterales. La reserva en la distribución de información se debe principalmente como un acto de buena fe entre las partes por el período de tiempo que consideren prudente ambos sujetos contractuales. El NDA puede incluir también una cláusula de No Circunvención que implica no circunvenir, saltar a los sujetos contractuales, asegurando muchas veces el papel de las partes y de terceros principalmente para asegurar el posible pago de una comisión de ventas y/o un honorario por referencia de un negocio.

M.O.U. memorándum de entendimiento, –Memorandum of Understanding–

Es un documento que describe un acuerdo bilateral o multilateral entre partes. El mismo expresa una convergencia de deseo entre las partes, indicando la intención de emprender una línea de acción común. Es una alternativa un poco más formal a un acuerdo de caballeros. Su uso se recomienda para establecer una hoja de ruta o agenda entre las partes que resume los alcances de la misma previo a las negociaciones principales. Sirve como base posible a la formalización posterior.

En resumen, los Documentos que contienen los Acuerdos Previos, todos en uno o por separado, se sugiere sean la base de la negociación formal que **busca certidumbre** en la relación comercial y su uso es muy recomendable.

2. INCOTERMS® 2010 y sus revisiones (la última fue en junio del 2016).

Los INCOTERMS® constituyen lo que se denomina en la jerga del derecho internacional “soft law”, es decir son normativa internacional de “derecho blando” altamente recomendable y que sirven de guía en las negociaciones internacionales. Son herramientas diseñadas por ICC para evitar malos entendidos o confusiones, clarificando los costos, riesgos y las responsabilidades entre las partes contratantes (vendedor/exportador y comprador/importador). Sobre este tema se puede decir mucho:

Facilitan el comercio internacional y ayudan a los comerciantes de diferentes países a entenderse en un idioma común, el de los negocios. Son un resumen de las definiciones

estándar más comunes usadas en contratos internacionales de venta, diseñados y publicados por Cámara Internacional de Comercio ICC, quien introdujo la primera versión en 1936, los expertos los han actualizado 8 veces para mantener el equilibrio en el comercio (de hecho INCOTERMS®2020, es la 8ª. revisión). La referencia correcta es INCOTERMS 2010 (Rev. junio 2016) aunque versiones anteriores puedan incorporarse a los contratos si las partes acceden, para lo cual debe estipularse claramente en los contratos. Si bien, aplicar versiones anteriores no es recomendable, la última versión (2010 Rev. junio 2016) está diseñada conforme a los últimos adelantos de la práctica del comercio mundial en la venta y entrega de bienes. Se hace notar que dentro de los INCOTERMS® se excluyen los bienes intangibles, siendo ésta una nota característica de los mismos.

No obstante, el principio de la “libre contratación”, sugiere que los contratos de Compraventa Internacional –CCVI–, de Transporte Internacional –CTI–, y los demás accesorios (De Pago, De Seguro, etc.) deben estar coordinados alrededor de una ejecución común y deben referirse a la última edición de INCOTERMS® para que el comercio fluya de la mejor forma. Una nota que es de resaltar para casos de interpretación de esta herramienta es que, la versión oficial está escrita en idioma inglés, y ha sido traducida a 31 idiomas. Se sugiere que, en caso de duda, la versión original sea la consultada.

Principio “Buona Fide”

Este principio jurídico, denominado también como el de la Buena Fe Guardada y la Verdad Sabida utilizado todo el tiempo en la negociación y cierre de las Compraventas mercantiles nacionales e internacionales, su uso correcto dentro de los INCOTERMS® se ha desarrollado para proveer la **certeza legal** en la cual la **mutua confianza** entre socios comerciales debe ser la base principal. Es decir, se presume que las partes han pactado lo que se negocia y están negociando lo pactado previamente.

Funciones principales

Los INCOTERMS® definen y limitan relaciones entre comerciantes principalmente en:

- **Obligaciones–derechos** de pago de transporte. Utilizando el INCOTERM® correcto, se sabe, establece y delimita quien de las partes ejerce su derecho sobre el transporte, y quien debe obligarse al pago de este servicio, sin menoscabo de que dicha relación debe establecerse en una contratación formal, tal como se ha venido sugiriendo a lo largo de este documento.
- **Costos a cubrirse por las partes.** Es decir, el punto de partida de la negociación en delimitar qué va a ser cubierto por quién y por ende, qué forma parte del costo de venta y/o de compra en la negociación.
- **Riesgos que deben asumir** las partes, riesgos que deben **asegurarse** por las partes. Resulta lógico que dentro de una operación internacional de compraventa

haya riesgos que las partes deben asumir, por lo tanto, esos riesgos deben ser cuantificados y se recomienda contratar un contrato de seguro (internacional o nacional dependiendo donde se asuman los inciertos) que cubra las eventualidades.

Lo que NO HACEN los INCOTERMS®:

De igual forma que en el anterior párrafo, debemos aclarar que los INCOTERMS® **No** son el **sustituto** del CCVI, y no tienen que ver con los siguientes temas o presunciones:

- Si existe o no un CCVI. Los INCOTERMS®, repetimos, son un complemento, son un contenido del “continente” que para el caso es el CCVI, no al revés.
- Las especificaciones de la carga vendida/comprada. Esto es materia directamente de la negociación que debe estar contenida dentro del CCVI.
- El tiempo, lugar, método de pago de moneda del precio. Otro de los temas privativos del CCVI que perfecciona el mismo.
- Las soluciones que pueden ser buscadas para resolver brechas en CCVI. Sobre las posibles controversias en la ejecución de los contratos (que siempre surgen) deben estar establecidas los MASC (métodos alternos de solución de controversias) que serán invocados para no entorpecer el flujo contante de las mercancías objeto de los CCVI.
- Las consecuencias por demoras, y otros en el desempeño de las obligaciones contenidas en el CCVI. Que luego se traducen en costos adicionales a cubrir. Se sugiere delimitarlos en el CCVI directamente
- Los efectos de las sanciones. Ya sean administrativas, públicas, estatales, gubernativas (sanciones fiscales, de tránsito, malas estibas portuarias, entre otras), o privadas (moras de crédito, sobre cargos por demoras en entrega multimodal-marítima, entre otras), los efectos que también inciden en los costos deben ser plenamente establecidos en otro instrumento, el CCVI.
- La imposición de tarifas. Para el caso de aranceles e impuestos, los INCOTERMS® son referencia mas no el punto principal del cálculo de éstos, si bien las autoridades fiscales, apelando a sus reglamentos arancelarios (CAUCA y RECAUCA) utilizan ciertos mecanismos a partir del cálculo de CIF y/o FOB para fijar dichos aranceles e impuestos.
- Prohibiciones en las exportaciones/importaciones. Muchas veces contenidas en ordenamientos macro como leyes y reglamentos (por ejemplo, Ministerio de Ambiente que prohíbe la importación de bienes considerados como basura), deben ser delimitaciones que los comerciantes deben conocer y plasmar en los CCVI, CTI y CSI.
- Fuerza Mayor. Muchos de los desastres naturales a los que está expuesta nuestra región mesoamericana, entre ellos los huracanes, terremotos, inundaciones,

erupciones, entre otros, afectan directamente el flujo y entrega de las mercancías en los tiempos estipulados entre las partes. Debe contemplarse en otros instrumentos (CCVI, CTI y CSI) lo referente a cómo serán tratados estos posibles y potenciales incidentes dentro de la negociación y ejecución de los contratos.

- Propiedad Intelectual o derechos reservados.
- El método, lugar, Ley y/o jurisdicción para resolver las disputas que surjan del CCVI.

Reiteramos, los INCOTERMS® **no son un contrato en sí, ni sustituyen al CCVI**, lo complementan.

Composición

Se compone de 3 letras que refieren a la abreviatura y **el uso correcto debe acompañar siempre una locación. P.ej.** FOB–KUALA LUMPUR (Incoterms 2010, Rev. junio 2016) lo más exacta y delimitada posible. Se sugiere incluso acompañar las coordenadas geodésicas del punto exacto de entrega para delimitar las responsabilidades y riesgos lo más detalladamente posible. Se dividen en 4 grupos (E, F, C, D) por razón de:

- ORIGEN DE LAS MERCANCÍAS
- OBLIGACIÓN DE PAGO
- MANIPULEO DE LA CARGA EN ORIGEN Y DESTINO

El Clareo como un factor determinante en los costos a cubrir por las partes.

Definido originalmente como Clareo Aduanero (**Customs Clearance**); se delimitó originalmente definiéndose como todas aquellas obligaciones relacionadas con “**pasar**” bienes a través de aduanas en países de exportación/importación + tránsito. Hoy se amplía el concepto y constituye no solo el pago de derechos y otros cargos sino **el acto de pagar y cualquier otra actividad conexa**. Es decir, cargos tales como fumigación, inspección sanitaria, policial, de narcóticos, documental, entre otros se incluyen dentro de este concepto.

Anotaciones principales guía.

Para su mejor comprensión y guía en su interpretación, deseamos indicar que hay **3 INCOTERMS® 2010**, que presuponen que el **COMPRADOR/IMPORTADOR** se haga cargo de la contratación del **ACARREO/TRANSPORTE INTERNACIONAL**:

- **FCA**, free carrier (named place)
- **FSA**, free alongside ship (named port of shipment)
- **FOB**, free on board (named port of shipment)

Y consecuentemente, existen **7 INCOTERMS® 2010**, que presuponen que el **VENDEDOR/EXPORTADOR** se haga cargo de la contratación del **ACARREO/TRANSPORTE INTERNACIONAL**:

- **CPT**, carriage paid to (named place of destination)
- **CIP**, carriage and Insurance paid to (named place of destination)
- **CFR**, cost & freight (named port of destination)
- **CIF**, cost, insurance & freight (named port of destination)
- **DAT**, delivery at terminal (named terminal at port or place of destination)
- **DAP**, delivery at place (named place of destination)
- **DDP**, delivery duty paid (named place of destination)

3. Contrato de Transporte Internacional –CTI–

Como tercera parte, reiteramos que, todo aquel que esté en el medio para tener éxito en Comercio Internacional debe gestionar, cubrir, estudiar, saber y manejar lo relativo al Contrato de Transporte Internacional. Al respecto se ha dicho y escrito mucho, sin embargo, siguiendo el orden lógico de análisis podemos describir que, a falta de mayor doctrina, el Código de Comercio de Guatemala (Decreto del Congreso Número 2–70). El Congreso de la República de Guatemala) establece acerca del fletamento (contrato de transporte de barco). “ARTÍCULO 972. El fletamento es un contrato de transporte por el cual el naviero, personalmente o representado, arrienda a otro el buque equipado y armado y se obliga a conducir en él a un lugar determinado mercaderías o personas, mediante un precio convenido. Este precio se llama “flete”. Llámese “fletante” la persona que da en arrendamiento el buque y promete el transporte; y “fletador” el que carga el buque y paga el precio estipulado. ARTÍCULO 973. El buque puede ser fletado total o parcialmente”.

Por su parte se menciona en el mismo cuerpo legal acerca de los contratos internacionales lo siguiente: “ARTÍCULO 977. Los fletamentos de buques extranjeros celebrados en puertos de la República están sujetos a las disposiciones de este Código, aunque el capitán sea también extranjero. Ajustados fuera de la República se sujetarán a las mismas disposiciones en todo lo concerniente a la descarga o a cualquiera otro acto que deba realizarse en el territorio guatemalteco”.

Y lo referente a los sujetos que pueden ser contratantes relata el citado Código guatemalteco: “ARTÍCULO 980. Puede ser fletador cualquiera persona que tenga capacidad para obligarse. ARTÍCULO 981. El contrato de fletamento debe ser redactado por escrito, antes o después de recibida la carga, y no podrá ser probado con testigos cuando el flete exceda de trescientos quetzales. El documento en que se consignent las condiciones del contrato se llama “póliza de fletamento” y puede constar en escritura pública o documento autenticado. En este último caso se extenderá en tantos

ejemplares como fueren los contratantes, y si alguno de éstos no supiere firmar lo hará a su ruego otra persona”.

Acerca de las formalidades del contrato, se menciona: “ARTÍCULO 983. La escritura de fletamento debe expresar: 1º-El nombre, apellidos y domicilio del naviero, consignatario y capitán, si alguno de éstos fuere el que celebre el fletamento; 2º-El nombre, apellido y domicilio del fletador y obrando éste por comisión, el de la persona por cuya cuenta se ajusta el fletamento; 3º-La clase, nombre, porte, pabellón y puerto de matrícula del buque; 4º-El puerto de carga y descarga; 5º-La cabida, el número de toneladas o la cantidad de peso o medida que las partes se obliguen respectivamente a cargar y conducir; 6º-El flete y lugar donde deba hacerse el pago y si está ajustado por cantidad fija por el viaje, por un tanto al mes o por la parte de la nave que se hubiere de ocupar o por el peso o la medida de las mercaderías en que consista el cargamento; 7º-Si el fletamento es total o parcial; 8º-El número de días convenidos para la carga y descarga; 9º-Las estadías y sobrestadías acordadas para el caso que la carga o la descarga no concluya dentro de los días señalados al efecto y la indemnización que deba pagarse por cada una de ellas; 10.-El tanto que se haya de dar al capitán por carga; 11.-Todos los demás pactos en que convinieren las partes”. Por lo que supletoriamente podemos mencionar que se detallan los sujetos, forma y aplicación de la contratación en este tipo de contrato internacional.

Tome Nota: El B/L no es un típico contrato de transporte

Mucho se ha escrito y dicho acerca del contenido y formalidades de los contratos de Transporte Internacional, y si la Carta de Porte (el Bill of Lading –B/L) es o constituye las formalidades legales de un contrato de transporte. Al respecto, el Código de Comercio de Guatemala (Decreto del Congreso Número 2–70) establece: “CAPÍTULO X DE LA CARTA DE PORTE O CONOCIMIENTO DE EMBARQUE ARTÍCULO 588. Rutas permanentes. Los portadores o fletantes, que exploten rutas de transporte permanente, bajo concesión, autorización o permiso estatal podrán expedir a los cargadores cartas de porte o conocimientos de embarque, **que tendrán el carácter de títulos representativos de las mercaderías objeto de transporte. El conocimiento de embarque servirá para amparar mercaderías transportadas por vía marítima. La carta de porte servirá para amparar mercaderías transportadas por vía aérea o terrestre**”. (el resaltado es nuestro). Con lo cual se establece la característica principal de estos títulos mercantiles mas no establece que sean un contrato de Transporte Internacional.

Acerca de los requisitos que deben llenar estos documentos, el mismo cuerpo legal menciona:” ARTÍCULO 589. Otros requisitos. Además de lo dispuesto por el artículo 386 de este Código, la carta de porte o conocimiento de embarque deberá contener: 1º. El nombre de carta de porte o conocimiento de embarque. 2º. El nombre y el domicilio del transportador. 3º. El nombre y el domicilio del cargador. 4º. El nombre y el domicilio de la persona a cuya orden se expide, o la indicación de ser el título al portador. 5º. El número de orden que corresponda al título. 6º. La descripción pormenorizada de

las mercaderías que habrán de transportarse 7°. La indicación de los fletes y demás gastos del transporte, de las tarifas aplicables y la de haber sido pagados los fletes o ser éstos por cobrar. 8°. La mención de los lugares y fechas de salida y de destino. 9°. La indicación del medio de transporte. 10°. Si el transportista fuera por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación. 11°. Las bases para determinar el monto de las responsabilidades del transportador, en casos de pérdidas o averías. 12°. Cualesquiera otras condiciones o pactos que acordaren los contratantes. Las cartas de porte y conocimiento de embarque para tráfico internacional, se regirán por las leyes aduaneras”. Y tal como vemos la descripción, no reviste la formalidad específica de un contrato acorde a lo estrictamente formalista de la técnica jurídica. No obstante, en la última parte menciona la supletoriedad de la interpretación cuando deja que las leyes aduaneras rijan legalmente la forma de las cartas de porte (B/L).

Por su parte, si vamos a las reglas aduaneras vigentes en toda Centroamérica, es decir el REGLAMENTO DEL CÓDIGO ADUANERO UNIFORME CENTROAMERICANO, establece: “TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES CAPÍTULO ÚNICO OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES Artículo 1. Objeto. El presente Reglamento tiene por objeto desarrollar las disposiciones del Código Aduanero Uniforme Centroamericano. Artículo 2. Ámbito de aplicación. Salvo disposiciones en sentido contrario, resultantes de convenios, tratados o acuerdos internacionales, la normativa aduanera constituida por el Código Aduanero Uniforme Centroamericano y este Reglamento, se aplicará de modo uniforme en la totalidad del territorio aduanero de los Estados Parte. Artículo 3. Definiciones. Para los efectos de la aplicación del Código y este Reglamento, además de las señaladas en el Código, se adoptan las definiciones y abreviaturas siguientes:... CARTA DE PORTE: Es el documento que contiene un contrato de transporte terrestre en el que se consigna la descripción de las mercancías transportadas, las condiciones en que se realiza el transporte y se designa al consignatario de ellas... CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: Título representativo de mercancías, que contiene el contrato celebrado entre el remitente y el transportista para transportarlas al territorio nacional y designa al consignatario de ellas... DOCUMENTO DE TRANSPORTE: Es el que contiene el contrato celebrado entre el remitente y el portador para transportar mercancías por vía marítima, terrestre o aérea o una combinación de éstas (multimodal)...” Acá es donde se pueden confundir las definiciones y los alcances ya que a pesar que la definición del Código de Comercio establece que son títulos que amparan las mercaderías, la Ley centroamericana abre la puerta a interpretar tales documentos como relaciones contractuales sin llenar las formalidades de un contrato como tal.

Por lo citado anteriormente y con el objeto de guiar en la interpretación legal de la técnica contractual podemos decir que:

- El B/L o Carta de Porte **NO ES UN CONTRATO DE TRANSPORTE**,
- **NO ES UN CONTRATO ENTRE EL COMPRADOR Y VENDEDOR INTERNACIONAL**
El Bill of Lading o Carta de Porte como se le denomina en nuestro ordenamiento

jurídico nacional, es **LA EVIDENCIA DOCUMENTAL** de la existencia de una contratación de Transporte Internacional entre un Embarcador o Dueño de la carga y el Transportista internacional.

- **Constituye la prueba de la recepción/entrega de la Carga**, ya que su emisión es prueba que el embarcador, acarreador o transportista ha recibido los bienes del embarcador o su agente en una aparente buena condición.
- **No incluye los términos comerciales**. No forman parte integral del mismo y no deben ser incluidos.

Concluimos preliminarmente esta primera entrega enfatizando que **“el contrato es ley entre las partes”** y que este principio merece toda la atención al momento de la negociación, así como plasmar los alcances de la misma en un documento que sea efectivo y dinámico para las partes involucradas. Los INCOTERMS® pueden no formar parte directa del CTI, del CSI o de otros contratos como una L/C, sin embargo, tienen relación con ellos y todo contrato alrededor del CCVI. Si todos los contratos coinciden y se coordinan correctamente, todo bien, si difieren, que problemas surjan es inevitable. En resumen, enfatizamos que, en el mejor interés de ambas partes (exportador–vendedor / importador–comprador), escoger el término adecuado y asegurarse que toda la Red de contratación coincida alrededor de los INCOTERMS®

Lo versado en este documento se hace basado en INCOTERMS®2010 (Revisión junio 2016) como las herramientas que sirven de guía internacionalmente en esta fecha ya que ésta es la versión que rige actualmente hasta que haya el anuncio por ICC cuando se publiquen la nueva versión INCOTERMS 2020® próximamente.

Esperamos que este contenido sirva de guía para el quehacer internacional de los interesados. Próximamente la segunda entrega:

4. **Contrato de Seguro** que ampara su gestión (transporte y de carga) –CSI–
5. Contratación de otros servicios Internacionales.

ABRE TU
CUENTA ONLINE
Y AHORRA DESDE
TU BANCA EN LÍNEA



INGRESA Y ABRE TU CUENTA HOY MISMO
www.globalbank.com.pa

EXCELENTE TASA
DE INTERÉS DE
HASTA **3%**

SIN MONTO MÍNIMO
DE APERTURA



GlobalBankPA

Los intereses son calculados sobre el saldo diario, pagaderos mensualmente. Los saldos menores a \$500.00 no generan intereses, saldos desde \$500.00 hasta \$24,999.99 aplica tasa de 2.50%, saldos de \$25,000.00 hasta \$499,999.99 aplica tasa de 3.00%, saldos desde \$500,000.00 en adelante aplica tasa de 0.30%. Algunos perfiles de clientes deben realizar la apertura en Sucursal. Cliente debe ser cuentahabiente de Global Bank.

LLASO.

Aportamos valor y confianza a su negocio...

Tel.: 396-7306 / Fax: 396-7307 / Website: www.llaso.com
email: info@llaso.com / Ciudad de Panamá, Rep. de Panamá

Motivos que impiden el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

Marisol Tamara Ellis A.

Abogada-República de Panamá

SUMARIO: A. Introducción. 1. Aspectos Generales. 1.1 Características del Proceso de Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. 2. Artículo V(1)(a). 2.1 Capacidad de las Partes. 2.2 Falta de Validez del Acuerdo Arbitral. 3. Artículo V(1)(b). 3.1 Falta de una Debida Notificación. 3.2 Imposibilidad de hacer Valer Medios de Defensa. 4. Artículo V(1)(c). 5. Artículo V(1)(d). 6. Artículo V(1)(e). 7. Artículo V(2)(a). 7.1 Arbitrabilidad. 7.2 Violación del Orden Público. B. Conclusiones.

A. Introducción

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, se reputa como uno de los instrumentos internacionales de mayor aceptación en el concierto de naciones. A la fecha, hay más de ciento cuarenta Estados que han ratificado la misma.

Sus orígenes se remontan al inicio de los años cincuenta, época en la que se hace evidente la necesidad de contar con un mecanismo que permitiera flexibilizar los parámetros a la fecha utilizados para el reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales, entendiéndose el Convenio de Ginebra de 1927 sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Dicha Convención, si bien cumplió con un rol fundamental en el desarrollo del arbitraje, presentaba una serie de aspectos que obstaculizaban su funcionabilidad. Por tanto, la denominada Convención de Nueva York, rápidamente se convirtió en un elemento clave para el éxito en el desarrollo del arbitraje comercial internacional.

Este trabajo analiza las causales que, al tenor de la Convención, determinan el rechazo de la moción de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. A tal efecto, su presentación se estructura en una serie de capítulos, cada uno de los cuales corresponde a los motivos tal cual se presentan en el texto de la Convención, cargando un poco el énfasis en lo correspondiente a la infracción del debido proceso, por ser ésta una de las causales más utilizada para impedir la ejecución de un laudo.

1. Aspectos Generales

En el marco de la contratación internacional, existen diversas formas de abordar la solución de la controversia que en cualquier momento pueda surgir entre los contratantes.

De las alternativas, el arbitraje constituye un vehículo óptimo para solucionar la disputa que surja con ocasión de un contrato comercial internacional, toda vez que representa, en comparación con otras fórmulas¹, el desarrollo de un procedimiento flexible, rápido, imparcial, generalmente confidencial y sobre todo con un resultado vinculante para las partes.

Punto medular, en materia arbitral, es lo concerniente a la ejecución de los laudos fuera de la jurisdicción en la que se profieren. De hecho, una de las características fundamentales del arbitraje comercial internacional es la posibilidad de exportar con facilidad el fallo que resuelve el conflicto entre las partes, esto en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras², (Convención de Nueva York), cuya entrada en vigor se registra a partir del 7 de junio de 1959 como producto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La Convención de Nueva York, entre otras cosas³, es el resultado de la unificación de dos Convenciones Multilaterales que constituyen su antecedente: una es el Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a cláusulas de arbitraje, y la otra el Convenio de Ginebra de 1927 sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. En específico, el Artículo II la Convención refiere a la existencia del acuerdo arbitral y no a la posibilidad de no ejecutar el laudo. Los supuestos para ejecutar el laudo se consignan en el Artículo V de la Convención.

1. Resolución de las controversias por conducto de los organismos jurisdiccionales del Estado, o bien la negociación, la mediación o la conciliación entre las partes.
2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha consignado que por “sentencias o laudos no nacionales” se entiende aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado donde se prevé su ejecución, son considerados “extranjeros” por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería. De igual forma, el numeral 1 del Artículo I de la Convención señala que “La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias...”.
3. Cfr. La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York- Experiencias y Perspectivas. Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1999, pp.1-10, para referencias adicionales sobre los orígenes de la Convención de Nueva York.

1.1. Características del Proceso de Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

Al tenor de las disposiciones que conforman la Convención bajo estudio, la fase de reconocimiento y ejecución de un laudo que se reputa extranjero, se rige por una serie de principios en función de los cuales se orienta su aplicación.

- 1.1.1. El proceso de reconocimiento no constituye una revisión del fondo de la controversia. La Convención no es un mecanismo para “apelar” el contenido del laudo con vista a procurar una segunda revisión de las pretensiones que se sometieron al conocimiento de los árbitros. En caso que se niegue el reconocimiento y ejecución, no será posible acceder al cumplimiento del laudo en el Estado en el que se llevó el procedimiento; no obstante, queda abierta la vía para que el interesado intente el reconocimiento y ejecución ante otro Estado.
- 1.1.2. La carga de la prueba recae sobre la parte que se opone al reconocimiento y ejecución del laudo. La parte que haya resultado vencida en el arbitraje es a quien corresponde alegar y acreditar las razones que fundamentan el rechazo del reconocimiento y ejecución de la sentencia.
- 1.1.3. Las causales para rechazar el reconocimiento y ejecución son taxativas. La Convención de Nueva York comprende un número cerrado de motivos que permiten el rechazo del reconocimiento o de la ejecución del laudo arbitral extranjero. En total, son siete motivos: cinco de los cuales se pueden invocar por la parte y de hecho permiten la posibilidad de saneamiento y/o convalidación de los hechos en los que se sustentan [Artículo V, numeral 1, literales comprendidos entre el a) y el e)]; y dos ante las que no se permite esta posibilidad [Artículo V, numeral 2, literales a) y b)], ya que estas, si bien pueden invocarse por la parte, son las únicas que pueden hallarse probadas por iniciativa oficiosa del juez.
- 1.1.4. Las causales deben interpretarse en forma restrictiva. Dado los principios en los que se inspira la Convención, en cuanto a constituir un medio para facilitar la ejecución de una decisión arbitral, los jueces han de actuar en forma conservadora al tiempo de analizar la viabilidad de cualquiera de los motivos que se invoque por la parte opositora.
- 1.1.5. Prima el principio de la disposición legal más favorable. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en sesión celebrada el 7 de julio del año 2006, aprobó el texto que contiene la recomendación relativa a la interpretación del primer párrafo del Artículo VII de la Convención, sugiriendo en tal sentido que “el mismo se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.⁴

4. Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York,

2. Artículo V(1)(a)

El primer segmento de causales que imposibilitan el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral es del siguiente tenor:

“...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 es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que la 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...”

El texto denota dos situaciones: una relativa a la falta de capacidad de las partes, y la otra que concierne a la validez del acuerdo arbitral.

2.1. Capacidad de las Partes

Al ser el pacto o acuerdo arbitral un contrato, el mismo debe cumplir con los requisitos esenciales para su conformación, esto es, consentimiento, objeto, causa y capacidad.

Por capacidad genéricamente se entiende la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce), o bien la capacidad de ejercer los derechos y contraer obligaciones en forma personal y comparecer a juicio por derecho propio (capacidad de ejercicio).

La Convención no define qué debe entenderse por Capacidad; sin embargo, establece que la determinación de la falta de capacidad para contratar el acuerdo arbitral, ha de evaluarse conforme a “ley que es aplicable” (a las partes⁵). Surge entonces la interrogante de ¿cuál es la ley aplicable a las partes del convenio arbitral?

Toda vez que se está en el marco de un arbitraje internacional de carácter comercial, el Método de Conflicto se plantea como una fórmula para la determinación del ordenamiento jurídico en el que se halla la respuesta. Esta fórmula, que se denomina Puntos de Conexión, según informa la doctrina bien puede ser la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el lugar de situación de los bienes, el lugar de celebración del acto o el lugar de ejecución del mismo, lugar de prestación de un servicio, lugar de incorporación y/o registro, e incluso la autonomía de voluntad de las partes en función de la elección de una determinada ley aplicable.

Los puntos de conexión “personales”, son aquellos que se refieren a las personas que toman parte en el negocio jurídico. Para este caso, el punto de conexión mayormente

aceptado en los países que se identifican con el derecho continental refiere a la ley de la nacionalidad de la persona. Por tanto, para conocer si una persona contaba o no con capacidad para la celebración del convenio arbitral, en principio habrá que atender a lo que sobre el particular se disponga en la ley de la nacionalidad a la que pertenezca.

Para una persona natural, la identificación de la nacionalidad generalmente descansa en criterios de tipo originario (nacimiento) o derivativos (naturalización), sin perder de vista los supuestos especiales que conciernen a los apátridas y los refugiados, en tanto que para la nacionalidad de las personas jurídicas, el “civil law”, consagra criterios que refieren al lugar de su constitución, la nacionalidad de los socios o accionistas, el domicilio, el lugar desde donde se ejerce el control societario y también el lugar de su incorporación. Para los países del “Common law”, el punto de conexión normalmente se centra en la ley del domicilio o la ley de la residencia habitual de la persona.

La interpretación generalizada de la primera parte del Artículo V (1)(a), informa que el sistema de ley de conflicto a utilizar será el que se encuentre vigente en el sitio en el que se ubique el tribunal a cargo del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Ahora bien, se estima por algunos autores que la aplicación del método de conflicto para la determinación de la capacidad de las partes, es una elección que puede llevar a decisiones que no sean uniformes. Esto, por cuanto que la respuesta a la interrogante podrá variar en función de la selección de un determinado método de conflicto. De allí es que se sugiere el uso de reglas de derecho sustantivo en lugar del método de conflicto de ley.⁶

Cabe señalar que el punto relativo a la capacidad de las partes, es de amplio espectro, por cuanto que, además de la facultad que recae sobre un sujeto para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, se incluye la validez del mandato de representación que se otorgue a un tercero, esto es, un poder de representación. Para este supuesto, la solución de corriente aceptación es la aplicación de la ley del lugar en el que se otorgó el poder.

También cabe destacar que en atención a los términos de redacción del primer aparte del Artículo V (1)(a), el tema de la capacidad de las partes se sitúa al momento de la celebración del convenio arbitral, ya que lo que se procura es evitar el reconocimiento y posterior ejecución de un laudo arbitral cuya fuente (el acuerdo arbitral), sea nulo.

2.2. Falta de Validez del Acuerdo Arbitral

La segunda parte del Artículo V(1)(a), encierra la posibilidad de negar el reconocimiento y ejecución del laudo en caso que se demuestre que el acuerdo arbitral no es válido

el 10 de junio de 1958, aprobada por la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones. Disponible en la Web: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html

5. En este aparte, el Artículo V 1(a) de la Convención remite al Artículo II del mismo texto para la determinación de lo que ha de entenderse como “partes en el acuerdo”. En este sentido, sin que se exprese explícitamente en la Convención, el concepto de parte refiere a las personas naturales, a las personas jurídicas e incluso a los Estados y entidades gubernamentales que tomen parte en contratos comerciales con particulares.

6. Para ampliar este aspecto se puede consultar a Gaillard Emmanuel, Savage John, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, pp.241-380.

de conformidad a la ley a la que las partes lo sometieron, o bien, conforme a la ley del país en el que se haya dictado el laudo, esto en caso que las partes hayan obviado la elección de una ley.

La existencia de un acuerdo o pacto arbitral constituye el marco esencial para el desarrollo de un arbitraje, ya que es ampliamente aceptado que su existencia se fundamenta en su naturaleza contractual, esto es, un acuerdo de voluntad en virtud del cual las partes deciden someter su actual o eventual disputa a la decisión final y vinculante de un tribunal arbitral.

Para determinar la validez del acuerdo arbitral en el escenario del procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo, es de aplicación el principio de la “disposición legal más favorable”⁷ que para este propósito implica que se aplicará la ley que resulte más favorable entre ley a la que las partes sujetaron la validez del acuerdo, la ley de la sede, en ausencia de la anterior, o bien la ley del país en el que se tramita el proceso de reconocimiento o ejecución.

3. Artículo V(1)(b)

El literal b) numeral 1 del Artículo V, comprende un supuesto que se relaciona con un principio que tradicionalmente forma parte de todo ordenamiento jurídico, cual es el Debido Proceso.

Esta causal se expresa así:

“...b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa...”

La literatura informa que el argumento de violación al debido proceso es uno de los elementos que mayormente se utilizan para enervar el reconocimiento y posterior ejecución de un laudo, en circunstancias que se estima que la apreciación del debido proceso también es viable bajo el sustento del Artículo V(2)(b) bajo el cual se permite negar la solicitud de reconocimiento y ejecución en caso que el laudo sea contrario al orden público, en la medida en que el carácter territorial de las leyes procesales las coloca en la categoría de disposiciones que están revestidas del carácter de orden público.⁸

Esencialmente, la denominada garantía del Debido Proceso (que en muchos países tiene rango constitucional), encierra, entre otros, los siguientes principios:

- Derecho a ser oído;
- Derecho a un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial;
- Derecho a la contradicción y bilateralidad, esto es, la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones de la contraparte;
- Derecho de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la otra parte;
- Posibilidad de impugnar las resoluciones que se dicten en un procedimiento utilizando los medios de impugnación consagrados en la ley.

3.1. Falta de una Debida Notificación

Especial consideración merece el derecho que tiene la parte a ser oído, ya que esta garantía consagra a su vez el derecho a recibir notificaciones, en circunstancias que la primera sección de la causal bajo estudio describe la falta de una debida notificación de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral.

Lo expuesto denota que la garantía a ser oído, y que corresponde, entre otros aspectos, al derecho a recibir la notificación de la designación de los árbitros y por ende del inicio del procedimiento, se sustenta en el otorgar a la parte la *oportunidad* de ser oído. Para este propósito, es de importancia que con independencia de la forma en la que se surta el acto de notificación⁹, su contenido constituya un medio efectivo de informar al demandante como mínimo los aspectos que refieren a: (i) inicio de un procedimiento arbitral y término para que se registre su comparecencia (según se establezca en el acuerdo arbitral o centro ante el cual se registró el procedimiento); (ii) la identificación de la parte demandante; (iii) la pretensión del demandante y los hechos en los que se sustenta (esto en caso que el reglamento aplicable exija al demandante su presentación); y (iv) la identificación de los árbitros.

El envío de la información que se detalla es relevante por cuanto que la parte inicial del Artículo V (1)(b) descansa en la “debida” notificación, expresión que trasciende la forma del acto para cargar el énfasis en su contenido, ya que lo que se pretende en función del cumplimiento del principio del debido proceso es que se garantice a la parte el contar con los elementos necesarios para la toma de una decisión, sea la comparecencia o al procedimiento arbitral, la recusación de uno o varios árbitros, la estructuración de su defensa, entre otros.

7. Supra, p. 5

8. Véase MONROY CABRA, Marco Gerardo, Tratado de Derecho Internacional Privado, Quinta Edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1999, pp.396-405.

9. El envío de comunicación escrita habrá de realizarse en la forma que a tal efecto se dispuso en el convenio arbitral, o bien en los términos que se establezcan en el reglamento de la entidad que administra el proceso arbitral.

Ahora bien, es posible que se registre la comparecencia de una parte al procedimiento arbitral sin que se haya surtido o agotado el trámite de su notificación dispuesto por las partes en su acuerdo arbitral, por el reglamento de la institución ante la cual se lleve el arbitraje. En este caso, se estima que la parte no podrá invocar la falta de notificación por entenderse que es una acción contraria a la doctrina de los actos propios.

Supuesto que amerita especial atención es el de los laudos dictados en un procedimiento en el que no se registró la comparecencia de la parte que objeta el reconocimiento y ejecución del laudo, puesto que en esta situación sí será fundamental la acreditación del cumplimiento del trámite de notificación en la forma y términos que sean de aplicación al caso, ya que será de esencia determinar si la no comparecencia de la parte fue producto de la falta de notificación, o bien de una decisión unilateral de no presentarse al proceso por cualesquiera que sean las razones que fundamenten esta decisión.

Cabe señalar que al sustentar la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo, la parte debe utilizar medios de prueba tendientes a evidenciar que no se recibió la notificación, o bien que para el envío de la misma se utilizó un mecanismo que no fue lo suficientemente idóneo para permitir el arribo oportuno de la notificación, ello es así, ya que lo que normalmente se exige en estos casos es constancia del envío de la notificación, sumado a elementos de juicios que al menos permitan establecer razonablemente su recepción.

3.2. Imposibilidad de hacer Valer Medios de Defensa

Al tenor de la segunda parte del Artículo V (1)(b), se permite el rechazo del reconocimiento y ejecución de un laudo en caso que por cualquier “otra razón”, la parte no pueda hacer valer sus medios de defensa.

Al introducirse la frase “otra razón”, se entiende que se está en presencia de un caso en el que luego de salvarse el aspecto concerniente a la notificación, interviene algún factor que inhibe a alguna de las partes el uso de medios de defensa; pero la Convención no introduce elementos que permitan precisar a qué razones se refiere, ni tampoco establece cuál es el ordenamiento legal bajo cuyo parámetro tendrá que valorarse si se otorgó o no la debida oportunidad de presentar una defensa, esto es: (i) la ley de la sede; o (ii) la ley del lugar en que se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.

Para el entendimiento del concepto “*minimal requirements of fairness*”, entiéndase requisitos mínimos de justicia que han de utilizarse por el tribunal al que corresponda el reconocimiento y ejecución del laudo, Jana, Armer y Klein¹⁰, sostienen que bien puede utilizarse como regla de interpretación lo dispuesto en el Artículo 18 de la Ley Modelo

de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, relativo a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, el cual dispone que el tribunal arbitral ha de dispensar a las partes un “trato equitativo”, entendiendo por tal que “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Por tanto, el análisis del cumplimiento del debido proceso, más que inspirarse en la consagración que sobre el particular establezca el ordenamiento jurídico del país en el que se tramita el reconocimiento y ejecución del laudo, será sustentado en un criterio amplio de oportunidad.

Será entonces importante que durante el trámite del procedimiento arbitral los árbitros procuren el cumplimiento de la “contradicción o bilateralidad del proceso”. Este principio, se explica por el catedrático panameño doctor Pedro Barsallo¹¹, quien al explicar el citado principio en el ámbito del derecho procesal se expresa en los siguientes términos:

“... Toda la estructura del proceso civil reposa sobre la concepción del proceso con participación análoga de ambos litigantes. El principio del contradictorio, que es la consecuencia natural de esta estructura bilateral, permite a la justicia eliminar todo recelo y sospecha sobre las proposiciones de las partes. En resumen, el régimen de la bilateralidad o del contradictorio está regulado en nuestros códigos de procedimiento sobre la base de que todos los actos procesales deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Sin embargo, esta bilateralidad no significa que necesaria o forzosamente deban intervenir las dos partes para que el acto procesal tenga plena eficacia y validez. Lo importante según el principio es que se les haya dado a ambas la oportunidad para intervenir, esto es, que los actos del proceso se realizarán con conocimiento de las partes...”(énfasis suplido).

Se tiene, pues, que al evaluar los argumentos con los cuales se plantea y sustenta las razones por las que una parte no pudo hacer valer sus medios de defensa, el tribunal a cargo del trámite de reconocimiento y ejecución del laudo deberá ponderar, en función de las particularidades de cada caso, si en el desarrollo del proceso, en observancia de mínimos elementos de justicia, se otorgó a las partes una legítima oportunidad de intervenir en la presentación de sus argumentos y/o evidencias, en circunstancias que de igual forma corresponderá a los árbitros adoptar los mecanismos para evitar “abusos” de alguna parte al pretender, bajo el argumento del respeto al debido proceso y la oportunidad de presentar su caso, que se prolongue el procedimiento, o bien que continuamente se le excuse el incumplimiento de los plazos que se haya fijado para la realización de algún acto o el aporte de documentos.

10. JANA, Andrés, ARMER Angie y KLEIN Johanna, JANA, Andrés, ARMER Angie y KLEIN Johanna, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Article V(1)(b), Kluwer Law International, 2010, p.239

11. BARSALLO, Pedro, Derecho Procesal I, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, República de Panamá, 1988, pp.38-39.

Las consideraciones expuestas denotan que si bien por vía del Artículo V(1)(b) se procura que se garantice el respecto de los distintos aspectos que integran la garantía del debido proceso, la norma ha de interpretarse en función de un espíritu pro reconocimiento y ejecución de laudos. Por tanto, su aplicación ha de ser restrictiva, sin que ello implique que no corresponde realizar un prolijo análisis de los argumentos en los que se sustente la causal que es mayormente utilizada para tratar de obtener la desatención del carácter vinculante del laudo.

Como último punto se destaca que la valoración de la violación al debido proceso se realizará en función de la estrecha relación causal que deberá existir entre la infracción que se alegue y el perjuicio que se supone causado a la parte, ya que en caso que se detecte una omisión cuya ocurrencia no causó perjuicio al no haber incidido en la decisión de los árbitros, es probable que no se opte por desestimar la ejecución del laudo.

4. Artículo V(1)(c)

El tercer motivo que se puede invocar para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo, se encuentra en el Literal c) del Numeral 1 del Artículo V de la Convención, cuyo texto es el siguiente:

“...c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras...”

Toda vez que la jurisdicción de los árbitros dimana del contrato arbitral, el respectivo convenio está llamado a constituir el marco que delimita su función. De allí que resultará esencial el análisis del contenido del pacto arbitral, sumado a los aspectos que por vía de la demanda y contestación a la demanda se sometan a decisión, a efectos de determinar si el pronunciamiento de los árbitros constituye expresión de la voluntad de las partes.

El denominado alcance objetivo del acuerdo arbitral nos lleva a la interpretación de la voluntad de las partes al pactar el acuerdo arbitral, esto es, sobre qué materias los árbitros pueden laudar, y/o si en efecto se convino someter la disputa a un procedimiento arbitral. Por tanto, habrá que prestar especial atención en casos especiales como aquellos en los que se esté en presencia de una *cláusula patológica*¹²,

12. Aquellas cláusulas arbitrales cuya redacción adolece de un vicio o defecto de tal naturaleza que dificulta la comprensión de la voluntad de las partes en lo que respecta a la totalidad de los aspectos que conciernen a la materia arbitral.

ya que la misma constituye un argumento que pudiera invocarse por quien pretenda eludir el reconocimiento y ejecución del laudo con base en la causal bajo estudio. Igual sucede en los casos de arbitrajes multipartes, esto por el grado de complicación que puede representar extender los efectos del compromiso arbitral a otros.

La posibilidad de negar el reconocimiento y ejecución de un laudo al amparo del argumento bajo examen, se concibe como un “exceso de autoridad de los árbitros”, el cual a su vez descansa en la transgresión del denominado “Principio de Congruencia”, como elemento que es propio de toda resolución por la que un tercero decide la controversia que le ha sido sometida por las partes.

Sobre el significado y extensión de lo que ha de entenderse por Congruencia, se expresa el doctor Barsallo¹³ en los siguientes términos:

“...El principio de la congruencia exige que el juzgador se pronuncie sobre todo lo que se pide y sólo sobre lo que se le pide, o sea sobre todas las pretensiones sometidas a su examen, y sólo sobre ellas.

Por conformidad o por relación entre pretensión y fallo se entiende la adecuación o correspondencia entre el contenido de uno y otro de tal modo que no existan en el segundo ni más elementos de lo que componen el primer, ni menos, ni otros distintos. Así entendida, la congruencia exige, por tanto:

- a) Que el fallo no contenga más de lo pedido por las partes (no eat iudex ultra petita partium). Se falta a este requisito incurriendo en incongruencia “ultra petita”, cuando la parte dispositiva de la sentencia concede más de lo pedido por el actor o más de lo resistido por lo demandado. Se da cuando se decide cualitativa o cuantitativamente excediendo la pretensión.*
- b) Que el fallo no contenga menos de lo pretendido por las partes (no eat iudex minus partium). El requisito que se infringe, incurriendo en incongruencia por “minus petita”, cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones formuladas.*
- c) Que el fallo no contenga nada distinto a las pretensiones de las partes (extra petita). El ámbito de este supuesto es, no el de que la sentencia añada algo a las pretensiones de las partes, ya que en ese caso estaríamos frente a la hipótesis citada en primer lugar, sino el de que alguna de las pretensiones aducidas sea sustituida por otra distinta que las partes no formularon.*

Estos tres supuestos antes señalados de “ultra petita”, “minus petita” y “extra petita”, constituyen los diferentes tipos de incongruencia...”

13. BARSALLO, Pedro. Ob. Cit., pp.90-91.

El “exceso de autoridad” que encuentra soporte en el literal c), se limita a las incongruencias “*ultra petita*” y “*extra petita*”. No es extensiva a otras situaciones que pudieran considerarse un desbordamiento de autoridad por parte de los árbitros, como a título de ejemplo lo sería la fundamentación del laudo en un argumento jurídico distinto al que fue planteado por las partes, la toma de decisión en base a pruebas que se hubieren obtenido como resultado de la gestión de los árbitros, entre otras.

Se tiene, pues, que las bases que permiten que se desestime el reconocimiento y ejecución del laudo bajo la invocación del Artículo V (1)(c), son exclusivas y taxativas.

Es de notar que no se consagra la incongruencia “*infra petita*” como elemento en el que se pueda sustentar la moción de rechazo de reconocimiento y ejecución. Al ser ello así, no sería viable el rechazo de la acción por considerar que el laudo cuya ejecución se pretende no resolvió todas las pretensiones de las partes. De hecho, la parte final de la disposición en comento establece que “... *si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras...*”.

Al tenor de la norma, es posible desdoblar el laudo de tal suerte que sea viable un reconocimiento y ejecución parcial, esto en la medida en que hallarse sustentado a parte de los argumentos que se expresan por la parte que se opone a la declaratoria de cumplimiento del laudo.

5. Artículo V(1)(d)

La cuarta razón por la que pudiera admitirse el rechazo al reconocimiento y ejecución de un laudo es “... *Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje...*”.

Del texto se desprende, que para la evaluación de los parámetros bajos los cuales se constituyó el tribunal arbitral que profirió el laudo, al igual que el procedimiento utilizado para tal fin, se requiere de un análisis del contenido y alcance del acuerdo arbitral, ya que la fuente del arbitraje, al igual que las consecuencias que se derivan del mismo, se encuentra en el acuerdo de voluntad por el que se convino el uso de ese medio de solución de conflictos.

Con base al citado acuerdo de voluntad, las partes son autónomas en cuanto a la elección de la ley llamada a gobernar el procedimiento que será utilizado en el desarrollo del arbitraje, al igual que la ley que será aplicable para la solución del fondo o parte sustantiva de la controversia, en circunstancias que es ampliamente aceptado el que una y otra ley sean distintas. Lo ideal es que la expresión de voluntad de las partes sea explícita en este sentido, ya que de lo contrario corresponderá la aplicación de la “*ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*”, entendiéndose por tal la ley de la sede.

En lo que concierne a la constitución del tribunal arbitral, tocará atender condiciones tales como la cantidad de árbitros, la forma de designación (lo que incluye la fórmula que se disponga por vía del reglamento de la institución que administra el arbitraje, al igual que la autoridad nominadora), las cualidades o calificaciones de los árbitros, entre otras.

Cobra importancia en este punto el análisis de los actos que previamente haya desplegado quien se opone al reconocimiento, ya que en el evento que en una instancia previa no hubiere impugnado la constitución del tribunal arbitral, o bien la forma en que se desarrollaba el procedimiento arbitral, le estará vedado obtener el rechazo del reconocimiento o ejecución, por entenderse que su omisión constituye una aceptación tácita de la situación.

6. Artículo V(1)(e)

Uno de los aspectos que ha sido objeto de debate es la interpretación que corresponde otorgar al contenido del Artículo al que refiere esta sección. Ello es así, ya que su redacción no aporta claridad en cuanto al significado de los conceptos que determinarían el rechazo al reconocimiento o ejecución en virtud de “...e) *Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia...*”.

Se consagra aquí, el supuesto de la falta de efectividad del laudo cuyo reconocimiento y ejecución se solicita, sea porque el mismo “*aún no es obligatorio*”, o bien porque el mismo “*ha sido anulado*” o sus “*efectos suspendidos*”, por una autoridad competente.

El texto no define el momento en el que deberá entenderse que un laudo adquiere la condición de “obligatorio” entre las partes, por lo que para la comprensión de este aspecto tocará atender a lo que se disponga en la legislación del lugar de la sede, o lo que se diga en la ley que por acuerdo de las partes, gobernó el desarrollo del procedimiento arbitral. Esta es la interpretación por la que aboga la mayoría, en lugar de preferir como solución la ley del foro, en el que se atiende el proceso de reconocimiento. En todo caso, la jurisprudencia arbitral es coincidente al afirmar que es la parte contra quien se solicita la ejecución, la que tiene que probar que el laudo aún no es obligatorio.

En función de la posible anulación o suspensión del laudo, la expresión “*autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia*”, orienta a establecer que la autoridad competente para el decreto de uno u otro supuesto, será la del lugar que corresponda a la sede del arbitraje, según se haya acordado por las partes en el respectivo pacto arbitral. En caso que nada se haya dispuesto en la cláusula arbitral, tendrá que atenderse a lo que se disponga por el reglamento del centro encargado de la administración del procedimiento arbitral.

La relevancia, de esta causal, radica en que se tenga o no la posibilidad de acceder al reconocimiento y ejecución de un laudo que no es obligatorio para las partes por razón

de haber sido suspendido o anulado por la autoridad que se estima competente. Sobre este particular, existen dos vertientes: una, que corresponde al “*Enfoque Territorial*” (postura adoptada por la mayoría), ante el cual el laudo suspendido o anulado es inexistente, y por tanto no es posible someterlo a proceso de ejecución alguno.

El otro criterio es el denominado “*Enfoque Deslocalizado*”, bajo el cual un Estado podrá reconocer y ejecutar un laudo que ha sido suspendido o anulado en otro Estado, esto por considerar, entre otras razones, que en este punto la Convención de Nueva York debe interpretarse en forma autónoma, toda vez que en función del principio de la “disposición legal más favorable”¹⁴, los signatarios de la Convención no pueden adoptar, para efectos de la ejecución, condiciones que sean más gravosas que las que se imponen a los laudos de carácter doméstico. Si bien el enfoque deslocalizado representa una postura menos difundida, es de notar que a la fecha es el criterio utilizado por Francia, Estados Unidos y algunas regiones del Reino Unido.¹⁵

Con vista de este criterio, la moción para anular o suspender un laudo en el lugar de la sede, no es impedimento para que se proceda con la acción de reconocimiento y ejecución del mismo. En estos casos, el juez a cargo del proceso podrá actuar en forma discrecional a efectos de postergar o no la ejecución, o bien proceder con la misma previa consignación de una caución.

7. Artículo V(2)(a y b)

Establece la Convención que también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si se comprueba: “a) *Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público*”.

7.1. Arbitrabilidad

La arbitrabilidad, entendida como los temas respecto de los cuales no se puede pactar arbitraje como forma de solución de conflicto, constituye uno de los dos casos en los que de oficio, la autoridad competente puede rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo, sin que con ello se releve a la parte contra la cual pretende hacerse valer el laudo, de la carga de probar la configuración de la no arbitrabilidad de la causa. También se destaca que al ser la arbitrabilidad un motivo de oficiosa determinación, queda vedada a las partes.

El concepto de arbitrabilidad ha de ser visto según la ley del país de la ejecución. En este sentido, es de interés la revisión del listado que han elaborado los comentaristas Otto y

Elwan, respecto de las situaciones en las que típicamente se cuestiona la arbitrabilidad de la causa, al igual que aquellas materias que no gozan de arbitrabilidad.¹⁶

7.2. Violación del Orden Público

Uno de los argumentos mayormente utilizados para evitar el reconocimiento y ejecución del laudo es el que concierne a la violación del orden público. De hecho, es común que se utilice este concepto asociado a la violación del debido proceso que se consagra en el Artículo V(1)(b); sin embargo, la literatura informa que se trata de un motivo de difícil aceptación.

El literal b) del Artículo V(2) reseña “...que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”, entendiéndose que “ese país” es aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo; sin embargo, la aplicación de esta norma se dificulta por cuanto que no se especifica el tipo de orden público al que corresponde atender.

Uno de los temas en los que no se encuentra conformidad en la doctrina jurídica es precisamente la determinación de los conceptos orden público local y orden público internacional. Así, se tiene que existe el *orden público interno*, el cual corresponde a las normas imperativas de un Estado; el *orden público internacional*, esto es los principios en los que se fundamentan las normas jurídicas de un determinado Estado; y el *orden público verdaderamente internacional*, entiéndase los principios generalmente aceptados por la totalidad de los Estados.

En la rama arbitral, uno de los recursos más utilizados para dar respuesta a la interrogante de lo que se debe entender por orden público u orden público internacional a la luz de la Convención de Nueva York, es la cita que se atribuye al Juez Joseph Smith, quien con ocasión del análisis del citado concepto se pronunció en el año 1974 con ocasión del caso *Parsons & Whittemore*¹⁷ seguido ante la Corte de Apelaciones, EE.UU. El Juez Smith sentenció que la ejecución de un laudo extranjero sólo debía rechazarse cuando dicha ejecución representase una violación a las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado.

Con esto queda presente que la tendencia en cuanto a la consideración de la defensa de orden público, es que se adopte un criterio restrictivo a efectos que su invocación no sea un motivo para denegar la ejecución de un laudo arbitral internacional.

Por último, se destaca que en la práctica internacional cada vez son más utilizadas las recomendaciones extendidas por la International Law Association¹⁸ acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

14. Supra., p.5

15. Cfr. DARWAZEH, Nadia. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. Article V(1)(e), Kluwer Law International, 2010. pp.325-340.

16. Cfr. OTTO, Dirk and ELWAN, Omaja, in KRONKE, Herbert and NACIMIENTO, Patricia. Ob. Cit., Article V(2), pp.348-364.

17. http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=714

18. Mejor conocidas como “ILA Recommendations” que son el producto de la Septuagésima Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional celebrada en Nueva Delhi en abril de 2002.

Estas recomendaciones se expresan en los siguientes términos¹⁹:

“ ...

1. *El orden público internacional aplicable es el del Estado en donde se pide la ejecución. Así, el orden público varía de país a país.*
2. *El orden público es el aspecto sobre el cual hay mayores discrepancias; no obstante, la denegación de ejecución por razón de orden público, rara vez ha tenido éxito en los tribunales nacionales.*
3. *La parte del laudo que no viole el orden público internacional podrá ser reconocida o ejecutada.*
4. *El tribunal que verifique la conformidad del laudo con principios fundamentales, debe hacerlo dentro del contexto de su propio sistema jurídico y no el de la ley del contrato, lugar de ejecución o ley del foro.*
5. *El tribunal debe tomar en cuenta la naturaleza internacional del caso y si hay o no consenso en la comunidad internacional en cuanto al principio del orden público que se considera violado. Si hay consenso puede hablarse de orden público transnacional.*
6. *Si una parte no alega ante el tribunal arbitral el principio de orden público internacional que considera violentado, no podrá hacerlo luego para objetar el reconocimiento o ejecución del laudo.*
7. *Una norma meramente imperativa de la legislación del Estado ante el cual se pide el reconocimiento no necesariamente forma parte del orden público internacional.*

...”

B. Conclusión

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, no ha de entenderse como un manual de procedimiento que encierra las fases que deberán agotarse ante el juez de la ejecución, como último paso para la culminación del procedimiento arbitral.

En el texto de la Convención, más bien se advierte un doble propósito: por una parte, el desarrollo de los elementos que han de conformar el acuerdo de voluntad que es la génesis de toda la estructura arbitral, y por la otra, el énfasis en los aspectos cuya configuración determinan la no ejecutabilidad de un laudo arbitral extranjero.

La esencia de la Convención radica en el carácter taxativo de las causales, la carga de la prueba que recae en hombros de quien se oponga al reconocimiento del laudo extranjero (sin que ello vete la posibilidad de las autoridades para actuar de oficio en algunos supuestos), y fundamentalmente en el espíritu “pro reconocimiento” que fue el motor que impulsó el surgimiento de la Convención, y el cual hasta la fecha ha merecido el respaldo de la mayor parte de la jurisprudencia arbitral.

19. Cfr. HERRERA, Tomás, La Convención de Nueva York de 1958. Conferencia, Panamá, República de Panamá, octubre de 2005.



PANAPARK

Conectividad directa e integración logística hacia los mercados más importantes de la región

Localizada estratégicamente en Panamá, nuestra Zona Franca conecta polos de desarrollo industrial, con el comercio mundial. Promovemos confiabilidad, valor agregado e incentivos a sus inversiones.



ASESORAMOS
SU INVERSIÓN

+507 6139 8988
ventas@coinla.net

Síguenos



panaparkfreezone.com

PANAPARK
ZONA FRANCA



El arbitraje fiduciario en Panamá como medio para la solución de controversias derivadas de relaciones fiduciarias entre fideicomitente, fiduciario y/o beneficiario por incumplimiento del Contrato de Fideicomiso

Juan Pablo Fábrega Polleri

Panamá
FÁBREGA MOLINO

Introducción

La República de Panamá es reconocida como una importante plaza para la estructuración de negocios y la ejecución de transacciones extraterritoriales. Diversos factores que se han ido integrando de manera natural, desde la época de la conquista, por razón de su privilegiada posición geográfica, han hecho del país un pujante centro financiero internacional. Entre ellos figura la ley de fideicomisos, adoptada en 1925 del “trust” norteamericano mediante Ley 9 de 6 de enero. La misma fue derogada por la Ley 17 de 20 de febrero de 1941 que contempló, en esencia, las mismas disposiciones de la ley 9¹. Con este cuerpo legal, el legislador panameño tuvo la habilidad de integrar a nuestro sistema jurídico civilista; codificado, una figura típicamente anglosajona.

Las experiencias acumuladas a lo largo de los años impulsaron la adecuación de la legislación fiduciaria a las exigencias de la demanda, mediante la adopción de la Ley 1 de 5 de enero de 1984 (en adelante la “Ley 1”), que hizo del fideicomiso panameño un instrumento más dinámico y funcional para su uso, como vehículo para la planificación patrimonial, la implementación de disposiciones hereditarias, la administración de bienes y la estructuración de garantías, para asegurar endeudamientos con su ejecución expedita sin pasar por los rigores de los procesos judiciales, entre muchos otros usos.

1. G. Hanse Voelkel. EL Fideicomiso en Panamá. Compilación de escritos por el Dr. Ricardo J. Alfaro y otros juristas; Impreso en los talleres de La Estrella de Panamá; Panamá, 1971; pág. 23

Las nuevas realidades de la época moderna y los conocimientos adquiridos por más de 30 años, motivaron en 2017 la modificación de la Ley 1 a través de la Ley 21 de 10 de mayo (en adelante la “Ley 21”) para establecer parámetros de supervisión de los fiduciarios y el negocio de fideicomiso. Este cuerpo normativo fortaleció la fiscalización de las empresas fiduciarias por la Superintendencia de Bancos; le adscribió a dicha entidad reguladora nuevas competencias; prohibió la prestación de servicios fiduciarios a personas que no cuenten con licencia fiduciaria, aun cuando sea de manera ocasional; aumentó el monto mínimo de capital social pagado; la periodicidad en la presentación de estados financieros y la comunicación de hechos relevantes; estableció parámetros para la adopción de normas de gobierno corporativo, cumplimiento y de debida diligencia y fijó condiciones para la ejecución de fideicomisos de garantías cuando el fiduciario y el beneficiario son partes relacionadas, entre otros aspectos operativos. Además, aumenta el monto de las multas por violación a las disposiciones de la Ley; incorpora nuevos requisitos mínimos a los contratos de fideicomiso; admite el nombramiento de protectores para fiscalizar las gestiones del fiduciario e incorpora disposiciones de derecho internacional privado respecto de la capacidad jurídica del fideicomitente.

Dentro de esa concepción moderna, la Ley 21 admite el pacto de una cláusula arbitral en el contrato de fideicomiso como medio para la resolución de las controversias que puedan derivar de la relación fiduciaria entre el fideicomitente, el fiduciario y/o el beneficiario por razón de la ejecución, interpretación o incumplimiento del contrato de fideicomiso, por la confianza y seguridad que brinda el robusto régimen jurídico del arbitraje en Panamá, al contar con una jurisdicción especial como parte de la administración de justicia, autónoma e independiente de la jurisdicción ordinaria, que le da a las partes en conflicto, certeza y garantía del debido proceso de manera privada y expedita en la resolución de la controversia por especialistas en la materia.

En ese contexto, este ensayo analiza el sustento contractual de la cláusula arbitral pactada en una relación fiduciaria; explica sus efectos legales entre las partes en atención al marco constitucional de la jurisdicción arbitral en Panamá y al régimen legal del arbitraje como pilares sobre los que descansa la solución de las diferencias que derivan de dicho nexo contractual, en el que se ha pactado la cláusula compromisoria.

Naturaleza Jurídica del Fideicomiso y la Cláusula Arbitral inserta en el Contrato

El Fideicomiso y el Contrato de Fideicomiso

El fideicomiso no es un ente jurídico con existencia y personería legal, al contrario de lo que ocurre con un ente legal, que nace a la vida jurídica y tiene identidad propia como sujeto de derechos por ficción de la Ley. El fideicomiso, por el contrario, es un contrato; es el producto del consentimiento, de manera que, como tal, no es sujeto legal con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Así se desprende del artículo 1 de la Ley 1, como quedó modificado por el artículo 96 de la Ley 21, según

el cual “El fideicomiso **es un acto jurídico** en virtud del cual una persona llamada fideicomitente **transfiere** bienes o derechos a una persona llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o a disponer de ellos para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente. Esta finalidad podrá ser en favor de un beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente, o a favor del cumplimiento de un propósito determinado por el fideicomitente. Cuando un tercero distinto del fideicomitente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un **contrato de fideicomiso**, se denomina fideicomitente adherente. Solo es posible la adhesión cuando esté estipulada expresamente en **el contrato de fideicomiso**. Las entidades de Derecho Público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de estos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta Ley. Los bancos oficiales podrán ejercer el negocio de fideicomiso sin necesidad de obtener licencia fiduciaria ni otorgar garantías. Las garantías que se exijan a las personas naturales o jurídicas que se dediquen al negocio de fideicomiso, deberán ser puestas a disposición de la Superintendencia de Bancos de Panamá y depositadas en los bancos oficiales de la República de Panamá”.

Dicho origen contractual es validado por el artículo 4 de la Ley 1, tal cual quedó modificado por el artículo 97 de la Ley 21, según el cual “El contrato o acto jurídico de fideicomiso debe constar siempre por escrito. En consecuencia, serán nulos de pleno derecho los fideicomisos verbales, presuntos o implícitos”. Lo ratifica, también, el nuevo texto del artículo 9 de la Ley 1, modificado por el artículo 98 de la Ley 21, al referirse a “El contrato o instrumento de fideicomiso” cuando establece la información mínima que debe contener dicho documento.

Del artículo 1 se deriva que el fiduciario viene a constituir la persona a través de la cual se proyecta “el fideicomiso” (utilizando dicho vocablo en jerga común para referirse, en abstracto, al contrato) en las relaciones con terceros para el cumplimiento de los fines y objetos del contrato por razón de la administración y disposición de los bienes cuya propiedad se le traspasan en fideicomiso por virtud del contrato.

En adición al requisito formal de la constancia escrita que demanda el artículo 4, el artículo 9 de la Ley 1, luego de su modificación, establece que el contrato de fideicomiso deberá contener la siguiente información mínima:

1. La identificación del fideicomitente y el fiduciario.
2. Salvo para los fideicomisos de propósito determinado, la designación del beneficiario y sus sustitutos, si es el caso. Cuando se trate de beneficiarios futuros o de clases de beneficiarios, deberán indicarse los elementos suficientes que permitan determinar su identificación.
3. La finalidad del fideicomiso y **la declaración expresa de la voluntad del fideicomitente de constituir el fideicomiso**.

4. La descripción de los bienes y derechos sobre los cuales se constituye el fideicomiso.
5. Las facultades y obligaciones del fiduciario.
6. Los derechos y obligaciones del fideicomitente y del beneficiario, si los hay.
7. Las prohibiciones y limitaciones que se impongan al fiduciario en el ejercicio del fideicomiso, si hay lugar a ello.
8. Las condiciones generales o específicas para la administración, entrega de los bienes y rendimientos, si es el caso, y liquidación del fideicomiso.
9. La designación de un agente residente en la República de Panamá que deberá ser un abogado o firma de abogados, **que deberá refrendar el contrato de fideicomiso**.
10. El domicilio del fideicomiso en la República de Panamá.
11. El lugar y fecha en que se constituye el fideicomiso.
12. La declaración expresa de que el fideicomiso se constituye de acuerdo con las leyes de la República de Panamá.
13. La advertencia de que la responsabilidad del fiduciario no implica garantía sobre el resultado del fideicomiso.
14. En aquellos contratos de fideicomiso que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación que acceden o dependen de otro contrato, la ejecución podrá atender a lo dispuesto en dicho contrato.
15. El mecanismo para liquidar los bienes en aquellos casos que se haga necesario traspasar el valor líquido de los bienes fideicomitados al Banco Nacional de Panamá.

Dicha disposición también establece que “**El contrato o instrumento de fideicomiso podrá contener, además, las cláusulas que el fideicomitente o el fiduciario tengan a bien incluir, que no sean contrarias a las leyes o al orden público**. Cuando el fideicomiso **se constituya por documento privado**, las firmas del fideicomitente y del fiduciario o sus apoderados para su constitución deberán ser autenticadas por notario o quien haga sus veces”.

De tratarse de fideicomiso de garantía en el que se acepte que el fiduciario sea a su vez el beneficiario o una empresa que forme parte del mismo grupo económico del beneficiario, se deberá agregar al contrato de fideicomiso, además de los requisitos previamente señalados, los siguientes adicionales:

1. Las causales de incumplimiento del contrato, los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos y los medios de notificación al fideicomitente.
2. La obligación del beneficiario de identificar y notificar al fiduciario el evento de incumplimiento previsto en el contrato de crédito que da lugar al inicio del procedimiento de ejecución.
3. La obligación del fiduciario de evaluar y definir, si con motivo del evento identificado por el beneficiario, corresponde dar inicio al procedimiento de ejecución.
4. El derecho del fideicomitente de oponerse a la ejecución acreditando el cumplimiento de la obligación o a subsanar cualquier incumplimiento dentro de un plazo de quince días calendario, contado desde la notificación de incumplimiento que haga el fiduciario.
5. El procedimiento de ejecución y venta del bien que constituye la garantía, el cual debe incluir:
 - a. Que el fideicomitente podrá oponerse a la ejecución si exhibe el importe adeudado, si acredita el cumplimiento de la obligación o si presenta un documento de prórroga del plazo de novación de la obligación; o subsana el cumplimiento dentro del plazo indicado en el numeral 4 de este párrafo.
 - b. De proceder la venta del bien, que se requerirá de un avalúo escrito practicado por dos peritos idóneos e independientes.
 - c. Que la ejecución del bien se hará en pública subasta, la cual debe ser anunciada mediante la publicación de no menos de dos avisos, en dos días distintos y alternados en un diario de circulación nacional, el último de los cuales se hará con una anticipación no menor de diez días calendario de la fecha del remate, contados a partir de la fecha de publicación del último anuncio, si se trata de bienes muebles, ni antes de treinta días, si se trata de bienes inmuebles. El anuncio o aviso expresará el día del remate, los bienes que hayan de venderse, el monto de los avalúos que no podrán tener una antigüedad mayor de cuarenta y cinco días de la fecha del primer aviso. En dicha publicación deberá indicarse la base del remate, que no será inferior al valor promedio de los avalúos. En los casos en que la venta no se lleve a cabo en fecha señalada, se fijará una segunda fecha en un plazo no menor de sesenta días”. (los resaltados son nuestros)

De las disposiciones a que hemos hecho referencia se desprende que el contrato de fideicomiso no tiene que constar en documento público; puede constar el documento privado, en cuyo caso se demanda que las firmas de los contratantes estén autenticadas por notario público. Al no hacer alusión a notario panameño, se desprende que, si el

contrato es suscrito por alguna de las partes en el exterior, el requisito de autenticación deberá ser satisfecho por un notario público del país donde se suscriba el documento.

En lo atiente al arbitraje, al constituir el contrato de fideicomiso un acuerdo de voluntades sujeto a la libertad de contratación, con fundamento en el artículo 41 de la Ley 1, ya citado, y en atención a la libertad estipulada en el artículo 9, de permitir que el contrato contenga, “además, las cláusulas que fideicomitente o el fiduciario tengan a bien incluir que no sean contrarias a las leyes o al orden público”, es válido y lícito que las partes pacten la cláusula arbitral como medio para resolver sus disputas contractuales.

El Fideicomiso Panameño

Los orígenes del contrato de fideicomiso panameño como una concepción anglosajona y su adecuación al sistema legal panameño, se encuentran ampliamente explicados y extensamente comentados en la obra *El Fideicomiso en Panamá*, que recoge la compilación de escritos del Dr. Ricardo J. Alfaro, padre del fideicomiso panameño, y otros eruditos, en los que se describen las bondades de este instrumento y sus diferencias con los fideicomisos rígidos de los sistemas legales romanistas:

“El fideicomiso anglosajón, por su ductilidad característica y por prestarse para llevar a cabo diversas transacciones por medio de un solo acto o instrumento, reemplaza con ventaja los contratos de mandato, de usufructo, de constitución de renta vitalicia, de enfiteusis, de depósito, de comodato, de prenda, de hipoteca, de anticresis y de venta con retroventa. Sustituye con amplias garantías y hacer más fáciles los procedimientos judiciales relativos al pago de pensiones alimenticias, cesión de bienes y concurso de acreedores. De igual modo, el trust sustituye con insuperable ventaja el albaceazgo, la tutela testamentaria, la curatela de pródigos, menores e incapaces y la constitución de fundaciones de interés público. Y desde luego, no tiene rival para la contratación de empréstitos públicos mediante la emisión de bonos, cédulas u otros valores bursátiles y con la intervención de un fiduciario responsable. Eso es así, tanto por el hecho de poderse nombrar como fiduciarios a personas jurídicas, lo que permite escoger bancos o establecimientos de crédito que ofrecen para las diversas operaciones la garantía de su responsabilidad económica, su permanencia, su técnica, sus facilidades materiales y su personal altamente especializado”.²

Estas son, precisamente, las características que adornan el fideicomiso panameño desde su adopción en 1925 y que han perdurado hasta nuestros días al amparo de la Ley 1, sin haber sido alteradas con su modificación por la Ley 21.

2. Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil; Op cit. Págs. 77-78

Siguiendo los atributos de la “fiducia” anglosajona, este cuerpo normativo no establece modalidades de fideicomisos, ni los clasifica por su objeto o naturaleza, como hacen legislaciones foráneas. La Ley 1 es de carácter general, de aplicación a todo tipo de relación fiduciaria. En atención al principio de la libertad contractual, corresponde a las partes establecer los elementos característicos del contrato según su finalidad.

Bajo este régimen legal operan en nuestro país 73 empresas fiduciarias, autorizadas por la Superintendencia de Bancos para ejercer todo tipo de negocio fiduciario. La existencia de esta gran cantidad de entes fiduciarios para un país tan pequeño como Panamá, son el mejor sustento de las ventajas y beneficios que ofrece el fideicomiso panameño al amparo de la Ley 1.

El Arbitraje Fiduciario

La Ley 1 reconocía la posibilidad de que las partes pudieran pactar el arbitraje como medio para solucionar las controversias que surgieran de la relación derivada del contrato de fideicomiso. Su artículo 41 establecía que “Toda controversia que no tenga señalada en esta Ley un procedimiento especial será resuelta por los trámites del proceso sumario. **Podrá establecerse** en el instrumento de fideicomiso que cualquier controversia que surja del fideicomiso será **resuelta por árbitros o arbitradores**, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. **En caso de que no se hubiera establecido tal procedimiento, se aplicarán las normas que al respecto contenga el Código Judicial**”. (El resaltado es nuestro)

Como establecía la norma, dicho reconocimiento, dentro del marco consensual del fideicomiso, quedaba supeditado a las disposiciones sobre procesos arbitrales contenidas en el Capítulo IV del Libro II del Código Judicial, a partir del artículo 1412 al 1444, por ser este el cuerpo legal que regulaba el arbitraje.

No es sino, hasta 1999, con la aprobación del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio (en adelante el “Decreto Ley 5”) que se adopta en Panamá un régimen especial para regular de manera expresa la institución arbitral, la mediación y la conciliación. Con el mismo se derogaron las regulaciones sobre arbitraje del Código Judicial, vigentes al momento de la adopción de la Ley 1, por lo que el arbitraje fiduciario quedó supeditado a este nuevo cuerpo legal.

Las disposiciones del Decreto Ley 5 sobre arbitraje fueron, a su vez, derogadas por la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 (en adelante la “Ley de Arbitraje”), basada en la ley modelo de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), para introducir un moderno y novedoso texto legal adaptado al favorable marco constitucional del arbitraje en Panamá introducido en 2004, al que nos referiremos en el título siguiente.

En virtud de ese nuevo cuerpo normativo arbitral, el artículo 112 de la Ley 21 modificó el artículo 41 de la Ley 1 para adecuar la convención arbitral del contrato de fideicomiso al marco legal del arbitraje tipificado en la Ley 131. De conformidad con el mismo, “El fiduciario podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso como sujeto procesal, ya sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de su finalidad. Toda controversia que no tenga señalada en esta Ley u otra ley un procedimiento especial, será resuelta por los trámites del proceso sumario. Podrá establecerse en el contrato de fideicomiso que cualquier controversia que surja del fideicomiso será resuelta mediante arbitraje o arbitramento, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. En caso de que no se hubiera establecido tal procedimiento, se aplicarán las normas que al respecto contengan las leyes aplicables”. (El resaltado es nuestro y corresponde a los cambios que introdujo el artículo 112 al artículo 41 en lo que respecta al arbitraje).

Como se puede observar, el nuevo texto del artículo 41 hace referencia expresa al arbitraje, es decir, a la institución como medio de solución de conflictos, así como al procedimiento que al respecto contenga “las leyes aplicables”, es decir, la ley de arbitraje, y no a la persona del árbitro ni a las disposiciones arbitrales que contenía el Código Judicial, como señalaba la vieja redacción del artículo 41.

Según se puede intuir de la lectura del artículo 41, como habíamos adelantado, el arbitraje es una alternativa al proceso judicial ante la jurisdicción ordinaria para la solución de controversias, que, al igual que el fideicomiso, surge de la voluntad de partes, quienes optan por un procedimiento privado para que sus diferencias de naturaleza disponible sean dirimidas por un tercero confiado por ellos, a quien la ley le confiere poder para resolverlas de manera definitiva y cuya decisión, denominada “laudo arbitral”, será de obligatorio cumplimiento para las partes.

El artículo 5 de Ley 131 define el arbitraje como el “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 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”.

Es de destacarse que hay una pluralidad de definiciones y conceptos que dan mayor precisión al arbitraje. Sin apegarnos a alguno, ni hacer referencia a los mismos, nos atrevemos a sintetizar el arbitraje como el acuerdo de voluntades por el cual partes en conflicto convienen someter a un árbitro o a un tribunal colegiado de árbitros, la solución de una controversia dirimible o transable y acoger la decisión como final y de obligatorio cumplimiento.

Por su naturaleza consensual, producto de la voluntad de las partes, la cláusula arbitral no puede imponerse, ni presumirse, salvo que existan manifestaciones implícitas de las partes para someter su disputa a arbitraje, o que las actuaciones de esta estén tan íntimamente conectadas o interrelacionadas con los hechos, objeto de la diferencia arbitral, que haga obligante a dicha parte someterse al arbitraje. Esta intervención, no expresa, se conoce en la doctrina como “el llamamiento de terceros” al proceso arbitral, o la “extensión de la cláusula arbitral y sus efectos a un tercero”, lo que no está contemplado en la Ley de Arbitraje y que ha sido aceptado de manera excepcional por la Corte Suprema de Justicia en contados casos.

La naturaleza convencional del arbitraje no desvirtúa su carácter contencioso, por cuanto hay “contradictorio” entre las partes. El rol del árbitro es igual que el de un juez, porque administra justicia: el demandante somete ante él su pretensión; el demandado la contesta; las partes presentan sus pruebas y alegatos y sobre esa base el árbitro resuelve la controversia. No obstante, al contrario de lo que sucede con un juez, el árbitro no tiene capacidad coercitiva o “imperium” para hacer efectiva su decisión; para ello, la parte favorecida tiene que acudir a la instancia jurisdiccional para ejecutar el laudo arbitral ante el incumplimiento de la parte perdedora.

En las páginas siguientes, hacemos una exposición del régimen constitucional y el marco legal en que se desenvuelve el arbitraje fiduciario, al amparo del nuevo texto del artículo 41 de la Ley 1, como quedó modificado por la Ley 21.

Marco Constitucional de la Jurisdicción Arbitral en Panamá sobre el cual descansa el Arbitraje Fiduciario

Recordamos que, antes de la aprobación del Decreto Ley 5, por el cual se adoptó un cuerpo legal especial para regular la institución arbitral de manera especial en reemplazo de las regulaciones contenidas en el Código Judicial, vigentes al momento de la adopción de la Ley 1, 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 –al igual que cuando se adoptó la Ley 1– 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.

Dicho entorno legal sufriría un cambio significativo a principios del siglo XXI, que transformaría la institución arbitral en Panamá de manera capital. 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 la capacidad para decidir por sí mismos sobre su competencia, el arbitraje logró autonomía e independencia frente a la jurisdicción ordinaria. De esta manera, ambas jurisdicciones se encuentran en un plano de igualdad respecto del ejercicio de sus competencias³.

Esta particular condición fue ratificada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 14 de febrero de 2005, al dictaminar que “Nuestro derecho positivo recientemente ha elevado a rango constitucional la institución del arbitraje al reconocer, en el artículo 202 de la Constitución Nacional, la jurisdicción arbitral como medio de administrar justicia [...]; En consecuencia, los árbitros se configuran en jueces de pleno derecho y sus decisiones tienen fuerza coercitiva frente al resto de la comunidad judicial y administrativa, dándole a las partes mayor seguridad de que sus pretensiones, reconocidas en los laudos arbitrales serán respetadas. Esta seguridad jurídica promoverá, en la sociedad, la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de conflictos que redundará en beneficio de todos; una justicia más rápida y expedita; un descongestionamiento del sistema de administración de justicia ordinaria; y, una ampliación en la posibilidad del acceso a la justicia”.

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

3. Como pusiera de relieve Juan Carlos Araúz Ramos, “la constitucionalización del arbitraje privado establecido para la solución de controversias comerciales se originó por la necesidad de crear un instrumento legal que consintiera que las partes en litigio alcanzaran soluciones no obstruidas por la lentitud y morosidad de la administración de justicia.”. J.C. Araúz. Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño. Panamá. Jurídica Pujol, S.A., 2015, p. 35.

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”.⁴

Estas apreciaciones han sido validadas por la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 3 de mayo de 2019, al expresar que “[...] nos encontramos ante un proceso especial que decide sobre la posible anulación de un Laudo Arbitral y recordando que el arbitraje es un proceso de resolución de conflictos externo al sistema judicial, cuya decisión la emite uno o más árbitros y es ajena a las decisiones emitidas por nuestro sistema judicial, mas no es menos vinculante, dado que su cumplimiento surge del mutuo acuerdo de las partes involucradas con el fin de sustituir la justicia ordinaria”.

De estas consideraciones deriva que, si de conformidad con el artículo 228 del Código Judicial, “Jurisdicción es la facultad de administrar justicia” (jurisdicción deriva del latín “juris dictio”-dictar el derecho), por jurisdicción arbitral debe entenderse la atribución de los árbitros de resolver de manera privativa las controversias que se sometan a su decisión, “conforme lo determine la ley”, como señala la norma constitucional, es decir, en lo procesal, en apego a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y, en lo sustantivo, observando las normas de derecho que se apliquen al fondo de la disputa, si las partes no hubieran acordado que el arbitraje no fuera en equidad, en cuyo caso, los árbitros emitirían su decisión de conformidad con su leal saber y entender. Así lo ha consignado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 14 de febrero de 2011 al indicar que “Tal como hemos señalado en ocasiones anteriores, nuestro derecho positivo ha elevado a rango constitucional la institución del arbitraje, siendo la jurisdicción arbitral un medio de administrar justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la Constitución Política”.

Régimen Legal del Arbitraje Fiduciario

Como quedó dicho, en desarrollo de este novedoso 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 la “Ley de Arbitraje”⁵, que, como comentamos, constituye un moderno cuerpo legal que rige el arbitraje nacional e

internacional en Panamá de manera indistinta y que, por sus novedades, nos sitúa entre las legislaciones más avanzadas en materia de arbitraje. La Ley de Arbitraje, entre otras cosas, le atribuye 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, como se comenta más adelante, 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 al señalar que, “A juicio de la Sala, el efecto procesal que produce una cláusula arbitral en un proceso tramitado en la jurisdicción civil, es la consecuente declaratoria de nulidad por distinta jurisdicción, tal como acertadamente lo resolvieron los Juzgadores de la Primera y Segunda instancia, toda vez que, en la reforma constitucional de noviembre del año dos mil cuatro (2004), el legislador panameño instituyó la jurisdicción arbitral como una jurisdicción especializada, separada y excluyente de la jurisdicción civil”.⁶

Al permitir el artículo 41 de la Ley 1 el pacto de la cláusula arbitral en los contratos de fideicomiso, toda controversia que surja de la relación fiduciaria entre fideicomitente, fiduciarios, beneficiarios y cualquier tercero que pudiera estar afecto a dicha relación contractual, resulta arbitrable y, de haberse convenido la cláusula arbitral, las partes quedan obligadas a someter su resolución mediante arbitraje de conformidad con las disposiciones de la Ley de Arbitraje.

No obstante, el reconocimiento que hace la norma en referencia, por la naturaleza mercantil del negocio de fideicomiso y de las relaciones que derivan del mismo, toda controversia asociada con la actividad fiduciaria es arbitrable por disposición de la propia Ley de Arbitraje, al ser las mismas objeto de transacción. De conformidad con el 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”. Este reconocimiento es congruente con el principio de la libertad contractual estipulado en el artículo 1006 del Código Civil panameño, según el cual “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público”.

La norma citada introduce el criterio general positivo de permitir el arbitraje de materias que sean de “libre disposición”, incluyendo aquellas materias que hayan sido

4. Sentencia de 22 de junio de 2010.

5. 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 en el Decreto Ley 5 por tratar la misma materia.

6. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia.22 de enero de 2014

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 que contemplaba el Decreto Ley 5.

La legislación nacional no tipifica ni hace referencia conceptual a lo que comprenden las “materias de libre disposición”. Tampoco hemos encontrado precedentes judiciales que den luz sobre su alcance.

Como antecedente, comentamos que el artículo 2 del Decreto Ley 5, indicaba que no eran materia de libre disposición “[...] entre otras, todas aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas o que están reguladas por normas imperativas de Derecho”.

Sobre el alcance de dicha disposición, el jurista Gilberto Boutin comentó que “El proceso de arbitraje recae sobre materia dispositiva. Es dispositiva la materia cuando la misma no está gobernada por leyes de interés público, mejor conocida en el Derecho Internacional Privado como *lois pólce*, en inglés llamado *super mandatory law*, que representan justamente los límites a la autonomía de la voluntad de las partes donde no puede ser descartada o derogada o sustraerse los particulares, ya que dicha materia está gobernada por leyes de interés político del Estado. Así, por ejemplo: el Derecho de Familia, todo lo atinente a las causales de divorcio, adopción, alimentos, el Derecho Penal, el Derecho Fiscal, el Derecho Administrativo, éste último, en cuanto a su carácter organizativo. Las materias arbitrables son todos aquellos negocios que no entran en la esfera de la aplicación de leyes políticas de aplicación inmediata que impiden sustraerse de ellas, es decir, la materia arbitrable tiene que ser dispositiva, permisible el recurso al foro arbitral o bien una prórroga de competencia dependiendo de una u otra alternativa que prevé al momento de la interpretación de la cláusula compromisoria de arbitraje frente a la ley u ordenamiento jurídico afectado”.⁷

Con fundamento en las consideraciones expuestas, opinamos que, de la letra del artículo 4 de la Ley de Arbitraje, no son arbitrables al amparo de este cuerpo legal, conflictos o materias que guarden relación con derechos regulados o resguardados por normas de orden público, como las relativas a la protección de los consumidores⁸, determinación de daños y perjuicios derivados de actos que constituyen delitos o faltas, derechos de menores, asuntos de familia, estado civil, sucesión y capacidad de las personas; cuestiones sobre bienes y derechos de incapaces; atribuciones o funciones del imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; ciertos asuntos de naturaleza laboral⁹, entre muchos otros, que gozan de una tutela superior del Estado, o materias

que afecten el interés 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.¹⁰

Sobra decir que tampoco podrán someterse a arbitraje controversias sobre las cuales haya recaído sentencia definitiva en firme, por constituir cosa juzgada.

Dentro de ese contexto, conforme al artículo 4 de la Ley de Arbitraje serían arbitrables las materias que son renunciables o transigibles; sobre aspectos de los que se tiene pleno dominio, o que no han quedado legalmente excluidos del ámbito dispositivo.

Puede concluirse, entonces, que, en Panamá, como ocurre en el derecho mexicano, el que un tema sea arbitrable será “el resultado de satisfacer positivamente los siguientes cuatro criterios: i) que no sea un área expresamente excluida; ii) que verse sobre derechos que son de libre disposición; iii) que no afecten el interés público y iv) que no involucre derechos de tercero”.¹¹

Por tales consideraciones, aun cuando la Ley 1 hubiera guardado silencio respecto del arbitraje, las controversias derivadas de la relación fiduciaria entre fideicomitente, fiduciario y o beneficiarios por razón de la celebración, ejecución, interpretación, terminación, liquidación o incumplimiento del contrato de fideicomiso, así como de cualesquiera otros actos asociados o relacionados con el mismo, o derivados de estos, hubieran sido igualmente arbitrables. No obstante, la validación que hace el artículo 41 de la Ley 1 ratifica que tales disputas resultan ser de libre disposición y transables.

La Cláusula Arbitral pactada en el Contrato de Fideicomiso

El acuerdo de arbitraje está definido en el artículo 15 de la Ley de Arbitraje como “aquel por medio del cual las partes **deciden someter** a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una **cláusula compromisoria** incluida en un contrato o la forma de un **acuerdo independiente**”.

Como deriva de la norma citada, el acuerdo de arbitraje o convenio arbitral, como también se le conoce, es el sustento legal; el pilar del arbitraje como medio para resolver controversias, que nace de la voluntad de las partes. Por ello, dice la doctrina, que estas son “dueñas” de la solución de sus diferencias en la esfera privada, no porque las partes sean sujetos de derecho privado, sino porque se le adscriben competencias a una instancia distinta de la pública o jurisdiccional ordinaria.

7. Del Arbitraje Comercial. Decreto Ley 5 de 1999; Editorial Mizrahi & Pujol, S.A.; 2001; pág. 22.

8. La Ley 45 de 31 de diciembre de 2007, por la cual se dictan normas de protección al consumidor y defensa de la competencia contempla el arbitraje de consumo, al amparo de dicha particular legislación.

9. El Código de Trabajo dispone en su artículo 512 que se resolverán mediante arbitraje los conflictos colectivos laborales.

10. El artículo 1504 del Código Civil panameño dispone que “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre alimentos futuros”

11. González de Cossio, Francisco; Arbitraje; Tercera edición; Editorial Porrúa; México; 2011; pág. 199

También se desprende que el acuerdo de arbitraje puede pactarse como una cláusula inserta en un contrato, como sería el caso en los fideicomisos, o convenirse como una relación contractual autónoma, usualmente, cuando no se convino la cláusula arbitral y las partes acuerdan, por separado, resolver su disputa mediante arbitraje. En el primer caso, las partes pactan por anticipado en el mismo contrato que cualquier controversia futura que derive de la celebración, ejecución, interpretación o incumplimiento del mismo se dirimirá mediante arbitraje. A este supuesto es el que la Ley de Arbitraje llama “cláusula compromisoria”, porque las partes se “comprometen” por adelantado, en dicha cláusula, a dirimir mediante arbitraje el conflicto que pudiera surgir de la relación contractual.

El segundo supuesto; el del acuerdo independiente, suele darse después de haber surgido, o ante el inminente surgimiento, de la controversia sin que en el contrato se hubiera pactado cláusula arbitral. En ese caso, en vez de acudir a los tribunales de justicia, las partes convienen, en un contrato o acuerdo, someter a arbitraje la disputa en cuestión.

Adelantamos, como se verá más adelante, cuando se trate la competencia de los árbitros, que la Ley de Arbitraje le da a la cláusula compromisoria autonomía e independencia respecto del contrato en el cual aparece pactada, al tratarla como un convenio especial, separado del contrato principal, de manera que la nulidad de éste no anula, per se, la cláusula arbitral, preservando esta su vigencia.

Del artículo 15 citado deriva que el acuerdo de arbitraje podrá adoptar alguna de las modalidades siguientes:

1. Un convenio o acuerdo en forma de cláusula inserta dentro de otro contrato.
2. Un convenio o acuerdo independiente sobre controversias ya surgidas o que puedan surgir entre las partes.
3. Una declaración unilateral de someterse a arbitraje por una de las partes, seguida de su aceptación expresa o tácita de la otra u otras partes involucradas en el conflicto.

Por virtud del artículo 16 de la Ley 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”.

De esta norma deriva que el único requisito de forma, para perfeccionar el acuerdo de arbitraje, ya sea como cláusula compromisoria o convenio arbitral, es que conste por escrito. También se desprende que dicha constancia escrita no requiere de la formalidad de un contrato per se suscrito por las partes. El acuerdo de voluntades para someter una disputa a decisión arbitral se perfecciona mediante cualquier modalidad enunciada en el artículo 16 que, en su conjunto, pueda demostrar de manera inequívoca y en forma documental, que las partes acordaron el arbitraje como medio para resolver sus diferencias.

Dentro de ese contexto, la cláusula arbitral pactada en el contrato de fideicomiso cumple los presupuestos de las disposiciones citadas.

En otro orden de ideas destacamos que la Ley de Arbitraje no establece elementos que debe contener la cláusula compromisoria o el convenio arbitral, como lo hacía el Decreto Ley 5. Este demandaba que la cláusula arbitral indicara: 1. La designación o forma de designación de los árbitros y 2. Las reglas de procedimiento o su indicación por remisión a un reglamento preestablecido.

La práctica arbitral enseña que para el adecuado desarrollo del proceso arbitral, el acuerdo de arbitraje debe contener los siguientes elementos:

1. Identificación de las partes. Comprende la escritura correcta e inequívoca de los nombres de las partes, así como sus generales. Ello se entiende para los convenios arbitrales autónomos que se consignan en documentos separados del contrato principal, porque dicha información ya consta en el contrato principal, como ocurriría en el contrato de fideicomiso.
2. La manifestación inequívoca de someter a arbitraje la disputa que surja de la celebración, ejecución, interpretación o incumplimiento de la relación contractual. Esta constituye la esencia del arbitraje porque de ello dependerá la aceptación y declinatoria de competencia por el tribunal arbitral para conocer las pretensiones que se sometan a su consideración.
3. Tipo de arbitraje. Comprende la precisión de si se trata de un arbitraje en derecho, en equidad o técnico; si será ad hoc o institucional, como explicamos más adelante.
4. Las reglas de procedimiento que deberán seguir o aplicar los árbitros para desarrollar el arbitraje, ya sea desarrollándose en el propio contrato las regulaciones que regirán el proceso o remitiendo a la aplicación del reglamento de una entidad administradora de arbitrajes, como se explica más adelante.

5. Forma de designar los árbitros. Comprende el nombramiento del árbitro de cada parte, en caso de ser un tribunal colegiado, o del árbitro común, si el tribunal arbitral estuviera compuesto de un solo árbitro, o la referencia al procedimiento de elección de árbitros consignado en el reglamento de una entidad administradora de arbitrajes.
6. Número de árbitros que conformarán el tribunal arbitral. Las partes deben precisar si se tratará de un tribunal arbitrado colegiado o unipersonal. No hay requisitos en cuanto a cantidad de árbitros. Cuando se omite esta precisión y el arbitraje será administrado o institucional o se ha hecho referencia a la aplicación de un determinado reglamento o normas de procedimiento, se aplican tales disposiciones en lo que respecta al número de árbitros.
7. Lugar del arbitraje. También denominado “sede” del arbitraje, es el sitio donde el tribunal arbitral tendrá su asiento jurídico; donde sesione y deba dictar el laudo arbitral. Ello tiene relevancia procesal para efectos de la ejecución del laudo arbitral, según el arbitraje sea local o internacional, como se explicará.
8. Idioma que se empleará en el desarrollo del arbitraje. La ley es amplia al permitir a las partes convenir el idioma que se empleará para tramitar el proceso y en que los árbitros deberán dictar el laudo.
9. Pago de las costas; quién asume los costos totales incurridos por las partes: honorarios de abogados, peritos, árbitros y centro de administración de arbitraje, gastos incidentales como notificaciones, traducciones y demás que se puedan causar. Bien puede acordarse que, con prescindencia del resultado del arbitraje, cada parte asume sus costos y que los comunes, como honorarios de árbitros y del centro de administración del arbitraje, se dividirán y pagarán a partes iguales o, bien, quien resulte perdedor paga los costos totales de ambas partes.

Efectos de la Cláusula Arbitral en las Relaciones Fiduciarias

En atención a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, citado al analizar el marco legal del arbitraje, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje señala, respecto de la cláusula arbitral, 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”.

Al respecto de 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 general, 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”.¹²

El citado artículo 17 fue objeto de una advertencia de inconstitucionalidad bajo el argumento de que, aun cuando se haya pactado una cláusula arbitral, la redacción de la norma, a criterio del accionante constitucional, “no permite al Tribunal de la jurisdicción ordinaria determinar, al igual que el Tribunal arbitral, si la causa sometida a él es o no de su competencia y establecer si la cláusula arbitral obliga o no a las partes a tener que cumplir lo pactado y formalizar la constitución arbitral”. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia desestimó la pretensión y reconoció el derecho privativo de los tribunales arbitrales de decidir sobre su propia competencia bajo los siguientes argumentos:

“Este Tribunal constitucional debe indicar que el arbitraje es un mecanismo establecido en la Constitución y en la Ley, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto delegan expresamente su solución a un Tribunal arbitral, el cual se encuentra investido de la facultad de administrar justicia y

12. Sala Cuarta, Sentencia. 8 de mayo de 2015

emite una decisión a la cual se le denomina laudo arbitral y tiene los mismos efectos de una Sentencia proferida por los Tribunales ordinarios.

Así las cosas, al existir un pacto entre las partes, en el cual se conviene someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas con respecto a una determinada relación jurídica, esta Corporación de Justicia debe indicar que comparte los señalamientos del Procurador de la Administración en cuanto a 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, la cual se encuentra contenida en nuestra Carta Magna”.¹³

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. El artículo 18 de la Ley de Arbitraje preceptúa que “No será incompatible con un acuerdo de arbitraje, ni se entenderá como una renuncia a ese convenio, que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal judicial la adopción de medidas cautelares y/o provisionales de protección, ni que el tribunal judicial conceda esas medidas”.

En virtud de las anteriores consideraciones, la cláusula arbitral inserta en un contrato de fideicomiso obligaría a las partes a someter a arbitraje toda controversia que derivara de la relación contractual, alejados de la jurisdicción ordinaria y de toda intervención de los jueces civiles.

Conclusión

El proceso arbitral para dirimir controversias derivadas de relaciones fiduciarias se regirá por la Ley de Arbitraje. La misma contempla las distintas modalidades arbitrales reconocidas por la doctrina y legislaciones foráneas: ad hoc; institucional, administrado por un centro arbitral; en derecho o en equidad.



En **Credicorp Bank** hemos desarrollado una serie de productos y servicios que permiten satisfacer tus necesidades empresariales y patrimoniales a través de un solo punto de contacto.

 **CREDICORP BANK**
Cuenta con **nosotros**

☎ 800-7555 📞 6656-2000 📱 📧 CredicorpPanama

Credicorp Bank es una empresa del Grupo Financiero Credicorp

Extensión del pacto arbitral a partes no signatarias y su tratamiento en las decisiones de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fundamentalmente relacionadas con la teoría del grupo de sociedades

Miriam Giselle Figueroa

Panamá
Abogada con Master Degree in Law (LL.M.) de Tulane University.
Socia Fundadora de FIGUEROA-BROCE ABOGADOS.
Presidenta de la Comisión de Arbitraje de ICC PANAMÁ.

Introducción

La autonomía de la voluntad de las partes es un principio fundamental del arbitraje. Éste surge y debe responder al convenio arbitral de las partes por el cual acordaron la sumisión de sus controversias a esta jurisdicción alterna. El arbitraje se origina, entonces, en la manifestación de la voluntad de partes de un negocio jurídico que, a *muto proprio*, deciden que cualquier o determinadas disputas que surjan entre ellas en relación con el negocio que les une, se someta al conocimiento y decisión de un tribunal arbitral.

La voluntad de las partes de someter la resolución de sus disputas al arbitraje, cuyo efecto sería declinar a la posibilidad de accionar ante la justicia estatal, ha de ser clara e indubitable, no cabe su presunción. Y, no solo se trata de determinar la existencia del acuerdo arbitral, sino también debe determinarse su validez y alcance, abarcando aspectos de forma y fondo del acuerdo, valoraciones que corresponde hacerse conforme a la legislación escogida por las partes, como aplicable para la determinación de su validez.

Tratándose de la ley panameña como aplicable¹, en cuanto a los requisitos de forma, ésta recoge la posibilidad que el acuerdo se haga constar en forma de una cláusula

1. La Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá, está inspirada en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 de julio de 2006 (referida en este artículo como Ley Modelo) y se encuentra en:

compromisoria incluida en un contrato o un acuerdo independiente, estableciendo como requisito su constancia por escrito.

La Ley de Arbitraje panameña imprime cierta flexibilidad a los requisitos de forma del acuerdo arbitral. En su artículos 16, en sentido casi idéntico a la Ley Modelo, dispone que este requisito se cumple cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, sea que (i) el acuerdo o contrato se haya hecho verbalmente, con constancia mediante la ejecución de actos o cualquier otro medio, (ii) que conste en comunicaciones electrónicas o mensajes de datos si la información es accesible, (iii) que haya un intercambio de demanda y contestación, en los que la existencia del acuerdo se afirme por una y acepte por la otra parte, o (iv) la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria siempre que implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Atendiendo a los usos de comercio, a las nuevas formas y complejidades de los negocios y transacciones comerciales y a los modernos esquemas de comunicación de los comerciantes, tanto la Ley Modelo en su versión enmendada², como la Ley de Arbitraje de Panamá, flexibilizan los requisitos y parámetros para la determinación de la existencia de un compromiso arbitral dejándose a un lado, el requisito formal de firma establecido en la Convención de Nueva York de 1958³ y variándose por otros medios que dejen constancia de su contenido.⁴

En adición a los requisitos de forma, el acuerdo arbitral debe atender las condiciones necesarias para su validez, como hemos comentado, conforme a la ley a las que las partes le han sometido. El acuerdo arbitral es de naturaleza contractual, con lo que le resultan aplicables las normas y principios que regulan los contratos en el ordenamiento jurídico que aplica al fondo de la controversia arbitral y a los principios de derecho en materia de contratos.

De ser la legislación panameña, la ley aplicable, habrá de concurrir (i) el consentimiento de las partes que se manifiesta por la existencia de la oferta y su aceptación, sin que medie error, violencia, intimidación o dolo; (ii) objeto y (iii) causa, quedando los contratos perfeccionados con el mero consentimiento (salvo excepciones expresamente

2. La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- fue aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 de julio de 2006 (referida en este artículo como Ley Modelo).

3. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1958.
"Artículo II

...
2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas".

4. En las Notas explicativas de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en su versión enmendada en 2006 (punto 19), se expresa que la Comisión con las enmiendas introducidas procuró ajustar el contenido de la Ley Modelo a las prácticas contractuales internacionales.

reguladas en la ley para algunos contratos que requieren determinada formalidad) y desde entonces obligan, al cumplimiento de lo pactado y a sus consecuencias, conforme a la buena fe, al uso y a la ley.⁵

En nuestro ordenamiento jurídico panameño, el artículo 976 del Código Civil de Panamá recoge el principio universal de la relatividad de los contratos, al disponer que los contratos obligan a las partes contratantes y tienen entre ellas fuerza de ley.

En tal sentido, a la luz de nuestra legislación, mediante un contrato, quedan directa y exclusivamente obligadas las partes contratantes y, de igual manera, como regla general, serán partes de un arbitraje aquellas que *motu proprio* hubieren convenido someter sus disputadas a arbitraje.

El principio universal de la relatividad de los contratos ha admitido excepciones en el arbitraje internacional, incorporándose a procesos arbitrales a partes que no han celebrado el convenio arbitral pero que, por determinadas circunstancias se encuentran de alguna manera vinculadas al pacto arbitral y así lo han reflejado decisiones de tribunales arbitrales, algunas de las cuales han encontrado eco en las decisiones de los tribunales estatales al ejercer el control jurisdiccional sobre laudos arbitrales, en especial, en las cortes americanas y francesas, a diferencia de las cortes inglesas, suizas y alemanas.

Esas excepciones también son planteadas en la doctrina internacional que, a modo de excepción, encuentra justificación a la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias cuando concurren determinadas circunstancias fácticas, que lleven a un convencimiento del consentimiento del no signatario, esbozándose algunas teorías que dejan de lado análisis formalistas y se dirigen al análisis de los hechos para determinar la existencia de un consentimiento o en las implicaciones de las conductas desplegadas por las partes involucradas, que han servido también de motivaciones de las decisiones de tribunales arbitrales respecto a la incorporación de partes no signatarias del pacto arbitral, teorías a las que nos referiremos adelante.

Típicamente las legislaciones que regulan el arbitraje, reconocen el principio básico de la voluntad de las partes y carecen de tratamiento sobre la atracción de partes no signatarias al arbitraje. Muy excepcionalmente el tema es objeto de determinación por las legislaciones de algunas jurisdicciones o por reglamentos de arbitraje de instituciones administradoras de procesos arbitrales, a pesar de que con cierta frecuencia, dada la naturaleza de los negocios que se celebran y las estructuras y políticas fundamentalmente corporativas para la explotación de sus actividades, se ven involucrados en los conflictos y, por tanto, en los procesos arbitrales, partes que no suscribieron el convenio arbitral y excepcionan su atracción al arbitraje, correspondiendo a los tribunales arbitrales decidirlo.

5. Artículo 1109 del Código Civil de la República de Panamá

La Ley Modelo no contiene disposición alguna que refiera al tema, tampoco la Ley panameña contiene ninguna estipulación al respecto, ni es usual en las legislaciones de arbitraje, salvo excepciones, como la moderna Ley de Arbitraje del Perú⁶, también inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, cuerpo normativo que dispone la extensión del convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje se determina por la concurrencia de dos circunstancias particulares (i) la participación activa en la negociación, ejecución o terminación y (ii) quienes pretendan beneficiarse del contrato contenido de un convenio arbitral.

Como es usual en la mayoría de las legislaciones arbitrales, los efectos sustantivos del acuerdo arbitral guardan estricta relación con la obligación de las partes que celebraron el acuerdo de cumplir con lo pactado y, en tal sentido, a formalizar la constitución del tribunal arbitral, debiendo colaborar en el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral, sin abordar la posibilidad de extender los efectos del convenio a partes distintas.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en lo relativo a los efectos del acuerdo de arbitraje, se adentra a tratar la posibilidad de proseguir con el arbitraje cuando haya más de dos partes, incluida una parte adicional, cuando *prima facie* la Corte estuviere convencida de la existencia de un acuerdo de arbitraje conforme su Reglamento.

De igual manera, el Reglamento regula lo pertinente a la incorporación de una parte adicional, sin distinguir entre partes adicionales signatarias o no del compromiso arbitral.

La incorporación de una parte no signataria del convenio no va de la mano de la responsabilidad que podría caber a la parte incorporada, son dos temas de alcance distinto que deberán ser evaluados y valorados separadamente ya que la incorporación al proceso por la existencia de determinada vinculación no necesariamente implica la responsabilidad en la reclamación que se plantea.

¿Bajo qué supuestos o criterios podría una parte no signataria ser compelida a participar en el proceso arbitral o a accionar en arbitraje?

1. En primer lugar, es posible la extensión del pacto por transmisión a terceros que no son originalmente partes signatarias del pacto arbitral pero que, en virtud de transferencia de derechos, podrían asemejarse a aquellas si se cumplen los requisitos de validez, conforme a la ley aplicable y ser compelidas a participar en

6. Ley de Arbitraje de Perú (Decreto Legislativo No. 1071 de 27 de junio de 2008):
"Artículo 14°.- Extensión del convenio arbitral
El Convenio Arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos".

el proceso arbitral o someter sus reclamaciones a la decisión de esta jurisdicción, tal es el caso de cesionarios de derechos. También es el caso de garantes de obligaciones, entre otros, que deben ser analizados en cada caso en particular por los tribunales arbitrales.

Y es que la extensión por transmisión es definida como “la operación por medio de la cual una persona recibe unos derechos existentes y los cuales le son transmitidos en el estado en que se encuentren en ese momento”.⁷

Sobre el particular, James A. Graham al compartir sus ponderaciones sobre el Derecho mexicano en torno al tema objeto de nuestro análisis, cita un extracto de una tesis del Primer Circuito, que señala que “existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral, como ocurre tratándose de su transmisión a terceros, situación que conduce, entonces, al análisis de esa transmisión para determinar si, efectivamente, la misma se produjo con todas sus consecuencias inherentes.....el convenio arbitral no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto al convenio arbitral”.⁸

Entre los supuestos en que pueden verse envueltos en el ámbito del convenio arbitral quienes no fueron partes originarias en el mismo, se encuentra la cesión de derechos que, como acto jurídico implica la sustitución del acreedor, así como garantes de obligaciones. Esta posibilidad de atracción de terceros no es objeto de tratamiento particular en este artículo, por ser un tema que no reviste mayor discusión sobre su procedencia.

2. En segundo lugar, también podría darse la extensión del pacto arbitral a no signatarios en el caso de partes (en ocasiones mal denominados terceros) que si bien no celebraron el convenio sí tienen vínculo con el acuerdo arbitral, por razón de la relación con las partes suscriptoras y/o con los negocios jurídicos que incluyen esos convenios arbitrales.

No se trata de una regla general, sino una excepción en la que debe haber un análisis ponderado del pacto suscrito y su alcance con base en el derecho a éste aplicable, de las verdaderas intenciones de los contratantes, de las circunstancias que rodean la controversia y las partes involucradas. Para justificar debidamente la adopción de una decisión de esa naturaleza, debe necesariamente atender los

principios del arbitraje especialmente la autonomía de la voluntad de las partes y los principios fundamentales de la contratación como la relatividad de los contratos y el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la adopción de un convenio arbitral.

Al respecto, Santiago Talero Rueda hace relación a la necesaria interpretación del pacto arbitral que implica un análisis más allá de su contenido y redacción y a los métodos tradicionales del análisis del pacto, a saber, las teorías de interpretación (i) restrictiva, (ii) extensiva y favorable al arbitraje, (iii) autónoma que determine la verdadera intención de las partes y (iv) la interpretación del pacto para determinar la vinculación de no signatarios.

Para este destacado jurista, “se considera que la posición restrictiva parece ser la más adecuada para interpretar un pacto cuando se pretenda extenderlo a no signatarios. El no signatario, en realidad no habilita expresamente al tribunal arbitral para resolver sus diferencias con otros sujetos. Su vinculación al pacto arbitral se suele determinar a la luz de su comportamiento contractual, tal como se analizará más adelante. Por lo tanto, resultaría inadecuado, a nuestro juicio, vincularlo al pacto arbitral sobre la base de una interpretación extensiva del pacto arbitral -la interpretación pro-arbitraje- o de una interpretación autónoma que ignore que al arbitraje solo se llega por la voluntad de las partes, quienes renuncian a dirimir sus conflictos ante la justicia ordinaria del Estado. De hecho, la extensión inadecuada del pacto arbitral al no signatario puede implicar la anulación del laudo arbitral”.⁹

Continúa señalando que “en la práctica, la posición restrictiva implica exigir que la extensión del pacto arbitral a un no signatario obedezca a que se determine rigurosamente que ésta ha sido la voluntad implícita pero inequívoca de dicho sujeto. Si no se determina su voluntad inequívoca, esto es, si el análisis juicioso de los hechos arroja dudas al respecto, no se debería extender el pacto arbitral al no signatario”.¹⁰

En el arbitraje internacional, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de sentar posiciones sobre el particular. En la jurisprudencia ha habido casos emblemáticos en los que tribunales arbitrales han adoptado la decisión de atraer al foro arbitral a partes no signatarias, decisiones que han sido confirmadas por las Cortes nacionales en ejercicio de su control judicial y que se han sustentado en la vinculación efectiva e involucramiento directo de la parte en el negocio jurídico que es objeto de la controversia arbitral, que han llevado a concluir que la parte conoce el contenido del acuerdo, que ha podido razonablemente esperar alguna

7. Villalobos López, Adelina y París Cruz, Mauricio, “La cláusula arbitral a Partes No Signatarias”, Revista de Ciencias Jurídicas No. 131 (13-42) 2013, p. 32. cita a CLAY, Thomas. “La extensión de la cláusula compromisoria a las partes no signatarias (fuero de los grupos de contratos y grupos de sociedades). Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2006, p. 13-22.

8. GRAHAM, James A. “La falsa extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México”, cita el Amparo en Revisión 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C., Revista Peruana de Arbitraje No. 7, 2008, pp. 7 y 8.

9. TALERU RUEDA, Santiago. “Extensión del Pacto Arbitral a no Signatarios: Perspectivas en la Nueva Ley Peruana de Arbitraje, Lima Arbitration No. 4, 2010-2001, p. 79.

10. Ídem, p. 79

vinculación a aquel y hasta estar dispuesta a cumplir con las obligaciones derivadas del mismo. En ocasiones, también es un factor de relevante consideración, la razonable expectativa de la otra parte signataria sobre la vinculación y compromiso de aquella.

Sobre el particular, las Cortes francesas y las americanas han adoptado posiciones más liberales y con ellas han surgido las distintas teorías doctrinales de incorporación antes mencionadas y en ocasiones, concurren circunstancias fácticas probadas que involucran más de una teoría.

Contrario a las posiciones de algunos tribunales franceses y americanos, se han dado también decisiones en sentido contrario en algunas Cortes norteamericanas.

Por su parte, los tribunales alemanes, ingleses y suizos han seguido usualmente una corriente más restrictiva y se han opuesto a la extensión del pacto a no signatarios, algunos por no cubrirse todos los presupuestos tratados en la teoría invocada y más conservador el caso “Peterson Farms” al que hace referencia el reconocido jurista Roque J. Caivano citando a Jean Francois Poudret,¹¹ en el que los tribunales ingleses resolvieron que la doctrina del grupo de sociedades no es parte del derecho inglés.

Con relación a la corriente más liberal seguida por las Cortes francesas y americanas, nos permitimos muy brevemente tratar el fundamento básico de las decisiones más emblemáticas de esas jurisdicciones.

Cortes francesas y el caso “Dow Chemical”.

La Corte de Apelaciones de París al resolver el recurso de anulación contra el laudo proferido en el emblemático caso “Dow Chemical contra Isover Saint Gobain” mantuvo la decisión adoptada por el tribunal arbitral de la causa fundada, como nos refiere el tratadista Roque J. Caivano, en “que la controlante había sido parte en los contratos a pesar de no haberlos firmado, y que la teoría del «grupo de sociedades», a la que los árbitros recurrieron como fundamento del laudo, es reconocida dentro de los usos mercantiles internacionales”.¹²

Refiere el destacado jurista Caivano que el tribunal arbitral “aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral (como demandantes) de dos sociedades del Grupo Dow no-signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que «la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o

rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”.¹³

Como vemos del extracto citado, los factores determinantes que sirvieron de elemento de convicción al tribunal arbitral y a la Corte en el caso que nos ocupa, fueron la participación activa en la celebración, ejecución o terminación del contrato objeto de la controversia y el haber actuado las sociedades parte de un grupo económico, como verdaderas partes, decisiones posteriores tanto de tribunales arbitrales como estatales han sostenido criterios similares a la decisión arribada en este determinante caso.

Tribunales norteamericanos y el caso “Thomson”

En el caso Thomson-CSF, S.A. contra American Arbitration Association, la Corte recopiló los parámetros que con anterioridad a ese fallo hubieren servido de factores determinantes para la incorporación de partes no signatarias al proceso, a saber: (i) referencia expresa y directa al compromiso arbitral contenido en otro contrato; (ii) aceptación tácita del sometimiento a arbitraje; (iii) la actuación en calidad de agente o representante del no firmante; (iv) penetración del velo corporativo para evitar un fraude y cuando ha mediado control de la subsidiaria y (v) teoría de los actos propios (*estoppel*).

Muy brevemente nos referimos a los presupuestos esenciales de estas teorías de acuerdo a las decisiones de las Cortes norteamericanas, a manera exclusivamente de referencia y como preámbulo a un breve tratamiento de algunas de las decisiones proferidas por la Sala Cuarta de Negocios Generales de Panamá al resolver recursos de anulación, en los que se ha abordado el tema.

(i) Teoría del grupo de sociedades

La teoría del grupo de sociedades se sustenta en la participación activa de sociedades, vinculadas entre sí como parte de un grupo de sociedades, en la negociación, celebración, ejecución y terminación de la relación contractual que contiene un acuerdo arbitral suscrito por otra de las sociedades a ella vinculada, de manera que la voluntad de vinculación al arbitraje se produce y deduce de su participación activa en el contrato.

En los casos en que se ha aplicado esta teoría no ha resultado extensivo el compromiso arbitral por la sola existencia probada de vínculos corporativos, sino que ha sido también preciso que la sociedad no signataria del acuerdo arbitral haya tenido una participación efectiva y activa en la relación contractual objeto de la controversia arbitral, con lo que

11. CAIVANO, Roque J.: “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, Lima Arbitration No. 1, 2006, p. 137

12. Ídem, p. 126 y 127.

13. Ídem, p. 125.

se llegó al convencimiento que esa sociedad no signataria conocía de la existencia del compromiso arbitral y su intención real era someterse a la jurisdicción arbitral.

(ii) Incorporación por referencia

Se podría producir la incorporación de una parte no signataria por referencia cuando ésta hubiere celebrado un contrato distinto al que contiene la cláusula arbitral y la no signataria se hubiere comprometido a asumir las obligaciones y privilegios que surgen de este primero.

Destacamos que conforme a la legislación de arbitraje de Panamá, “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”.¹⁴

Nótese que la referencia para efectos de nuestra legislación debe implicar que la cláusula arbitral forma parte del contrato.

Resulta conveniente referirnos a posibles consideraciones para la determinación de la validez de la incorporación por referencia. “La determinación *in casu* de la validez de la incorporación por referencia tendrá que tomar en consideración las circunstancias particulares. Pueden distinguirse cuatro hipótesis: 1. Que las condiciones generales incorporadas por referencia que incluyen la cláusula arbitral están en el reverso del contrato. En este caso, una referencia *general* es suficiente. 2. Que las condiciones generales que incluyen la cláusula arbitral estén anexadas al contrato, en cuyo caso la referencia *general* también es suficiente. 3. Si las condiciones generales que incluyen la cláusula arbitral constan en un documento por separado, será necesario contar con una referencia *específica* a la cláusula arbitral. 4. En presencia de relaciones comerciales continuadas, una referencia general será suficiente en la medida en que las condiciones generales (que incluye la cláusula arbitral) ya sean conocidas por ambas partes.”¹⁵

(iii) La aceptación tácita

De acuerdo a esta teoría, cabe la extensión de los efectos de la cláusula a un no signatario, en los casos en que de sus actos y conducta pueda inferirse una aceptación tácita al arbitraje. Un caso claro de aceptación tácita sería la participación de la parte en el proceso arbitral sin formular ninguna objeción al respecto.

(iv) La relación de agencia

Esta teoría refiere a cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra. Citando casos surtidos ante Cortes norteamericanas, Roque J. Caivano refiere

que “aunque es excepcional, este criterio se aplicó, por ejemplo, para vincular al proceso arbitral al único propietario y médico de un Centro de Estética o para admitir que el representado haga valer el acuerdo arbitral firmado por su representante”.¹⁶

(v) El levantamiento del velo corporativo

Bajo el supuesto de que una sociedad no signataria utilice a un firmante como un simple vehículo para la relación jurídica en la que se ha convenido el pacto arbitral, también ha sido posible la extensión del pacto a aquella, con el objeto de evitar un fraude.

“Aunque la relación matriz/subsidiaria, considerada aisladamente, no es suficiente para obligar o permitir a un no-signatario a arbitrar, las Cortes y Tribunales de EE.UU. han perforado el velo societario cuando una empresa matriz domina y controla totalmente a sus subsidiarias con el propósito de cometer un fraude o cualquier otra ilegalidad”.¹⁷

Para algunos tribunales norteamericanos la confusión de las personalidad jurídica de las sociedades en sus estructuras corporativas, funcionales y de capital han sido determinantes para la penetración del velo.

Refiriéndonos a nuestro ordenamiento jurídico, la legislación mercantil panameña concede a las sociedades mercantiles¹⁸ constituidas con arreglo a la ley, personalidad jurídica propia y distinta de la de sus socios y excepcionalmente decisiones jurisdiccionales ajenas al arbitraje, han considerado necesario levantar el “velo corporativo” para dejar sin efecto el uso y abuso de la personalidad jurídica de una sociedad en fraude a la ley¹⁹ y para los efectos de la responsabilidad civil o patrimonial que pueda surgir en conexión con el delito cometido.²⁰

(vi) Teoría de los Actos Propios (Estoppel)

Esta teoría, que derivada del principio de la buena fe, se ha aplicado, en consideración de la previa conducta de la parte que objeta el arbitraje, ejerciendo acciones tendientes a explotar el contrato y aceptar sus beneficios directos.

Otras teorías tratadas en la doctrina internacional

En la doctrina se esbozan algunos criterios adicionales que han servido de base para requerir la participación de partes que no hayan suscrito convenios arbitrales como la teoría del tercero beneficiario.

16. Ibid, p. 132.

17. BULLARD, Alfredo. “Litigio Arbitral, el Arbitraje desde otra perspectiva”, Editorial Palestra, 2016, p.123.

18. Artículo 251 de Código de Comercio de la República de Panamá.

19. Fallo de 20 de diciembre de 1999 proferido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

20. Fallo de 29 de enero de 1991 de la Corte Suprema de Justicia dictado para resolver demanda de amparo (Registro Judicial de enero de 1991, pág. 78) y Fallo de 16 de agosto de 1991 de la Corte Suprema de Justicia (Registro Judicial de agosto de 1991, págs. 43 y 44).

14. Artículo 16 de la Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013.

15. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Arbitraje”. Editorial Porrúa, Cuarta Edición, 2014, ps. 193 y 194.

(vii) Tercero Beneficiario

Surge esta posibilidad, cuando las partes de un negocio jurídico establecen derechos o beneficios a favor de un tercero que tuvo participación en esa relación jurídica. Algunos tratadistas vinculan este supuesto dentro del contexto de la existencia de un grupo de sociedades, otros no necesariamente.

Parte de la doctrina ha señalado que para que el tercero (beneficiario) pueda quedar vinculado a la cláusula compromisoria, es necesario que las partes de la relación jurídica principal (promitente y estipulante) hayan tenido la intención de vincular al tercero en cuanto a este aspecto²¹ y que el beneficiario debe haber también aceptado expresa o tácitamente la prestación entre promitente y estipulante, con lo que quedaría vinculado el beneficiario a las condiciones dispuestas entre aquellos.

Conforme a la legislación civil panameña, si el contrato contuviere una estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiere aceptado el obligado tal estipulación.²²

En ocasiones se presentan circunstancias fácticas en las que es preciso aplicar parámetros de distintas teorías involucradas, especialmente considerando que en las teorías doctrinales antes aludidas, también se plantean presupuestos correlacionados.

Algunas de las teorías brevemente tratadas, han servido también de orientación a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Panameña, a cargo del control jurisdiccional de los laudos arbitrales de tribunales con sede arbitral en la República de Panamá, que pasamos a referir, siendo fundamentalmente la teoría abordada producto de análisis y decisiones de recursos de anulación, la de grupo de sociedades.

Decisiones en las que la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia ha emitido algunos pronunciamientos que abordan la materia, fundamentalmente relacionados con la teoría del grupo de sociedad y de la participación activa del no signatario

De los Recursos de Anulación²³ interpuestos en los que se ha incorporado a partes no signatarias, han guardado relación con decisiones de tribunales arbitrales usualmente amparados en presupuestos aplicables a la teoría del grupo de sociedades, aunque también en algunos de los fallos se hacen breves acotaciones a beneficiarios y existencia de contratos relacionados, entre otros. La Sala Cuarta en algunos casos ha

aplicado los parámetros imperantes en cada tesis, con algunos matices propios de las circunstancias fácticas del caso.

La ley panameña vigente dispone que en la interpretación de la norma se debe considerar el origen internacional del arbitraje, la necesidad de uniformar su aplicación y la observación de la buena fe²⁴, con lo que en los análisis de los tribunales arbitrales y de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, al conocer los Recursos de Anulación contra laudos dictados en sede arbitral panameña, debe atenderse este criterio de interpretación.

En lo particular a laudos en los que se ha hecho extensiva la cláusula arbitral a partes no signatarias, habrá que valorarse las circunstancias formales y fácticas probadas que imperaron en la relación jurídica de la que surgieron las controversias y las actuaciones de las partes involucradas, así como el conocimiento por éstas del convenio arbitral y su vinculación a las partes.

La Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia ha conocido de recursos de anulación de laudos en los que los tribunales arbitrales han extendido los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias, tanto bajo el amparo del Decreto Ley derogado en lo relativo al arbitraje, así como de la Ley de Arbitraje vigente, cuerpos normativos que difieren un tanto en las causales de anulación previstas.²⁵

Antes de adentrarnos a hacer referencia de algunas de las decisiones proferidas, productos de recursos de anulación, en los que se ha tratado fundamentalmente la tesis del grupo de sociedades, puntualizamos que como hemos referido antes, esta doctrina se sustenta en la existencia de sociedades, vinculadas entre sí como parte de un grupo de sociedades, en la que una o unas de ellas han participación activa y efectiva en la negociación, celebración, ejecución y terminación de la relación contractual que contiene un acuerdo arbitral suscrito por otra de las sociedades a ella vinculada, de manera que se deduce de su participación activa su conocimiento de la existencia del compromiso arbitral y su intención real era someterse a la jurisdicción arbitral.

El reconocido jurista Eduardo Silva Romero concluye que el principio del consentimiento implícito “es el que permite derivar de la participación de una parte en la negociación,

21. TALERO RUEDA, Santiago, Op Cit. p. 88.

22. Artículo 1108 del Código Civil de la República de Panamá

23. El conocimiento de los Recursos de Anulación en contrato de laudos arbitrales emitidos en procesos con sede arbitral en la República de Panamá corresponde a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

24. Artículo 6 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

25. La primera legislación especial de arbitraje en Panamá fue el Decreto Ley No. 5 de 1999, mediante el cual se estableció el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación. En su artículo 34, el Decreto listaba las causales taxativas de anulación y disponía como una causal el vicio de nulidad del convenio arbitral conforme a las disposiciones del Código Civil y las causales de nulidad contenidas en los convenios internacionales ratificados por la República de Panamá sobre la materia. En lo relativo a la competencia del tribunal arbitral, el Decreto disponía además la posibilidad de impugnación vía anulación de la decisión sobre la competencia. El Título I del Decreto Ley en comento, relativo al Arbitraje, fue derogado en su totalidad por la Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2019. En su artículo 67 la Ley vigente establece entre las causales taxativas de anulación del laudo, el que una de las partes en el acuerdo de arbitraje esté afectada por alguna incapacidad o que dicho acuerdo no sea válido en virtud de la ley del país a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley panameña.

celebración, ejecución o resolución del contrato su aquiescencia a someterse al convenio arbitral²⁶, principio que se “ve reforzado cuando la parte no signataria del convenio arbitral pertenece al mismo grupo de sociedades de una de las partes signatarias de dicho convenio, por aplicación de la teoría del “grupo de sociedades”.²⁷

Coincide plenamente Talero Rueda en que “habiéndose constatado la existencia del grupo, debe establecerse luego, con base en la buena fe y las pruebas del caso, si los no signatarios quedan o no vinculados por el pacto arbitral, deduciéndose con ello su consentimiento... Identificando su intención de acudir al arbitraje a partir de su intervención en el respectivo negocio”.²⁸ A su juicio, la intervención debe ser significativa y relevante para que resulte aplicable.

Casos en que la Corte ha considerado mantener la decisión adoptada por los tribunales arbitrales en cuanto a la integración al proceso a partes no signatarias

Caso Violeta, S.A. contra Food Source, S.A y Don Lee International, S.A.

En el caso Violeta, S.A. (Violeta) contra Food Source, S.A (Food) y Don Lee International, S.A., (Don Lee) se condena solidariamente a las demandadas Food y Don Lee por la terminación de un contrato de arrendamiento suscrito entre Violeta y Food que contiene una cláusula arbitral, recurriendo en anulación Don Lee, en contra del laudo emitido en el año 2013, fundamentando su recurso en la falta de competencia del tribunal arbitral para conocer la demanda propuesta contra el recurrente por no haber suscrito la cláusula compromisoria.

La Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá negó el recurso propuesto reconociendo como viable la extensión de los efectos de la cláusula arbitral contenida en el contrato suscrito.

En ese caso, el compromiso arbitral era parte del contrato de arrendamiento suscrito, mismo que contenía una cláusula en la que las partes suscriptoras (Violeta y Food) expresaron su voluntad de incorporar en los efectos del contrato a Don Lee, en virtud de la existencia de un contrato de franquicia con el arrendatario, ejecutable en el bien inmueble objeto del contrato de la controversia. Por otra parte, la Sala valoró que en el proceso quedó probado, que ésta sociedad no signataria, adquirió con posterioridad a la firma del contrato, las acciones de la sociedad arrendataria.

Ello llevó a la Sala al convencimiento de que la sociedad que recurrió en anulación intervino de forma activa en la negociación y ejecución del contrato de arrendamiento suscrito por VIOLETA y FOOD, por lo tanto era parte de los conflictos que surgieran del

contrato que contenía el acuerdo arbitral, valorando de manera especial la voluntad de las partes del contrato de incorporar a DON LEE en los efectos del mismo y destacando la necesidad de evitar decisiones contradictorias en un mismo caso, lo que consecuentemente haría ilusorio el arbitraje y frustraría las expectativas de ejecución del laudo arbitral.

En su fallo, la Sala señala entre sus consideraciones, que:

“la cláusula arbitral tiene naturaleza contractual y como tal se rige por los principios generales de los contratos, siendo uno de ellos el principio de relatividad consagrado en el artículo 1108 del Código Civil patrio. Sin embargo, 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.

La extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los 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. Siendo así, tanto VIOLETA, S.A., como FOOD SOURCE, S.A., al suscribir el contrato de arrendamiento contentivo de la cláusula arbitral, manifiestan su voluntad de considerar a DON LEE INTERNACIONAL, S.A., como parte involucrada en la ejecución del contrato...

Por otro lado, en cuanto al requisito de la firma de la cláusula arbitral, el mismo es considerado un requisito “*probationem*”, 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 la necesidad de que haya firmado la cláusula arbitral”.²⁹

En este caso, la Corte aplicó conceptos propios o matizados de la teoría de grupo de sociedades, con la probada intervención en la negociación, ejecución y terminación de un contrato; con posterior participación accionaria de la sociedad no signataria (DON LEE) en la signataria FOOD. El Tribunal hizo énfasis en la voluntad expresada por las partes suscriptoras en el contenido del contrato suscrito.

En este antecedente judicial, se hace constar que las partes suscriptoras del contrato que contiene la cláusula compromisoria manifestaron expresamente su voluntad de hacer al tercero parte de la relación contractual, al convenirlo así en el contrato suscrito que contenía el compromiso arbitral, lo que fue destacado por la Corte en sus consideraciones.

26. SILVA ROMERO, Eduardo. “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”, Lima Arbitration No. 4 – 2010-2011 p. 61.

27. Idem, p. 62

28. TALERO RUEDA, Santiago. P.88

29. Fallo de 27 de mayo de 2015 de la Sala Cuarta de Negocios Generales que resuelve Recurso de Anulación propuesto por Don Lee International contra el Laudo Arbitral de 12 de julio de 2013.

Bajo la tesis de grupo de sociedades, la incorporación de una parte no signataria, podría fundamentarse en la voluntad tácita de la no signataria por su participación activa en el contrato. Esa participación activa lleva, de acuerdo a esa tesis, a considerar que la no signataria conocía de la existencia de la compromisoria arbitral y al ejercer tal actividad se presupone su voluntad de también hacerse parte del arbitraje.

Conforme a la teoría del grupo de sociedades, la extensión del acuerdo no está condicionado a que las suscriptoras del acuerdo expresamente manifiesten su voluntad de hacer parte a la no signataria, desde el momento de celebración, como sí ocurrió en el caso al que nos referimos, circunstancia que se adicionó a la reconocida vinculación de las sociedades y a la activa participación en su celebración y ejecución de la no signataria.

Caso Michael Shumakov y Galina Shumakov contra Isaac David Mizrachi Russo, Proyecto Construcciones y Administración, S.A. (PROCASA) y Bay One Development, S.A.

Mediante Fallo de 28 de diciembre de 2011, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia negó la anulación del Laudo Arbitral en Derecho, proferido en el caso propuesto por Michael Shumakov y Galina Shumakov contra Isaac David Mizrachi Russo, Proyecto Construcciones y Administración, S.A. (PROCASA) y Bay One Development, S.A.

De las consideraciones del fallo, se infiere que tuvo su génesis en un Contrato de Promesa de Compraventa suscrito entre BAY ONE DEVELOPMENT, S.A., representada por ISAAC D. MIZRACHI, por una parte y por la otra, los señores MICHAEL SHUMAKOV Y GALINA SHUMAKOV.

Durante la ejecución del contrato, la empresa PROCASA (no signataria) que actuaría como contratista del Proyecto del que formaría parte el inmueble dado en evento, emitió los recibos de pago de los abonos al precio de venta, de acuerdo a instrucciones vertidas por ésta y comunicó la terminación del contrato de promesa a los promitentes compradores.

De acuerdo a lo expuesto en el Fallo, el Tribunal Arbitral resolvió que Bay One Development, S.A. y Proyecto, Construcciones y Administración, S.A. (PROCASA) son sociedades estrechamente vinculadas entre sí, en una sola actividad, con la finalidad de promoción y venta de los apartamentos y cuyo presidente y Representante Legal en ambas sociedades era el señor Isaac D. Mizrachi (indistintamente Isaac D. Mizrachi Russo o Isaac Mizrachi Russo).

El argumento básico de los recurrentes fue que PROCASA e Isaac David Mizrachi o Isaac Mizrachi Russo, no eran parte del contrato de compraventa.

Por su parte, los oponentes a la anulación argumentan que los recurrentes intervinieron activamente en el contrato, que están alcanzados por éste contrato, en el que se

inserta la cláusula compromisoria e involucra todas las controversias surgidas entre las personas que participan en el contrato, de lo contrario, se pondría en estado de indefensión a los suscriptores del pacto afectados por la controversia. Aducen además la existencia probada de un grupo económico que actuaron de mala fe, al rescindir el contrato Procasa y dar en venta el bien a un tercero.

La Sala concluye en la existencia de una relación contractual entre Isaac D. Mizrachi Russo, actuando en nombre y representación de BAY ONE DEVELOPMENT, S.A., Isaac Mizrachi de la empresa PROYECTOS CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN, S.A. (PROCASA) y los señores MICHAEL SHUMAKOV Y GALINA SHUMAKOV.

En sus consideraciones, la Sala Cuarta “interpreta claramente la voluntad de las partes, la cual era la celebración de una promesa de compraventa entre las sociedades BAY ONE DEVELOPMENT, S.A., ISAAC D. MIZRACHI RUSSO, PROCASA y los señores SHUMAKOV, donde las partes involucradas aceptaron las cláusulas, entre éstas, la cláusula arbitral, razón por la cual, son responsables de las obligaciones que se deriven de las mismas”.³⁰

Aplicó la Corte conceptos propios de las teorías de sociedades de un grupo, que intervienen activamente en la negociación, ejecución y terminación de un contrato; con conocimiento de la existencia del compromiso arbitral y aceptación tácita de las partes involucradas.

Casos en los que la Sala Cuarta se ha inclinado por declarar nulos laudos en los que se incorporaron a partes que no suscribieron convinieron cláusulas arbitrales

Caso Empresas Hopsa, S.A. contra M2 Panama Inc.; EMMEDUE, S.P.A., y Angelo Candiracci

Empresas HOPSA, S.A. (HOPSA) recurrió en anulación en contra del laudo arbitral de 20 de febrero de 2009 emitido en equidad y por el cual se resuelve la controversia que guardó relación con un Contrato de Asociación y Comercialización suscrito entre HOPSA y M2 PANAMA, INC. (M2), recayendo, a juicio de las recurrentes, sobre la sociedad demandada M2, los efectos de supuestos actos desarrollados por terceras personas ajenas a la relación jurídica que contiene el pacto arbitral, señor Angelo Candiracci y la sociedad italiana EMMEDUE, S.P.A. (“EMMEDUE”), como si los hubiera desarrollado directamente la misma sociedad demandada.

La recurrente alega entre otras razones que el Tribunal se pronunció sobre divergencias o controversias que no están contenidas en la cláusula arbitral y aduce la falta de

30. Fallo de 28 de diciembre de 2011 de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia por el cual se NIEGA LA ANULACIÓN del Laudo Arbitral en Derecho de 14 de octubre de 2008, proferido en el caso propuesto por Michael Shumakov y Galina Shumakov contra Isaac David Mizrachi Russo, Proyecto Construcciones y Administración, S.A. (PROCASA) y Bay One Development, S.A.

competencia del Tribunal Arbitral, en cuanto a que Angelo Cardiracci y “EMMEDUE” no eran parte del acuerdo arbitral, y por ende, el Laudo Arbitral no podían producir efectos o alcances a estas determinadas personas.

La recurrente alegó que la relación comercial/industrial contractual quedó plasmada originalmente en un conjunto de documentos, convenidos entre su representada HOPSA, y el señor Angelo Candiracci, en representación de la sociedad EMMEDUE, en un Contrato de Asociación y Comercialización para la fabricación y comercialización de productos además, en la Carta de Intención de Asociación Confidencialidad y Comercialización de 22 de agosto de 2002.

Que dichos documentos contractuales quedaron reemplazados o subrogados por la posterior firma del Contrato de Asociación y Comercialización de 21 de marzo de 2005, suscrita entre su representada y M2, que hoy se tiene como contrato principal entre las partes, suscrito por el señor Angelo Candiracci y que recogía una nueva forma de estructuración corporativa de la empresa ahora demandada, que sucedía contractualmente frente a su representada, a la sociedad EMMEDUE”.

La opositora destacó que la relación contractual es una sola, plasmada en cinco (5) contratos de diversos objetos, siendo que por propia voluntad de las partes el Contrato de Asociación y Comercialización de 21 de marzo de 2005, debe considerarse el contrato principal y los restantes contratos, como accesorios, secundarios o complementarios al mismo, todos con un solo y exclusivo objeto.

La Sala en sus consideraciones del fallo³¹ brinda especial atención a la autonomía de la voluntad de las partes y a la esencia consensual del arbitraje y plantea la necesidad que medie una voluntad expresa para la sumisión al arbitraje.

Refiere a la cláusula compromisoria pactada y a la declaratoria de competencia para conocer adicionalmente sobre otros contratos y convenios, los que no habían sido sometidos a arbitraje con lo que, a juicio de la Sala, el tribunal se excedió en conocer y dirimir la totalidad de los conflictos a su consideración por HOPSA so pretexto de que eran contratos accesorios, que seguían la misma suerte del principal, sobre el que recae el proceso arbitral, lo que resultó en la anulación del laudo arbitral.

En el caso antes referido, las partes no alegaron la concurrencia de algunos de los presupuestos de las teorías brevemente referidas y la Corte se inclinó por aplicar una interpretación restrictiva, disponiendo que los efectos del compromisorio arbitral, únicamente eran alcanzables a los suscriptores directos del convenio.

31. El Recurso de Anulación propuesto por EMMEDUE, S.P.A., y Angelo Candiracci, en contra del laudo de 20 de febrero de 2009 dictado en el Proceso Arbitral propuesto por Empresas Hopsa, S.A. contra M2 Panama Inc.; EMMEDUE, S.P.A., y Angelo Candiracci fue resuelto mediante Fallo de 5 de julio de 2010 por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá

Caso Autoridad Portuaria de Manta contra Terminales Internacionales de Ecuador, S.A. – en liquidación y Hutchinson Port Investments Limited y Hutchinson Port Holdings Limited.

La controversia arbitral guardó relación con la terminación anticipada del Contrato de Concesión de Uso de Puerto Comercial Internacional de Carga de Manta, suscrito entre la Autoridad Portuaria de Manta (APM) contra Terminales Internacionales de Ecuador, S.A. – en liquidación (TIDE), Hutchinson Port Investments Limited (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH)

Las sociedades HPI y HPH recurren en anulación contra el laudo proferido, mediante el cual se les declaró en incumplimiento del contrato a las demandadas.

Entre otras causales aducidas, las recurrentes plantearon que se incurrió en la causal relativa 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.

Sustentan las recurrentes su posición en (i) que las sociedades holding y sus filiales son entidades separadas y distintas tomando en consideración que una sociedad es jurídicamente independiente de sus accionistas; (ii) adujo la incapacidad legal o jurídica de las recurrentes respecto al acuerdo arbitral, bajo el argumento que las partes se sometieron a la ley de Ecuador y que, conforme a esa ley, las recurrentes no tenían la capacidad legal para suscribir el Contrato de Concesión objeto de la controversia, en virtud que de acuerdo a la ley ecuatoriana las sociedades extranjeras para celebrar contratos o realizar obras públicas deben domiciliarse en ese país, aduciendo las recurrentes que no cumplieron los requisitos para ser parte del Contrato de Concesión ni del acuerdo de arbitraje.

Por otra parte, adujeron que conforme a la legislación ecuatoriana (i) el consentimiento es elemento esencial para obligar a las partes; (ii) se opusieron al alegado consentimiento implícito de HPI y HPH, en vista que, a su juicio, el derecho ecuatoriano no admite la posibilidad del consentimiento implícito.

Alegan la carencia de competencia del tribunal arbitral dada la ausencia de acuerdo legítimo por parte de HPI y HPH, para someterse a arbitraje; que éstas eran únicamente accionistas, la primera y casa matriz, la segunda y que la sociedad TIDE era la obligada por el contrato.

La opositora plantea que HPI y HPH eran parte del contrato de concesión y que deben responder por su incumplimiento, por cuanto en el proceso se evidencia lo involucrados que estaban los recurrentes, comprometiéndose ambas sociedades a financiar y ejecutar las inversiones requeridas en el Puerto objeto del Contrato de la controversia.

Según se indica en el fallo, la opositora planteó que la jurisprudencia nacional panameña reconoce que el consentimiento a arbitrar puede ser tácito, manifestado mediante el comportamiento y que es posible la incorporación de una no signataria del contrato, siempre que esté involucrada de forma considerable. Se opone a que el consentimiento debe darse por escrito únicamente y niega la falta de capacidad legal para celebrar el Contrato de Concesión y el convenio arbitral por HPI y HPH, señalando además que las recurrentes confirman su capacidad conforme el artículo 6 de la Ley de Compañías de Ecuador.

En sus consideraciones, la Sala hace referencia a la cláusula compromisoria, misma que dispone que “el arbitraje será en derecho, aplicándose exclusivamente el derecho ecuatoriano y prioritariamente el derecho del Contrato de Concesión”, adicionando que el laudo cuya anulación se solicita es internacional.

La Sala anula parcialmente el laudo arbitral³², en el sentido de excluir a las sociedades recurrentes del laudo aludido, justificando su decisión en el criterio de que HPI y HPH “no han intervenido de forma activa en la negociación y ejecución del contrato de concesión celebrado entre la Autoridad Portuaria de Manta y Terminales Internacionales de Ecuador, S.A.,- en Liquidación, por lo tanto, no son parte de los conflictos que surgieron del contrato que contiene el acuerdo arbitral, evidenciándose la incapacidad legal o jurídica de las recurrentes respecto del acuerdo arbitral.

Adiciona la Sala que “la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los no signatarios procede solamente 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” y que al suscribir el contrato de concesión contentivo de la cláusula las suscriptoras no manifiestan la voluntad de considerar a HPI y HPH, apoyándose en el criterio de la propia Sala vertido en Fallo antes referido de 27 de mayo de 2015.

Finalmente, la Sala señala que en ese caso no se presentó “lo que en la doctrina internacional reconoce como *contratos enlazados, interdependientes o grupo de contratos*”, es decir, aquellos contratos que están tan estrechamente vinculados entre sí, que la vigencia, cumplimiento y ejecución de alguno de ellos, afecta al otro.

En el fallo en referencia, la Sala fundamenta su decisión básicamente en la ausencia de voluntad de las partes signatarias del pacto arbitral de hacer parte al no signatario al suscribir el contrato, citando el fallo Don Lee al que antes hemos hecho referencia,

en el que el contrato objeto de la controversia las partes reconocieron expresamente su intención de considerar a una parte no signataria como parte del contrato, lo que no es usual y motivó que la Corte destacara esa voluntad expresada en ese caso en particular.

De los parámetros aplicables a la tesis de grupo de sociedades que pareciere motivaba la oposición de los recurrentes por razón de la activa participación de dos partes no signatarias, tanto en la negociación como ejecución del contrato, en la doctrina internacional no se tiene como una condición estrictamente necesaria para su reconocimiento, el que medie voluntad expresa de las partes signatarias de incorporar al no signatario, siendo los factores determinantes la existencia probada de un grupo de sociedades y la participación activa y efectiva en la negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato, por supuesto que directamente vinculado a la realidad fáctica probada.

Conclusiones

La autonomía de la voluntad de las partes es un principio medular del arbitraje reconocido universalmente y recogido en todas las convenciones, legislaciones, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional sobre arbitraje.

De igual manera, es indiscutible que el pacto arbitral que da cabida al arbitraje es de naturaleza contractual y que rigen para él los principios generales de los contratos, entre ellos el principio de la relatividad de los contratos, principio que admite excepciones, sin que ello implique de manera alguna soslayar el principio de autonomía de la voluntad.

A pesar que ni la Ley Modelo ni las legislaciones nacionales de arbitraje regulan expresamente la viabilidad de aplicar los efectos del pacto a partes no signatarias, los tribunales arbitrales al declarar su competencia o al pronunciarse sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del laudo a nivel internacional, han hecho extensiva la cláusula arbitral a partes que, si bien no fueron formalmente parte del acuerdo arbitral sí están vinculadas con las partes o con el negocio jurídico en virtud del cual se originó el convenio arbitral, sea por transferencia de derechos asemejándose a una de las partes o como garantes de sus obligaciones, o sea por el vínculo con las partes suscriptoras o su relación con el negocio jurídico.

En el arbitraje internacional si bien hay posturas y decisiones disímiles tanto de los tribunales arbitrales como de los tribunales estatales al ejercer su control sobre los laudos, es innegable que pueden surgir circunstancias que ameritan que los operadores de justicia se divorcien de parámetros meramente formales como la determinación de la existencia de un acuerdo expreso, para analizar y definir la verdadera existencia objetiva e inequívoca del consentimiento de un no signatario, determinación que debe atender los requisitos de validez conforme la ley aplicable en cada caso en particular.

32. Fallo de 15 de marzo de 2019, mediante el cual, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia resolvió el Recurso de Anulación contra el Laudo de 18 de noviembre de 2015 proferido en el proceso arbitral surtido entre la Autoridad Portuaria de Manta (APM) contra Terminales Internacionales de Ecuador, S.A. – en liquidación (TIDE) y las sociedades Hutchinson Port Investments Limited (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH).

Conforme las teorías tratadas, es evidente que bajo una interpretación poco restrictiva, hay una tendencia a extender, de manera excepcional, el convenio a partes no signatarias, siempre que se reúnan los presupuestos esbozados en las teorías doctrinales, las que llevan a que se considere el consentimiento del no signatario aún en ausencia de una expresión formal. En el análisis debe tenerse como norte el respecto de la voluntad real de las partes, sin dejar de considerar la eficacia del arbitraje evitando decisiones contrarias producto de proceso alternos, así como el respecto a la expectativa que pueda generar la actuación de una parte frente a un contrato, o la necesidad que la justicia arbitral evite la consumación de un fraude, entre otras circunstancias justificativas de la incorporación del no signatario, como ha elaborado la doctrina.

Al resolver la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, recursos de anulación de laudos arbitrales, en los que se ha abordado la extensión a no signatarios relacionados con la teoría del grupo de sociedades, algunas decisiones de la Sala han considerado los parámetros básicos de esta teoría, a saber, la existencia de grupo de sociedades y la participación activa y efectiva en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, con algunos matices.

No obstante, llama la atención que la Sala en algunos casos se ha inclinado por tener como un presupuesto determinante o al menos relevante, que medie o no voluntad de los signatarios de tener al no signatario como parte, para reconocer o no la extensión del pacto a un no signatario que forma parte de un grupo de sociedades, independientemente de la participación activa en la celebración, ejecución y terminación de un contrato determinado, lo que en ocasiones ha evidenciado un consentimiento de las partes involucradas de que una no signataria participe en el negocio jurídico. Bajo otras tesis como la teoría del tercero beneficiario, éste sí sería un presupuesto que parece básico para la extensión del convenio.

Como hemos expuesto antes, la incorporación de un no signatario al proceso arbitral, no conlleva de manera alguna relación con la responsabilidad que cabría al no signatario en las reclamaciones presentadas, con lo que de haberse extendido los efectos del convenio a un no signatario, el tribunal arbitral tendría que valorar los méritos de la reclamación frente al contrato.



Felicitamos a la
Cámara de Comercio Internacional
por **100 años** de sólida trayectoria
en pro del comercio a nivel nacional
e internacional.



Banco General
sus buenos vecinos

Modelo de agencia en disputas de construcción

Francisco González de Cossío

México

I. Problema

Las controversias de construcción son fascinantes. No sólo eso, son *variopintas*. Sus orígenes, manejo y resolución devienen de motivos diversos. Observo sin embargo una constante que requiere atención: *la ausencia de una espina dorsal conceptual*.

La praxis ostenta abogados transaccionales, abogados postulantes y árbitros que hacen aproximaciones *erráticas*. Como resultado, no es infrecuente que la atención y solución de un problema de construcción sea también errático. Impredecible. La causa del fenómeno es múltiple. Deriva de factores diversos, catalogables genéricamente en tres rubros:

- **Génesis:** la etapa de negociación y celebración de los instrumentos jurídicos que formarán el marco legal en base al cual se vivirá un proyecto.
- **Vida:** durante la realización del proyecto se observan actos y omisiones que crean, magnifican y complican los problemas. La vida del contrato dista de ser unificética.
- **Resolución:** se observa argumentación, deliberación y fallos que malentienden o mal aplican los principios aplicables, ya sea pactados o derivados del régimen aplicable.

Como resultado, los actores involucrados en la construcción (desarrolladores y propietarios de obras, constructores y proveedores) viven una incertidumbre enorme. Tal, que admito que a veces me rasco la cabeza, en son de duda, del arrojo que muestra una persona en asumir el riesgo de conllevar una obra – especialmente una obra importante.

II. PROPUESTA

Debemos concebir, adoptar y aplicar una teoría que sirva de cimiento conceptual de esta importante actividad: la construcción. En este ensayo propondré una basándome en una teoría microeconómica, poderosa y útil: la agencia. Para ello, procederé a explicar resumidamente la teoría (§A) para luego proponer una aplicación en la materia de la construcción (§B) finalizando con una decantación de los lineamientos base que todo actor de esta materia (abogado, árbitro miembro de *dispute board*) debe tener en mente al desempeñar su respectivo papel (§C).

A. Agencia¹

En términos económicos, existe una relación de “agencia” entre dos personas cuando una de ellas (el “principal”) se beneficia de la actividad de la otra (el “agente”). Dicho género de relaciones suelen provocar una tensión: mientras que el principal se beneficia más cuando el agente se esmera más, el agente prefiere emplear menos esfuerzo, a menos que se le remunere el esfuerzo incremental. Esta tensión es la que se le conoce como un “problema de agencia”.

Si el principal tiene certeza del nivel de esmero empleado, podría remunerarlo – y el agente por ende lo emplearía. Se esmeraría. Pero si el principal no puede observar el nivel de esfuerzo del agente, se acentúa el “problema de agencia”: el agente empleará poco esfuerzo – lo que se conoce como “moral hazard”.

El problema de agencia suele complicarse al existir una asimetría de información: el principal no puede observar el nivel de esfuerzo del agente; o hacerlo puede implicar mecanismos de supervisión que pueden ser onerosos.

El agente puede comprometerse a utilizar cierto nivel de esfuerzo. Sin embargo, a menos que el principal pueda observarlo o corroborarlo, la promesa del agente es vacua, por lo que el principal tendría motivos para dudar de la promesa del agente.

El problema básico en una relación de agencia es que el principal desea que el agente actúe atento a los intereses del principal, no los intereses del agente. Pero siendo que existe una asimetría de información, el principal no puede remunerar adecuadamente al agente – o el otro lado de la moneda: el agente puede sentir que su esmero incremental no es apropiadamente remunerado.

La tensión expuesta no debe ser subestimada: los intereses del principal y del agente pueden no coincidir. De hecho, suelen no coincidir –por lo menos en ausencia de algún mecanismo que los alíne. De allí que los economistas se enfoquen tanto en lo que en verdad mueve a las personas: los incentivos.

1. Existe mucha literatura económica sobre la teoría de la agencia. Una expresión sencilla y profunda digna de recomendación es la de Eric A. Posner, *Agency Models in law and Economics*, Chicago Lectures in law and economics, Eric A. Posner (ed.), Foundation Press, 2000, p. 225.

Genéricamente, los mecanismos que pueden emplearse para resolver un problema de agencia son:

- (1) **Incentivar:** Diseñar un contrato que haga que la remuneración del agente sea contingente al resultado.
- (2) **Monitorear:** Invertir en un esquema de monitoreo del esmero. Esto sin embargo suele ser oneroso e imperfecto.

Las formas *específicas* de lograr lo anterior varían.² Veamos lo que ofrece la industria de la construcción.

B. El Terreno

La *lex constructionis* contiene una oferta amplia de instrumentos y soluciones a dilemas que surgen de la (encomiable pero accidentada) actividad que es la construcción, tanto esquemas contractuales generales (§1) como clausulado específico (§2). Dicho antecedente es de interés para nuestro tema dado su corolario (§3).

1. Contractuales

Existe una enorme cantidad de especies de contrato que la industria de la construcción ha confeccionado. Por ejemplo:

Obra a precio alzado (fixed price)
 Precios unitarios (Unit price)
 EPC: Engineering, Procurement, Construction
 EPCM: Engineering, Procurement, Construction, Management
 Llave en mano (Turnkey)
 BOD: Build Operate Design
 LH: Labor Hour Contracts
 TM: Time and Materials Contracts
 CPFF-SCS: Cost plus Fixed Fee with Agreement to Share any Cost Savings
 CPFF-I: Cost plus Fixed Fee with Incentive
 CPIF: Cost plus Incentive Fee (Alliance)
 CPAF: Cost plus Award Fee
 CPFF: Cost plus Fixed Fee
 CPFP: Cost plus Fixed Percentage
 CS: Cost Sharing
 CC: Cost Contract
 UR: Unit Rate Contracts
 FFP-LOET: Firm Fixed Price, Level of Effort Term Contracts

FCP: Fixed Ceiling Price Contracts (w/ Retroactive Price Redetermination)
 FP-PPR: Fixed Price Contracts with Prospective Price Redetermination
 CPFF-GMP: Cost plus Fixed Fee with Guaranteed Maximum Price (reimbursable with upper fee limit)
 FP-AF: Fixed Price Contracts with Award Fee
 FPIC: Fixed Price Incentive Contracts
 FP-EPA: Fixed Price Contracts with Economic Price Adjustment
 FFP: Firm Fixed Price

Existen además ofertas específicas que la industria de la construcción ha desarrollado. Destaca la *Federation Internationale des Ingenieurs Conseils* (“FIDIC”) que ha emitido los siguientes prototipos de contratos:

FIDIC Red Book
 FIDIC Yellow book
 FIDIC Orange Book
 FIDIC Silver book
 FIDIC Pink book
 FIDIC Gold book
 FIDIC General Conditions

Y la lista es ejemplificativa, no exhaustiva. Existen no sólo más instrumentos, sino que su utilización *no es rígida*. No es infrecuente observar que las partes pactan regímenes híbridos: parte de su relación se rige por uno, y parte por otro. Como resultado, el universo de la obra sigue suertes jurídicas diversas: mientras que una parte está sujeta a un régimen determinado, otra parte está sujeta a otro —a veces radicalmente— distinto.

Lo anterior podría parecer raro. No debe. Deriva no sólo de las necesidades de un proyecto, y contenido de una negociación, sino de un aspecto clave en la contratación: el riesgo. La gestión de riesgo es uno de los elementos más importantes de la confección del régimen aplicable a un proyecto. Su identificación (los hombres de negocio son sabuesos de riesgo) y asignación obedecen a una labor ardua de análisis y discusión. ¿Qué? ¿Quién? ¿Cuánto? ¿Cómo? ¿Hasta cuanto?

2. Fórmulas y otras soluciones

En adición a los contratos “marco”, existen soluciones *específicas* diversas que las partes de una relación de construcción suelen contener en su contrato. De las diversas opciones existentes, una ejemplificativa es la fórmula polinómica FIDIC que, mediante la siguiente expresión matemática, logra una finalidad frecuentemente malentendida:³

2. Los ejemplos son diversos, y varían en su sofisticación. Oscilan entre esquemas sencillos y fáciles de entender, hasta mecanismos sutiles. Ejemplifican los primeros las propinas de los meseros, las comisiones de los vendedores, y la cuota litis. Ejemplifican los segundos, el ‘banderazo’ de los taxis.

3. Condiciones Generales FIDIC, Subcláusula 13.8, titulada “Ajustes por Cambios en el Coste”.

$$P_n = a + b \frac{L_n}{L_o} + c \frac{E_n}{E_o} + d \frac{M_n}{M_o} + \dots$$

Donde:

“**P_n**” es el factor de ajuste que se aplicará al valor contractual para el trabajo desarrollado en el periodo “n”.

“**a**” es el coeficiente fijo representa la parte no ajustable de los pagos contractuales.

“**b**”, “**c**”, “**d**”, (...) son coeficientes que representan el porcentaje estimado de cada elemento de coste relacionado con la ejecución de las obras. Estos elementos de costo pueden ser indicativos de distintos recursos, como mano de obra, equipos o materiales.

“**L_n**”, “**E_n**”, “**M_n**”, (...) son los índices de coste actuales, o precios de referencia, para el periodo “n” aplicable cada uno al correspondiente elemento de coste tabulado, 49 días antes del último día del periodo.

“**L_o**”, “**E_o**”, “**M_o**”, (...) son los índices de coste iniciales, o precios de referencia, expresados en la moneda de pago pertinente, aplicable cada uno al correspondiente elemento de costo tabulado en la Fecha Base.

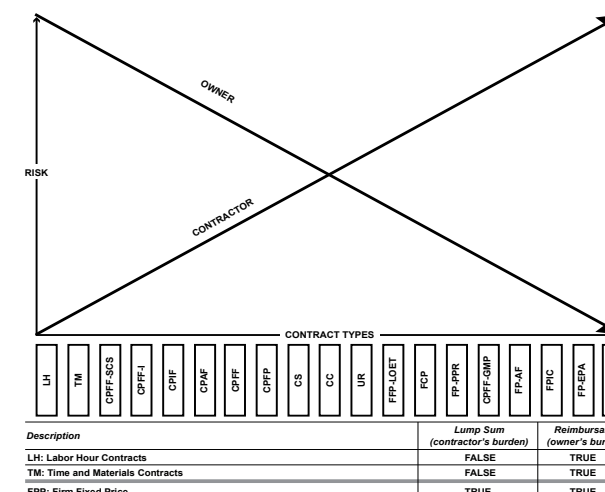
La fórmula polinómica tiene el mérito de ser equilibrada. Mediante una fórmula matemática se despejan las variables cuyo riesgo de fluctuación asume una parte, de aquellas que asume la otra. Así, la fluctuación del precio de un componente es distribuida entre las partes en una relación de construcción exactamente como lo acordaron, y exactamente como incidió en el costo de la obra. Se trata de un instrumento valioso, inteligente, y bien pensado.

La fórmula, sin embargo, ha sido malentendida y, como resultado, mal utilizada y con frecuencia subutilizada. Se observan esquemas contractuales y controversias que hubieran sido mejor atendidas si lo hubieran utilizado. Y cuando se indaga por qué no se utilizó (pues el contrato marco utilizado eran las condiciones generales FIDIC (que lo contienen), la respuesta es que “no atendía cabalmente a lo que las partes buscaban”. Sin embargo, cuando uno lee el texto que lo suple, el objetivo económico era precisamente el que logra la fórmula polinómica.

3. Moraleja: administración del riesgo

La exposición sobre el acervo de instrumentos disponibles tiene un corolario. Y no es cualquier corolario; se trata del paso más importante en el *diseño* del régimen aplicable a una obra, así como su *implementación* durante la vida del contrato. Uno que la *solución* a la disputa que derive de él tiene que tomar en cuenta so pena de malentender y probablemente mal decidir. Dicho corolario es la *administración del riesgo*.

Dependiendo del contrato empleado, el riesgo se gerencia de forma distinta. La siguiente gráfica lo ilustra:⁴



La gráfica muestra el comportamiento del riesgo dependiendo del contrato elegido. Para ello, se expone el riesgo en el eje vertical y el tipo de contrato en el eje horizontal. El resultado muestra cómo, dependiendo del contrato elegido, el riesgo es asumido por personas distintas, en grados distintos. (Después de todo, no es una cuestión binaria, sino de grados.)

La lección a derivar de la gráfica es que *el riesgo tiene suertes distintas dependiendo del régimen pactado en una relación jurídica de construcción*. Y ello es algo que nadie puede obviar: ni el redactor de los contratos, ni el administrador de la obra, ni el árbitro que decida sobre la misma. Hacerlo significará mal manejo.

C. El Papel de la Solución de Controversias

Entendido el riesgo y su manejo existen cosas que el árbitro debe entender y pasos que debe dar. Son: (1) Distinguir entre asunción de riesgo y actualización de riesgo; (2) Entender las instancias de oportunismo; (3) Comprender los incentivos que lo anterior detona, y considerarlos en la decisión sobre a quién asiste el Derecho y la razón.

Tomemos cada uno por separado.

1. Identificar y distinguir entre asunción de riesgo y actualización de riesgo

Entendida la asignación del riesgo, es necesario identificar su *ubicación* en un esquema contractual específico. Al hacer lo anterior es necesario tener en cuenta que la *asunción* de un riesgo es distinta a la *actualización* de un riesgo. Mucha discusión ocurre cuando

4. AACE International Recommended Practice 67R-11: Contract Risk Allocation – As Applied in Engineering, Procurement and Construction, TCM Framework: 7.6 – Risk Management, Enero 14, 2014 El acrónimo del contrato es el empleado en la lista contenida al principio de este ensayo.

se actualiza un riesgo. Mucha de la misma es, correctamente entendida, un intento de deslizarse *ex post* lo que asumió *ex ante*. Ello no debe permitirse. Hacerlo sería reescribir el trato que las partes celebraron.

2. Entender las instancias de oportunismo

Salvo en operaciones muy rudimentarias, toda vida contractual tiene momentos de oportunismo. Ello ocurre cuando ante instancias en que una persona cumple antes que otra. Ello invita oportunismo: una vez recibido el *quid*, se evita dar el *pro quo* prometido.

Esto debe ser identificado por el árbitro. Debe además evitarse que el oportunista se salga con la suya. Que aproveche la coyuntura favorable para apropiarse el valor, el beneficio que obtuvo, sin cumplir su parte del trato. Recuérdese que un contrato es, en esencia, un mecanismo de colaboración. Una forma de lograr esfuerzo conjunto cuando el cumplimiento de una promesa ocurre en el futuro. Contrasta con operaciones rudimentarias (por ejemplo, el trueque) en que éstas se agotan al instante y pueden por ende emplearse mecanismos de *facto* que procuren su cumplimiento instantáneo. (“Dando y dando y pajaritos volando” es un dicho que ejemplifica el punto.) Sin embargo, cuando los pasos de ambos lados de la operación no se agotan al instante, se necesita de un contrato, pues es una forma de asegurar que el que cumple primero su parte del trato no verá su confianza burlada por su contraparte.

Mucha actividad económica ocurre en el tiempo. Y se trata de actividad deseable. Ello incluye las obras de infraestructura. Entre más sofisticada es la operación, más deseable es. Entre más sofisticada es la operación, más necesita de un contrato que sea claro y enérgicamente hecho cumplir. De allí la importancia de tener claro esta cuestión: si no se hacen cumplir los contratos, se desincentiva la actividad económica deseable.

Los proyectos de construcción ofrecen muchas instancias de oportunismo. Muchas ocasiones en que una parte está al descubierto al tener que cumplir primero su parte, confiando en que la otra cumplirá después. Es en estas ranuras temporales que mucha problemática surge; y que se caracteriza de formas distintas para justificar (o racionalizar) el actuar.

Un buen árbitro debe estar atento a lo anterior, so pena de llegar a conclusiones y emitir fallos que no cumplen su función como órgano evaluador de la licitud de la conducta contractual regulada. De permitir –posiblemente incentivar– oportunismo.

3. Comprender y atender los incentivos

Todos los contratos, regímenes y fórmulas generan incentivos—a veces sanos a veces perversos. Derivan del régimen de contratación escogido y los hechos del caso particular. En ocasiones estos propician problemas de agencia. Y ello puede generar “ranuras” que alguna de las partes desee aprovechar para aventajar. Su comprensión cabal es por ende necesaria por todo aquel que escoge y diseña contratos, vive un contrato, y resuelve controversias relacionadas con un contrato, con miras a confeccionar, atender y resolver correctamente las disputas que surjan de una obra de infraestructura.

III. Conclusión

Los problemas de agencia son ubicuos. Las obras de infraestructura no solo no son excepción de la aseveración, sino un buen ejemplo de la misma. Lo que atrae –debe atraer– la atención al respecto es su manejo, asimilación, y gestión. Y qué sucede cuando se pasan por alto: costos altos, a veces demasiado, con resultados dramáticos. Desde el pacto acordado. Desincentivar la actividad económica deseable por loable.

Por lo anterior, existe una lección a decantar de todo lo expuesto. Un mensaje a extraer. Pasos a tomar, mismos que atienden a la capacidad con la que se actúe:

- (1) **Abogado transaccional:** el abogado transaccional debe estar consciente de la pluralidad de opciones que la *lex constructionis* ofrece, y el impacto que su elección tiene en el aspecto más importante que de ello deriva: *el riesgo*.
- (2) **Administrador de obra:** al vivir la obra es necesario estar consciente de quién corre qué riesgos a efecto de gestionar la obra en consecuencia. Ello incluye muchas cosas como contratar seguro, emplear en nivel de cuidado adecuado a según el tema en cuestión, e informar al dueño de la obra sobre cualquier circunstancia que pueda incidir sobre el riesgo.
- (3) **Abogado contencioso:** el abogado que represente un interés en un caso debe estar enterado, consciente y alerta a la cuestión de riesgos, particularmente quién lo asumió. Su representación –particularmente la estrategia– debe cerciorar que la discusión no pierde de vista quién asumió qué y cómo. Ello es particularmente cierto en casos complejos, donde el calor y rigor del debate puede nublar la distinción y ubicación de un riesgo.
- (4) **Árbitro:** el árbitro debe tener clara la cuestión de riesgos. No solo su importancia, sino también su existencia, asignación y actualización. Su deliberación y formación de opinión no debe perderlo de vista. Y debe incluir cuestiones sutiles cuya cuidadosa ponderación es necesaria a efecto de llegar a una conclusión correcta sobre aspectos sutiles relacionados con ello. Por ejemplo, la carga de la prueba. La ubicación de *onus probandi* en un caso particular puede –suele– no ser evidente. Su determinación puede tener que tomar en cuenta el riesgo: si, por ejemplo, las partes acordaron que una de ellas asumiría cierto riesgo, la correcta determinación del lugar de la carga de la prueba debe tomar en cuenta quién la asumió. Sin embargo, debo admitir que la cuestión es de difícil generalización. Es más bien el tipo de problemas que dependen del caso particular. Hay quien ha dicho por ejemplo que la asunción del riesgo conlleva necesariamente la carga de la prueba; después de todo, si fuera al revés, querría decir que, en los hechos, al recanalizar la carga de la prueba, se cambia la sustancia del riesgo adquirido. Hay quien toma la postura contraria: actor *incumbit probatio* no cambia por el hecho que se haya asumido un riesgo. En forma abstracta, ambos postulados parecen ciertos. Lo que la experiencia me ha enseñado es que su aplicación correcta *in casu* depende de lo pactado y ocurrido *in casu*. Y es al respecto que se necesita un marco conceptual – y por lo cual me vi impelido a escribir y compartir esta reflexión.⁵

5. Si el lector tiene observaciones, son agradecidas a fgcossio@gdca.com.mx.



ICAZA, GONZÁLEZ-RUIZ & ALEMÁN es una de las firmas de abogados más consolidadas y de mayor prestigio en Panamá. Desde 1920, han contribuido en el desarrollo del país en materia jurídica, institucional y financiera. A su vez, han logrado una sólida reputación a nivel internacional.



NUESTRAS ÁREAS DE PRÁCTICA:

- Derecho Civil, Comercial y Bancario
- Derecho Marítimo
- Litigios y Arbitraje
- Derecho Mercantil
- Propiedad Intelectual
- Inmigración y Naturalización
- Contrataciones Públicas y Privatizaciones
- Derecho Fiscal
- Derecho Laboral
- Servicios Fiduciarios
- Formación de Fundaciones y Fideicomisos
- Derecho Inmobiliario y Turismo
- Otros servicios legales y Administrativos

Calle Aquilino de la Guardia No.8, Edificio IGRA — P.O. Box 0823-02435, Panamá, Rep. de Panamá
Tel +507 205 6000 Fax: +507 269 4891 Email: igranet@icazalaw.com

Anguila • Bahamas • Belice • Islas Vírgenes Británicas • Ginebra • Seychelles • Singapur • Uruguay • Hong Kong

Inversiones financieras, arbitraje financiero y arbitraje de inversiones

Diego Brian Gosis

Argentina / EE.UU.

Hace algún tiempo, tuve el placer de participar en Panamá del lanzamiento para Latinoamérica del Informe sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional preparado por la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional.¹ Ese informe fue preparado por un grupo de trabajo que, dividido en trece grupos de tareas especializados, congregó a un nutrido grupo global de expertos en materia de arbitraje y finanzas, y que tuve el privilegio de integrar.

Como parte de las tareas realizadas para ese trabajo, tuve oportunidad de investigar sobre arbitraje de inversiones en materia de finanzas, cuestión a la que había ya dedicado largos días y más largas noches en la práctica profesional. Estas páginas contienen algunas reflexiones nacidas de esa investigación y esa práctica, pero reflejan exclusivamente mi opinión personal, que no debe serle atribuida a las diversas partes que he tenido y tengo el honor de representar o asesorar.

La actividad financiera presenta un campo naturalmente fértil para la actividad arbitral, al ser una disciplina altamente sofisticada e internacional, practicada por casi todos los grupos intervinientes —excepción hecha, quizás, de los usuarios finales— con una constante y abundante asesoría legal especializada, que muchas veces consta, para una misma parte, de un equipo multijurisdiccional de abogados especializados (piénsese, por ejemplo, en el pequeño ejército de letrados que participa de cualquier

1. Disponible en su versión española a través del sitio web de la CCI, en <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/04/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report-spanish-version.pdf>

colocación de títulos de deuda por un grupo internacional de empresas, incluidos los asesores en todos los derechos relevantes de los emisores, colocadores, suscriptores, fiduciarios y adquirentes mayoristas de cada serie de títulos).

Se trata también, de una actividad en donde se dan intersección pacífica y cotidiana, formas contractuales de gran complejidad, una gran variedad de reglas internacionales emanadas de organizaciones públicas² y privadas,³ y una muy detallada y rigurosa regulación interna de cada Estado, tratándose de un área de inmenso impacto social y político para todas las naciones organizadas.

Aunque esto sucede también en otras áreas de la economía,⁴ el sector financiero muestra estos elementos de modo exacerbado, al tratarse de un espacio globalmente integrado, lo que crea un ecosistema regulatorio único donde lo local y lo global, lo público y lo privado se integran indisolublemente en redes tecnológicas, en las que cada día se celebran billones de operaciones en cientos de monedas, cuasi monedas y otras reservas de valor.

Como consecuencia, el sector financiero ha experimentado un gran desarrollo en la práctica específica del arbitraje de inversión, que cuenta ya, con más de medio centenar de casos reportados, vinculados a la actividad financiera, que digitan con melodías más o menos armoniosas, alguna variación del argumento de que ciertos aspectos específicos de la regulación aplicable a las entidades o productos financieros debieran ceder ante las protecciones dadas por los Estados a los inversores extranjeros en contratos, leyes o tratados, so pena de incumplir los términos de esas protecciones. Notaremos al pasar, que algunos de esos experimentos han arrojado resultados disonantes, como el intento de someter a arbitraje de inversiones las tenencias individuales de derechos sobre deudas soberanas cotizantes en los mercados de

capitales,⁵ que parece haber sido rechazado o abandonado luego de varios resultados previsiblemente poco exitosos.⁶

Nuestra investigación sobre el estado de la práctica del arbitraje de inversiones en materia de regulación financiera, hubiera sido imposible sin la colaboración del joven y nutrido grupo que lleva adelante las diversas iniciativas arbitrales de la Universidad de Buenos Aires –mi *alma mater*–, al que agradezco y reconozco en estas líneas.

La investigación realizada incluyó el análisis de un gran número de materiales relativos a casos directa o indirectamente vinculados a la regulación financiera, incluidos los casos litigados dentro y fuera del Convenio CIADI, para el que existía información públicamente disponible, que permitió identificar unos 50 casos que trataban de disputas relativas a inversiones o entidades financieras o similares, o a inversiones realizadas en o por entidades sometidas a regulación análoga a la regulación financiera.⁷

2. Véanse, por ejemplo, los Acuerdos de Basilea, que contienen propuestas para la regulación de las reservas de capital, riesgo, transparencia y solidez gestadas en el seno del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea del Banco de Pagos Internacionales. El sitio web del BPI indica que “[e]l BPI, fundado en 1930, es propiedad de 60 bancos centrales, y representa países de todo el mundo que, conjuntamente, constituyen el 95% del PIB mundial”. (Fuente: www.bis.org, consultado el 15 de agosto de 2019, traducción del autor).
3. Uno de los ejemplos más exitosos de reglas emanadas del sector privado lo constituyen las publicaciones de la Cámara de Comercio Internacional sobre Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (UCP, por sus siglas en inglés), cuya versión más actualizada lleva el nombre de “UCP 600”, y sobre Práctica Bancaria Internacional Estándar (ISBP, también por su sigla en inglés), cuya versión más actualizada lleva el nombre de “ISBP 745”. El sitio web de la CCI informa que “las UCP fueron publicadas por primera vez por la CCI en 1933. Incorporadas virtualmente en toda carta de crédito, las UCP son aceptadas en todo el mundo. Ellas son las reglas privadas más exitosas jamás adoptadas en el tránsito comercial e ilustran la importancia que la CCI reconoce a la autorregulación”. (Fuente: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-new-rules-on-documentary-credits-now-available/>, consultado el 15 de agosto de 2019, traducción del autor).
4. Se ha sostenido que otra industria que opera en un ecosistema igualmente autónomo es el de la actividad hidrocarburífera, en la que los términos de cualquiera de los millones de operaciones diarias en cualquier lugar del mundo están dados por los principios de una “lex petrolea” global antes que por los del derecho interno de cualquiera de las jurisdicciones involucradas. El término habría sido acuñado por la representación de Kuwait en el caso *Kuwait c. American Independent Oil Co. (AMINOIL)*, donde aparece el primer uso registrado de la expresión (verlo citado en el Laudo del 24 de mayo de 1982, publicado en 21 *International Legal Materials (ILM)* (1982) p. 976, ¶1036).

5. En su libro *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge, 2015), el profesor M. Somarajah describe el voto de la mayoría del caso *Abaclat y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *G. Beccara y otros c. Argentina*), Caso CIADI Nro. ARB/07/5) y las decisiones análogas que reconocían jurisdicción de inversiones sobre este tipo de productos financieros como “the acme of aberrations” (Id., p. 168).
6. Los pocos ejemplos adicionales al del caso *Abaclat* (descontinuado por acuerdo de las partes), correspondientes a los casos *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/07/8), *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Alpi y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/08/9), y *Poštová banka, a.s. c. Grecia* (Caso CIADI Nro. ARB/13/8), fueron descontinuados por falta de pago de los gastos del proceso (los dos primeros) o rechazados por los tribunales (el tercero).
7. La lista completa de casos analizados es la siguiente: *Abaclat y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Beccara et al v. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/07/5), *ABCI Investments Limited c. Tunes* (Caso CIADI Nro. ARB/04/12), *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica* (Caso CIADI Nro. ARB/AF/07/3), *Alex Genin c. Estonia* (Caso CIADI Nro. ARB/99/2), *Alps Finance and Trade AG c. Eslovaquia* (UNCITRAL), *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Alpi y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/08/9), *Antoine Goetz y otros c. Burundi* (Caso CIADI Nro. ARB/01/2), *Asset Recovery Trust S.A. c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/05/11), *Bank Melli Iran (Iran) y otro c. Bahrain* (UNCITRAL), *Bank of Nova Scotia c. Argentina* (UNCITRAL), *Belokon c. Kyrgyzstan* (UNCITRAL), *Bidzina Ivanishvili c. Georgia* (Caso CIADI Nro. ARB/12/27), *Blue Bank c. Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/12/20), *Booker plc c. Guyana* (Caso CIADI Nro. ARB/01/9), *British Caribbean Bank c. Belice* (UNCITRAL), *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Camerún* (Caso CIADI Nro. ARB/15/18), *CDC Group plc c. Seychelles* (Caso CIADI Nro. ARB/02/14), *Česká slovenská obchodní banka, a.s. c. Eslovaquia* (Caso CIADI Nro. ARB/97/4), *CIT Group Inc. c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/04/9), *City-State N.V. y otros c. Ucrania* (Caso CIADI Nro. ARB/14/9), *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/03/9), *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. c. Grecia* (Caso CIADI Nro. ARB/14/16), *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/05/1), *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka* (Caso CIADI Nro. ARB/09/2), *Fedax N.V. c. Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/96/3), *Fireman's Fund Insurance Company c. México* (Caso CIADI Nro. ARB/AF/02/1), *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/07/8), *Guardian Fiduciary Trust, Ltd c. Macedonia* (Caso CIADI Nro. ARB/12/31), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonesia* (UNCITRAL), *I&I Beheer B.V. v. Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/05/4), *Invesmart BV c. República Checa* (UNCITRAL), *JSC BTA Bank c. Kyrgyzstan* (UNCITRAL), *JSC CB PrivatBank c. Rusia* (UNCITRAL), *JSC Oshchadbank c. Rusia* (UNCITRAL), *KT Asia Investment Group B.V. c. Kazajistán* (Caso CIADI Nro. ARB/09/8), *Levitis c. Kyrgyzstan* (UNCITRAL), *LSF-KEB Holdings SCA c. Corea* (Caso CIADI Nro. ARB/12/37), *Manufacturers Hanover Trust Company c. Egipto* (Caso CIADI Nro. ARB/89/1), *Marfin Investment Group Holdings S.A. c. Chipre* (Caso CIADI Nro. ARB/13/27), *Metallpar y otros c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/03/5), *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro* (ICSID Case No. ARB/AF/12/8), *Nadel and Ithaca Holdings c. Kyrgyzstan* (UNCITRAL), *NIB, S.A. y otros c. Santo Tomé y Príncipe* (UNCITRAL), *Oko Pankki Oyj c. Estonia* (Caso CIADI Nro. ARB/04/6), *Philippe Gruslin c. Malasia* (Caso CIADI Nro. ARB/99/3), *Ping An Life Insurance Company of China, Limited c. Bélgica* (Caso CIADI Nro. ARB/12/29), *Poštová banka, a.s. c. Grecia* (Caso CIADI Nro. ARB/13/8), *Rafat Ali Rizvi c. Indonesia* (Caso CIADI Nro. ARB/11/13), *Renée Rose Levy de Levi c. Perú* (Caso CIADI Nro. ARB/10/17), *RG Reinsurance Company c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/04/20), *Saluka Investments c. República Checa* (UNCITRAL), *State General Reserve Fund of the Sultanate of Oman c. Bulgaria* (Caso CIADI Nro. ARB/15/43), *UniCredit Bank Austria AG y otros c. Croacia* (Caso CIADI Nro. ARB/16/31), y *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/12/18).

Aunque en algunos casos los materiales disponibles incluían decisiones sobre jurisdicción, méritos o anulación, en otros casos, sólo pudo accederse a la información básica del caso publicada por la entidad arbitral interviniente. En algunos pocos casos, la información públicamente disponible consistía solamente en informes de prensa emitidos por una de las partes o notas publicadas por la prensa especializada –lo que en algunas oportunidades incluía algún breve comentario de los abogados o representantes de las partes en disputa–, por lo que el análisis realizado era necesariamente parcial y somero, y no siempre permitía visualizar todas las aristas del debate legal del caso. En consecuencia, nuestro análisis –como el arbitraje de inversiones mismo– es un esbozo liminar, que puede mejorar y cambiar –incluso en grado significativo– en la medida en que se dicten y se hagan públicas decisiones definitivas en los casos que se encontraban en curso al momento de nuestra investigación.

El análisis de estas fuentes nos permitió identificar dos grandes grupos de casos y disputas, relativos a esquinas distintas del cruce entre la regulación financiera y el arbitraje de inversiones. Estos grupos incluyen, respectivamente, las disputas relativas a inversiones en productos financieros, por un lado, y las disputas relativas a inversiones en entidades financieras. En ambos casos, al menos algún aspecto de la disputa trataba de medidas de regulación financiera, aunque el modo en que estas medidas impactaban en la disputa variaba sensiblemente.

A efectos de nuestro estudio, debemos notar que cuando analicemos productos financieros que sean objeto de disputas en arbitraje de inversiones, llamaremos “regulación financiera” a las reglas, reglamentos, órdenes, directivas e instrucciones orientadas a gobernar las operaciones de entidades financieras, o a impedirles desarrollar actividades ajenas al giro normal de sus negocios, pero no a las medidas que puedan buscar cambiar el alcance, moneda, ejecutabilidad, términos de pago u otros términos de las obligaciones que puedan existir respecto de un producto financiero.

Según se discute en mayor detalle a continuación, en el caso de las inversiones en productos financieros, las cuestiones legales relativas a la regulación financiera generalmente son relevantes principalmente a la (in)existencia de jurisdicción en cabeza del tribunal arbitral. Sin embargo, cuando se analizan inversiones en entidades financieras, las cuestiones legales relativas a la regulación financiera suelen resultar relevantes principalmente a efectos del mérito de las disputas.

Es posible, e incluso probable, que esta diferencia pueda explicarse analizando múltiples causas, aunque nos atrevemos a sugerir que las causas más relevantes estarán vinculadas a la circunstancia de que, en general, las autoridades regulatorias, en materia financiera, tienen un impacto más directo en las actividades e intereses de las entidades financieras y sus dueños, que en los de los titulares de productos financieros, independientemente de si esos productos financieros son emitidos por entidades públicas o privadas.

Otra causa probable de esta diferencia es que las disputas de inversión relativas a productos financieros afectados por medidas regulatorias generalmente lo serán por medidas regulatorias preexistentes –y tratarán típicamente del cumplimiento por emisores, intermediarios o clientes finales de las disposiciones contenidas en esa regulación–, mientras que las disputas relativas a entidades financieras tratarán típicamente de nuevas medidas regulatorias, posteriores a la formación de la inversión de que se trate. Una de las consecuencias prácticas de esta distinción será que el *quid legal* relativo a la regulación de productos financieros tratará más habitualmente de si la inversión alegada cumple con ciertos requisitos legales fijados por la regulación financiera –un debate que se encuadra generalmente entre la discusión de cuestiones de jurisdicción en el arbitraje– mientras que la regulación de entidades financieras es habitualmente discutida en arbitrajes de inversión en términos de si las medidas adoptadas por el regulador cumplen o incumplen el estándar de protección garantizado bajo el derecho de las inversiones aplicable –una discusión evidentemente perteneciente al mérito de la disputa–.

Los casos relativos a productos financieros incluyen disputas relativas a derechos sobre deuda pública y privada o sobre participaciones en sociedades privadas cotizantes en mercados de capitales,⁸ y derechos sobre deuda pública y privada adquirida en operaciones individuales –es decir, fuera de los mercados de capitales–.⁹

Hemos analizado prospectos y otras presentaciones realizadas en el marco de la cotización de instrumentos de deuda o capital en mercados de capitales, y –a pesar de haber revisado una muestra sabidamente limitada– hemos llegado a la conclusión de que el notable incremento en el número de arbitrajes de inversión –incluidos los arbitrajes de inversión relativos a productos financieros– no ha afectado mayormente la forma en que los productos financieros destinados a los mercados de capitales son emitidos o cotizados, sin que esas formas hayan cambiado para adoptar o adaptarse a los desarrollos habidos en el derecho de las inversiones. Esto puede predicarse, incluso, respecto de los Estados que han participado como parte en los arbitrajes de inversión relativos a emisiones de deuda soberana, y de aquellos de los que los demandantes de esos procesos eran nacionales –es decir, los otros Estados contratantes en los tratados bilaterales invocados en esos procesos–.

8. Este grupo de casos incluye, entre otros, a *Abaclat y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Beccara y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/07/5), *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Alpi y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/08/9), *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/03/9), *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. c. Grecia* (Caso CIADI Nro. ARB/14/16), *Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/02/1), *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/07/8), *Philippe Gruslin c. Malasia* (Caso CIADI Nro. ARB/99/3), y *Poštová banka, a.s. c. Grecia* (Caso CIADI Nro. ARB/13/8).

9. Este grupo de casos incluye, entre otros, a *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica* (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/07/3), *Alps Finance and Trade AG c. Eslovaquia* (UNCITRAL), *British Caribbean Bank c. Belice* (UNCITRAL), *CDC Group plc c. Seychelles* (Caso CIADI Nro. ARB/02/14), *Československá obchodní banka, a.s. c. Eslovaquia* (Caso CIADI Nro. ARB/97/4), *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka* (Caso CIADI Nro. ARB/09/2), *Fedax N.V. c. Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/96/3), y *Oko Pankki Oyj c. Estonia* (Caso CIADI Nro. ARB/04/6).

La ausencia de formas visibles de reacción de los mercados de capitales y emisores al fenómeno del arbitraje de inversión relativo a los productos allí cotizados, equivale a un reconocimiento por parte de los emisores, agentes de colocación, suscriptores y compradores de instrumentos cotizantes de que las condiciones de emisión no serán afectadas o dejadas sin efecto, por causa de las disposiciones de ningún tratado bilateral de inversiones, dado que cualquier riesgo de que esas condiciones informadas a los mercados no fueran en definitiva las condiciones reales y definitivas aplicables a esas cotizaciones deberían ser claramente identificadas en la información proporcionada a los mercados de capitales. De hecho, la falta de revelación de cualquier posibilidad conocida o sospechada por un emisor de que los términos y condiciones de cotización resulten inexactos o no aplicables derivaría, en el marco regulatorio aplicable en la mayoría de los mercados de capitales, en que se prohibiera o suspendiera la cotización de los títulos valores respectivos.

En los arbitrajes de inversión relativos a productos financieros, las cuestiones de regulación financiera aparecen más frecuentemente bajo la forma de discusiones respecto del cumplimiento por deudores, emisores, intermediarios, prestamistas o compradores de las disposiciones de regulaciones vigentes en el domicilio o la sede de los negocios del prestamista, el suscriptor o el comprador –por un lado–, o –por el otro– en la jurisdicción donde tenga su domicilio o el asiento de sus negocios el deudor, emisor, o vendedor.¹⁰

A pesar de que el efecto de las violaciones de regulación financiera emitida por jurisdicciones distintas del Estado receptor que fuera parte de la disputa no ha sido objeto todavía de un análisis definitivo,¹¹ parece existir un consenso pacífico respecto de que las violaciones de la regulación financiera emitida por ese Estado, tendrán severas consecuencias en la determinación de si puede existir jurisdicción en las disputas que puedan sobrevenir, relativas a esas inversiones, dado que es habitual y normal que se considere que el cumplimiento de las leyes del Estado receptor es una precondition para invocar la protección sustantiva o procesal del derecho de las

inversiones, tanto bajo la *lex generalis* del derecho internacional consuetudinario como bajo la *lex specialis* del tratado específico que se invoque en el caso arbitral.¹²

Entre tanto, en el segundo grupo de arbitrajes de inversión, que tratan de inversiones en entidades financieras propiamente dichas,¹³ o en entidades sometidas a formas de regulación análoga a la regulación financiera por la naturaleza de sus activos o de sus operaciones,¹⁴ sí encontramos que la actividad negociadora y de desarrollo de operaciones generada con posterioridad al crecimiento exponencial del arbitraje de inversiones, en las últimas décadas, revela que, las entidades y sus propietarios siguen y se adaptan, con más dedicación a las novedades surgidas en el camino del arbitraje de inversiones, al momento de analizar la posibilidad de impugnar la conducta regulatoria de los Estados, en los que están constituidos, o en los que hacen negocios, lo que es congruente con nuestra hipótesis de que, en este universo de disputas, las cuestiones de regulación financiera se ubican en el centro mismo de las discusiones sobre el mérito de las controversias.

10. Ver, por ejemplo, las discusiones relativas a estas cuestiones en las decisiones parciales dictadas, antes de discontinuarse los casos respectivos, en *Abaclat y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Beccara y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/07/5), *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Alpi y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/08/9) y *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/07/8). Ver también la decisión dictada en *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica* (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/07/3).

11. La cuestión fue debatida, por ejemplo, en los tres casos CIADI que involucraban derechos sobre deuda soberana argentina, *Abaclat y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Beccara y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/07/5), *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. Argentina* (anteriormente denominado *Alpi y otros c. Argentina*) (Caso CIADI Nro. ARB/08/9) y *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/07/8). Estos tribunales consideraron –en todos los casos con sendas disidencias– que las violaciones de regulación financiera ocurridas en Italia –donde los demandantes habían comprado los derechos por los que reclamaban– no afectaban la jurisdicción de los tribunales arbitrales respectivos. Por los motivos descriptos *supra*, ninguno de los tres casos llegó a la instancia de contar con una decisión final en materia de jurisdicción.

12. Algunas decisiones que apoyan esta tesis en el campo general del arbitraje de inversiones incluyen las dictadas en *Saba Fakes c. Turquía* (Caso CIADI Nro. ARB/7/20), *Phoenix Action Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI Nro. ARB/06/5), e *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (Caso CIADI Nro. ARB/03/26). Para el caso específico de productos financieros adquiridos en violación de la regulación financiera del Estado receptor, ver, por ejemplo, *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica* (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/07/3).

13. Estos casos incluyen, entre otros, *ABCI Investments Limited c. Túnez* (Caso CIADI Nro. ARB/04/12), *Alex Genin c. Estonia* (Caso CIADI Nro. ARB/99/2), *Antoine Goetz y otros c. Burundi* (Caso CIADI Nro. ARB/01/2), *Bank of Nova Scotia c. Argentina* (UNCITRAL), *Belokon c. Kirgizistán* (UNCITRAL), *Bidzina Ivanishvili c. Georgia* (Caso CIADI Nro. ARB/12/27), *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Camerún* (Caso CIADI Nro. ARB/15/18), *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. c. Grecia* (Caso CIADI Nro. ARB/14/16) (que incluía tanto inversiones en entidades bancarias como en productos financieros), *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/05/1), *Guardian Fiduciary Trust, Ltd c. Macedonia* (Caso CIADI Nro. ARB/12/31), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonesia* (UNCITRAL), *Invesmart BV c. República Checa* (UNCITRAL), *JSC BTA Bank c. Kirgizistán* (UNCITRAL), *KT Asia Investment Group B.V. c. Kazajistán* (Caso CIADI Nro. ARB/09/8), *Levitis c. Kirgizistán* (UNCITRAL), *LSF-KEB Holdings SCA c. Corea* (Caso CIADI Nro. ARB/12/37), *Manufacturers Hanover Trust Company c. Egipto* (Caso CIADI Nro. ARB/89/1), *Marfin Investment Group Holdings S.A. c. Chipre* (Caso CIADI Nro. ARB/13/27), *Ping An Life Insurance Company of China, Limited c. Bélgica* (Caso CIADI Nro. ARB/12/29), *Rafat Ali Rizvi c. Indonesia* (Caso CIADI Nro. ARB/11/13), *Renée Rose Levy de Levi c. Perú* (Caso CIADI Nro. ARB/10/17), *Saluka Investments c. República Checa* (UNCITRAL), y *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. c. Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/12/18).

14. Este es el caso, por ejemplo, de *Asset Recovery Trust S.A. c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/05/11), *Blue Bank c. Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/12/20), *CIT Group Inc. c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/04/9), *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/03/9) (este caso involucraba también tenencias indirectas de productos financieros), *Metalpar y otros c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/03/5), y *RGA Reinsurance Company c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/04/20).



**De la vela la luz solo anhela decir...
que cumplas 100 años más, aportando
valor al comercio mundial.**

Felicitamos a la INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE
y en especial al capítulo de Panamá, por sus grandes logros.

Arbitraje abreviado bajo las reglas de la CCI: una propuesta para el manejo efectivo del tiempo y costos en el arbitraje

Margie-Lys Jaime

Panamá, FCI Arb
Abogada/Árbitro

I. Introducción

Una de las grandes ventajas que tradicionalmente se le ha atribuido al arbitraje en comparación con la justicia ordinaria, es la celeridad del procedimiento arbitral. Sin embargo, la falta de previsión en cuanto a la conducción del arbitraje aunado a la complejidad de la materia objeto del arbitraje, podría prolongar significativamente un procedimiento arbitral, lo que a su vez puede traducirse en un aumento de los costos del arbitraje. Según una encuesta realizada por el Queen Mary en el 2018, el costo del procedimiento sigue siendo la peor característica del arbitraje internacional.¹

Esta insatisfacción sobre la duración y los costos del procedimiento arbitral ha dado como resultado el desarrollo de “Soft Law”, como complemento al procedimiento acordado por las partes. Así por ejemplo, la IBA (*International Bar Association*) adoptó en 2018 las Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional (“Reglas de Praga”).² Estas Reglas pueden considerarse como una alternativa a las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional,³ pero desde el enfoque del *Civil Law* más que del *Common Law*.⁴

1. Queen Mary University of London, School of International Arbitration, “2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration”, p. 5, disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf> (visitado 29 de julio de 2019).
2. Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga 2018), disponibles en: <https://www.praguerules.com/upload/medialibrary/91c/91c0846151802b375541460b34e6b663.pdf> (visitado 29 de julio de 2019).
3. IBA, Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional, Aprobados el 29 de mayo de 2010.
4. Guillermo Argerich, Sol Argerich, Francisco da Silva Esteves, y Juan Jorge, <https://praguerules.com/upload/iblock/71f/71f1e3c3798c732265837fa883de2043.pdf> (visitado 29 de julio de 2019).

Específicamente, las Reglas de Praga permiten contar con un tribunal más proactivo, a la vez que adoptan normas sobre producción de prueba documental, y el número y examen de testigos, desde la óptica del derecho civil.

La necesidad de adoptar disposiciones procesales específicas se hace más latente en los arbitrajes de menor cuantía o de baja complejidad, en donde el procedimiento ordinario puede representar grandes sumas de dinero que incluso impidan a las partes el acceso a la justicia arbitral. Esta necesidad ha sido reconocida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) quien en el 2018 confirió el mandato al Grupo de Trabajo II para trabajar en cuestiones relativas al arbitraje acelerado.⁵

En este orden de ideas, la adopción de las reglas de procedimiento abreviado por parte de la CCI responde a las críticas sobre los costos y duración de los arbitrajes, y a la creciente tendencia a adoptar alternativas que simplifiquen el procedimiento arbitral, especialmente en reclamaciones de menor cuantía o de baja complejidad. Al respecto, una encuesta realizada por el Queen Mary en el 2015 sobre mejoras e innovaciones en el arbitraje internacional, mostró que el 92% de los encuestados favorecían la adopción de alguna forma de procedimiento abreviado para este tipo de reclamaciones.⁶ Fue así que el 1ero de marzo de 2017 entró en vigor el nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (“Reglamento” CCI 2017).⁷ Una de las principales innovaciones aportadas por este Reglamento es precisamente la incorporación de Reglas de Procedimiento Abreviado (“Reglas”), aplicable automáticamente a aquellos arbitrajes de menor cuantía. Con este Reglamento, la CCI se une a otras instituciones de arbitraje, como el SIAC,⁸ la CIETAC⁹ y el ICDR,¹⁰ que han adoptado procedimientos acelerados para arbitrajes de menor cuantía o de baja complejidad.¹¹

5. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 51er periodo de sesiones (25 de junio a 13 de julio de 2018), Naciones Unidas A/73/17, párrafo 252.
6. Queen Mary University of London, School of International Arbitration, “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration” (2015) p. 24, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf (visitado 29 de julio de 2019).
7. Reglamento de Arbitraje Cámara de Comercio Internacional (CCI), vigente a partir del 1ero de marzo de 2017, disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf> (visitado 1 de agosto de 2019).
8. Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC, por sus siglas en inglés) de 2016, disponible en: http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016#siac_rule5 (visitado 1 de agosto de 2019).
9. Capítulo IV del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Arbitraje Comercial de China (CIETAC, por sus siglas en inglés), disponible en: <http://www.cietac.org/Uploads/201904/5cc129286b1c3.pdf> (visitado 1 de agosto de 2019).
10. Procedimientos Expeditos Internacionales del Centro Internacional de Resolución de Controversias (ICDR, por sus siglas en inglés), 1ero de junio de 2014, disponible en: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_Spanish_0.pdf (visitado 1 de agosto de 2019).
11. Ver igualmente: Apéndice 2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, vigente desde el 1ero de enero de 2017, disponible en: https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarbitraje2017/reglamento_ccl_2017.pdf; y Reglamento para Arbitrajes de Baja Cuantía o Arbitraje Acelerado de Comercio de la Ciudad de México de 1ero de junio de 2018, disponible en: https://www.ccmexico.com.mx/documentos/legislacion/arbitraje_abc/reglamento_abc.pdf. Para un análisis comparativo, Irina Tymczyszyn, “Using fast-track arbitration for resolving commercial disputes”, in *Norton Rose Fulbright, Corporate and Commercial Disputes Review*, Issue 06 (2018) p. 25.

Pero incluso antes de la entrada en vigencia del Reglamento 2017, la Corte de Arbitraje de la CCI (“Corte”) ha administrado procedimientos arbitrales con periodos abreviados. Así, aun cuando el Reglamento de Arbitraje de 1988 no contemplaba ningún tipo de disposición sobre la abreviación de los términos,¹² la CCI administró unos 17 procedimientos de arbitraje abreviados en casos en donde las partes habían previsto un tal procedimiento dentro de la cláusula arbitral.¹³ El Reglamento de Arbitraje de 1998 tampoco contempló reglas de procedimiento abreviado específicas. No obstante, si previó la posibilidad de acortar los plazos del procedimiento, de acuerdo con las necesidades de las partes.¹⁴ Es decir que las partes podían llegar a un acuerdo sobre la reducción de los plazos aun cuando la cláusula arbitral no había incluido un procedimiento abreviado. Comparativamente, las reformas de 1998 permitieron procedimientos más expeditos que el Reglamento de Arbitraje de 1988.¹⁵

Cuando el Reglamento fue revisado en el 2012, tampoco se consideró necesario establecer reglas específicas sobre procedimientos abreviados.¹⁶ Es probable que no se haya estimado necesario la adopción de reglas específicas considerando la facultad de las partes para reducir los diferentes plazos previstos en el Reglamento (Artículo 38) o para renunciar cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento arbitral (Artículo 39). Otra posible razón se encuentra en la experiencia de la CCI para llevar a cabo procedimientos abreviados sin que fuera necesario contar con reglas específicas.

Adicionalmente, el Reglamento de 2012 incluyó un anexo sobre técnicas de gestión de caso que podían ser utilizadas por el tribunal arbitral y las partes para el control de tiempo y costo (Anexo IV del Reglamento). Este anexo resume las técnicas incluidas en un reporte publicado por la CCI en el 2009 sobre control de tiempo y costes en el arbitraje.¹⁷ Este reporte promueve la determinación de procedimientos apropiados, con el fin de que su duración y costo sean proporcionales a las necesidades del caso. El documento también reconoce la importancia del control apropiado del tiempo y costo, particularmente en los casos de baja complejidad y bajo valor, logrando así un arbitraje más expedito y adecuado a las necesidades de las partes.¹⁸

En realidad, la idea de adoptar reglas específicas para disputas de menor cuantía fue considerada por la Corte y la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI (“Comisión”) desde el 2002;¹⁹ aun así, no fue sino hasta las reformas de 2017 que la CCI adoptó reglas

12. Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente a partir de 1ero de enero de 1988, ICC Publication No. 447 (1987).
13. Mirèze Philippe, “Are Specific Fast-Track Arbitration Rules Necessary?” in *Arbitration in Air, Space and Telecommunications: Enforcing Regulatory Measures*, PCA/Peace Palace Papers (2002) p. 267, 273.
14. De acuerdo con el Artículo 32 del Reglamento las partes “podrán acordar reducir los diferentes plazos previstos en el Reglamento”. Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente a partir de 1ero de enero de 1998, ICC Publication No. 581 (1997).
15. Mirèze Philippe, “Are Specific Fast-Track Arbitration Rules Necessary?” in *Arbitration in Air, Space and Telecommunications: Enforcing Regulatory Measures*, PCA/Peace Palace Papers (2002) p. 269, 270.
16. Reglamento de Arbitraje Cámara de Comercio Internacional (CCI), vigente a partir del junio de 2014.
17. CCI, “Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje”, Reporte de la Comisión de Arbitraje (2009).
18. Ibid, párrafo 6.
19. José Ricardo Ferris, “The 2017 ICC Rules of Arbitration and the New ICC Expedited Procedure Provision. A View from Inside the Institution”, *ICC Dispute Resolution Bulletin* (2017), p. 63, 65.

específicas en la materia. En aquél entonces, la decisión de la Comisión fue publicar directrices para reclamaciones de menor cuantía, cuyos principales principios fueron luego plasmados en el mencionado reporte de 2009 sobre control de tiempo y costos en el arbitraje.²⁰ Ciertamente, las circunstancias han variado a través de los años, lo que llevó a la Comisión a proponer disposiciones específicas aplicables a reclamaciones de menor cuantía.

La sección II de este escrito examinará el alcance de las Reglas, así como las salvaguardias que brinda el Reglamento para excluir este tipo de procedimiento bajo ciertas circunstancias. Seguidamente, la sección III analizará las principales características del procedimiento abreviado vis-à-vis el procedimiento arbitral ordinario. Finalmente, la sección IV dará algunas conclusiones y perspectivas futuras.

II. Alcance de las Disposiciones sobre Procedimiento Abreviado

El Reglamento CCI 2017 establece un procedimiento abreviado de aplicación automática a todas las reclamaciones que no excedan la suma de 2 millones de dólares, siempre que el acuerdo de arbitraje haya sido suscrito con posterioridad al 1ero de marzo de 2017 (fecha de entrada en vigencia). El Reglamento también puede aplicarse a casos con reclamaciones por un monto mayor, o incluso a acuerdos arbitrales suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Reglamento, si las partes así lo acuerdan. Las partes también pueden optar por excluir las disposiciones sobre el procedimiento abreviado (“opt-out”).

Otros reglamentos de arbitraje como el reglamento del CIETAC, del SIAC y del HKIAC han tomado posturas similares. Ahora bien, existen algunas diferencias entre los reglamentos. Por ejemplo, en el caso del SIAC y el HKIAC, la aplicación del procedimiento acelerado procede a solicitud de parte, la cual puede o no ser concedida, dependiendo de las circunstancias del caso.²¹ En el caso del reglamento del CIETAC, por el contrario, el procedimiento acelerado va a aplicarse desde que se cumple con el umbral establecido, salvo acuerdo contrario de las partes.²² También existe la opción “opt-in”, en donde las partes deben expresar su voluntad de adherirse al procedimiento acelerado, ya sea en el convenio arbitral o con posterioridad a éste.²³ Bajo esta óptica

no sería necesario un monto específico sino que sería suficiente la voluntad expresa de todas las partes en la disputa.

En su nota dirigida a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje (“Nota”), la CCI clarificó que la cuantía en litigio comprende todas las demandas, incluyendo demandas reconventionales y demandas cruzadas.²⁴ En principio, las disposiciones no aplican a demandas no monetarias cuyo valor no puede ser estimada, salvo que tales demandas parezcan servir únicamente de apoyo a una demanda monetaria o no aumenten sustancialmente la complejidad de la controversia.²⁵ Las partes podrán comentar en relación a la cuantificación de las reclamaciones y la aplicación de las Reglas. Ahora bien, si el monto de la disputa excede los 2 millones de dólares en el curso del procedimiento arbitral, esto no significa que automáticamente las disposiciones sobre el procedimiento abreviado dejen de aplicarse.²⁶ Otros elementos como la complejidad del caso, la amplitud de la producción de documentos, la adopción de medidas provisionales, pueden ser tomados en consideración.

En este sentido, la Corte puede determinar si la aplicación de las disposiciones sobre el procedimiento abreviado es o no apropiada según las circunstancias del caso, incluso después de haberse constituido el tribunal arbitral. Bajo este supuesto, la Corte invitará a las partes y al tribunal arbitral a comentar sobre la pertinencia de mantener o no el procedimiento abreviado. Una de las partes puede oponerse a la aplicación de las disposiciones sobre el procedimiento abreviado, pero en todo caso, será la Corte la que tome la decisión en función de cada caso, aun cuando su decisión sea contraria a los términos pactados por las partes. En efecto, de acuerdo al Artículo 30(3) (c) del Reglamento de Arbitraje, las disposiciones sobre el procedimiento abreviado “prevalecerán sobre los términos del acuerdo que sean contrarios a ésta”. Es decir que las Reglas se imponen a la voluntad de las partes.

Esta facultad de la Corte se encuentra alineada con su facultad de decidir sobre la existencia, *prima facie*, de un acuerdo de arbitraje.²⁷ Particularmente, puede presentarse el caso de demandas que presenten una multiplicidad de partes o una multiplicidad de contratos. Ante estos supuestos, la Corte tendrá que tomar en consideración la fecha de celebración de los contratos, ya que las Reglas sólo se aplican a acuerdos arbitrales suscritos con posterioridad al 1ero de marzo de 2017. Asimismo, puede surgir la posibilidad de consolidar dos o más procesos arbitrales (Artículo 10 del Reglamento). La consolidación dependerá de varios factores, entre ellos, el monto total de todos los procedimientos arbitrales, los cuales no podrán exceder los 2 millones de dólares. Por otra parte, si alguno de los acuerdos arbitrales data de antes de la entrada en vigencia

20. CCI, “Note on Expedited ICC Arbitration Procedure”, *ICC Bulletin Vol. 13, No. 1* (2002), https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0019.htm?l1=Articles&l2=. Para un comentario, ver Louise Barrington, “ICC’s New Guidelines for Arbitrating Small Claims. A view from behind the scenes in a global task force”, *Business Law: International Trade & Arbitration. LAWASIA Update* (2003) p. 10-11.

21. Cf. Artículo 42 del Reglamento de Arbitraje del HKIAC 2018, disponible en: <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#42> (visitado 1 de agosto de 2019); Artículo 5 del Reglamento de Arbitraje del SIAC 2016 (n 8).

22. Artículo 56 del Reglamento Arbitraje de la CIETAC 2015 (n 9).

23. Ver por ejemplo el Reglamento de Arbitraje Acelerado 2016 del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional (ACICA por sus siglas en inglés). Disponible en: <https://acica.org.au/wp-content/uploads/Rules/2016/ACICA-Expedited-Arbitration-Rules-2016.pdf> (visitado 1 de agosto de 2019); o las Reglas de Arbitraje “Fast Track” del Centro de Arbitraje Internacional de Asia (AIAC por sus siglas en inglés). Disponible en: <https://acica.org.au/wp-content/uploads/Rules/2016/ACICA-Expedited-Arbitration-Rules-2016.pdf> (visitado 1 de agosto de 2019).

24. CCI, Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (1ero de enero de 2019), p. 16-17.

25. Ibid, párrafo 100.

26. José Ricardo Ferris (n 19), p. 67.

27. Según el Artículo 6(4) del Reglamento de Arbitraje, la Corte determinará sobre la aplicación del convenio arbitral a todas las partes, y/o con respecto a la compatibilidad entre los acuerdos de arbitraje bajo los cuales las demandas son formuladas.

del Reglamento, es probable que la Corte decida que estos acuerdos son incompatibles y por tanto niegue la consolidación.²⁸

Para algunos, el sistema automático del Reglamento podría entrar en conflicto con la voluntad de las partes.²⁹ Al respecto cabe preguntarse si un laudo pudiera ser anulado si la parte prueba que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes. Particularmente podemos imaginarnos que las partes acuerden que la disputa será sometida a un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros pero que al tratarse de un procedimiento de menor cuantía, la Corte informe a las partes que el caso será resuelto a través del procedimiento abreviado, y en consecuencia por un solo árbitro (contrariamente a lo dispuesto en el convenio arbitral). No obstante, esta causal de anulación, que tiene su base en el Artículo V 1) d) de la Convención de Nueva York,³⁰ ha sido aplicada por los tribunales judiciales de manera restrictiva.³¹

Así por ejemplo, en *AQZ v ARA*, la parte recurrente alegó que el procedimiento arbitral no se había llevado a cabo de acuerdo con la voluntad de las partes porque “erróneamente” había sido conducido en virtud de la Regla 5 del reglamento del SIAC de 2010,³² y no de acuerdo con el reglamento de 2007 que no proveía de reglas específicas para los arbitrajes abreviados.³³ En primer lugar, el Tribunal Superior de Singapur consideró que a falta de disposición en contrario, el reglamento aplicable a la disputa era el vigente al inicio del arbitraje y no a la fecha del contrato. En segundo lugar, remarcó que bajo el reglamento de 2010, las disposiciones sobre procedimientos abreviados primaban sobre el acuerdo de las partes, aun cuando el contrato entró en vigor antes de la entrada en vigencia de las disposiciones sobre procedimientos abreviados.³⁴ Específicamente, la Regla 5(2) del reglamento de arbitraje del SIAC señala, entre otras cosas, que el caso debe ser referido a un árbitro único, salvo que el Presidente determine otra cosa. Esta regla se ha mantenido igual en el reglamento del SIAC de 2016. La posición del Tribunal Supremo de Singapur puede ser criticable, dado que al momento de celebrar el contrato el reglamento no se encontraba vigente. Sin embargo, el reglamento del SIAC no contiene una norma similar al reglamento de la CCI para la aplicación en el tiempo del reglamento, por lo que potencialmente puede aplicarse a acuerdos de arbitraje suscritos antes de su entrada en vigencia. En conclusión, el Tribunal Superior de Singapur rechazó el recurso en contra del laudo.

28. José Ricardo Ferris (n 19), p. 70.

29. Courtney Kirkman-Güçük, “The new 2017 ICC Rules of Arbitration”, TDM 1 (2018) p. 2.

30. Convención sobre el Reconocimiento y las Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York (1958).

31. Véanse, por ejemplo, *Al Haddad Bros. Enterprises Inc. c. M/S “Agapi” and Diakan Love S.A.*, Tribunal de Distrito, Distrito de Delaware, Estados Unidos de América, 9 de mayo de 1986, 635 F. Supp. 205 (D. Del. 1986); *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Tribunal Superior, Corte Suprema de Hong Kong, 13 de julio de 1994, MP 2411 [1994] 3 HKC 375.

32. El Reglamento del SIAC contiene disposiciones similares al Reglamento CCI de 2017. Ver (n 8).

33. *AQZ v ARA* [2015] SGHC 49, disponible en: https://www.uncitral.org/docs/clout/SGP/SGP_130215_FT.pdf (visitado 30 de julio de 2019).

34. *Ibid*, p. 73-74.

De forma similar al Artículo V 1) d) de la Convención de Nueva York, el Artículo 34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo de la CNUDMI señala que un laudo podrá ser anulado si la composición 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 ha ajustado a esta Ley”.³⁵ En este sentido, la Ley Modelo reconoce la posibilidad de limitar la autonomía de la voluntad de las partes. Esto no quiere decir que el tribunal vaya automáticamente a anular un laudo porque la composición del tribunal no respetó la ley del lugar del arbitraje en los casos en que las partes han acordado la aplicación de normas procesales, o porque las reglas procesales de la institución arbitral escogida por las partes sea más flexible a la ley del lugar del arbitraje. Cualquier contradicción con las normas obligatorias del lugar del arbitraje tendrán que ser examinadas a la luz de su orden público. En efecto, esta causal de anulación guarda relación con la causal según la cual un tribunal puede anular un laudo cuando compruebe que este es contrario al orden público de este Estado, y que tiene su base en el Artículo V 2) b) de la Convención de Nueva York.³⁶

Por otra parte, es un hecho conocido que las partes, al escoger el reglamento de arbitraje, manifiestan su voluntad de someterse a todas sus disposiciones. La incorporación del cuerpo normativo institucional al acuerdo de las partes es precisamente una de las ventajas del arbitraje institucional. En efecto, gracias a esta incorporación, la ley del lugar del arbitraje entra en un segundo plano, y el reglamento es el instrumento que en primera instancia llena los vacíos durante el procedimiento arbitral. En este sentido, un tribunal de Estados Unidos reconoció un laudo en el que las partes habían elegido ceñirse a un reglamento institucional (Reglamento de la CCI) para que se aplicara a su proceso, aun cuando este pudiera ser más flexible que la ley aplicable.³⁷ Asimismo, un tribunal español determinó que la obligatoriedad del laudo debía examinarse con arreglo a las normas que regían el arbitraje y no a la ley del país del lugar del arbitraje, lo que dio como resultado el reconocimiento y ejecución del laudo dictado en un arbitraje CCI.³⁸ El tribunal español señaló además que con arreglo al reglamento de la CCI, la obligatoriedad del laudo era consecuencia de que se sometiera la cuestión al arbitraje de la CCI, y a que se renunciara válidamente a cualquier otro recurso.

En este orden de ideas, las partes que celebren un acuerdo de arbitraje con posterioridad al 1ero de marzo de 2017, deben tomar la precaución de excluir las disposiciones sobre el procedimiento abreviado si no quieren que las Reglas les sean aplicables.

35. CNUDMI, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

36. Cf. Artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo.

37. El arbitraje había tenido lugar en Ginebra, Suiza. *Shaheen Natural Resources Company Inc. v. Societe Nationale pour la Recherche, la Production and others*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 15 de noviembre de 1983, 585 F. Supp. 57 (1983), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. X, 540 (1985).

38. *Antilles Cement Corporation c. Transficem*, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección primera, España, 20 de julio de 2004, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXI (2006).

Asimismo, si las partes quieren aplicar un procedimiento abreviado a una disputa que normalmente no aplicaría, deben también hacer clara referencia a las Reglas en su acuerdo arbitral.

III. Características del Procedimiento Abreviado

Esta sección cubrirá el análisis de las principales características y elementos del procedimiento abreviado de acuerdo con lo plasmado en el Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2017.

A. Nombramiento de un Árbitro Único

El Artículo 2 de las Reglas dispone que la Corte podrá nombrar un árbitro único, aunque esto sea contrario a alguna disposición del acuerdo de arbitraje. Tal como hemos analizado en la sección anterior, esta contradicción no debería poner en peligro la eficacia del laudo arbitral, más aún cuando únicamente se aplica a los acuerdos de arbitraje suscritos con posterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento de 2017. Ahora bien, el Reglamento permite a las partes la designación del árbitro único de común acuerdo. A falta de acuerdo, éste deberá ser nombrado por la Corte a la brevedad posible.

La preferencia por un árbitro único ha sido una tendencia en los Reglamentos CCI, incluso dentro del procedimiento ordinario. En este sentido, el Artículo 12 del Reglamento 2017, como ya era el caso en el Reglamento de 2012 y de 1998, si las partes no se ponen de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte estará en potestad de nombrar a un árbitro único, a menos que ésta considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros. Esta es la tendencia en otros centros de arbitraje como el Reglamento de Arbitraje del ICDR (Artículo 11); sin embargo, este no es el caso de la Ley Modelo de la CNUDMI, en donde a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal estará compuesto por 3 árbitros (Artículo 10).³⁹

El hecho de que una de las partes sea un Estado o una entidad estatal, podría considerarse como una situación de complejidad que amerite que la Corte nombre 3 árbitros. Sobre el nombramiento de árbitros cuando una o más partes sea un Estado o una entidad estatal, el Reglamento reconoce la potestad de la Corte para nombrar directamente a cualquier persona que considere apropiada para actuar como árbitro (Artículo 13(4)(a)).

Sobre las controversias que incluyen Estados o entidades estatales vale la pena mencionar la labor iniciada por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para modificar su Reglamento y Reglas. Entre una de sus

posibles enmiendas a las Reglas de Arbitraje se incluyó precisamente un capítulo sobre procedimientos acelerados.⁴⁰ De forma general, tanto Estados como abogados han mostrado su apoyo en contar con un nuevo capítulo sobre procedimientos acelerados, con el fin de proveer a las partes una alternativa para reducir los costos y el tiempo del procedimiento arbitral.⁴¹ Esta alternativa puede facilitar el acceso a pequeñas y medianas empresas que normalmente no estarían en la posibilidad de sufragar los gastos de un arbitraje internacional. A diferencia de la tendencia en materia comercial internacional, la propuesta en el marco del CIADI consiste en un procedimiento abreviado voluntario, por acuerdo de ambas partes. Asimismo, las partes pueden acordar en un árbitro único o en un árbitro compuesto por 3 miembros. De no llegar a un acuerdo, el tribunal arbitral consistirá en un árbitro único nombrado por las partes de común acuerdo, o en su defecto, por el Secretario General del CIADI.⁴²

Como ya mencionamos, la Corte también puede considerar, de oficio o a solicitud de parte, que las disposiciones sobre el procedimiento abreviado han dejado de aplicarse. En este caso, el tribunal seguirá constituido, salvo que la Corte considere que las circunstancias justifican la sustitución y/o reconstitución del tribunal arbitral. Si la Corte decide reconstituir el tribunal arbitral y proceder con un tribunal arbitral de 3 miembros, podría nombrar como presidente a la persona que actuaba como árbitro único.⁴³

B. Ausencia del Acta de Misión

El Acta de Misión o “términos de referencia” es un instrumento procesal que ha sido desde siempre la insignia de la CCI. Específicamente se trata de un documento elaborado por el tribunal arbitral, en el cual: (i) se precisa su misión, (ii) contiene todas las informaciones previstas en el Reglamento, y (iii) es firmado por las partes y por el tribunal arbitral.⁴⁴ El documento permite estructurar y ordenar las distintas pretensiones de las partes, y de fijar un calendario provisional para la conducción del proceso arbitral. El Acta de Misión también puede ser utilizada para fijar definitivamente acuerdos entre las partes relativos al derecho aplicable al fondo del asunto, el idioma del procedimiento, o algunos aspectos relativos al fondo de la controversia.

El hecho de suprimir el Acta de Misión tiene al menos dos consecuencias prácticas en el procedimiento arbitral. En primer lugar, el Acta de Misión es el documento que en el procedimiento ordinario marca el límite de las partes para formular nuevas demandas. Dentro del procedimiento abreviado, la regla es que ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas a partir de la constitución del tribunal arbitral. En

40. CIADI, Propuesta en enmiendas a las Reglas del CIADI, Working Paper, Vol. 1 (2019), p. 301 y siguientes.

41. Ibid, párrafo 468.

42. Ibid, Regla 74.

43. Nota CCI (n 24), p. 18.

44. De acuerdo con el Artículo 23 del Reglamento, el documento contendrá, particularmente: datos completos de las partes y de los árbitros, la sede del arbitraje, una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y precisiones sobre las normas aplicables al procedimiento, una lista de los puntos litigiosos por resolver salvo que el tribunal lo considere inadecuado.

39. El Artículo 7 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI también dispone que si las partes no convienen en que haya un árbitro único, se nombrarán 3 árbitros. CNUDMI, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).

segundo lugar, en el procedimiento ordinario, la conferencia sobre la conducción del procedimiento se convoca al preparar el Acta de Misión o tan pronto como sea posible después de ello. En el procedimiento abreviado, la conferencia sobre la conducción del procedimiento se deberá realizar a más tardar 15 días después de la fecha en la que se haya entregado el expediente al tribunal arbitral.⁴⁵ En resumen, con la supresión del Acta de Misión se busca que el procedimiento se desarrolle de la forma más expedita posible.

C. Mayor Discrecionalidad en la Adopción de Medidas Procesales

Las Reglas brindan una mayor discreción al tribunal arbitral para adoptar las medidas procesales que sean necesarias para lograr un procedimiento arbitral más expedito y eficiente. Específicamente, el tribunal arbitral, una vez conceda a las partes de presentar su caso y expresar sus opiniones, podrá: (i) no permitir solicitudes de producción de documentos o limitar el número; (ii) decidir sobre la extensión y el alcance de las pretensiones escritas y de las pruebas testimoniales escritas (tanto de testigos de hecho como de peritos).⁴⁶ En la práctica, el procedimiento abreviado se limita generalmente a un solo intercambio de escritos después de la conferencia sobre la conducción del procedimiento.

En cuanto a la celebración de audiencias, el tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá decidir únicamente sobre la base de los documentos presentados por las partes, sin la celebración de una audiencia. En caso de llevar a cabo una audiencia, esta puede llevarse a cabo por medio de videoconferencia, teléfono o cualquier otro medio de comunicación. La utilización de videoconferencia, teléfono o formas similares de comunicación, es usual en las conferencias sobre la conducción del procedimiento más no tanto en la conducción de audiencias propiamente. La tendencia a este uso puede que aumente en los próximos años. De acuerdo con la encuesta del Queen Mary de 2018, la mayoría de los encuestados se mostró favorable a un mayor uso de la tecnología en el arbitraje internacional, incluyendo el uso de salones virtuales de audiencia, videoconferencias e inteligencia artificial.⁴⁷ No resulta extraño que la utilización de medios tecnológicos para llevar a cabo audiencias de procedimiento u otras audiencias en procedimientos ordinarios, se encuentra dentro de la lista de técnicas que pueden ser utilizadas por el tribunal arbitral y las partes a fin de controlar el tiempo y los costos.⁴⁸

Un elemento importante a analizar por parte del tribunal arbitral en su decisión sobre la adopción de medidas procesales, es asegurarse que se haya respetado el debido proceso de las partes y se haya garantizado que todas las partes en el proceso hayan

tenido la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa. En efecto, un laudo puede ser anulado si la parte que interpone la petición prueba que esta por cualquier razón, no ha podido hacer valer sus derechos.⁴⁹ Esta causal de anulación tiene su fundamento en el Artículo V 1) b) de la Convención de Nueva York según el cual un laudo puede no ser reconocido y ejecutado si la parte contra la cual se invoca el laudo no ha podido hacer valer sus medios de defensa. Concretamente, esto quiere decir que las partes deben haber tenido la oportunidad de ser oídas respecto de sus pretensiones, pruebas y defensas.

Recordemos que en un arbitraje abreviado, el procedimiento puede reducirse a un simple intercambio de memoriales, sin la celebración de audiencias o interrogatorio de testigos y/o peritos. Algunos tribunales han interpretado que el Artículo V 1) b) de la Convención de Nueva York abarca “cualquier restricción, de cualquier naturaleza, de los derechos de las partes y parece contemplar, entre otras cosas, la conculcación del derecho a ser oído”.⁵⁰ Sin embargo, en la práctica, los tribunales han sancionado transgresiones cometidas durante el proceso arbitral cuando estas han sido particularmente graves o en contra de las garantías procesales.⁵¹ Como consecuencia, podemos concluir que mientras los tribunales arbitrales garanticen igual oportunidad para ambas partes de hacer valer sus derechos, un laudo dictado de acuerdo con un procedimiento abreviado no debería ser anulado.

D. Seis Meses para Dictar el Laudo Arbitral

En el procedimiento ordinario, la Corte puede fijar un plazo específico con base en el calendario procesal. En su defecto, el laudo deberá emitirse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la última firma estampada en el Acta de Misión o la fecha de notificación de su aprobación.⁵² En el caso de los procedimientos abreviados, el término de seis meses empieza a contar desde la fecha de la conferencia sobre la conducción del procedimiento.⁵³ El laudo en los procedimientos abreviados, como en los procedimientos ordinarios, deberá ser motivado.

Adicionalmente debemos mencionar que en el procedimiento ordinario, el tribunal arbitral debe declarar el cierre de la instrucción respecto de las cuestiones a ser resueltas en el laudo, “tan pronto como fuere posible después de la última audiencia relativa a cuestiones a ser decididas en el laudo o, si fuere posterior, de la presentación de los últimos escritos autorizados relativos a dichas cuestiones”.⁵⁴ El cierre de la instrucción

45. Ver Apéndice VI (Reglas de Procedimiento Abreviado), Artículo 3 (Procedimiento).

46. Ibid.

47. Queen Mary University of London (n 1), Executive Summary.

48. Apéndice IV (Técnicas para la Conducción del Caso).

49. Artículo 34(2)(a)(ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

50. *Chrome Resources S.A. c. Leopold Lazarus Ltd.*, Tribunal Federal, Suiza, 8 de febrero de 1978, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XI, 538 (1986).

51. Ver por ejemplo, *Iran Aircraft Indus c. Avco Corp.*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 24 de noviembre de 1992, 980 F. 2d Cir. 141 (2d Cir. 1992).

52. Artículo 31(1) del Reglamento CCI.

53. La Corte puede autorizar al tribunal arbitral una prórroga, pero la solicitud debe estar motivada. Cf. Artículo 31(2) del Reglamento y Artículo 4 del Apéndice VI (Reglas de Procedimiento Abreviado).

54. Artículo 27 del Reglamento CCI.

marca el fin de la posibilidad para las partes de presentar escritos, alegaciones o pruebas, en relación con las cuestiones a ser resueltas en el laudo. Dado que en los procedimientos abreviados, lo más probable es que ni siquiera se haya celebrado una audiencia, el cierre de la instrucción deberá efectuarse tan pronto como fuera posible.

Otro punto importante que se aplica de igual forma tanto para los procedimientos ordinarios como los abreviados es el examen previo o escrutinio que realiza la Corte, de conformidad con el Artículo 34 del Reglamento. En virtud de esta disposición, la Corte podrá: (i) ordenar modificaciones de forma y, (ii) llamar la atención del tribunal sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. La Corte también podrá tomar en cuenta las exigencias de las normas imperativas de la sede del arbitraje al momento de examinar los proyectos de laudo.⁵⁵ En el caso de procedimientos abreviados, ambas partes deben estar conscientes de la reducción de los tiempos y la posibilidad de que no se lleven a cabo audiencias orales sino que por el contrario, la decisión del tribunal arbitral pueda basarse en las pruebas documentales aportadas al proceso.

De forma general, los tribunales judiciales han permitido que los árbitros ejerzan una considerable discrecionalidad para establecer normas procesales y controlar su aplicación.⁵⁶ Asimismo, han recalcado que las medidas procesales no necesitan ajustarse a las normas de derecho interno del lugar de la sede del arbitraje. En este sentido, un tribunal alemán resolvió que no se habían conculcado las garantías procesales por no haberse celebrado audiencias orales dado que el celebrarlas o no estaba comprendido entre sus facultades discrecionales y que las normas procesales así lo permitían.⁵⁷

Por otra parte, no es inusual que los tribunales judiciales exijan a las partes que se opongan al reconocimiento y/o ejecución de un laudo fundamentándose en esta causal, no solo que sus garantías procesales han sido vulneradas, sino que la controversia se habría resuelto de otro modo si no se hubiera producido la supuesta infracción al debido proceso.⁵⁸ Esto hace una gran diferencia ya que bajo ciertas circunstancias un tribunal arbitral puede considerar que no es necesario llevar a cabo un determinado

interrogatorio a testigos, o la celebración de una audiencia, o el intercambio suplementario de memoriales, sin que por ello se vulnere el derecho de las partes de hacer valer sus garantías procesales.

IV. Conclusión y Perspectivas Futuras

Desde su creación en 1919, la CCI ha estado envuelta en un sinnúmero de actividades en favor de la mundialización de la economía tales como: (i) brindar el punto de vista de las empresas en los debates oficiales de numerosos temas como propiedad intelectual, derecho comercial y medio ambiente en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC); (ii) actuar como interlocutorio económico de las empresas ante las Naciones Unidas, sobre temas como el desarrollo sostenible, el financiamiento del desarrollo y la sociedad de la información; (iii) y desarrollar reglamentaciones en distintas áreas del comercio como las Reglas y Usos uniformes relativos a créditos documentarios, los INCOTERMS, los contratos modelos, el Código de publicidad y de comunicaciones de mercadeo, la Carta para el desarrollo sostenible de las empresas, entre otros.⁵⁹

Lo que muy pocos conocen es que la CCI es la institución que se encuentra al origen de la Convención de Nueva York. En efecto, la CCI presentó en 1953 su proyecto de “convención sobre el reconocimiento y le ejecución de las sentencias arbitrales internacionales”, ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (el “Consejo”), lo que hoy en día conocemos como la Convención de Nueva York de 1958.⁶⁰ Como puede observarse, el Consejo cambió el término de “internacionales” por “extranjeras”, quizás al considerar el término muy progresista para la época.

Pero ya desde mucho antes de la Convención de Nueva York, la Corte, creada en 1923 como un órgano de resolución de controversias en materia comercial, se había destacado como uno de los centros de arbitraje más utilizados internacionalmente. Hoy en día, es quizás el centro más utilizado para arbitrajes comerciales internacionales alrededor del mundo. Sólo en el año 2017, se registraron unos 810 casos, elevando el número de casos administrados desde 1923 a diciembre de 2017 a 23,300 casos, e implicando partes de nacionalidades de todo el mundo.⁶¹

Frente a este incremento en el uso del arbitraje CCI y la diversidad de las materias y cuantías, parece natural que la CCI haya optado por incorporar disposiciones específicas para las reclamaciones de menor cuantía. Es interesante remarcar que aproximadamente un tercio de los 810 casos registrados en el año 2017 corresponden a reclamaciones de menor cuantía (menor a 2 millones de dólares americanos).⁶²

55. Artículo 6 del Apéndice II (Reglamento interno de la Corte Internacional de Arbitraje).

56. Ver por ejemplo, *Century Indemnity Company, et al. c. Axa Belgium (f/k/a Royale Belge Incendie Reassurance)*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 24 de septiembre de 2012, 11 Civ. 7263 (SDNY 2012); *Compagnie des Bauxites de Guinée c. Hammerrills, Inc.*, Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, 29 de mayo de 1992, WL 122712 (DDC 1992).

57. Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG], Hamburgo, Alemania, 30 de julio de 1998, 6 Sch 3/98, citado por Secretaría de la CNUDMI, “Guía Relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras” (2017) p. 17, disponible en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf visitado 2 de agosto de 2019.

58. *Firm P c. Firm F*, Oberlandesgericht [OLG], Hamburgo, Alemania, 3 de abril de 1975, Yearbook Commercial Arbitration, vol. II, 241 (1977); *German (F.R.) charterer c. Romanian shipowner*, Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 15 de mayo de 1986, Yearbook Commercial Arbitration, vol. XII, 489 (1987); *Seller c. Buyer*, Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 26 de abril de 1990, Yearbook Commercial Arbitration, vol. XXI, 532 (1996); *Manufacturer (Slovenia) v. Exclusive Distributor (Germany)*, Oberlandesgericht [OLG], Schleswig, Alemania, 24 de junio de 1999, 16 SchH 01/99; *Buyer c. Seller*, Oberlandesgericht [OLG], Francfort, Alemania, 27 de agosto de 2009, 26 SchH 03/09, Yearbook Commercial Arbitration, vol. XXXV, 377 (2010).

59. Para más información ver información pública disponible en www.iccwbo.org.

60. Pieter Sanders, “La Elaboración de la Convención”, en *La Ejecución de Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencia y Perspectivas* (1999), p. 3.

61. ICC Dispute Resolution Bulletin (2018 – Issue 2), p. 52.

62. *Ibid*, p. 61.

Ahora bien, es probable que tenga que pasar algún tiempo antes de que podamos medir el éxito de las Reglas ya que las mismas no son aplicables a acuerdos suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento.

Según las estadísticas publicadas por la CCI, 46 solicitudes para acogerse al procedimiento abreviado fueron presentadas en el 2017. En muchos de los casos no se llegó a un acuerdo con la contraparte por diferentes razones, por lo que la solicitud no pudo ser acogida.⁶³ No obstante, en aquellos casos en donde se logró un acuerdo entre las partes, el procedimiento abreviado pudo conducirse, reduciendo así el costo y tiempo del procedimiento. En conclusión, todo parece indicar que los usuarios del arbitraje van a seguir utilizando los servicios de la CCI, y muy particularmente las nuevas Reglas de procedimiento abreviado, las cuales brindan una opción para el manejo efectivo de los tiempos y los costes en el arbitraje.

63. Ibid, p. 62.



Mecanismos efectivos y expeditos para la solución de conflictos.

En Patton, Moreno & Asvat guiamos a nuestros clientes hacia soluciones efectivas para manejar sus conflictos, con tiempos de respuesta óptimos.

Somos una firma de litigios multidisciplinaria, con abogados de experiencia y conocimiento para sus proyectos, litigios y controversias complejas.



PATTON, MORENO & ASVAT
INTERNATIONAL LAWYERS

OFICINA PRINCIPAL:
Edif. Capital Plaza, Piso 8
Paseo Roberto Motta
Costa del Este
Ciudad de Panamá
Tel.: +507 306-9600
info@pmalawyers.com

Convención de Singapur: no sólo el clima está cambiando

Macarena Letelier Velasco / Claudio Osses Garrido

Directora Ejecutiva CAM Santiago – Chile
Secretaria Comisión Arbitraje ICC Chile

Departamento de Estudios CAM Santiago
Ayudante del Centro de Derecho Ambiental de la U. de Chile

1. Introducción

Durante los últimos años hemos sido testigos de cambios que han impactado el día a día de las personas, sin duda uno de los más notables es el cambio climático¹. Lluvias en épocas inesperadas, temperaturas elevadas en estaciones frías, o bien nevazones a las que no estábamos acostumbrados que cubren de blanco Santiago².

Hoy nos queremos detener en otro cambio, uno que se ha producido de manera paulatina, y gracias, entre otros, a la visión que tuvo hace 100 años la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³: *el desarrollo y uso por parte de las personas de los*

mecanismos alternativos o, mejor llamados, “adecuados” de resolución de conflictos, que tienen como base el diálogo entre las partes antes que la confrontación, entre ellos el arbitraje⁴ y la mediación⁵.

La experiencia ha demostrado que quienes se ven involucrados en un conflicto pueden incluso lograr acuerdos donde ambas partes queden conformes sin verse expuestos a un ganar o perder⁶, favoreciendo, en este último caso, el clima de conflictividad que se acumula en una sociedad y amenazando la paz social⁷.

Para el desarrollo y masificación del uso de estos mecanismos adecuados se requieren una serie de factores, como la adaptación de políticas públicas⁸, y la conformación de un círculo virtuoso en el que sean parte los expertos, académicos, árbitros, mediadores y profesionales, con agendas transparentes, conocimientos y reconocimiento.

4. Como nos enseña Jan Paulsson, la aceptación del arbitraje es una característica distintiva de las sociedades libres y el ideal del arbitraje es la libertad reconciliada con el Derecho: “La idea del arbitraje es aquella de la resolución vinculante de controversias, aceptada con serenidad por aquellos que deben soportar sus consecuencias, por la especial confianza que tienen en los tomadores de decisiones elegidos (...) En francés, el sustantivo *arbitre* significa no solo ‘árbitro’ de la raíz latina *arbitr*, sino que también ‘libre albedrío’ de la raíz latina *arbitrium*”. PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press. Reino Unido, 2013, p.1. Traducción libre. Una de las ventajas del arbitraje internacional “es su facilitación de la autonomía de las partes y la flexibilidad procesal (...) una de las razones principales para otorgar autonomía procesal a las partes es permitirles prescindir de las formalidades técnicas de los procedimientos ante cortes nacionales y en su lugar adaptar los procedimientos a sus disputas particulares (...) las partes generalmente son libres de acordar el calendario del proceso arbitral, la existencia y el alcance de las revelaciones, las formas de presentar la evidencia fáctica y de expertos, la duración de la(s) audiencia(s) y otras materias”. BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice* (2ª ed.). Kluwer Law International. Países Bajos, 2016, p. 11 y 12. Traducción libre.
5. Siguiendo el artículo 2.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Convención de Singapur sobre la Mediación): “Se entenderá por “mediación”, cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución”.
6. “Dado que el propósito principal de la mediación es encontrar una solución comercial a la disputa (...) y no ‘ganar’, la mediación pone a los abogados litigantes en una posición difícil; tienen que abandonar sus instintos de ‘gladiador’ y adoptar el rol de asesores comerciales”. GUTTMAN, Marla; MICHAELSON, Peter L., et al. *Overcoming Challenges in United States Patent Infringement Disputes with the Effective Use of Mediation*. En: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. *Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. 2014, p. 71. Traducción libre. Sin embargo, antes de formar a los abogados, es necesario formar a los estudiantes de Derecho: “[f]rente a una formación académica centrada en la cultura del litigio (...), es inevitable que los abogados tengan dificultades para aceptar o buscar métodos diferentes para resolver disputas. Los marcos curriculares y las enseñanzas centradas principalmente en el método tradicional de jurisdicción estatal transforman a los estudiantes de Derecho, futuros practicantes de la profesión, en notables litigantes. Esto colabora para que el propio conflicto sea visto por esta clase como una competencia en que necesariamente uno de los lados debe perder para que el otro pueda ganar”. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *A necessidade de preparação do advogado para o avanço da mediação no Brasil*. En: Revista Brasileira de Arbitragem, 2019, p. 41.
7. “El arbitraje internacional tiene una larga historia (...) se desarrolló como una respuesta natural a las necesidades del comercio de una resolución de controversias justa y rápida. En la historia de las naciones también hay muchos ejemplos en donde el arbitraje internacional –dada su autonomía y carácter informal– fue el único medio de solución pacífica de controversias, tanto en el comercio como en la política”. MAGNUSSON, Annette & PETRIK, Natalia. *East Meets West in Stockholm*. En: MARKALOVA, N. G. & MURANOV, A. I. (Edit.): *Арбитраж И Регулирование Международного Коммерческого Обороты: Российские, Иностранные И Трансграничные Подходы*. Liber Amicorum в честь 70-летия А.С. Комарова. Наука права. Москва, 2019, p. 339-340. Traducción libre.
8. “La adopción de una política pública permanente de incentivo a los métodos consensuales fue el primer gran paso de Brasil rumbo a una mayor difusión de la mediación como instrumento de prevención y solución de litigios en el ámbito judicial”. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *Op. Cit.* p. 38. Traducción libre.

1. El cambio climático antrópico “[s]e refiere al efecto cuantificable de la intervención humana en el sistema climático. Según el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) es una ‘importante variación estadística en el estado medio del clima o en su variabilidad, que persiste durante un período prolongado’”. ROJAS, Maisa. Introducción: Contexto biofísico y humano del cambio climático en Chile: Escenarios climáticos y la vulnerabilidad de Chile. En: MORAGA, Pilar (Editora). *La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2019, p. 58.
2. Chile cuenta con siete de las nueve características que determinan la vulnerabilidad de un país ante el cambio climático según los criterios de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. *Ibid.*, p. 63-63.
3. “La resolución amistosa de disputas comerciales internacionales ha sido importante para la CCI desde su inicio. Si miramos hacia atrás al comienzo de los años 20, cuando el esquema de resolución de controversias comerciales internacionales se discutió por primera vez por la CCI, encontramos que la conciliación, lejos de ser eclipsada por el arbitraje, era concebida como su igual y en la práctica era la más destacada de los dos servicios (...) En aquellos días fue producto de su tiempo, arraigada en la voluntad de alcanzar un entendimiento internacional a través de la amistad”. HAMILTON, Stuart. *ICC Conciliation: A Glimpse into History*. En: ICC. *Special Supplement 2001: ADR: International Applications*. 2001. Disponible en library.iccwbo.org/Content/dr/ARTICLES/ART_0169.htm. Traducción libre.

Luego es fundamental la formación y capacitación constante⁹ de estos profesionales. Hemos visto como las universidades y centros de formación han incrementado los últimos años cursos de pregrado y postgrado en estas materias, tanto a nivel clínico como práctico¹⁰.

El Poder Judicial de un país cumple un rol único al validar, reconocer y apoyar estos mecanismos¹¹, de lo contrario no tendría sentido un laudo y acuerdo sin posibilidad de cumplimiento forzado ante la justicia ordinaria.

Las Cámaras de Comercio con sus Centros o Cortes de Arbitraje proporcionan no sólo la infraestructura necesaria con los equipos humanos encargados de la administración de los casos, sino que son responsables de difundir¹² los beneficios de estos sistemas, entregar marcos claros en su uso mediante reglamentos, tarifarios conocidos y

transparentes, control de conflictos de intereses y fomentar las relaciones entre centros de distintos países, con el fin de estandarizar normas mínimas, entendiendo, que la globalización económica también alcanza la manera en que las partes resolverán sus potenciales futuros conflictos.

Por las razones señaladas, los acuerdos alcanzados entre centros, desde intercambio de profesionales, seminarios en conjunto y paneles compartidos de expertos, son la base para que luego los países puedan adherir acuerdos internacionales en la materia que unifiquen criterios y establezcan el reconocimiento de esos mecanismos sin importar la sede jurisdiccional donde se tramitaron otorgando así fuerza al cumplimiento de los mismos en otros países.

Así fue como la Convención de Nueva York del año 1958 constituyó un hito en el desarrollo del arbitraje comercial internacional¹³ y hoy la Convención de Singapur viene a ser el espejo, ahora, en la mediación¹⁴. Los 100 años de la CCI reciben como reconocimiento a su labor esta Convención, señal clara de la validez que hoy se le da a la mediación en el mundo entero.

2. Convención de Singapur sobre la Mediación

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, fue aprobada el 20 de diciembre de 2018. La apertura a su firma se inició el jueves 7 de agosto de 2019 en Singapur y luego continuará en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Entre los 46 países signatarios¹⁵ está Chile, lo que sin duda es una excelente noticia y prepara el camino para la esperada Ley de Mediación en materia civil y

9. "En el ámbito mercantil la mediación en España sigue siendo poco conocida y utilizada. (...) El arbitraje y los abogados mercantilistas pueden llegar a sentir recelo ante esa perspectiva que significará cambios indudables en su vida profesional. (...) No obstante esos cambios pueden ser para ellos finalmente beneficiosos, y favorecer una práctica jurídica más satisfactoria". ITURMENDI, Blanca, & RODRÍGUEZ, Fernando. *La mediación que viene ¿Riesgo para los abogados mercantilistas? ¿Y para arbitraje?* En: Revista del Club Español de Arbitraje, N° 26. 2016, p. 86. Como sostienen Rennó y De Castro (Op. Cit. p. 46, 56-57, traducción libre) "la mediación no avanza si el abogado no se incorpora a su papel. La consecuencia inmediata de eso es la insatisfacción de las partes, quienes, ante la experiencia frustrada, dejan de creer en la mediación como una herramienta adecuada y eficaz para resolver conflictos (...) En este sentido se vuelve imperiosa la preparación de los abogados para que adopten una postura colaborativa, que tiene como principales aspectos el conocimiento de su función en la mediación, el desarrollo de habilidades autocompositivas, la realización de un análisis estratégico del conflicto y el dominio de técnicas de negociación".
10. En cuanto a la enseñanza práctica del arbitraje en Chile, destaca la participación de diferentes universidades en *moots*. Como bien expresa Jörg Risse las facultades de Derecho enseñan cierto conocimiento del Derecho, pero lo que importan en la vida real son las habilidades. Dice el autor que un *moot court* (o simplemente *moot*) es un simulacro de juicio para estudiantes de Derecho que se caracteriza por tener un caso ficticio, un elemento práctico (a diferencia de las clases o seminarios, es un ejercicio práctico de roles y una preparación excelente para la vida profesional en que los estudiantes actúan como un equipo de abogados en un caso o arbitraje simulado y deben preparar escritos y argumentos orales para ambas partes de la disputa, usualmente en inglés), un elemento competitivo, un elemento educacional (subyaciendo en ellos la idea de conducir investigaciones jurídica meticolosas, y de aplicar el conocimiento teórico a un caso práctico) y un elemento social (en que los estudiantes no pueden participar de modo individual, sino que como parte de un equipo). RISSE, Jörg. *The Complete (but Unofficial) Guide to the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* (4° ed.). C.H.Beck-Hart-Nomos. Alemania, 2017, p. 2 y 13-14. Traducción libre.
11. En su famosa Sentencia C-893/01 del 22 de agosto de 2001 (disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm), la Corte Constitucional de la República de Colombia sostuvo que: "los mecanismos alternativos de solución de conflictos (...) no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan (...) En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización [sic] de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social". Sobre el arbitraje, la doctrina ha dicho que "[u]na buena base legal no es per se suficiente. El desarrollo del arbitraje depende de la difusión del instituto y del apoyo de las cortes locales que, finalmente, interpretan y determinan sus límites. Y, por último, la doctrina jurídica sirve como instrumento de apoyo y fomento". Braghetta, Andriana. *Polygamy of Treaties in Arbitration – A Latin American and MERCOSUL Perspective*. En: FERNÁNDEZ-BALLESTER, Miguel Angel & ARIAS LOZANO, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Wolters Kluwer España - La Ley. España, 2010. p. 253. Traducción libre.
12. "El principal obstáculo y a su vez el principal desafío de quienes hoy desempeñan algún rol en materia de resolución alternativa de disputas en Chile, es la falta de información por parte de la comunidad en general, incluso la legal, acerca de las diferentes alternativas disponibles". HELMLINGER, Karin & CRUZ, Javier. *Evolución de la Resolución Alternativa de Controversias Civiles y Comerciales en Chile*. En: VARGAS, Juan Enrique & GORJÓN, Francisco. *Arbitraje y Mediación en las Américas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas - Universidad Autónoma

de Nuevo León, México, 2005. p. 125. "Datos recopilados a través de muestras estadísticas, realizados durante el año 2016, indican que los agentes del conflicto empresarial –empresarios, abogados y jueces– no cuentan con información suficiente sobre la mediación ni están conscientes de sus beneficios (...) Por contrapartida, Chile es el país latinoamericano con mayores índices de litigiosidad". JEQUIER, Eduardo. *La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de lege ferenda*. En: *Ius et Praxis*, vol.24, N° 3. 2018, p. 578.

13. "El auge del arbitraje internacional está estrechamente entrelazado con el éxito de la Convención de Nueva York. La Convención, con sus actuales 147 Estados Miembros [,] uno de los instrumentos internacionales más efectivos (si no el más efectivo) en el campo del Derecho Comercial, ha sido pionera, en la unificación del arbitraje internacional". WOLFF, Reinmar. *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary*. C.H.Beck-Hart-Nomos. Alemania, 2012, p. v. Traducción libre. El 19 de julio de 2019 se anunció oficialmente que Papúa Nueva Guinea se convirtió en el Estado Parte de la Convención de Nueva York N° 160. UNIS. *Papua New Guinea accedes to the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)*. 2019. Disponible en www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl276.html.
14. "La Convención de Singapur y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación son un reconocimiento de la importancia de la mediación internacional y podrían mejorar el estado de la mediación internacional y promover su uso". ROONEY, Kim. *Turning the rivalrous Relations between Arbitration and Mediation into Cooperative or Convergent Modes of a Dispute Settlement Mechanism for Commercial Disputes in East Asia*. En: *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 12, N° 1, 2019. p. 122. Traducción libre.
15. Los 46 países que firmaron la Convención de Singapur el 7 de agosto son: Afganistán, Bielorrusia, Benín, Brunéi Darussalam, Chile, China, Colombia, Congo, República Democrática del Congo, Suazilandia, Fiyi, Georgia,

comercial, tan necesaria para una sociedad que busca, por una parte, disminuir el ambiente de conflictividad y, por otra, aumentar la confianza en las personas y en las instituciones.

El ámbito de aplicación de la Convención de Singapur recae en todo acuerdo de transacción resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial y que, en el momento de celebrarse, sea internacional.

Como requisitos para hacer valer un acuerdo de transacción, la Convención establece: i) que el acuerdo de transacción esté firmado por las partes (incluyendo referencia a las comunicaciones electrónicas), ii) pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación, iii) traducción al idioma oficial de la Parte en que se solicitan medidas, iv) cualquier documento necesario para verificar que se han cumplido los requisitos de la Convención. Además, se indica que la autoridad debe actuar con celeridad al momento de examinar la solicitud.

Se contemplan, también, los motivos para denegar el otorgamiento de medidas, destacando entre ellos la incapacidad de las partes del acuerdo de transacción, si el acuerdo es nulo, ineficaz o no puede cumplirse, el incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación por parte del mediador (sin el cual la parte no habría concertado el acuerdo de transacción) y la falta de revelación por el mediador de circunstancias que habrían suscitado dudas fundadas acerca de su imparcialidad o independencia (cuando el hecho de no haberlas revelado repercuta de manera sustancial o ejerza una influencia indebida en una de las partes).

En un escenario internacional donde las relaciones comerciales internacionales no sólo se dan entre grandes empresas, sino que hoy también son parte emprendedores, PYMES e incluso personas naturales, se hace necesario desarrollar y acordar herramientas eficaces y eficientes para la solución de conflictos que eventualmente se produzcan por incumplimientos. Lo anterior evita dificultades a quienes requieran demandar en otro país, donde lo más probable es que se desconozcan las normas sustantivas y procesales y sea una carga extra difícil de soportar, logrando en definitiva que el conflicto permanezca y el resultado económico no sea el esperado.

Quienes suscribieron este acuerdo reconocen que en el ámbito nacional y en la resolución de los conflictos, hoy se asigna un valor especial a quienes generan confianza, lideran, utilizan el diálogo con escucha activa, y optan por soluciones que

lejos de confrontar a las partes, buscan que ambas arriben a un acuerdo¹⁶ satisfactorio. Estas características, muchas veces innatas, han dado forma a la preparación de profesionales expertos que conocen y aplican el llamado proceso de mediación.

Este mecanismo adecuado de resolución de conflictos se encuentra regulado hoy en Chile en materia laboral, de familia, penal, escolar, de salud pública, entre otras¹⁷. El tema es que más de la mitad de las causas que ingresan al Poder Judicial son de materias civiles y las personas buscan justicia –cuando lo hacen– mediante un procedimiento ordinario, el que por sus características puede no ser suficiente para asegurar un real acceso a la justicia a todos¹⁸. Por estas razones el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos trabajó durante todo el año pasado una propuesta pública que viene a hacerse cargo de ese vacío en materia civil y hoy es parte de la Reforma Procesal Civil que esperamos ingrese este año al Congreso¹⁹.

El mediador, tercero ajeno al conflicto, facilitador del diálogo²⁰ y entendimiento entre las partes, busca acercar las posiciones de los implicados, descubriendo los reales intereses de cada una. En un proceso de mediación se valora la presencia de

16. “[L]a mediación es radicalmente diferente del arbitraje y de la adjudicación por las Cortes [estatales] porque el propósito de la mediación es alcanzar un acuerdo y no terminar en una decisión impuesta (“laudo” o “sentencia”). ANDREWS, Neil. *Mediation: International Experience and Global Trends*. En: *Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, N° 2. 2017, p. 219. Traducción libre.
17. En materia ambiental, en nuestro continente destaca el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), cuyo artículo 8.7 sobre acceso a la justicia en asuntos ambientales dispone que “Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”. El Acuerdo de Escazú se encuentra abierto a la firma de los países de América Latina y el Caribe, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, desde el 27 de septiembre de 2018 al 26 de septiembre de 2020. Si bien el proceso de negociación del mismo fue liderado por Chile y Costa Rica, el 25 de septiembre de 2018 Chile anunció su decisión de postergar la firma del acuerdo.
18. Al igual como ocurre en España creemos que “en multitud de ocasiones llegan procedimientos a los Juzgados de escasa cuantía y entidad jurídica e incluso alarma social, que no tienen sentido jurídico ni necesidad social de llegar a los Juzgados y Tribunales, y que podrían ser previamente estudiados en un ámbito vinculado a la mediación, sin que esto supusiese que se le anulase o impidiese el acceso posterior al proceso judicial (...) se debería legislar en el sentido de establecer la obligación legal de deber recurrir a la mediación en cuantías menores de determinada cantidad económica (...) Esta obligación no impedirá la posterior remisión de las partes a la jurisdicción civil y motivará la paralización de los plazos de prescripción y caducidad”. PÉREZ, Lucas. *La mediación en España, el momento del cambio de paradigma. Estudio comparado con la Unión Europea*. En: *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 11 N° 2. IproLex. 2018, pp. 455-546.
19. Como se ha adelantado en instancias de difusión previa, el proyecto contempla ciertas materias de mediación previa y obligatoria. Al respecto, compartimos la opinión de Eduardo Jequier en el sentido de que en algunos casos “la obligatoriedad de la mediación se explica a partir de la naturaleza supraindividual de los intereses involucrados en los conflictos respectivos, que por involucrar el interés colectivo justifican y legitiman precisamente la intervención del Estado en un ámbito reservado en principio a la autonomía de la voluntad (...), sin embargo, tal aserto (...) no obsta a que la mediación pueda ser establecida como gestión obligatoria cuando se trata de conflictos sobre derechos e intereses disponibles para las partes, como ocurre en el ámbito empresarial, pues con ello (...) no se impide ni se entraba el libre acceso de aquellas a la tutela jurisdiccional”. JEQUIER, Eduardo. *La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile*. Una aproximación de lege ferenda. En: *Ius et Praxis*, vol. 24, N° 3. 2018 p. 556.
20. “[C]uando las personas conectan más profundamente con las demás a través de un diálogo seguro y constructivo, los resultados son mejores para ambas (...) Mientras que deben permanecer imparciales, los mediadores realmente necesitan establecer una conexión humana con ambas partes. El arte de la mediación no es diferente del arte de la buena enfermería, enseñanza o terapia: cuando se realiza una conexión auténtica con aquellos

Granada, Haití, Honduras, India, Irán, Israel, Jamaica, Jordania, Kazajistán, Laos, Malasia, Maldivas, Mauricio, Montenegro, Nigeria, Macedonia del Norte, Palaos, Paraguay, Filipinas, Qatar, República de Corea, Samoa, Arabia Saudita, Serbia, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Timor Oriental, Turquía, Uganda, Ucrania, Estados Unidos de América, Uruguay y Venezuela. UNIS. The United Nations “Singapore Convention on Mediation” opens for signature in Singapore. 2019. Disponible en www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl278.html.

ciertos principios durante su desarrollo. Entre ellos, la confidencialidad, neutralidad, creatividad y eficiencia; así lo han señalado diversas partes consultadas luego de finalizar un proceso de mediación en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, institución que cuenta desde el año 1998 con un reglamento de mediación²¹ y ha conocido a la fecha más de 300 casos.

Firmar la Convención de Singapur, claramente muestra el espíritu del Ejecutivo de incrementar el uso de este sistema, que no sólo amplía el acceso a la justicia, sino que, al trabajar el conflicto en su real dimensión, más allá de determinar quién tiene la razón, aporta una mejor convivencia social e impacta positivamente en la economía al reducir el tiempo en que se resuelven casos que involucran costos²² y paralización de relaciones comerciales.

Cabe recordar que en el preámbulo de la Convención de Singapur se estacan dentro de los beneficios²³ de la mediación “disminuir los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación comercial, facilitar la administración de las operaciones internacionales por las partes en una relación comercial y dar lugar a economías en la administración de justicia por los Estados”.

Finalmente, esta Convención reconoce el valor de la mediación como método de arreglo amistoso de controversias en las relaciones comerciales internacionales. Se observó que la decisión de la CNUDMI de preparar la Convención tuvo por objeto ofrecer a los Estados normas uniformes sobre la ejecución transfronteriza de los acuerdos de transacción

internacionales resultantes de la mediación. Y, por ello, se exhorta a los gobiernos y a las organizaciones regionales de integración económica, que deseen fortalecer el marco jurídico sobre la solución de controversias internacionales, a que consideren la posibilidad de hacerse partes en la Convención.

3. Chile y la Mediación: ¿Qué valor le damos a la firma de la Convención de Singapur?

Más allá del ámbito familiar o laboral con que usualmente se le asocia en Chile a la mediación, este método alternativo de resolución de conflictos ha ido ganando un creciente espacio en el ámbito comercial²⁴, debido a las ventajas que ya hemos descrito.

En un escenario de relaciones comerciales cada vez más globalizadas y complejas, donde además han ocurrido cambios culturales importantes²⁵, es necesario desarrollar soluciones eficaces y eficientes para las controversias que eventualmente se producen, que permitan evitar las desventajas asociadas a su judicialización.

Hoy somos testigos del valor que se le asigna a conceptos tales como confianza, diálogo, habilidades blandas y empatía, entre otros. Las empresas han ido creando gerencias de asuntos corporativos y de desarrollo sustentable, y también los servicios públicos, como en el caso de Perú con la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad. Lo anterior obedece al interés de crear instancias profesionalizadas cuya misión sea negociar acuerdos frente a posibles conflictos, o bien preparar caminos para evitarlos antes de que puedan generarse. De este modo ha llegado a ser una herramienta básica en el ámbito comercial, cada vez que las partes la consideran en sus contratos como instancia para resolver sus divergencias.

La mediación, entendida como una negociación directa de las partes en conflicto con la intervención de un tercero neutral que las ayudará a alcanzar un acuerdo satisfactorio para ellas, fue definida en Chile por la Ley N°19.968, que creó los Tribunales de Familia como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

a quienes se atiende, éstos son capaces de llegar más allá en el proceso (...) Los nueve componentes de una aproximación humanista a la mediación y al diálogo están orientados a aprovechar las mejores fortalezas y potencialidades que son inherentes al proceso de comunicación”. LEWIS, Ted, & UMBREIT, Mark (2015). *A Humanistic Approach to Mediation and Dialogue: An evolving Transformative Practice*. En: Conflict Resolution Quarterly, vol. 33, N°1. 2015, pp. 9 y 14. Traducción libre.

21. “En el ámbito empresarial y de los negocios en general, tanto en lo que se refiere a materias civiles y comerciales, en 1998, después de cinco años de experiencia en materia de arbitraje institucional, el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago decidió introducir un nuevo servicio: la mediación. Ello debido a la constatación de que en la práctica no todo litigio es susceptible de ser resuelto por medio del arbitraje, sea por consideraciones de tiempo, recursos o bien de protección de las relaciones de las partes”. HELMLINGER, Karin & CRUZ, Javier. *Evolución de la Resolución Alternativa de Controversias Civiles y Comerciales en Chile*. En: VARGAS, Juan Enrique & GORJÓN, Francisco. *Arbitraje y Mediación en las Américas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas - Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2005. p. 120.
22. “[L]a autocomposición es considerada una forma más adecuada para resolver conflictos cuando el contexto fáctico demuestra, principalmente, la necesidad de reducción de costos, celeridad y mantención de las relaciones”. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *Op. Cit.*, p. 34. Traducción libre.
23. “La mediación frente a otros sistemas tradicionales de resolución de conflictos, como el arbitraje o la vía judicial, supone entre otras ventajas: rapidez, reducción de costes, flexibilidad, confidencialidad (...) se evita la publicidad que conlleva un proceso judicial preservando así de los daños reputacionales a las Empresas y validez y ejecutividad de los acuerdos alcanzados. Además, la imagen de la empresa se ve reforzada cuando acude a esta vía de resolución de conflictos, generando confianza en el mercado y mayor fiabilidad y reputación comercial. A través de la mediación mercantil se posibilita a las partes poder alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto en términos aceptables para ambas partes evitando los riesgos que supone la incertidumbre de dejar la decisión en manos de un juez o un árbitro, que controla el proceso ajeno a sus particulares circunstancias, ya que en la mediación son las partes las que tienen el control, pudiendo alcanzar el acuerdo que más les convenga a sus intereses”. LÁZARO, Marta. *La mediación comercial una vía de solución de conflictos para las PYMES españolas con intereses comerciales en China*. En: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. XI, N° 2. IproLex. España, 2018, p. 525.

24. En el ámbito internacional destaca que “[e]n 2018, el Centro [Internacional de ADR de la CCI] registró 37 nuevos ingresos bajo el Reglamento de Mediación de la CCI (...) Las controversias abarcaron un rango amplio de sectores comerciales. Las disputas de construcción e ingeniería fueron las más frecuentes, representando casi el 35% de los casos, seguidas por disputas relativas a energía y telecomunicaciones”. International Chamber of Commerce. *ICC Dispute Resolution 2018 Statistics*. 2019. p. 17. Traducción libre.
25. “La SMC [Convención de Singapur sobre la Mediación] es el resultado de la comprensión de dos cuestiones. Primero, el arbitraje no siempre se percibe como satisfactorio de las expectativas de las partes. Segundo, la ejecución transfronteriza de los acuerdos de arbitraje es, o puede ser, difícil de conseguir. Ya en 2008, el Chief Justice Spigelman afirmaba en un discurso que: El arbitraje ya no está satisfaciendo la necesidad básica de los clientes comerciales de una resolución temprana y efectiva de controversias. Estamos recurriendo cada vez más a otros medios, a la mediación y a otras formas de ADR”. ZELLER, Bruno, & TRAKMAN, Leon. *Mediation and arbitration: the process of enforcement*. Uniform Law Review. Vol. 24, N° 2. 2019, pp. 16-17. Traducción libre.

Como todo tema en desarrollo, aun cuando hay bastante doctrina escrita acerca de la mediación, debemos estudiar y analizar puntos en discusión en esta materia. Por ejemplo, se discute si el mediador debe ser un especialista en la materia objeto de la controversia, o un facilitador del diálogo entre las partes. En este punto, si bien es razonable que este entienda sobre qué discuten los involucrados en el problema, la cualidad más importante del mediador será la capacidad profesional para acercar a las partes y lograr que ellas mismas propongan un acuerdo que las ayude a superar el conflicto, agregando valor a la relación para el futuro.

4. Significativo aumento de los casos: reconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina.

La mediación no tiene un solo propósito, como es la resolución del conflicto, alcanzando un acuerdo satisfactorio para las partes: éstas también pueden beneficiarse si logran, junto al mediador, mejorar la relación entre ellas luego del proceso al que se someten. En efecto, las partes pueden alcanzar una nueva etapa en su relación contractual, donde se recupera la confianza y se mira hacia el futuro desde una perspectiva colaborativa.

Son múltiples las ventajas de llevar adelante estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos en centros que administren estos sistemas. Entre dichos beneficios se cuenta la existencia de una nómina de mediadores calificados que las partes podrán nombrar de común acuerdo (o el Consejo del centro en su defecto), el control de los costos involucrados en el proceso, un equipo de profesionales y administrativos que apoyan a las partes y al mediador, instalaciones necesarias y adecuadas para que las partes puedan tener con el mediador sesiones conjuntas, o separadas, entre otros.

El CAM Santiago publicó su reglamento de mediación en el año 1997 y, además, cuenta con un Código de Ética de los Mediadores. El actual Reglamento de Mediación, vigente a partir del 1º de noviembre del 2000, privilegia, por una parte, la flexibilidad del proceso²⁶, y por otra, garantiza la seriedad y certeza del mismo. Luego de casi 20 años se han conocido más de 200 mediaciones, siendo el año 2015 el más exitoso a la fecha en cuanto a los resultados, toda vez que en el 25% de los casos en que ambas partes iniciaron junto al mediador el camino para lograr un acuerdo, este finalmente se produjo. Durante el presente año, si bien muchos casos aún están en desarrollo, el número de ingresos ya superó los del año pasado en un 30% a esta fecha. Entre 2014 y el 2019 los ingresos se han triplicado.

Es interesante destacar que hoy los acuerdos de cooperación entre instituciones que administran métodos de resolución de conflictos contemplan la mediación con igual

fuerza que el arbitraje. Ejemplo de esto es el convenio de cooperación que suscribieron los centros de arbitraje de las Cámaras de Comercio de Lima, Santiago, Bogotá y México en junio de 2018 en el marco de la Alianza del Pacífico.

5. Sobrecarga del sistema judicial

En algunas ocasiones, hay quienes confunden los conceptos de mediación y conciliación. En Chile, la primera es un método para resolver conflictos y la segunda una etapa procesal obligatoria dentro de un proceso, en la que se busca que las partes lleguen a un acuerdo antes de avanzar con el juicio²⁷. El tema lleva a confusión generalmente entre las partes en una mediación, ya que no tienen la obligación de comparecer con un abogado. Asimismo, en otros países, centros que administran arbitrajes y mediaciones se denominan “Centros de Arbitraje y Conciliación”, como es el caso del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, siendo los conceptos de mediación y conciliación sinónimos en dichas legislaciones²⁸.

Al tratar las diferencias entre la mediación y la conciliación, Rennó y De Castro destacan que: “la mediación busca la resolución del conflicto como un todo, con el restablecimiento de las relaciones, percibiéndose el acuerdo como consecuencia natural del éxito del procedimiento (...), [que] la mediación se extiende más en el tiempo por tratar cuestiones subjetivas del conflicto y proponer soluciones prospectivas (...) [y que] el mediador tiene la función de facilitar el diálogo entre las partes para que ellas mismas lleguen a una solución”²⁹.

Lo descrito en los párrafos anteriores constituye muestra de un buen comienzo, pero queda mucho por avanzar, aprender, capacitar y cambiar en nuestra cultura acerca de la confianza en este tipo de método para lograr así un mayor uso del mismo. Como muy bien lo graficó el ex ministro de Justicia don Luis Bates H., en su artículo “Reflexiones

27. De este modo, mientras que la mediación “[e]s un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y asistido, destinado a precaver un litigio eventual o a poner término a un litigio pendiente”, la conciliación “[e]s un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y asistido, destinado a poner término a un litigio pendiente” y “ha sido definida como ‘el acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo’”. MATURANA, Cristián. *Derecho Procesal Orgánico: Parte General*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 2015, p. 24 y 31.

28. En la primera nota al pie de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002) se señala que “En los textos ya aprobados y demás documentos pertinentes, la CNUDMI utilizó el término ‘conciliación’ en el entendimiento de que los términos ‘conciliación’ y ‘mediación’ eran intercambiables. Al preparar esta Ley Modelo, la Comisión decidió utilizar en cambio el término ‘mediación’, para tratar de adaptarse al uso que efectivamente se hace de estos términos en la práctica y con la expectativa de que el cambio facilite la promoción de la Ley Modelo y aumente su visibilidad (...)”. El artículo 1.3 de esta ley indica que a efectos de la misma “se entenderá por ‘mediación’ todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el mediador’) que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”.

29. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *Op. Cit.*, p. 36. Traducción libre.

26. “En vista de la alta importancia de la flexibilidad para el proceso de mediación, las legislaciones necesitan proporcionar un alto grado de autonomía de las partes al momento de implementar sus objetivos regulatorios”. HOPT, Klaus J. & STEFFEK, Felix. *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. Oxford University Press. Reino Unido, 2013, p. 53. Traducción libre.

sobre la Justicia”, publicado en “Estudios de Arbitraje. Homenaje a Patricio Aylwin Azócar”: “En la medida en que se perpetúe la percepción de la abogacía como instrumento de litigio en el que “yo gano y tú pierdes”, en vez de soluciones pacíficas en las que “yo gano y tú ganas”, seguirán la educación y la profesión legal contribuyendo al desarrollo de los conocimientos y las destrezas propias del litigio y seguirán los abogados sobrecargando el ya asfixiado sistema judicial y con ello obstaculizando la actuación de los jueces”³⁰.

Entendemos estas palabras en el sentido de que todos quienes somos abogados y debemos asesorar a partes envueltas en un conflicto³¹, o bien en una etapa previa durante la evaluación del mecanismo de resolución que estas incorporarán en su contrato, tenemos que ser capaces de transmitir las ventajas del sistema donde ambas partes pueden verse beneficiadas con una mediación exitosa.

El crecimiento y resultado de las mediaciones de los últimos años hace indispensable contar con abogados preparados para abordar estos procesos y eventualmente asumir el rol de mediadores. No cabe duda de que los conocimientos de técnicas de mediación y la práctica de casos concretos, resultan clave para la intervención en la solución de disputas, tanto desde el rol de mediador como desde la posición de abogado interviniente en el proceso.

6. Conclusiones.

La importancia que atribuimos a la firma de la Convención de Singapur por parte del Estado de Chile impacta en varios ámbitos.

En materia internacional Chile forma parte de APEC y de la Alianza del Pacífico. Los países miembros tienen mesas de trabajo sobre estos temas, incluso fomentado su uso en soportes tecnológicos como son los ODR –*Online Dispute Resolution*– y Chile tiene que avanzar para no quedar atrás.

Como ya se mencionó, es importante que Chile sea parte de estos cambios, ya que hoy existen acuerdos de cooperación entre instituciones que administran métodos de resolución de conflictos, que contemplan la mediación con igual fuerza que el arbitraje.

Más importante aún es entender que ha cambiado la manera de enfrentarse a un conflicto y hoy se valora el diálogo como eje fundamental, ya sea entre partes o con la intervención de un tercero llamado mediador. Son muchos los países en los cuales éste es el mecanismo de resolución más utilizado y, si queremos destacarnos como un lugar atractivo para invertir, o bien liderar acuerdos en materia económica, no podemos quedarnos atrás en la estandarización de normas jurídicas de este tipo.

Así reconocemos la mediación como un mecanismo que hoy se privilegia frente a otros por sus ventajas y sabemos la importancia que tiene avanzar con la Reforma Procesal Civil que contiene la tan esperada Ley de Mediación supletoria a las regulaciones sectoriales en la materia.

En definitiva, no sólo el clima está cambiando en el mundo, también hay nuevos vientos en la forma en que las personas enfrentan un conflicto o se hacen cargo del mismo. Desde aceptarse hace 100 años la figura del duelo entre partes, hoy valoramos y fomentamos el uso del diálogo para lograr acuerdos, reconocemos a los mediadores como expertos que agregan valor a la negociación entre partes y quienes utilizan estos mecanismos se distinguen positivamente, convirtiéndose en parte de este cambio ya no sólo climático.

30. BATES, Luis. *Reflexiones sobre la justicia*. En: PICAND, Eduardo (Editor). *Estudios de Arbitraje. Homenaje a Patricio Aylwin Azócar*. Thomson Reuters. Santiago, 2014. Disponible en proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2014/41691665/v1/document/A112AADE-9E3B-BC4C-1405-F41066AAE60F/anchor/A112AADE-9E3B-BC4C-1405-F41066AAE60F

31. Esto implica no limitar la concepción del rol de abogado a la figura del abogado litigante con el objeto de no descuidar “otras destrezas que también son esenciales para hacer nuestro trabajo, las cuales nada tienen que ver con la práctica del litigio (...) Un abogado debería considerarse un profesional contratado para hacer lo que debería hacerse por el cliente. Si un acuerdo a través de una negociación o alguna forma alternativa de resolución de conflictos es lo mejor para el cliente, entonces eso es lo que debería hacerse. Si los esfuerzos por llegar a un acuerdo fracasan, entonces el abogado debe prepararse a sí mismo y al cliente para el proceso apropiado”. SOULTAU, Sebastián. *Mediation advocacy: destrezas (¿legales?) en un contexto no adversarial*. pp. 79-106. En BULLARD, Alfredo (Editor). *Destrezas legales en el litigio arbitral*. Palestra. Lima, 2018, pp. 79 y 85.

Les desea muchas felicidades en su centenario!

El último siglo ha marcado de manera extraordinaria el comercio internacional. La ICC ha estado ahí en cada momento, creando un vínculo próspero entre el sector público y el privado.

Dentons Muñoz comparte la convicción de que el comercio es una poderosa herramienta que, a través de un manejo transparente, ordenado y eficaz, crea excelentes relaciones globales.

El laudo arbitral conforme a la ley panameña

Esteban López M.

Panamá

En este artículo abordaremos el final de la historia de un proceso arbitral, en este caso el LAUDO conforme a 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 embargo, antes de entrar a analizar los artículos relacionados al LAUDO ARBITRAL, según la ley panameña, es oportuno poner en contexto que el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos no es una institución de reciente data. Esto es así, pues desde los asirios (tres mil años antes de Cristo), así como en el Antiguo Testamento, encontramos las primeras invitaciones de sometimiento al arbitraje para dirimir conflictos.

En Grecia, Aristóteles nos dice “preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho, el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad (Aristóteles, Retórica, 1.13.13.)

En lo que respecta al Derecho Romano, en la Ley de las Doce Tablas, se indicaba que quienes deseaban someter una disputa a la decisión de un tercero, tenían que celebrar un acuerdo voluntario para tal fin y fue en la época de Justiniano que a la decisión de los árbitros (Laudos), se le otorga los efectos de cosa juzgada.

En este sentido es durante esta época, la de Justiniano, que “se intensificará la eficacia del laudo no ya sólo a través de la estipulación de una pena, sino también reforzando la

sentencia arbitral por medio de medidas indirectas, primero, mediante la santidad del juramento y luego, con la presunción legal de una confirmación tácita, por el silencio durante el breve plazo de diez días”.¹

Luego de la caída del Imperio romano, el arbitraje se ampara e impulsa con la Iglesia Católica, y además los grupos de artesanos y comerciantes practican de una forma u otra esta forma de dirimir sus disputas.

En el siglo XIII, durante el reinado de Alfonso X, se redacta un cuerpo normativo conocido como las SIETE PARTIDAS, que en un principio recibió el nombre de Libro de las Leyes. Y es entonces cuando podemos determinar que se hace una verdadera regulación del arbitraje como institución jurídica.

Podemos inferir entonces, que el arbitraje tiene su génesis en el afán del hombre en poder solucionar sus conflictos privados, de una forma expedita y sin complicaciones, para lo cual se sometían a la decisión que emanaba del respeto y credibilidad que se les tenían dentro de su propia comunidad a estas personas designadas.

Si bien es cierto, podemos decir que el proceso arbitral ha perdido la sencillez que lo caracterizaba en un principio y se ha hecho más complejo. No obstante, no podemos negar que su aspecto medular, administrar justicia conforme a lo solicitado por las partes, no ha cambiado.

Aspecto este que es someter la disputa a un tercero ajeno al mismo, para que lo resuelva, mediante la decisión que para tal efecto el árbitro deberá tomar, teniendo presente que deben impartir justicia en la medida de lo querido por las partes”.²

En este sentido, hay tres elementos importantes a tomar en cuenta:

1. **EL CONFLICTO O DIFERENDO** que sería la génesis que motiva a que las partes, conforme al principio de autonomía de voluntad de las partes, ya sea mediante una cláusula compromisoria inserta en el contrato o documento aparte, deciden que la controversia sea dirimida o resuelta mediante arbitraje;
2. **LOS ÁRBITROS** que serán las personas encargadas de dirimir el conflicto, para lo cual deberán dirigir el procedimiento de conforme a lo que las partes hayan pactado y teniendo presente que deben cumplir su función con los principios connaturales de su investidura, es decir **independencia, neutralidad e imparcialidad**.

1. José Fernando Merino Merchan y José Marino Chillón, Tratado de Derecho Arbitral, tercera edición, editorial Aranzandi, S.A. página 112.
2. José Fernando Merino Merchan y José Marino Chillón. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Página 797.

3. **EL LAUDO** que, salvo el caso de transacción, es la forma de culminar el proceso arbitral, es decir impartir justicia por medio de una decisión conforme a lo querido por las partes. Aspecto este que, desde la perspectiva de la legislación panameña, es objeto del presente artículo.

Dicho esto, en la República de Panamá, es la Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013, **“QUE REGULA EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL EN PANAMÁ Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN”**, es una ley de carácter monista y refleja las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), y 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 segura de arbitrajes tanto nacionales como internacionales.

El artículo 1 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 indica:

“Esta Ley 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”.

Ahora bien, el artículo 56 de la Ley, establece que el tribunal 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**.*

En otras palabras, en el **arbitraje nacional** los árbitros **deben aplicar el ordenamiento jurídico nacional**, entendiéndose por ordenamiento jurídico el conjunto de normas jurídicas que rigen **en un lugar determinado en una época concreta**. Es decir, el derecho aplicable a una determinada relación jurídica.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje nacional; **en el arbitraje internacional** intervienen más de un ordenamiento jurídico, o sistema de normas jurídicas, por lo que la situación es más complicada pues en el contrato o relación jurídica que instrumenta una operación internacional, podemos identificar diferentes sistemas jurídicos diferentes que pueden influir en la práctica del arbitraje comercial internacional:

1. El derecho por el que se rigen la existencia del tribunal arbitral internacional y los procedimientos; generalmente, es la *lex arbitri*.
2. El derecho por el que se rige la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral en contexto internacional.

3. El derecho por el que se rigen el pacto arbitral y su cumplimiento en el plano internacional.
4. El derecho o las normas jurídicas pertinentes que rigen las cuestiones controvertidas de fondo, comúnmente conocido como **derecho aplicable**.
5. El **derecho por el que se rigen el reconocimiento y la ejecución del laudo**, que en la práctica puede resultar ser no uno, sino dos o más regímenes, cuando se pide el reconocimiento y la ejecución en varios países en los que la parte vencida tiene bienes o se cree que los tiene.

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**.

Siendo esto así, nos abocaremos a identificar los puntos que, a nuestro juicio y de acuerdo con la extensión de este artículo, son importantes respecto al LAUDO CONFORME LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA.

CONCEPTO:

Don Manuel Osorio, en su conocido **“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”**, define el concepto de la siguiente manera:

*“Decisión de los árbitros arbitradores, dictada en conciencia por los amigos comunes de las partes, sobre cuestiones que no afectan el orden público, inspirada en la equidad y con propósito pacificador”.*³

Dentro de este contexto, es propicio señalar que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el **LAUDO** como la “decisión o fallo que dictan los árbitros”.

En otras palabras, mediante el laudo se pone fin a un conflicto o disputa sometida a arbitraje.

La ley 131 no define el concepto LAUDO, pero esto es una constancia que se repite en la ley modelo de UNCITRAL, Convenciones y en la mayoría de los reglamentos que no tienen o presentan una definición clara e inequívoca del concepto LAUDO.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá, en fallo de 2015, ha indicado: **“Ahora bien, el laudo arbitral es la decisión final que dicta el Tribunal Arbitral sobre los puntos que han sido sometidos a arbitraje** para lo cual cuenta con el término que establece

la Ley. **Con la notificación del laudo a las partes y su aclaración o corrección posterior, cesa la jurisdicción arbitral”**. (el resaltado es nuestro).⁴

En lo que respecta al LAUDO Arbitral este puede ser:

LAUDO PARCIAL, que es aquel que no pone punto final al proceso, en otras palabras, resuelve una cuestión incidental y puede ser objeto de un recurso inmediatamente. Lo antes indicado queda de manifiesto con lo que expresa la Ley 131 en su artículo 32, que al referirse a la decisión de las excepciones, indica taxativamente: “Si como cuestión previa el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, **podrá interponer recurso de anulación ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia**, por las causales taxativamente establecidas en esta Ley. La resolución de este tribunal será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”. (El resaltado es nuestro).

En este mismo orden La ley 131, también en su artículo 59 señala “el tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios”. (El subrayado es nuestro)

LAUDO FINAL, que es la decisión que pone punto final al proceso. En este sentido las partes desde el inicio del procedimiento deben estar conscientes que esta decisión que da terminación a la disputa es de obligatorio cumplimiento.

“Este calificativo de “final” implica dos sentidos que es importante distinguir. Por un lado, designan el laudo que decide sobre todas las pretensiones sometidas por las partes y que, por consiguiente, ponen fin al procedimiento arbitral. Por otro lado, un laudo parcial es final en la medida en que tienen fuerza de cosa juzgada y vincula, en consecuencia, a los árbitros y a las partes. Ello distingue el laudo de la orden procesal revocable”.⁵

Podemos colegir entonces que LAUDO es sinónimo de Sentencia o fallo que pronuncian los árbitros o amigables compondores en los asuntos sometidos voluntariamente a su conocimiento, y que tiene fuerza ejecutiva legal.⁶

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha determinado, “que el arbitraje es un mecanismo establecido en la Constitución y en la Ley, mediante el cual las partes

3. **Diccionario de ciencia jurídicas, políticas y sociales, Editorial Claridad 1984, Manuel Osorio (página 416)**

4. (Amparo de garantías constitucionales interpuesto por el licenciado Luis Carlos Valdés f. En nombre y representación de los señores Rubén González y Delia Mainieri, 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. Ponente: Nelly Cedeño de Paredes Panamá, nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015).

5. Francisco González de Cossio, Arbitraje, primera Edición, México, 2001, página 385.

6. La Enciclopedia, Salvat Editores 2004, volumen 12 Pagina 888.

involucradas en un conflicto delegan expresamente su solución a un Tribunal arbitral, el cual se encuentra investido de la facultad de administrar justicia y emite una decisión a la cual se le denomina laudo arbitral y tiene los mismos efectos de una Sentencia proferida por los Tribunales ordinarios”. (el resaltado es nuestro).⁷

Ahora bien, el laudo debe respetar algunos principios fundamentales como son la congruencia, solución y la motivación de este.

Cuando nos referimos a **Congruencia** lo que se busca es que el laudo resuelva las pretensiones que se le han presentado al tribunal arbitral, en otras palabras, en el laudo no se puede resolver pretensiones que no se hayan presentado durante el proceso, pues esta actuación traería consigo que el laudo pueda ser anulado, tal y como se indica en el numeral 3 del artículo 67 de la ley, que al establecer las causales de anulación, se pone de manifiesto que éste puede ser anulado cuando “se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje..” (ver artículo 67 de la ley)

Con relación a la **Solución**, se refiere al hecho de que los árbitros al momento de dictar el Laudo deben responder o poner fin a todas las pretensiones presentadas ante el tribunal arbitral.

En lo que respecta a la **Motivación**, aunque la no motivación de un laudo no es una causal de anulación del mismo, si es un aspecto fundamental de éste, ya que será mediante el desarrollo de la motivación que se plantean todos los razonamientos que han llevado al tribunal arbitral a tomar una decisión determinada.

La mayoría de los reglamentos de las diferentes instituciones arbitrales de una forma u otra exigen que los laudos sean motivados, esto es así pues es la forma más clara que las partes involucradas en el proceso arbitral pueden, en caso de así requerirlo, tener los diferentes hechos, circunstancias y demás aspectos que puedan determinar si tienen o no cabida la presentación del respectivo Recurso de Anulación, que a la postre es el **único recurso viable** ante el LAUDO. En este sentido la Ley panameña es clara pues el artículo 60 numeral 2 señala que el laudo arbitral deberá ser motivado, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Luego, entonces, una vez pactado el arbitraje y constituido el Tribunal, conforme a la legislación aplicable y reglamento respectivo, dicho proceso culmina, salvo transacción u otro medio excepcional, en la emisión del Laudo, con la posterior ejecución y/o reconocimiento del mismo según sea el caso.

7. Advertencia de inconstitucionalidad interpuesta por la firma forense Patton, Moreno & Asvat, actuando en nombre y representación de Oscar Guillermo Mata Castillo, dentro del proceso oral que le sigue a Héctor Augusto Zachrisson Castillo y otros, para que se declare inconstitucional un párrafo del artículo 17 de la ley No.131 de 2013 “Que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá y dicta otra disposición”. Ponente: Oydén Ortega Durán Panamá, veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015).

TÉRMINO para Dictar Laudo y fin de las Actuaciones del Tribunal Arbitral.

Nuestra Ley con respecto al término para dictar un Laudo, es clara al señalar en su *Artículo 55*, que:

“En arbitrajes internacionales, la controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

En los arbitrajes nacionales, salvo acuerdo de las partes, el plazo para emitir el laudo final no excederá de un término de dos meses a partir de los alegatos de conclusión presentados por las partes. El término para emitir laudo podrá ser prorrogado por el tribunal arbitral por un término adicional de hasta dos meses en atención a la complejidad del asunto”. (El Subrayado es nuestro).

Por su parte, la Ley en su artículo 58 estipula que, si las partes llegan a una transacción, el Tribunal Arbitral podrá, sólo si ambas partes lo piden y si el tribunal no se opone; hacer constar la transacción en forma de Laudo.

En síntesis, la transacción solo puede elevarse a Laudo si lo solicitan las partes involucradas en el proceso arbitral, en otras palabras, una sola parte no puede solicitarlo, y que el Tribunal así lo considere, en cuyo caso este Laudo será conforme a lo que las partes hayan convenido y tendrá la misma fuerza efecto que un laudo final que haya resuelto la controversia.

El artículo 61 de la Ley respecto a la terminación de las actuaciones del tribunal arbitral señala:

Las actuaciones arbitrales terminan con el **laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral** dictada en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. 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.
2. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
3. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible. El tribunal arbitral también cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en los artículos 62 y 64. (el resaltado es nuestro).

Este artículo hace mención a dos conceptos de cómo terminar las actuaciones del tribunal arbitral, uno es mediante el Laudo (el cual ya definimos) y la otra es mediante una orden del tribunal, esta puede ser una orden procesal, una resolución o auto, y sobre estas no cabe recurso alguno.

Artículo 62. Corrección e interpretación del laudo. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

1. Cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar.
2. Si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error de los previstos en el numeral 1 del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo. (lo subrayado es nuestro)

Con respecto a este artículo vale la pena tener en cuenta que se dan dos situaciones, una es que se **corrija** un error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error similar, **para lo cual solo basta con el hecho de que se le notifique a la otra parte**. No obstante, solo se podrá pedir al tribunal arbitral que **interprete**, ya sea un punto o parte concreta del laudo, **cuando AMBAS partes lo hayan acordado**, es decir una sola parte no puede solicitar la interpretación del laudo.

Artículo 63. Laudo adicional. Cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá, salvo acuerdo en contrario de ellas, pedir al tribunal arbitral, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del laudo, que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días. (El subrayado es nuestro)

Es importante hacer énfasis en el hecho que solicitar a un tribunal arbitral un laudo adicional, es diferente a solicitar una corrección e interpretación del laudo ya dictado. Lo que se persigue cuando se solicita que se expida un laudo adicional es que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre reclamaciones que en efecto fueron formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo, por lo que es vital que la parte que solicita la emisión del laudo adicional, sea clara al presentar esta su solicitud, para que se pueda determinar si encaja dentro de las reclamaciones presentadas en el proceso.

Por su parte los artículos 64 y 65 de la ley establecen respectivamente que el tribunal arbitral, conforme a lo que la misma ley establece, puede prorrogar el término para una corrección, interpretación o dictar un laudo adicional. Y que contra estas decisiones no procederá reconsideración. Y finalmente se establece que en el supuesto que el

tribunal no se pronunciase sobre esta solicitud de corrección, interpretación o laudo adicional en el tiempo oportuno, se considerará que la solicitud ha sido denegada.

ANULACIÓN y EJECUCIÓN DEL LAUDO.

Con respecto a la Anulación y Ejecución de un Laudo Arbitral, debemos tener presente que el artículo 66 de la Ley establece claramente que “**el Recurso de Anulación es la única vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o laudo**”. (el resultado es nuestro).

Las causales de Anulación del laudo, así como el trámite de dicho recurso están debidamente determinados en los artículos 67 y 68 respectivamente:

Art. 67. Causales de Anulación del laudo arbitral: El Laudo Arbitral sólo 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 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. (el subrayado es nuestro)

Como puede apreciarse de la lectura de este artículo, las causales de anulación son puntuales y de carácter restringido. Eso sí, tal y como se plasma en el artículo 67, la parte debe alegar y probar la causal alegada. Con respecto al trámite del Recurso de anulación, la ley en el artículo 68⁸ establece que el mismo se interpone ante la Sala

8. **Artículo 68.** Trámite del recurso. Al recurso de anulación se le dará el trámite siguiente:

1. Se interpone ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, mediante escrito dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la notificación del laudo, o, si la petición se

Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, dentro del plazo de treinta (30) días contados a partir de la notificación.

EJECUCIÓN DE LAUDO NACIONAL. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS INTERNACIONALES

Artículo 69. Ejecución del laudo nacional. 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.

Es importante recalcar que este artículo es claro al señalar que el Juez de Circuito Civil, en caso de arbitraje de carácter nacional, está obligado a decretar la ejecución del Laudo una vez la parte cumpla con lo preceptuado en el artículo **y sólo podrá detener la ejecución, si la parte que se opone a la ejecución ha presentado recurso de anulación.** Y así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, cuando señala refiriéndose a este artículo de la ley, lo siguiente:

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.⁹ (El subrayado es nuestro).

Respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales, el artículo 70 de la Ley, estipula que los laudos arbitrales 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.

Se deja claramente establecido 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.

Artículo 71. REQUISITOS DE INVOCACIÓN O DE SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia autenticada de éste. Si el laudo no estuviera 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.

La Ley establece en el artículo 72, los motivos por lo cual se debe negar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral extranjero.¹⁰

Panamá ratificó la Convención de Nueva York el 10 de octubre de 1984, y dicha convención en su artículo V, divide las causas de denegación de exequátur en dos grupos: las causas alegadas a instancia de parte (inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral; garantías de los derechos de las partes), y, en segundo lugar, las apreciables de oficio (falta de arbitrabilidad del objeto de la controversia y contrariedad de la sentencia

ha hecho de conformidad con el artículo 62, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

2. El escrito de interposición del recurso se razonará con indicación de las causales invocadas, proponiendo la prueba pertinente y acompañando documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo dictado debidamente notificado.
3. El recurso será rechazado de plano cuando aparezca de manifiesto que su interposición fue extemporánea o que las causales alegadas no corresponden a las establecidas en el presente Capítulo.
4. La Sala Cuarta de Negocios Generales dará traslado del escrito a las demás partes del proceso, las cuales tendrán un plazo de treinta días para que expongan lo que estimen conveniente y propongan los medios de prueba de que intenten valerse.
5. Las pruebas se practicarán, si a ello hubiera lugar, en el plazo de veinte días.
6. La Sala Cuarta de Negocios Generales resolverá dentro de los sesenta días siguientes a partir del último trámite señalado.
7. Contra la sentencia que dicte la Sala Cuarta de Negocios Generales no cabrá recurso o acción alguna.

9. Amparo de garantías constitucionales interpuesto por el licenciado Luis Carlos Valdés f. En nombre y representación de los señores Rubén González y Delia Mainieri, 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. Ponente: Nelly Cedeño de Paredes, Panamá, nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015).

10. **Artículo 72. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO O LA EJECUCIÓN.**

Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral extranjero, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, en los casos y por las causales que taxativamente se indican a continuación:

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:
 - b. 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
 - c. 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

con el orden público); dichas causales son las mismas que están contempladas en el artículo 72 de la Ley 131 mencionada”.¹¹

En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de Panamá, ha señalado que se debe aplicar el principio de máxima seguridad, es decir se debe aplicar el tratado por el cual se debe ejecutar el laudo:

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que las causales por las cuales se deniega el reconocimiento y ejecución de un laudo deben interpretarse de manera restrictiva, siempre tratando de favorecer el reconocimiento y ejecución del laudo (el llamado sesgo a favor de la ejecución). También se debe aplicar el principio de máxima efectividad, el cual establece que las Cortes deben aplicar el tratado bajo el cual el laudo sea ejecutable. Sobre el particular, existen precedentes jurisprudenciales que han determinado, que la solicitud de reconocimiento y ejecución debe de ser aceptada una vez haya sido resuelta la anulación en la sede arbitral. (La Sentencia del Tribunal del distrito de Ohio (Southern District, Western División) de 9 de jun. 1981, publicada en 1981 F. Supp.948 (1981), en el caso Fertilizer Corporation of India et al, v. IDI Management. Inc., puso de manifiesto que la decisión del Tribunal respecto a la ejecución ha de adoptarse una vez que la autoridad competente a la que se ha solicitado la anulación o la suspensión del laudo decida sobre este particular). Considera esta Sala entonces, que no se configura el motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo alegada por el opositor, dado que la sentencia si es obligatoria para las partes, ya que no existe pendencia del recurso de anulación invocado.¹²

d. 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, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

e. 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

f. 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.

11. Sentencia de la CSJ-Sala Cuarta de Negocios Generales 9 de octubre de 2015. Ponente José Eduardo Ayú Prado, VESTAS WTG, S.A. DE C.V., solicitud ante la Sala de Negocios Generales, para el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral dictado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, fechado 28 de mayo de 2014, en contra de UNIÓN EÓLICA PANAMEÑA, S.A.

12. Vestas Wtg, s. A. De c.v., mediante apoderados judiciales M.P. Vásquez & Asociados, solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, fechado 28 de mayo de 2014, dictado por la Corte Internacional de Arbitraje de la

Con respecto a la solitud de reconocimiento, el artículo 73 de la Ley indica que esta se solicita ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, y si la misma es admitida se le dará traslado a las demás partes del proceso, y estas tendrán un plazo de quince días para exponer lo que consideren conveniente. Y el mismo artículo establece que la Sala Cuarta de la Corte deberá resolver dentro de los sesenta días siguientes.

Como se aprecia en los artículos antes citados, no es lo mismo el reconocimiento de un laudo internacional que la ejecución de un laudo, ya 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”.¹³

Finalmente, la Ley panameña es sumamente clara, y así lo ha reconocido la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, cuando mediante fallo de 3 de marzo de 2016 señaló:

En ese orden de ideas, esta Sala no puede ignorar que el arbitraje ha tomado un preponderante rol en el mundo actual, incrementándose su importancia cada día más, por lo que debe cuidar también que sus decisiones, como Máxima Corporación de Justicia de Panamá, no pongan en duda la seguridad jurídica que conlleva los resultados de los procesos arbitrales, ya que el éxito de la Institución del Arbitraje radica en el absoluto respeto y sumisión a lo pactado por las partes, es decir el efectivo cumplimiento del convenio arbitral.

Por otra parte, es importante recordar que el arbitraje es una de las formas de administrar justicia que reconoce y establece el artículo 202 de la Constitución Política, sin mencionar los tratados internacionales en esta materia que ha ratificado nuestro país, y la Corte debe intervenir mínimamente solo cuando se acreditan aquellas causales que taxativamente establece la Ley para la denegación o la ejecución del laudo internacional, y que éste no es el caso.....¹⁴

Podemos concluir que la Ley panameña es clara, ya que de forma inequívoca se establece que contra el Laudo Arbitral el ÚNICO recurso que se puede accionar es el RECURSO DE ANULACIÓN.

Cámara de Comercio Internacional (ICC) con sede en Madrid, España, en contra de la unión eólica panameña, s.a. ponente: José e. Ayú Prado C. Panamá, nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015).

13. Henry Torrealba Ledezma “El Laudo en el Arbitraje Comercial Internacional” Baker & McKenzie, Caracas, abril 2004. Página 14.

14. Camilo Amado Varela, mediante su apoderado judicial solicita reconocimiento y ejecución de laudo arbitral dictado por la Corte de Arbitraje deportivo en Lausana, Suiza, identificado con el número cas 2013/a/3052 del 14 de febrero de 2014. Ponente: Abel Augusto Zamorano. Panamá, tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

alcogal

ALEMÁN CORDERO GALINDO & LEE

Alemán, Cordero, Galindo & Lee es reconocida por quinta ocasión y segundo año consecutivo como la **Firma del Año** en Panamá por la prestigiosa guía legal Chambers and Partners.

Agradecemos a nuestros clientes por su continua confianza y a nuestro equipo de profesionales por la valiosa labor desempeñada.



ALEMÁN, CORDERO,
GALINDO & LEE
PANAMA LAW FIRM OF THE YEAR



WWW.ALCOGAL.COM | T: +507 269-2620 | F: +507 263-5895 | E: CONTACT@ALCOGAL.COM |

Asuntos cruciales requieren de una asesoría experta.

Fusiones y Adquisiciones | Derecho Corporativo y Contratos | Licitaciones y Contratación Pública | Arbitraje | Energía e Hidrocarburos | Seguros y Reaseguros | Banca | Telecomunicaciones | Transacciones Financieras y Valores

IVETTE MARTINEZ

ATTORNEY-AT-LAW | PANAMA

Reconocida por:



www.ims.legal.com



Prime Time Business Tower
24th floor, Office 2411
La Rotonda Ave., Costa del Este,
Panama City, Republic of Panama



T: + (507) 321-5271
M: + (507) 6614-3582



imartinez@ims.legal

La armónica convivencia entre la justicia arbitral y ordinaria en Panamá

Diego Maximin Jované

Panamá

Introducción

Antes de la promulgación del Decreto Ley 5 de 1999, el arbitraje en la República de Panamá se encontraba inmerso en la legislación procesal, teniendo los jueces una injerencia y dominio casi absoluto sobre el proceso arbitral.

Así, para aquellos días, nuestra realidad procesal arbitral se encontraba regulada en los extintos artículos 1412 a 1445 del Código Judicial vigente hasta la promulgación del Decreto Ley 5 de 1999, otorgándosele al Juez el control, eficacia y prácticamente la administración total del proceso arbitral, siendo un claro ejemplo de ello el artículo 1421 de dicho Código Judicial, en el cual se disponía que *“Cuando en relación con un contrato que conste en documento público o privado hayan convenido los contratantes en someter a arbitraje las diferencias que surjan entre ellos y no puedan ponerse de acuerdo en la manera de proceder para cumplir lo pactado, cualquiera de las partes puede concurrir al Tribunal que deberá conocer del asunto, como si se ventilare judicialmente, a fin de que intervenga para el efecto de dar eficacia al convenio arbitral”*.

Por ello, esta parte inicial de arbitraje, consistente en conminar a las partes a cumplir con el compromiso pactado, estaba investido de tal ritualidad procesal, que incluía, entre otros: (1) el reconocimiento del compromiso arbitral por los firmantes, si este constare en documento privado; (2) el traslado de la solicitud a la contraparte; (3) decisión judicial sobre la constitución o no del Tribunal Arbitral; (4) determinación judicial del procedimiento y de los puntos sobre los cuales versaría el arbitraje, si las partes no lo hubieran establecido; (5) impugnación de la decisión judicial mediante recurso de apelación.

En igual sentido, se le confería al tribunal judicial la potestad de llenar, a su prudente juicio, los vacíos que encuentren en solucionar los inconvenientes y dificultades que surgiesen en la controversia arbitral, recayendo sobre el tribunal judicial, ante el silencio de las partes, las designaciones de árbitros, quienes podían ser recusados bajo las mismas causales de remoción aplicable a los Jueces de Circuito.

Otra particularidad de esta fenecida legislación era que, el Secretario del Tribunal Arbitral podía ser el Secretario Judicial de la Jurisdicción Estatal donde se estuviere ventilando el arbitraje, quién no tenía otra opción que aceptar el cargo, al estar obligado a ello, y cuya juramentación no era necesaria, ya que le aplicaría la misma que hubiere prestado para su cargo judicial.

A su vez, en caso de ausencia de procedimiento en la cláusula arbitral, resultaría aplicable el procedimiento oral contemplado en el Código Judicial, siendo el laudo susceptible de proceso de anulación, mediante la vía sumaria, por causa de prevaricación; así como del recurso extraordinario de casación contemplado en el Código Judicial; archivándose el expediente arbitral, una vez concluido el arbitraje, en un Juzgado de Circuito, si no mediare solicitud de protocolización.

Esta radiografía histórica demuestra que, hasta ese momento, la autonomía e independencia del arbitraje era prácticamente nula, al estar sometida en todo momento a la Jurisdicción Estatal.

En 1999, preparando el terreno para el nuevo milenio, Panamá dio un paso importante en materia de solución de conflictos, con la promulgación del Decreto Ley 5, separando la normativa vigente hasta ese momento, inmersa en el Código Judicial, dándole al arbitraje, a partir de entonces, autonomía regulatoria, naciendo así el régimen de la conciliación, el arbitraje y la mediación.

La nueva vida arbitral, a partir del Decreto Ley 5, generó un periodo de cambio y aprendizaje en lo hasta ese momento conocido como solución de conflictos, momento en el que el gremio abogadil y los entes de administración de justicia, se abocaron a comprender una nueva fórmula de litigar, alejada del Código Judicial, del cual fue difícil despegarse.

No cabe duda de que el cambio originado a partir del Decreto Ley 5 de 1999, ocasionó un conflicto y fricción de poderes entre el órgano tradicional de solución de controversias -el Órgano Judicial- y la administración de justicia arbitral-, lucha en la cual la judicatura se resistía a reconocer poderes a particulares para administrar justicia en temas tan sensitivos como lo son los temas relativos a la jurisdicción, la competencia y la guarda de las garantías fundamentales de los particulares.

Tal fue la reticencia en reconocer la autonomía arbitral, que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, llegó a declarar inconstitucional la determinación del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia, es decir, desconoció por completo el principio

Kompetenz-Kompetenz, así como admitió y resolvió en el fondo un número plural de amparos de garantías constitucionales contra decisiones arbitrales, bajo la concepción anterior, contemplada en el Código Judicial previo al Decreto Ley 5 de 1999, que equiparaba los árbitros a jueces; reconociendo, posteriormente, que los árbitros no son funcionarios públicos, por lo que, sus decisiones no son susceptibles de Amparo de Garantías Constitucionales.

Esta fricción o pulseada de poder generó la necesidad de revisar nuestra normativa Constitucional en materia de administración de justicia, y no fue hasta el año 2004, que se elevó a rango Constitucional el reconocimiento de la jurisdicción arbitral, y la determinación de la competencia arbitral por el propio Tribunal Arbitral, estableciendo de forma expresa, en el artículo 202 de la Constitución lo siguiente: *“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”*.

Así, con el ánimo de zanjar definitivamente roces de poderes, solventar vacíos legales, darle una mayor seguridad jurídica al arbitraje, y de actualizarlo a las nuevas corrientes, se promulgó la Ley 131 de 31 de diciembre 2013, la cual clarifica aspectos importantes y propicia una armónica colaboración y convivencia entre la justicia arbitral y la ordinaria.

No existe duda que el Decreto Ley 5 de 1999, y ahora la Ley 131 de 2013, al ser normas procesales, tienen un carácter especial, imperativo y de orden público, por lo que, una vez que las partes en un negocio jurídico estipulan el arbitraje como solución de sus controversias, nace la obligación de ambas de someter el litigio a arbitraje, quedándoles vedada su presentación ante la jurisdicción estatal.

Los límites de una y otra jurisdicción

La Ley 131 de 2013 deja claro el alcance y efecto sustantivo de la cláusula compromisoria arbitral, esto es, la obligación de las partes a cumplir con lo pactado y formalizar la constitución del tribunal arbitral. De igual modo, la Ley 131 establece el alcance o efecto procesal, que consiste en la inmediata declinación, por parte del tribunal judicial a favor del tribunal arbitral, del expediente dónde se plantee la controversia sobre la cual las partes hayan pactado el arbitraje como método de solución del conflicto.

Así, el Juez o Tribunal ante quien se pretenda el ejercicio de la acción, rechazará de plano la demanda, sin más trámite, enviando, de inmediato, a las partes a arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas, siendo extensible tal alcance o efecto a los entes administrativos que resuelvan controversias, conforme lo establece el artículo 17 de la Ley en comento.

Interesante resulta la aplicación de la norma en atención al momento procesal en que el Juez o autoridad administrativa tiene conocimiento de la existencia de una cláusula

compromisoria arbitral, ya que solamente la actuación procesal de las partes es la que determinará la oportunidad en la que el Juez tenga conocimiento de la existencia del compromiso arbitral.

No podemos perder de vista que el Código Judicial no exige para la recepción y admisión de la demanda, salvo para el proceso sumario, que esta se presente con las pruebas con las que el accionante pretende probar y defender su pretensión, solo basta con la presentación de las pruebas que acrediten legitimación procesal para actuar (poder), y las que acrediten la existencia, vigencia, y representación de personas jurídicas que formen parte del proceso.

Por lo que, ante la presentación de una demanda que cumpla con los requisitos exigidos en el Código Judicial, el Juez se considerará competente para solventar tal controversia, la admitirá y le dará su curso, manteniéndose competente hasta tanto tenga conocimiento de la existencia de una cláusula arbitral, lo cual puede ocurrir, en la contestación de la demanda, si es advertido por el demandado, o una etapa procesal tan posterior como la admisión de las pruebas, o su práctica (siendo introducida en el desarrollo de una prueba de informe, inspección judicial, diligencia exhibitoria o pericial) o más adelante aún, al momento de valorar las pruebas para emitir la sentencia de rigor, o, ante descuido, nos encontremos ya en una segunda instancia, o en el desarrollo de un recurso extraordinario de casación.

Indistintamente del momento procesal en que el Juez ordinario tenga conocimiento de la existencia del convenio arbitral, lo importante será que, inmediatamente tenga tal conocimiento, decline su competencia y lo remita a la jurisdicción arbitral, teniendo todas las actuaciones judiciales adelantadas la sanción de nulidad absoluta.

Y es que, no podemos perder de vista que nuestra Constitución Política consagra el arbitraje como una jurisdicción, en la cual el tribunal arbitral decide sobre su propia competencia, por lo que, ante la existencia de una cláusula compromisoria arbitral, la justicia ordinaria carecería de jurisdicción para resolver la controversia.

En igual sentido, nuestro Código Judicial consagra la distinta jurisdicción como causal de nulidad común a todo proceso, la cuál es absoluta y puede ser alegada por cualquiera de las partes como incidente dentro del mismo proceso o mediante recurso de revisión, pudiendo el Juez, en todo momento, declararla de oficio en el momento en que la advierta.

Por ello, aun cuando ninguna de las partes haya advertido la existencia de la cláusula compromisoria arbitral, tal omisión no puede ser interpretada como una prórroga de la competencia, toda vez que el arbitraje constituye una jurisdicción, dentro de la cual se determina su propia competencia.

Si bien es cierto que pueden prorrogar la competencia todas las personas que son hábiles para comparecer en procesos por sí misma, conforme lo establece el artículo

245 del Código Judicial, no se puede perder de vista que la prórroga es expresa cuando en el contrato o en acto ulterior las partes designan claramente el Tribunal al cual se someten, fijándose así privativamente la competencia del Tribunal escogido por las partes, como lo indica el artículo 248 del mismo cuerpo legal, siendo un claro ejemplo de ello la cláusula compromisoria arbitral, la cual repetimos, no establece solo la competencia, sino, más importante aún, la jurisdicción abocada a resolver el conflicto.

Por ello, no debe entenderse que por el solo hecho que las partes no hayan invocado la existencia de la cláusula compromisoria arbitral en la jurisdicción ordinaria, es razón suficiente para que considere que se ha dado una “prórroga” que anule la jurisdicción arbitral, puesto que esto sería tanto como atribuirle, “de hecho”, una nulidad a la cláusula compromisoria arbitral por el comportamiento procesal de las partes, lo cual constituiría un desconocimiento del efecto sustantivo y procesal de lo dispuesto en la Ley 131 de 2013 y del artículo 202 de la Constitución Política.

Así, las partes que hayan pactado la solución de sus conflictos ante la jurisdicción arbitral, solo podrán librarse de ella en atención a la misma libertad de disposición con que celebraron el convenio que los une al arbitraje, esto es, dejando sin efecto tal convenio, mediante un nuevo acuerdo de voluntades que anule el acuerdo arbitral, retomando así la justicia ordinaria, la jurisdicción y competencia para solventar la controversia.

Al respecto, interesante resulta lo dispuesto en el extinto artículo 1414 del Código Judicial, derogado por el Decreto Ley 5 de 1999, en el que, durante su vigencia, indicaba expresamente que *“de común acuerdo pueden las partes desistir por escrito del arbitraje, antes de iniciarse el proceso”*, norma que, repetimos, se encuentra derogada, pero que su fundamento se mantiene vigente a través en la libertad de disposición de las partes, sobre la cual se sostiene el arbitraje.

Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares

La Ley 131 de 2013 es clara al disponer que no es incompatible con la existencia de un acuerdo arbitral, ni se entenderá como una renuncia a ese convenio el hecho de que se solicite y se conceda, antes o durante un proceso arbitral, la adopción de medidas cautelares y/o provisionales por parte de tribunales judiciales.

En este sentido, es importante tener presente que el otorgamiento o no de medidas cautelares, en arbitraje, está supeditado al acuerdo de voluntades de las partes, quienes pueden acordar la prohibición de medidas cautelares, en el acuerdo arbitral.

Así, es dable, de no existir acuerdo en contrario de las partes, la petición y concesión de medidas cautelares para garantizar las resultas del proceso, como lo son el secuestro y la orden de suspensión, ante, y por parte, de Tribunales Judiciales, teniendo estos competencia, temporal, para tales efecto, debiendo remitir las medidas cautelares una

vez constituido el Tribunal Arbitral, y debiendo, el solicitante, formalizar su demanda arbitral dentro de los diez días siguientes a la práctica o diligencia de la medida cautelar, so pena de ser dejada tal medida sin efecto.

De igual forma, la justicia ordinaria tiene competencia, temporal, para llevar a cabo aseguramiento de pruebas, previa interposición de demandas arbitrales, sin que exista, al igual que en los procesos judiciales, una obligación de formalizar una demanda, en un tiempo específico.

Desde un sentido práctico, resulta la concurrencia ante la jurisdicción ordinaria como la vía más idónea para lograr el cometido las medidas cautelares, teniendo en cuenta la importancia vital que tiene en nuestro medio el factor sorpresa para el éxito de la medida.

No podemos perder de vista el hecho de que para la concesión de una medida cautelar en la jurisdicción arbitral se requiere que ya se encuentre constituido el tribunal arbitral, momento en el cual, la contraparte ya tiene pleno conocimiento de la controversia, y puede vaticinar cualquier medida cautelar a la que se le pretenda someter.

Es por ello, que para generar una mayor independencia de la jurisdicción arbitral, resulta necesario la incorporación de la figura del árbitro de emergencia, como se ha introducido en otras latitudes, con el fin de que, en base a un mandato temporal, puedan resolver cualquier medida cautelar que se presente en materia arbitral, previa constitución del tribunal arbitral.

Aunado a ello, la Ley 131 de 2013 introduce medidas cautelares particulares, a saber: 1) que se mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; 2) que se adopten 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 se proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o, 4) que preserve elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia.

En igual sentido, respecto de las medidas cautelares, la Ley 131 de 2013, exige para su decreto, que el solicitante logre convencer al tribunal arbitral de que: 1) de no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser esta otorgada; y 2) que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. Es decir, requiere que se demuestre el *Periculum in mora* y el *Fumus Boni Iuris*.

Es importante tener presente que la Ley 131 de 2013 introduce, como novedad, las órdenes preliminares, las cuales, a diferencia de las medidas cautelares contempladas en la Ley 131, se sustancian inoída parte, y vienen a constituir una especie de notificación previa a la contraparte para que no frustre una posterior medida cautelar,

teniendo tal orden una vigencia temporal de solamente hasta veinte días, contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido, pudiendo otorgar el tribunal arbitral, una medida cautelar que ratifique la orden preliminar, una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido oportunidad de ejercer sus derechos.

Lo expuesto resulta un claro ejemplo de las diferencias existentes entre las medidas cautelares practicadas y ejecutadas ante la jurisdicción ordinaria o en la jurisdicción arbitral, diferencias que van desde las medidas permitidas, su presentación y gestión, como en su ejecución, toda vez que la jurisdicción ordinaria, como lo reconoce la Ley 131 de 2013, practica estas medidas, con base a sus normas de procedimiento, indistintamente que estas se rindan al servicio de actuaciones arbitrales que se sustancien o no en el país de su jurisdicción.

Por ello, la jurisdicción ordinaria gestiona y practica las medidas cautelares en atención a lo dispuesto en el Código Judicial, cuerpo normativo que, por ejemplo, en medidas cautelares de secuestro, no exige al peticionario que demuestre *Periculum in mora* ni *Fumus Boni Iuris*, ya que solo basta que se consigne caución suficiente que garantice los posibles daños y perjuicios en la ejecución, las cuales, en atención a la condición *numerus clausus* del Código Judicial, solo podrán ser secuestro o suspensión.

La necesidad de incorporar la figura del Árbitro de Emergencia en los Reglamentos locales

A diferencia de los reglamentos internacionales de arbitraje, como lo es el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), los reglamentos arbitrales de los Centros de Conciliación locales no contemplan la figura del Árbitro de Emergencia, siendo esta una tarea arbitral pendiente de incorporar en nuestro arbitraje local, lo cual coadyuvaría a una mayor independencia y autonomía arbitral en la concesión de medidas cautelares previa constitución del Tribunal Arbitral, sin que se requiera necesariamente la intromisión directa de la jurisdicción ordinaria.

Esta figura, que en su introducción en distintos reglamentos arbitrales no ha sido pacífica, ha llegado a evolucionar y constituirse en un evidente remedio a la falta de un Tribunal Arbitral frente a la necesidad de medidas precautorias, así, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), como el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, entre muchos otros, a nivel global, lo han incorporado.

Las particularidades del Árbitro de Emergencia radican en lo siguiente:

1. Su escogencia no recae sobre las partes sino sobre un Centro o Institución de Arbitraje, en atención a lo dispuesto por las partes en su acuerdo arbitral;
2. Su competencia es temporal, únicamente otorgada para conceder o rechazar una medida cautelar;

3. Su decisión puede ser emitida mediante una orden o laudo en atención al reglamento aplicable;
4. La decisión es vinculante y obligante para las partes;
5. La decisión no es vinculante para el Tribunal Arbitral que posteriormente se constituya para resolver la controversia;
6. La decisión tiene una vigencia temporal, hasta tanto se constituya el Tribunal Arbitral;
7. El Tribunal Arbitral, una vez se constituya, puede decidir mantener, modificar o dejar sin efecto la medida cautelar decretada por el Árbitro de Emergencia.

Al igual que en las medidas cautelares otorgadas por el Tribunal arbitral ya constituido, el Árbitro de Emergencia, también puede requerir la asistencia de la jurisdicción ordinaria para la ejecución de la medida por él dictada.

Es importante señalar que, la incorporación del Árbitro de Emergencia constituye una alternativa a los tribunales estatales en materia de medidas cautelares, sin que éstos pierdan su competencia temporal en esta materia, y su valiosa cooperación y apoyo al procedimiento arbitral.

La colaboración de la Jurisdicción Estatal a la Jurisdicción Arbitral

Como, de forma muy atinada, indica la doctora Miriam Salcedo Castro: *“Solamente en un mundo perfecto en el que los sujetos cumplieran sus obligaciones sin la amenaza del poder coactivo del Estado, podría existir el arbitraje sin apoyo”*.¹

Y es que, para la existencia, reconocimiento y funcionalidad del arbitraje, el Estado debe reconocer y autorizar, por los medios de rigor (Constitución y Ley), la existencia del arbitraje como método de solución de conflictos vinculante y obligatorio para las partes, regulando de forma expresa su espacio jurisdiccional frente a la justicia ordinaria, propiciando una colaboración en el inicio, desarrollo, y ejecución del arbitraje.

Así, desde la regulación del arbitraje en el Código Judicial de Panamá, ha existido, una colaboración, entre ambos campos de solución de conflicto, en donde, para las diligencias que los árbitros no puedan practicar por sí mismos, pueden solicitar el auxilio del Juez del lugar donde se desarrolla el arbitraje, quien adoptará, a ese efecto, las medidas que estime oportunas.

En igual sentido, ante la falta de cumplimiento voluntario del laudo por la parte vencida, el vencedor puede recurrir ante los jueces ordinarios para su ejecución.

Actualmente, la Ley 131 de 2013, establece que en materia cautelar, tanto las medidas cautelares, como las órdenes preliminares, cuando requieran el auxilio judicial, el

Tribunal Arbitral se dirigirá al Juez competente del lugar donde se ejecutará la medida, quien brindará el auxilio pertinente para su ejecución, sin que tenga competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida u orden, quien, solamente ante duda, podrá solicitar la aclaración o precisión directamente al tribunal arbitral, sin que en la jurisdicción ordinaria se puedan admitir recursos u oposiciones.

Respecto de las medidas cautelares y órdenes preliminares que sean dictadas por tribunales arbitrales con sede en el extranjero, su ejecución dentro de la República de Panamá dependerá del previo reconocimiento que le otorgue la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, quien únicamente podrá denegar tal medida ante la concurrencia de alguna de las causales contempladas en el artículo 43 de la Ley 131 de 2013.

De igual modo, en lo concerniente a las pruebas en el proceso arbitral, los tribunales de justicia pueden asistir a los tribunales arbitrales en la práctica de pruebas, teniendo el tribunal ordinario facultad para realizar la asistencia dentro del ámbito de su competencia (básicamente territorial), y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de pruebas, es decir, el Código Judicial.

Control Constitucional del Laudo Arbitral

Como es natural, el Estado ejerce, a través de su Órgano Judicial, el control de las garantías constitucionales de las personas (naturales o jurídicas) que transiten bajo su soberanía, siendo una potestad que mantiene dentro de la guarda constitucional del laudo arbitral.

Así, queda claro en la Ley 131 de 2013 que el control y protección constitucional es ejercido únicamente a través del recurso de anulación del laudo arbitral, cuya competencia recae en la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, quien lo resolverá declarando la validez o nulidad del laudo arbitral, siempre que se logre demostrar: 1. *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 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 lo están, solo estas últimas podrán anularse; o 4. Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha 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; conforme lo establece su artículo 67.*

1. Salcedo Castro, Myriam, El orden público y el arbitraje. Ed. Universidad del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Colombia, 2015, p. li.

Es menester tener presente, que el recurso de anulación puede ser interpuesto, tanto para laudos finales como para laudos parciales, como lo es la resolución que emita el Tribunal Arbitral que declare su competencia.

Respecto al orden público panameño, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, ha dejado sentado que *“el orden público panameño se estimaría vulnerado, si los árbitros dentro del proceso hubiesen ejecutado un acto contrario a los principios fundamentales de interés general de un Estado, principios que se encuentran consagrados en la Constitución Política, en las Leyes y Reglamentos de nuestro ordenamiento jurídico interno...”*² considerándose en los casos de arbitrajes en equidad *“los derechos fundamentales de las partes en todo proceso; es decir, ser juzgado por autoridad competente y conforme a los trámites legales correspondientes”*.³

Y, respecto del orden público internacional, la Sala ha reconocido y adoptado los planteamientos del doctor José Luis Siqueros, reseñando lo siguiente: *“El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales, atinentes a la justicia y la moral, que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado; (ii) reglas orientadas a sostener los intereses esenciales del Estado en materia política, social o económica, conocidos como “lois de police” o “reglas de orden público”; y (iii) el deber del Estado para respetar las obligaciones contraídas frente a otros Estados y organizaciones internacionales”*.⁴

Señalando a su vez la Sala que *“tanto la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975 y la Ley Modelo de UNCITRAL (CNUDMI), adoptan el enfoque que el sistema de principios y reglas que integran el orden público internacional debe ser aquel que corresponde al Estado donde se solicita la ejecución, y en este caso es el orden público internacional de la República de Panamá”*.⁵

Ejecución del Laudo Arbitral

Al culminar la jurisdicción arbitral con la emisión del laudo arbitral, y enfrentándonos a falta de cumplimiento voluntario por parte del vencido, la jurisdicción estatal abre sus puertas, respetando y reconociendo lo fallado por el Tribunal Arbitral, forzando su ejecución, a través del imperio que le caracteriza, con la potestad suficiente de coaccionar al incumplido a cumplir con lo resuelto en el laudo.

Así, una vez concluida la jurisdicción arbitral con la emisión del laudo, de ser el laudo emitido dentro de un proceso arbitral nacional o de un proceso arbitral internacional pero con sede en la República de Panamá, ante la falta de cumplimiento voluntario de la parte vencida, se podrá recurrir a la jurisdicción civil para la ejecución del laudo arbitral,

a través del procedimiento establecido para las sentencias judiciales en firme; proceso al cual únicamente se le podrá oponer la pendencia de un proceso de anulación, sin que ninguna resolución en esta fase sea objeto de recurso alguno.

En caso de laudos arbitrales internacionales, cuya sede no haya sido la República de Panamá, estos deberán ser sometidos a reconocimiento previo por parte de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con la Convención sobre Reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York en 1958, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que se haya ratificado en Panamá, siendo las únicas causales de denegación las contempladas en el artículo 72 de la Ley 131 de 2013, esto es:

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 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:
 - c. Que, según el Derecho panameño, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - d. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional de Panamá.

2. Fallo de 21 de julio de 2015, de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

3. Ibidem

4. Fallo de 21 de julio de 2015, de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

5. Fallo de 9 de octubre de 2015, de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia, al analizar el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales, ha dado una interpretación restrictiva, tratando de favorecer el reconocimiento y ejecución de éste, considerando lo doctrinalmente conocido como el “sesgo a favor de la ejecución”, así como el principio de máxima efectividad, el cual establece que las Cortes deben aplicar el tratado bajo el cual el laudo sea ejecutable.⁶

De igual forma, la Sala ha sido conteste en indicar que los planteamientos en oposición al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, deben ser argumentos propios de esta etapa procesal, y no defensas que debieron, en todo caso plantearse dentro de un recurso de anulación del laudo, en la sede arbitral.

Conclusión

En síntesis, de todo lo expuesto, se puede afirmar que el arbitraje no puede sobrevivir sin la aquiescencia del Estado, quien le permite existir y cumplir su rol, y le brinda el poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones.

En Panamá, no ha sido fácil llegar al momento evolutivo del arbitraje en el que nos encontramos, pero con una buena visión de Estado, se han realizado los cambios constitucionales y legales necesarios para llegar a la armónica convivencia entre la justicia arbitral y la ordinaria que se vive en Panamá hoy en día, la cual, sin duda, seguirá evolucionando en pro de la administración de justicia arbitral.

6. Fallo de 9 de octubre de 2015, de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia.



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

WHO'S WHO
LEGAL
WXL



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

Las medidas conservatorias o de protección en el proceso arbitral

Liza McPherson

Panamá
Abogada/Árbitro

Con los cambios que ha tenido la jurisdicción arbitral en Panamá, desde su reconocimiento a rango constitucional en el año 2004, las positivas y marcadas diferencias entre el Decreto Ley 5 de 1999 y su reemplazo la Ley 131 de 2013 (Ley de Arbitraje de Panamá, LAP en adelante), específicamente en lo que a medidas cautelares se refiere, y finalmente la desjudicialización de la jurisdicción arbitral, resulta de gran interés, analizar dónde quedan las medidas conservatorias o de protección general, en los procesos arbitrales, habida cuenta que, como parte de esa desjudicialización mencionada, la derogatoria de tales medidas en el Código Judicial de la República de Panamá, poco debiera afectar en el arbitraje.

Resulta conveniente repasar las medidas conservatorias, antes de llevar a cabo una discusión sobre ellas en el proceso arbitral. Éstas, también conocidas como medidas atípicas o innominadas, se diferencian de las típicas, tales como, la medida cautelar de secuestro principalmente, por el tipo de finalidad que persiguen. Las típicas buscan asegurar las resultas del proceso, su ejecución o inclusive la cosa objeto de la demanda, mientras las conservatorias o de protección, pretenden asegurar los efectos de la decisión sobre el fondo. Por su parte, como ya dijimos, pero ahora en palabras de la jurista María Pía Calderón, con las innominadas “*se pretende es impedir que el desarrollo de una situación de hecho venga a frustrar en concreto la solución jurídica de un conflicto de intereses*” (Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, María Pía Calderón, pág. 130); es por ello que, la presentación de la prueba sumaria, vendrá a ser crucial en éstas últimas. Por ello, no son de fácil adopción, aun contando

con una fianza para cubrir los potenciales daños y perjuicios que la misma pudiera ocasionar.

En fallo de 9 de febrero de 2000 de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, bajo la ponencia del magistrado José Troyano, se distingue aún más unas medidas de otras, al rechazar cualquier tipo de subsidiaridad que en el foro ha querido dársele a las medidas conservatorias ante las medidas cautelares típicas:

*“En el precedente transcrito ya la Sala dejó sentado lo que en esta oportunidad reitera, en el sentido de que las medidas conservatorias o de protección en general, a que alude el artículo 558 del Código Judicial, **no son subsidiarias de las medidas cautelares típicas, ...**”*

*Es que a diferencia de las medidas cautelares típicas, como el secuestro, las medidas conservatorias o de protección en general, llamadas también innominadas, a las que se refiere el artículo 558 del Código Judicial, tienen una finalidad distinta tal como ya lo sostuvo la Sala, concordando en este aspecto el Tribunal Superior bajo el principio de que la misma es aplicable **“para el caso que exista temor justificado que antes de darse el reconocimiento judicial <<su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable>>, lo cual quiere decir que la adopción de la medida está íntimamente ligada con la pretensión, ya que el fin es asegurar que el objeto litigioso vaya a sufrir una modificación que afecte, justamente, el estado actual del derecho reclamado”**. (F. 60).”*

Esta cita es de crucial importancia, para comprender más adelante por qué la LAP no hace una abierta distinción entre unas medidas y otras.

La única disposición legal que existía, en Panamá, respecto a estas medidas conservatorias o de protección general, era el artículo 569 del Código Judicial (antes 558) que disponía lo siguiente:

*“Además de los casos regulados, a la persona a quien asista un **motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable**, puede pedir al juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas **para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo**. El peticionario **presentará prueba sumaria** y, además, la correspondiente **fianza de daños y perjuicios**”.*

Más adelante, entraremos a fondo en los fines que perseguía ésta norma, y qué ocurrió con ella.

El Decreto Ley 5 de 1999 a través del cual se reguló el arbitraje en Panamá desde 1999 hasta el año 2013, establecía en su artículo 24 que el tribunal arbitral, salvo acuerdo

en contrario, podía adoptar las medidas provisionales o cautelares que considerase oportunas en pro de asegurar el objeto del proceso, veamos:

“El tribunal arbitral practicará todas las pruebas que hayan sido admitidas, dejando constancia de las actuaciones practicadas. Asimismo, podrá dirigirse al juez de circuito del ramo civil del lugar del arbitraje, en solicitud de auxilio para las pruebas que no pueda el tribunal practicar por sí mismo, para lo cual se le concede un término no mayor de quince días para su práctica. El Juez hará la práctica de las pruebas solicitadas de conformidad a lo preceptuado en el Código Judicial, y las remitirá al Tribunal Arbitral. 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”.

No obstante, la LAP que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá, vino a distinguir las medidas cautelares de las órdenes preliminares, al disponer que, las primeras son aquellas que una de las partes puede solicitar, ya sea al tribunal judicial o al arbitral, en cualquier momento previo a la emisión del laudo, para que ordene que se mantenga o restablezca el status quo, que el afectado con la acción adopte medidas para impedir un daño, o se abstenga de realizar ciertos actos, que garantice con activos, las resultas eventuales del proceso arbitral y que preserve elementos de pruebas. Aquí vemos que el artículo 33 de la LAP se refiere a medidas cautelares in oída parte; que tienen un efecto de aseguramiento de pruebas en cuanto a la preservación de documentos (previo al desarrollo del proceso, inclusive previo a la constitución del tribunal arbitral); que al ordenarse a la otra parte abstenerse de actos o impedir daños, no dejan de tener un toque de medidas conservatorias -quizá-, y poner a disposición del tribunal, activos, para garantizar el resultado del laudo, sin duda, una medida típica de secuestro de activos. Pareciera que esta medida cautelar, contenida en el Capítulo VI de la LAP, cubre mejor que el Código Judicial, el alcance de las medidas cautelares, y es que toda vez que, la LAP no permite que sus vacíos se llenen con el Código Judicial, o, dicho de otro modo, hace cero menciones del Código Judicial a lo largo de la ley, sin duda, viene a ser una normativa que procuró cubrir por sí sola, casi todo el escenario en cuanto a medidas cautelares se refiere. Las segundas, que vienen a ser las órdenes preliminares, no son desconocidas en el arbitraje internacional, pero es la primera vez que, de esa forma, vienen a formar parte de una disposición legal panameña.

La ley 131 de 2013 en cuanto a la petición de una orden preliminar, deja dos escenarios:

1. Que se pueda ordenar sin necesidad de correrla en traslado a la parte contra la cual se gira la misma;

2. Que, si no hubiere posibilidad de que la parte atacada frustré lo que precisamente desea protegerse con la orden, se le corra en traslado la misma, y haga valer sus derechos. Esto último no ocurre en las medidas cautelares típicas contenidas en la misma LAP.

Volviendo a las medidas conservatorias, las mismas no están contenidas con ese nombre en la LAP, y es importante mencionar que tales medidas, fueron derogadas del Código Judicial panameño a través de la Ley 19 de 26 de marzo de 2013. El fin que perseguían, era único y especial; sólo faltó quizá, una norma que reglamentara la forma, alcance y garantías que debía tomar en cuenta un juez, antes de decretarla. Al no existir ninguna norma especial que estableciera la forma, momento, garantías y demás, quedaba a total discreción del Juez la adopción de las mismas. Cuando pensamos cuán amplia puede ser una medida dispuesta en un solo párrafo, y que su propósito es tan amplio como “pedir al juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas”, podía causarse sin duda un efecto letal, sólo de imaginarlo. Su espíritu y propósito fueron buenos, no obstante, no se optó por mejorar y blindar la disposición, sino por derogarla.

Siendo así lo anterior, a partir del 27 de marzo de 2013 las medidas conservatorias estaban derogadas del único ordenamiento jurídico panameño que las contenía. En ese momento, estaba en rigor el Decreto Ley 5 de 1999 que regulaba el arbitraje, y que en varios de sus artículos remitía al Código Judicial para lo relativo a medidas cautelares y práctica de pruebas. Además, al no existir en el decreto ley 5 de 1999 una sección sobre medidas cautelares tan amplia, como sí la contiene la última ley de arbitraje, 131 de 2013 (LAP), era evidente que para que un tribunal arbitral decretara una medida atípica e innominada, como lo es la conservatoria o de protección, tendría que manejarse en una delgada y fina línea, que iba entre la derogatoria de las mismas en el artículo 569 del Código Judicial, y la disposición constitucional amplia y elevada, de administrar justicia que el artículo 202 de la Constitución de la República de Panamá, le ha otorgado a la jurisdicción arbitral (entiéndase centros de arbitraje y tribunales arbitrales constituidos) desde el año 2004.

Los Requisitos de la Medida Cautelar conforme a la Ley de Arbitraje

Si bien es cierto, que la LAP pareciera cubrir casi en su totalidad lo que se refiere a medidas cautelares y órdenes preliminares (entiéndase todas las existentes, típicas y atípicas), es importante comprender los requisitos de las mismas, para procurar que el tribunal judicial o arbitral las adopte.

El artículo 34 de la Ley 131 de 2013 (LAP) señala lo siguiente:

*“Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares. El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los numerales 1, 2 o 3 del artículo anterior deberá justificar y **convencer al tribunal arbitral de que:***

1. ***De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente*** mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser esta otorgada; y
2. *Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará, en modo alguno, cualquier determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal. En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al numeral 4 del artículo anterior, los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 de este artículo solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno”.*

El numeral 1, no es nada distinto del temor justificado y daño irreparable, que desarrollaremos más adelante.

Por su parte el numeral 2 del citado artículo 34, consideramos debió redactarse en negativo y no en positivo. Al establecer “existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere”, enmarca dos situaciones incómodas: la primera, que aunque la propia norma señale que ello no será considerado un prejuzgamiento, o que el tribunal no quedará sesgado, sin duda, para decidir la medida cautelar, tienen que evaluar algo del fondo de la controversia y, en un momento muy prematuro; y la segunda, que si la demanda no prospera, se abre el debate –para la parte afectada de la medida– de si el tribunal arbitral cautelar, evaluó adecuadamente el riesgo de la parte afectada con la medida, al haberla decretado, y luego haber salido dicha parte, victoriosa. Consideramos que, una redacción más blindada para este artículo 34, numeral 2 hubiera sido quizá: “que la demanda sobre el fondo del litigio, no parezca sustentarse en hechos o pruebas dudosos que, a simple vista denoten mala fe o conocimiento de la parte, de que su demanda no prosperará”. Si bien, ambas redacciones a la norma (la existente y la propuesta en este ejercicio casi filosófico) llevan a hacer un prejuzgamiento, la primera, es sin duda, un planteamiento o ejercicio a favor de quien solicita la medida, en vez de ser a favor del que se afectará con la misma, a través de un mero cuestionamiento de, si la demanda o fondo del litigio, tiene sentido suficiente, y no de si prosperará.

Volviendo a los requisitos de la medida cautelar, en el numeral 1 ya citado, al referirse a ***“De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente*** mediante una indemnización”, implica ponderar el daño más grave, entre no otorgar la medida u otorgarla, a sabiendas de que, cualquiera de los dos escenarios, podría derivar en daños incalculables para una u otra parte. De allí, que el razonamiento, discrecionalidad y sana crítica del tribunal arbitral, es muy parecida a la que debían tener los jueces al pronunciarse antiguamente, sobre las medidas conservatorias o de protección general ya derogadas. No es más que, una ponderación de derechos, riesgos y éxito en el fin de la medida. De allí que, la justificación de la

medida, por parte del solicitante es de vital importancia. A esto, debemos sumar que, siendo que la Ley 131 no señala ejemplos, ni es específica en cuanto a qué actos pueden ordenarse, limitarse o prohibirse con las medidas, los escenarios pueden ser tan amplios, como la imaginación lo permita... desde suspender la construcción de un edificio, hasta no entregar una suma billonaria de dinero al aparente beneficiario de la misma. Esto lo podemos ver con mayor claridad en el artículo 33 de la LAP.

“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”.*

En el primer caso, sin duda es volver una situación, cosa, acto jurídico o suma de dinero al lugar donde y en el estado en que se encontraba. En el segundo, viene a ser una declaración u orden clara y específica, sobre adopción de medidas, así como, suspensión de actos o contratos. La tercera, no es más que, una garantía o colateral para hacerle frente a las potenciales resultas del proceso; y la última, evitar la destrucción de evidencias o instar a que se cuiden las mismas.

En el arbitraje doméstico panameño, donde nos hemos acostumbrado a buscar la preservación de evidencias, a través de medidas de aseguramiento de prueba, previas a un proceso, in oída parte y sin caución significativa que aportar, podría ser inentendible que, una orden escrita de preservación de pruebas, sea suficiente para que precisamente, la parte que pudiera resultar perdedora, de antemano, preserve y no destruya las evidencias que coincidentemente, le afectarían a su defensa. Y es que, olvidamos que, el arbitraje internacional se ha venido desarrollando desde hace más décadas que el doméstico, razón por la que, ha evolucionado a un punto tal que, la buena fe de las partes y su real y verdadera intención de resolver la controversia, priva

sobre las prácticas litigiosas y lleva a una parte, a preservar una prueba, le resulte conveniente o no, con el fin de encontrar la verdad que, permita resolver la controversia objetivamente.

El numeral 4 del artículo 33 de la LAP, es un ejemplo más, de como la Ley 131 de 2013 introduce el arbitraje internacional e incluye mejores prácticas al arbitraje doméstico panameño.

Temor Justificado y Daño Irreparable en la LAP

Si bien, el artículo 34 de la LAP no se refiere al temor justificado en esas palabras, sí dispone que, de no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente. Hemos visto, en el mundo del Derecho que hay un sin número de situaciones cuya reparación es incuantificable o peor, que sea irreparable por el tipo de acto que se tratare o por el *momentum* en que fue llevado a cabo.

No señala la normativa específicamente, cómo y a través de qué elementos, el peticionario de la medida, deba valerse para justificar y convencer al tribunal. De allí que, deberá proporcionar, todas aquellas piezas que, considere relevantes para el convencimiento de que, sin duda alguna, la ausencia de la medida, acarrearía una situación irreparable o cuya indemnización, la otra parte no podría cubrir.

En este caso, el Tribunal Arbitral se convierte en una clase de evaluador de daños, con base en los hechos y piezas proporcionados, sólo por una de las partes (distinto de la orden preliminar), y sopesar, si el daño que sufriría la parte peticionaria de la medida, en caso de no concedérsele la misma, sería mayor que el daño que sufrirá la parte, contra la cual se decreta la medida. Ya en nuestros tiempos, existen formas, inclusive matemáticas de ponderar garantías, derechos y daños, como las del jurista Robert Alexy.¹

Robert Alexy, respetando los principios de intermediación y reconociendo la capacidad de todo administrador de justicia (en éste caso árbitros), para decidir sobre los daños de una situación versus otra, también propone, una ponderación de derechos y garantías, a través de una fórmula matemática que busca de manera objetiva (luego de que los elementos subjetivos y de apreciación no fueran suficientes para arribar a una conclusión clara) ponderar garantías, derechos o principios fundamentales de un proceso, para determinar a qué parte, se le afectarían menos las respectivas.

1. “el método de la ponderación es un instrumento imprescindible para la argumentación jurídica y práctica”... “cuando se presenta un conflicto que no puede ser resuelto por las reglas establecidas, los argumentos en disputa deben ponderarse para establecer una prioridad entre ellos”... “Una discusión conceptual y estructural se refiere a la pregunta acerca de si la ponderación establece una regla de prioridad o aplica una regla preestablecida a un caso de conflicto entre normas o de colisión entre principios” Robert Alexy. Conferencia “*Las concepciones de la ponderación y la ‘fórmula de peso’ según Robert Alexy*”. Universidad de Bamberg, Alemania. 25 de junio de 2009.

Claramente, una medida de protección, conlleva daños para la parte afectada con la misma, no obstante, la buena fe que debe imperar en los procesos arbitrales, ha de llevar a dicha parte, precisamente a que el conflicto se resuelva lo más pronto posible, siempre, en pro de la verdad material. Lo anterior, sin perjuicio de que, al ser el proceso arbitral un juicio flexible, o al menos, tan flexible como las partes lo deseen, podrán ellas, acordar que se establezcan acuerdos o garantías que afecten a las partes, en una proporción menor que la causada por una medida conservatoria decretada y ejecutada, pero, lo suficientemente garante, en pro de la tranquilidad de la parte que la solicitó inicialmente.

En cierto aspecto, el numeral 2 del artículo 34 de la LAP que, anteriormente criticamos por pretender que el TA llegue a valoraciones de fondo sobre la posibilidad razonable de que el juicio prospere o no, con el fin de otorgar la medida, reconocemos, tiene un propósito importante en cuanto a la irreparabilidad del daño. Repetimos, que si bien exige una valoración previa de fondo de la controversia, aun cuando por la etapa incipiente no ha habido audiencia de fijación de causa, audiencia de misión, por ende, ni siquiera, práctica de pruebas -forma y momento de valoración que no compartimos-, dicha evaluación del fondo permite, según la posibilidad de éxito de la causa, determinar si la irreparabilidad del daño sería nefasta para el peticionario de la medida, en caso de resultar victorioso.

Como hemos mencionado, los dos numerales del artículo 34 de la LAP, establecen las dos formas a través de las cuales, el peticionario de la medida puede justificar y convencer al TA para que la otorgue. Sin embargo, es importante aclarar que el último párrafo de dicho artículo, es claro en señalar que tales numerales (daño irreparable o no resarcible/gravedad del daño y posibilidad de que la demanda prospere), sólo serán aplicables en la medida en que el TA, lo estime oportuno. Dicho de otro modo, el TA tiene completa facultad de no exigir a la parte solicitante de la medida, la justificación suficiente de que hemos tratado en esta sección, toda vez que el TA, de los hechos y pruebas que obren en el proceso, hasta el momento (después de la constitución del TA pero, antes de la emisión del laudo) considere que, sean suficientes para arribar a la ponderación, conclusión y decisión sobre adoptar la medida.

El Principio de Autonomía de la Voluntad de las Partes y La Exclusión de Medidas Cautelares en el Convenio de Arbitraje

Tanto el decreto ley 5 de 1999, como la LAP, establecían que el tribunal judicial o arbitral, en torno a un convenio arbitral, podían decretar medidas, **salvo pacto en contrario por las partes**. De allí que una vez más, el arbitraje hace sentir el principio de autonomía de la voluntad de las partes, o principio de libertad contractual, al otorgarle a las partes, el poder de autorregular sus intereses y mecanismos de defensa de manera anticipada en el Convenio de Arbitraje. En otras palabras, las partes podrán disponer lo que a bien deseen, en su cláusula de arbitraje, respecto a la práctica o adopción de medidas cautelares entre sí.

Este viene a ser el principio más importante del Proceso Arbitral, porque es en torno a lo que gira la institución misma del arbitraje. Se reconoce el poder de toda persona, para constituir de manera libre y espontánea una relación jurídica que, no sea contraria a la ley, moral ni orden público, principio éste que inició como una filosofía desde el siglo XVIII de manera formal a través de Immanuel Kant² y defendido por muchos juristas como Maluquer Montes³, entre otros. Este principio, de la mano del derecho dispositivo como base del Derecho Civil, respalda que, aunque existan disposiciones legales especiales para el caso en concreto (ejemplo LAP, artículo 33 sobre otorgamiento de medidas cautelares), serán aplicables aquellas que las partes hayan acordado siempre y cuando, no sean contrarias a la ley, a la moral ni orden público. En el caso que nos ocupa, la ejecución de medidas conservatorias en el arbitraje, conforme a la LAP no está supeditada a una imposición necesaria de la Ley ni obligatoria, por ello, bastará que las partes acuerden en el convenio de arbitraje, o en una modificación de éste, a través de acuerdos dentro del proceso arbitral, la no interposición, otorgamiento ni ejecución de medidas conservatorias. Sin duda, esto es considerado en el artículo 33 de la LAP al disponer que: ***“Otorgamiento de medidas cautelares. El tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrá, a instancia de una de ellas, ordenar medidas cautelares”***. Claro es que, al ser las partes dueñas del proceso arbitral, podrán disponer todo lo relativo a la adopción o no de este tipo de medidas. Y es que, la norma es tan clara en señalarlo, para evitar que, aunque las partes hayan decidido no interponerse medidas, un TA no pueda siquiera decretarlas so pretexto de que la Ley los faculta a ello.

Interrogantes que surgen

¿Qué ocurre con las medidas conservatorias en torno al artículo 33 y 34 de la LAP? Pues sencillo, ya se encuentran allí plasmadas. No ha sido necesario denominarlas medidas conservatorias o de protección, ni contaminar la Ley 131 con el nombre de unas medidas derogadas en el Código Judicial, sino, irse al espíritu del arbitraje y llevarlo a la Ley, que no es más que: 1. Revestir cada más de mayor relevancia el principio de kompetenz-Kompetenz del arbitraje; 2. Permitir que la ley 131, sea la única que establezca los lineamientos de las medidas cautelares (típicas o atípicas, ya que ni las distingue) en el arbitraje; 3. Reiterar la separación del Código Judicial de la dinámica arbitral; 4. Reiterar la autoridad que tiene la jurisdicción arbitral de

administrar justicia, a través de su ley especial, ya sea por sí sola, o con el auxilio de la jurisdicción ordinaria o judicial.

¿Qué tipos de actos o prohibiciones puede un tribunal arbitral decretar mediante la adopción de medidas? Absolutamente todas, siempre y cuando se hayan evaluado los criterios y requisitos que la Ley establece, principalmente la ponderación de los beneficios y riesgos para cada una de las partes en la adopción de la medida.

¿Podría un juez en virtud de la petición de auxilio por parte de un tribunal arbitral decretar medidas que puedan ser consideradas de protección o conservatorias? Sin duda. El juez que administra justicia, a través de una petición de auxilio, remitida por un tribunal arbitral, no lo hace a razón de su investidura de juez, administrando justicia en una controversia que él tenga competencia y que, se enmarque en lo que el Código Judicial le permite. Se trata de una ley especial (131 de 2013, LAP) que faculta al tribunal arbitral, a adoptar medidas cautelares (típicas o atípicas, no se distingue) y que dicha facultad del tribunal arbitral, pueda ser ejercida a través de un auxilio requerido a un tribunal de jurisdicción judicial.

Esta interrogante podría generar preocupaciones de si se estarían dando facultades nuevamente a los jueces, de decretar medidas innominadas. Pues dicho temor ha de desvanecerse al saber que, el auxilio que solicita el tribunal arbitral es específico. El juez no decretará la medida, o al menos no dependerá de su criterio, qué medida se adoptará. La instrucción debe ser clara, por parte del Tribunal Arbitral, y el auxilio ha de consistir únicamente en ejecutarla. De allí que el juez en un caso como éste, no es más que, un instrumento de apoyo, y no está administrando justicia por sus propios medios (refiriéndonos al medio/sistema orgánico judicial) sino, por medio de una facultad que, tiene aquel ente que le solicita el auxilio.

2. “Pues todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, *nunca como simple medio, sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo*. Más de aquí nace un enlace sistemático de los seres racionales por leyes objetivas comunes; esto es, un reino que, como esas leyes se proponen referir esos seres unos a otros como fines y medios, puede llamarse muy bien un reino de los fines (desde luego que sólo un ideal)” Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Capítulo Segundo
3. “Se explica la autonomía como un poder de autorregulación de intereses propios que lleva acabo el mismo titular y que le legitima para llevar a cabo la organización de sus compromisos a su plena libertad, en correspondencia a sus propios intereses y en el marco de la regulación establecida por el propio ordenamiento jurídico”. Maluquer Montes, C., “Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral”, en *Estudios sobre consumo* N° 59, Madrid, 2001, p. 182.



OBSERVAMOS CON CLARIDAD CADA DETALLE.

Con un claro conocimiento multisectorial y experiencia de más de 25 años, asesoramos a nuestros clientes de forma integral haciendo crecer sus negocios y el país.

En ARODI, no solo damos respuestas, aportamos soluciones tanto para clientes corporativos, industriales y naturales, locales y extranjeros que realizan negocios en Panamá.

Asesoría experta en:

Inversión Extranjera
Derecho Corporativo
Derecho Inmobiliario
Contratación Pública y Derecho Administrativo
Litigios y Arbitrajes
Derecho Laboral
Migración y Naturalización
Propiedad Intelectual
Derecho de la Competencia

www.ardi.com

Comuníquese con nosotros:

Edif. Comosa, Piso 8, Ave. Samuel Lewis,
Obarrio, República de Panamá
T: +(507) 209 6800 | arodilaw@ardi.com



AROSEMENA & DIAZ
ATTORNEYS AT LAW

Third Party Funding conflicto de intereses y cuestiones de privilegio

Rebeca E. Mosquera & Benjamin I. Malek

Estados Unidos, Panamá, Alemania

I. Introducción

Históricamente, el uso de *third-party funding* o financiamiento por un tercero ha sido predominante en el arbitraje internacional de inversión.¹ Sin embargo, en los últimos años, también se ha notado un incremento en su utilización en arbitrajes internacionales comerciales.² Algunos comentaristas han indicado que esta rápida expansión ha sido impulsada por la recesión económica del 2008.³ Como resultado de esta recesión económica, “[m]uchas corporaciones e inversores experimentaron inestabilidad económica y no pudieron presentar reclamos meritorios debido a la reducción de su flujo de caja. Al mismo tiempo, los inversores buscaban vías alternativas de capital donde el rendimiento no se correlacione con los mercados tradicionales”.⁴

1. Ver WILLIAM PARK & CATHERINE A. ROGERS, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, No. 42-2014, Penn State Law Legal Studies Research Paper Series (2014), (PARK & ROGERS), pág. 3, disponible en https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/16 (“El arbitraje inversor-Estado ha atraído particular atención por parte de los financiadores y sus críticos. [Estos] casos interesan a los financiadores debido a la posibilidad de recuperaciones considerables.”) (último acceso el 20 de agosto de 2019); ver también Norton Rose Fulbright, *International Arbitration Report* (septiembre de 2016), pág. 3, disponible en <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/international-arbitration-report---issue-7.pdf?la=en&revision=2b95e882-b426-4aa1-952e-6270bebf896b> (último acceso el 20 de agosto de 2019).
2. Ver Ashurst QuickGuides, *Third Party Funding in International Arbitration* (21 de junio de 2019), disponible en <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).
3. Ver ICCA-QMUL *Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Reports No. 4 (abril de 2018), (ICCA-QMUL) pág. 18.
4. Ibidem.

Sin embargo, el uso de *third-party funding* para financiar disputas no es una práctica revolucionaria.⁵ La misma se ha visto desarrollada desde los años 90' en jurisdicciones como Alemania, Austria, los Estados Unidos, Australia e Inglaterra⁶ y continúa extendiéndose y creciendo en jurisdicciones como Singapur, China y Hong Kong,⁷ incluso en Latinoamérica.⁸ Lo que hoy en día se considera revolucionario es una industria que cubre o aporta capital a las partes por los costos y gastos del arbitraje.⁹

Uno de los factores principales que fomenta la práctica o el uso de *third-party funding* en el arbitraje internacional es el alto costo de presentar estos tipos de reclamaciones.¹⁰ Aquellos que defienden la práctica del *third-party funding*, abogan que su utilización promueve el acceso a la justicia y permite la filtración de casos no meritorios.¹¹

Históricamente, el *third-party funding* era un mecanismo utilizado primordialmente por reclamantes con poco capital o con dificultades financieras. No obstante, hoy en día esta clase de financiamiento también es utilizado por reclamantes que, teniendo los fondos necesarios para presentar su reclamo, prefieren controlar el riesgo, reduciendo los presupuestos legales y sacando estos gastos de sus hojas de balance.¹² Cabe resaltar que el tercero financiador puede aportar capital tanto a la parte reclamante como a la parte demandada.

Como es de suponerse, esta rápida expansión del uso de *third-party funding* para financiar controversias de arbitraje internacional, ha dado pie a diversas cuestiones de ética y de conflictos de intereses.¹³ Indiscutiblemente, la participación de un *third-party funder* plantea una serie de cuestiones importantes y que no pueden pasar desapercibidas, como la relación del tercero financista con las partes y con los abogados de las partes, temas de confidencialidad, la ética de los abogados y los conflictos de intereses de los árbitros, entre otras cosas.

Este artículo pretende proporcionar, aunque de forma no exhaustiva, una visión general de algunas de las consideraciones de conflictos de intereses desde la perspectiva del árbitro, cuando ciertas relaciones con un tercero financiador pueden crear conflicto de intereses y, desde la perspectiva del abogado en relación tanto con su cliente como con el tercero financiador.

Aunque los autores utilizan ciertos ejemplos extraídos del arbitraje internacional de inversión y de los procesos de las Cortes nacionales de los Estados Unidos para ofrecer ciertos ejemplos relacionados con conflictos de intereses y privilegios, este artículo se enfoca sobre todo en la figura y aplicación de la financiación por un tercero en arbitrajes internacionales comerciales.

II. ¿Qué es el financiamiento por parte de un tercero o Third-Party Funding?

Los profesores William W. Park y Catherine Rogers, dos miembros del Grupo de trabajo ICCA-Queen Mary sobre financiamiento de terceros, han señalado que “[u]na razón por la cual el *third party funding* es difícil de definir es porque los intereses económicos en una parte o una disputa pueden darse de muchas formas y tamaños. Los acuerdos pueden estructurarse como instrumentos de deuda, instrumentos de patrimonio, instrumentos para evitar riesgos o como transferencias completas de los reclamos subyacentes. Algunos acuerdos permiten o requieren la participación activa del tercero financiador en decisiones estratégicas del caso, mientras que otros acuerdos se limitan a actualizaciones periódicas”¹⁴ Los mismos autores enfatizan el hecho de que las definiciones convencionales de *third-party funding* abarcan sólo aquellas situaciones en donde el tercero financiador viene a invertir su capital cuando el reclamo ya se ha dado.¹⁵ Sin embargo, la intervención de este tercero financiador se puede dar antes o después de que se ha presentado el reclamo.¹⁶

5. Ver NIKOLAUS PITKOWITZ, *The TPF Handbook*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), pág. 7.
6. *Ibidem*.
7. Ver CHIANN BAO, *Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter*, 34 *Journal of International Arbitration* (2017, número 3) págs. 387-400; ver también MATTHEW SECOMB ET AL., *Third Party funding for Arbitration: An Opportunity for Singapore to Lead the Way in Regulation*, 16 *Asian Dispute Review* (2016, número 4) págs. 18, 2-188.
8. Ver NAPOLEAO CASADO FILHO, *Arbitragem e Acesso a Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding* (Saraiva 2017) págs. 1-272.
9. Ver JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, *International Arbitration Law Library*, Chapter 1: Introduction, Volumen 35 (Kluwer Law International, 2016), (VON GOELER), págs. 1-8; ver también KABIR DUGGAL & KHUSHBOO SHAHDADPURI, *General Duties of Counsel*, en N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), (DUGGAL & SHAHDADPURI) pág. 23.
10. Ver GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, *Kluwer Law International*, 1462 (2009) en 84 (“[T]anto el arbitraje internacional y el litigio internacional pueden implicar gastos y demoras importantes y, no es prudente hacer generalizaciones sobre cuál mecanismo es necesariamente más rápido o más barato.”); ver también VON GOELER, *supra* nota 9, pág. 8, n. 1, citando CI Arb Costs of International Arbitration Survey 2011, pág. 13. (“Encuesta de 254 arbitrajes comerciales realizada entre 1991 y 2010 para determinar que los demandantes gastan en promedio GBP 1,580,000 en total, mientras que los demandados gastan GBP 1,413,000; UNCTAD, *Disputas Inversor-Estado*, págs. 16-18 (“[c]ontrario a las expectativas, resulta que los costos involucrados en el arbitraje de inversor-Estado se han disparado en los últimos años ... costos para llevar a cabo procedimientos de arbitraje son extremadamente altos”); OECD, *Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement*, pág. 8 (“los costos legales de arbitraje para las partes en casos recientes de casos ISDS [acuerdo inversor-estado] han promediado sobre USD 8 millones”)); Investment Treaty News, *The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration* (30 de julio de 2018), (Investment Treaty News), pág. 2, disponible en <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).
11. Ver Investment Treaty News, *supra* nota 10, pág. 3.
12. Ver NICK ROWLES-DAVIES, *Third Party Litigation Funding* (Oxford University Press 2014) pág. 62 (“El uso de financiamiento ofrece al cliente la capacidad de minimizar el riesgo, no tiene un efecto negativo en su flujo de caja y garantiza el pago a los abogados.”); ver también Norton Rose Fulbright, *supra* nota 1, pág. 3, disponible en <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/international-arbitration-report-issue-7.pdf?la=en&revision=2b95e882-b426-4aa1-952e-6270bebf896b> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

13. Ver JENNIFER A. TRUSZ, *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, *The Georgetown Law Journal*, 101 Geo. L.J. 1649 (2013), (J. TRUSZ), pág. 1651 (“Todo apunta, sin embargo, a que los conflictos de intereses están surgiendo con mayor frecuencia en el proceso arbitral debido al crecimiento de la industria de la financiación por terceros.”).
14. Ver PARK & ROGERS, *supra* nota 1, pág. 4. (Nota al pie omitida).
15. *Ibidem*.
16. *Ibidem*.

Distintas instituciones, diferentes grupos de trabajos y varios autores han tratado de *definir* el concepto de *third-party funding*. De estas definiciones se derivan elementos importantes a la hora de determinar supuestos conflictos de intereses cuando el reclamo se encuentra financiado por un *third-party funder*.

La definición adoptada por la propuesta de la Unión Europea para la Protección de la Inversión y la Resolución de Disputas de Inversión con los Estados Unidos, señala que el financiamiento por un tercero es:

“el financiamiento proporcionado por una persona física o jurídica que no es parte en la disputa pero que suscribe un acuerdo con una parte contendiente para financiar una parte o todo el costo del procedimiento a cambio de una remuneración dependiente del resultado de una disputa”.¹⁷

Por su parte, las Directrices de la IBA Sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, en su nota explicativa sobre la Norma General 6(b) define al tercero financiador como:

“[...] cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en [...] el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”.¹⁸

El Grupo de Trabajo del ICCA-Queen Mary Sobre el Financiamiento Por Terceros en el Arbitraje Internacional ha señalado que:

“[e]n su forma más simple, el financiamiento de terceros involucra a una entidad, sin interés previo en la disputa legal, que proporciona financiamiento a una de las partes (generalmente el reclamante). Por lo general, este financiamiento se ofrece sin recurrir, lo que significa que el financiador no tiene ningún recurso contra la parte financiada si el caso no es exitoso. Según este modelo, el recurso del financista respecto del reembolso del capital adelantado e invertido se limita a los ingresos recuperados del reclamo, de haberlos”.¹⁹

De estas definiciones, ciertos elementos constantes pueden ser extraídos: (i) la existencia de un tercero financiador que puede ser una persona natural o una entidad, (ii) este tercero financiador no está relacionado con el reclamo o no tiene un interés previo en el reclamo; sin embargo, tiene un interés económico directo en el laudo

final, (iii) la existencia de un acuerdo entre el tercero financiador y la parte financiada, (iv) este tercero aporta capital o invierte en el reclamo de una de las partes y, (v) este tercero no tiene recurso alguno en contra de la parte financiada si la decisión final resulta adversa;²⁰ de ello se desprende que, la parte financiada no tiene que reembolsar al tercero financiador por su inversión.²¹

De todos estos elementos, uno en particular resulta relevante a nuestra discusión: el interés económico directo del tercero financiador en el laudo arbitral. La literatura sugiere que cualquier financiamiento podría ser considerado como tener un interés económico directo.²² Sin embargo, ¿qué sucede cuando, por ejemplo, organizaciones sin fines de lucro aportan fondos a una de las partes para presentar el reclamo?

En el arbitraje de inversión de *Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay*,²³ la Fundación Bloomberg y su “Campaña de Niños Libres de Tabaco,” proporcionó apoyo financiero al gobierno uruguayo para su defensa frente al arbitraje impuesto en su contra por Philip Morris.²⁴ Es decir que, si empleamos la definición que las Directrices de la IBA aplican al tercero financiador, en el caso de *Philip Morris*, la Fundación Bloomberg no podría considerarse como un tercero financiador que tiene un interés económico directo por ser una fundación sin fines de lucro. Pero, no se puede negar que estos terceros financiadores sin un interés económico directo en el reclamo pueden acarrear conflictos de intereses con los árbitros.

Este tema de que, para ser considerado un *third-party funder* de acuerdo a las Directrices de la IBA un interés económico directo debe existir, toma una relevancia significativa debido a que ciertos de estos terceros utilizan “vehículos de propósito especial” para facilitar la financiación.²⁵ Entonces, si este vehículo es el que finalmente invierte su capital en el financiamiento del reclamo, ¿quién tiene el interés económico directo en la decisión final? Pero, aún más relevante es la pregunta de, si este vehículo de propósito especial es quien financia la disputa, ¿cómo puede el árbitro determinar si existen conflictos de intereses con respecto al *third-party funder*? Los autores pasarán a desarrollar este tema a continuación.

17. Ver *EU-US TTIP Negotiations*, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter 2 – Investment Section 3, Artículo 1 a 12.

18. Ver las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, adoptadas el 23 de octubre de 2014 (Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses), Parte I, Normas Generales Sobre Imparcialidad, Independencia Y Sobre La Obligación De Revelar Hechos Y Circunstancias, Nota explicativa sobre la Norma 6(b).

19. Ver ICCA-QMUL, *supra* nota 3, pág. 18.

20. Ver MICHEL DESTEFANO, *Nonlawyers Influencing Lawyers: Too Many Cooks in the Kitchen or Stone Soup?*, 80 Fordham L. Rev. 2791, 2818 (2012); Marco de Morpurgo, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, 19 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 343, 352 (2011).

21. Ver STUART L. PARDAU, *Alternative Litigation Financing: Perils and Opportunities*, 12 U.C. Davis Bus. L.J. 66 (2011).

22. Ver KHALED MOYEED, *A Guide to the IBA's Revised Guidelines on Conflicts of Interest*, Kluwer Arbitration Blog, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/29/a-guide-to-the-ibas-revised-guidelines-on-conflicts-of-interest/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

23. Ver *Philip Morris c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7.

24. Ver Comunicado de Prensa por el Bufete de Abogados que representa a Uruguay, Foley Hoag LLP, *Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overturn Country's Tobacco Regulations*, 8 de octubre de 2010, disponible en <https://foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

25. Ver CENTO VELJANOVSKI, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 405, 430 (“[Third-Party Funders] utilizan vehículos de propósito especial, que [...] generalmente son utilizados porque están libres de obligaciones y deudas preexistentes, y son [vehículos] independientes de las partes [...]”).

III. Las instituciones arbitrales y sus esfuerzos en asegurar la independencia de los árbitros

Las instituciones arbitrales han desarrollado reglas que tienen como propósito el asegurar la independencia de los árbitros.²⁶ Por ejemplo, el Artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) señala, en parte relevante, que:

1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje.
2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios.
3. 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 pudieren surgir durante el arbitraje.

De conformidad con este Artículo, la obligación del árbitro de declarar cualquier conflicto de interés es continua durante todo el procedimiento arbitral.²⁷ Y, en caso de que exista cualquier duda al respecto de si existe algún conflicto, la misma deberá resolverse en favor de hacer la declaración.²⁸

Por su parte, las Directrices de la IBA Sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional orientan a los árbitros sobre los conflictos de intereses que son irrenunciables y, por ende, deben ser declarados.²⁹ Estas Directrices han creado las listas roja, naranja y verde que clasifican aquellas situaciones que pueden acarrear

conflictos de intereses. La Lista Roja Irrenunciable de las Directrices es de particular interés para nuestro análisis.

Si el árbitro identifica, antes de su nombramiento o cuando el proceso arbitral se encuentra ya en marcha, que existe una potencial situación de conflicto de interés comprendida dentro de Lista Roja Irrenunciable, el árbitro necesariamente debe rechazar su nombramiento o rehusarse a seguir actuando como árbitro.

El Listado Rojo Irrenunciable de estas Directrices señala que habrá un conflicto de intereses cuando:

“1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje”.³⁰

Según las autoras Miriam K. Harwood y Christina Trahanas, esta situación se puede dar cuando “una persona actúa como árbitro en un caso [...] en donde un tercero financiador financia a una de las partes y, [el mismo árbitro actúa] como abogado de parte, en otro caso en donde el mismo tercero financiador interviene”.³¹ En este caso, “[e]l hecho de que los honorarios [del abogado] [...] son pagados por el [third-party funder] [...] hace que sea inapropiado que funja como árbitro en [el otro] arbitraje”.³² Esta situación puede también catalogarse bajo el párrafo 2.3.1 del Listado Rojo Renunciable de las Directrices de la IBA.³³

“1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje”.³⁴

Este conflicto de interés se da cuando “el árbitro [es] designado en un caso en donde una de las partes [es] financiada por un *third-party funder* y el árbitro [está] afiliado al financista como miembro de su junta directiva o como su asesor”.³⁵

“1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro”.

26. Ver 2010 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 11; 2014 Reglas de Arbitraje LCIA, artículos 5.4-5.5; Reglas de arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo 2017, artículos 18(2) and (3); Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI, regla 6(2); Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica De Las Normas Generales.

27. Ver 2017 Reglas de Arbitraje de la CCI, artículo 11(3).

28. Ver CCI, Nota a Las Partes y al Tribunal Arbitral Sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (1 de marzo de 2017), parra. 18.

29. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica de Las Normas Generales, parra. 1 (“Las Directrices han de guiar a los árbitros, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los tribunales estatales sobre el tipo de circunstancias que crea o no un conflicto de intereses y sobre aquellas que, de un modo o de otro, haya que revelar a las partes. [...] Aunque las listas no abarcan todas las situaciones que se pueden dar, sirven de guía en muchas situaciones ya que se pretendió que fueran lo más exhaustivas posible.”).

30. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica de Las Normas Generales, parra. 1.1.

31. Ver MIRIAM K. HARWOOD & CHRISTINA TRAHANAS, *Conflicts of Interests*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), (HARWOOD & TRAHANAS), pág. 46.

32. Ver MAXI SCHERER, *Third-Party Funding in Arbitration: Out in the Open?*, in *Commercial Dispute Resolution* (mayo 2012), pág. 58.

33. Ver HARWOOD & TRAHANAS, *supra* nota 31, pág. 46, n. 14 (“[E]sta relación entre un árbitro y un financiador puede clasificarse como una en la cual ‘el árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes, o un afiliado de una de las partes’.”).

34. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica de Las Normas Generales, parra. 1.2.

35. Ver HARWOOD & TRAHANAS, *supra* nota 31, pág. 45.

La forma más simple en que se puede dar esta situación, es cuando, por ejemplo, el árbitro es designado por una de las partes en un arbitraje y, este árbitro pertenece a la empresa o es dueño de acciones de la empresa del tercero financiador que está financiado (o que financiará) a una de las partes en el mismo arbitraje.

“1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos”.

En este caso, la firma a la que pertenece el árbitro utiliza a cierto *third-party funder* para financiar los casos de aquellos clientes que así lo desean; al mismo tiempo, dicho árbitro funge como tal en un arbitraje en donde el mismo *third-party funder* se encuentra financiando a una de las partes. Lo clave aquí es que la firma del árbitro deriva ingresos sustanciales de dicho tercero financiador.

Lo anterior necesariamente nos lleva de vuelta a la pregunta anteriormente planteada. ¿Qué sucede cuando el árbitro no tiene conocimiento de quién es, finalmente, la persona que financia la disputa? O la persona que en realidad tiene un interés económico directo en la decisión final del caso. Así, [a]unque las reglas [arbitrales] requieren que el árbitro sea independiente y que declare cualquier conflicto de interés, el árbitro quizás no sepa que ha sido indirectamente designado [...]”³⁶ en arbitrajes en donde el mismo *third-party funder* ha financiado el reclamo. “Si el árbitro no tiene conocimiento de que un reclamante recibe financiamiento por parte de un tercero financiador, [este árbitro] quizás no declare su participación en la corporación del *third-party funding* o de la participación de su firma en casos financiados por [dicho financiador].”³⁷ Además, cae sobre el árbitro la responsabilidad de hacer consultas razonables para identificar cualquier conflicto de interés.³⁸

Es evidente que estas omisiones pueden acarrear consecuencias un tanto funestas para el proceso arbitral y las partes, desde la solicitud de recusación del árbitro en conflicto, hasta la posible anulación del laudo arbitral.³⁹ No obstante, esta situación se ve aliviada por medio de las Directrices de la IBA, las cuales imponen una obligación a las partes y sus abogados, de “informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora [...] sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiese entre el árbitro y la parte [...], o entre

el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en [...] el laudo que se emita en el arbitraje”.⁴⁰

A. Declaración o Revelación de la existencia de un Tercero Financiador: Mandatoria o No Mandatoria

La comunidad internacional ha debatido si debe ser mandatoria la revelación de la existencia e identidad de un *third-party funder* que invierte en el reclamo.⁴¹ El número limitado de *third-party funders* en el arbitraje internacional y el acceso a estos terceros financiadores por sólo un número exclusivo de despachos de abogados, que también trabajan directamente como árbitros, necesariamente puede generar conflicto de intereses.⁴²

Existen opiniones en favor de la revelación mandatoria ya que ello, *primero*, dejaría al descubierto cualquier potencial conflicto de interés que pueda existir entre el tercero financiador y los árbitros; *segundo*, alertaría a la otra parte y al tribunal acerca de la posible necesidad de solicitar a la parte financiada que ofrezca una garantía en caso de que el laudo final sea adverso a la parte financiada; y, *tercero*, y quizás menos evidente, el hecho de que la parte no financiada no ha previsto que su información confidencial sea, sin su consentimiento, potencialmente revelada o compartida con un tercero financiador.⁴³

Algunos autores van un poco más allá al señalar que cuando la parte financiada decide revelar que su reclamo se encuentra financiado por un tercero financiador, corre el riesgo de ser expuesta a tácticas de guerrilla por la parte contraria.⁴⁴ Por otro lado, aquellos que se oponen a la revelación mandatoria de la existencia de un tercero financiador, señalan que aplicar esta clase de imposición iría más allá de su alcance, sobre todo cuando existen parámetros y directrices que ya tratan el tema.⁴⁵

40. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte I, Norma General 7(a).

41. Ver VIREN MASCARENHAS & ANDREW LARKIN, *Disclosure and Confidentiality*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), (MASCARENHAS & LARKIN), pág. 57.

42. Ver MARC J. GOLDSTEIN, *Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up?* – Thoughts About A Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration, 8 *Transnational Dispute Management* (2011, número 4), (M. GOLDSTEIN), pág. 7; ver también MAXI SCHERER ET AL., *Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view From Europe: Part II*, *Int'l Bus. L. J.* (2012), (M. SCHERER ET AL.) pág. 649 a págs. 651-53 (Discutiendo las obligaciones de revelación del financiamiento por terceros en el contexto de posibles problemas de imparcialidad del árbitro).

43. Ver MASCARENHAS & LARKIN, supra nota 41, pág. 58.

44. Ver STEPHAN WILSKE, *Arbitration Guerrillas at the Gate – Preserving the Civility of Arbitral Proceedings when the Going Gets (Extremely) Tough*, *Austrian Yearbook on Arbitration* 2011 (S. WILSKE), en 315; ver también VLADIMIR KHVALEI, *Guerrilla Tactics in International Arbitration, Russian View*, *Austrian Yearbook on Arbitration* 2011, (V. KHVALEI), en 335; EDNA SUSSMAN, *All's Fair in Love and War - Or Is It? The Call for Ethical Standards for Counsel in International Arbitration*, *TDM* 2 (2010), disponible en www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1607 (último acceso el 20 de agosto de 2019); DAVID P. RONEY, *The Advocate's Response to Guerrilla Tactics in International Arbitration: Practical Approaches and Strategies to Counter Misconduct*, *TDM* 2 (2010), disponible en www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1621 (último acceso el 20 de agosto de 2019).

45. Ver VON GOELER, supra nota 9, Chapter 8, *Confidentiality in International Arbitration Proceedings and Third-Party Funding*, págs. 299-330.

37. Ver J. TRUSZ, supra nota 13, pág. 1652.

38. Ibidem.

39. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte I, Norma General 7(d).

39. Ver NATHALIE ALLEN PRINCE & DAVID HUNT, *Increasingly mandatory disclosure of third-party funding in arbitration*, *Financier Worldwide*, (PRINCE & HUNT), disponible en <https://www.financierworldwide.com/increasingly-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-in-arbitration#.XVRkYS3MwXo> (último acceso el 20 de agosto de 2019) (“La revelación obligatoria de la identidad del financiador crea una mayor transparencia y reduce el riesgo de conflictos de intereses desde el principio, especialmente entre los miembros del tribunal y el tercero financiador. El no revelar la existencia y la identidad del tercero financiador aumenta el riesgo de que la Corte pueda anular el laudo o negar su ejecución, citando la existencia de un conflicto no revelado.”).

Lo cierto es que la comunidad internacional coincide en que es apropiado que la identidad del tercero financiador sea revelada. Así lo comprobó la encuesta del Queen Mary University/White & Case del año 2015, en donde el 63% de los encuestados piensa que la revelación de la identidad del tercero financiador debe ser mandatoria.⁴⁶

En este mismo hilo de ideas, cuando el tribunal arbitral le ordena a una parte a que declare sobre la existencia de un tercero financiador, generalmente solicita que se declare la identidad de dicho *third-party funder*.⁴⁷ En unos ciertos casos, el tribunal arbitral ha ordenado a la parte financiada a que declare o divulgue los términos del acuerdo de financiamiento existente entre la parte financiada y el *third-party funder*.⁴⁸ La revelación de los términos del acuerdo es típicamente solicitada para determinar si el *third-party funder* ha proporcionado cobertura en caso de costos adversos. El argumento es que “esta clase de financiamiento [por parte de un tercero financiador] es una señal de que la parte financiada es insolvente y, por lo tanto, debe proporcionar una garantía para cubrir cualquier adjudicación de costos adversos”.⁴⁹

Como bien lo han advertido ciertos autores, “la revelación de [...] la existencia de un acuerdo de financiamiento es diferente de la revelación del [...] acuerdo en sí [...]”⁵⁰ y, generalmente las Cortes domésticas han sido un tanto recalcitrantes en ordenar la revelación de los términos del acuerdo de financiamiento al menos que su revelación sea directamente pertinente al caso.⁵¹

No obstante, cuando el acuerdo de financiamiento en sí no es la base de la disputa, la revelación de sus términos es poco común.⁵² Por ejemplo, en *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc c. República Eslovaca*, el tribunal ordenó a la reclamante que revelara la identidad de su tercero financiador con el único propósito de determinar si existía algún conflicto de interés.⁵³ Esto fue posible, precisamente, porque la reclamante declaró la existencia del tercero financiador que estaba financiando el reclamo en arbitraje.⁵⁴

B. Conflicto de Intereses Desconocidos

Al respecto de conflicto de intereses desconocidos, la pregunta viene a ser, ¿qué sucede si la parte financiada no revela ni la existencia ni la identidad de su *third-party funder*? En este caso, algunos comentaristas son de la opinión que, dada esta circunstancia, el árbitro no puede ser descalificado y mucho menos su laudo impugnado.⁵⁵ “Sin embargo, este enfoque puede no ser ideal. La percepción del arbitraje internacional puede verse afectada si el secreto, en lugar de la revelación, es utilizado para evitar la parcialidad [de los árbitros]”.⁵⁶ Por ejemplo, algunos comentaristas han señalado que “[l]a parte que sufrió una decisión adversa puede volverse sospechosa al enterarse posteriormente de que la parte prevaleciente fue respaldada por un tercero financiador no revelado y, que dicho financiador tiene una relación con el árbitro que decidió el reclamo”.⁵⁷

Debido a esto, los autores concuerdan con la tendencia de la comunidad internacional de revelar la existencia e identidad del tercero financiador (más no los términos del acuerdo de financiación). Además de que esta revelación puede, en ciertos casos, estimular a las partes a llegar a un acuerdo.

IV. Conflictos de intereses con respecto del abogado y su cliente cuando la reclamación es financiada por un tercero

Cuando un reclamo se encuentra financiado por un *third-party funder*, puede ocurrir que los intereses de la parte financiada difieran de aquellas del tercero financiador. Por ejemplo, la parte financiada quizás quiere llegar a un acuerdo con la contraparte, pero el tercero financiador no piensa que sea el momento oportuno para llegar a un acuerdo. O, también puede ser que el tercero financiador quiera llegar a un acuerdo monetario, cuando la parte financiada lo que quiere es detener el reclamo para salvar la relación de negocios con la contraparte. Para agregar a una situación ya complicada, el tercero financiador puede, no sólo solicitar al abogado que le mantenga informado del progreso del reclamo, pero que también mantenga “el debido cuidado y un deber fiduciario hacia el financiador,”⁵⁸ adicional a aquel que el abogado le debe a su cliente financiado por el tercero.

Es importante notar que, típicamente, los *third-party funders* entienden y respetan que el proceso, así como la estrategia del mismo, le pertenecen al abogado y a su cliente (la parte financiada). Por otro lado, el abogado siempre debe tener presente que está obligado a defender los intereses de su cliente. Para evitar cualquier confusión, los

46. Ver Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovation in International Arbitration 47-48, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

47. Ver PRINCE & HUNT, *supra* nota 39.

48. Ver CAMILLE FLÉCHET, *Summary Report of the First Session Held on January 27, 2012*, 2012 Int'l Bus. L.J. 208, 217-18; ver también AREN GOLDSMITH & LORENZO MELCHIONDA, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)*, (C. FLÉCHET), 2012 Int'l Bus. L.J. 53, 54, 69.

49. Ver PRINCE & HUNT, *supra* nota 39.

50. Ver DANIEL T. PASCUCCI, *Discoverability of Third Party Funding Agreements in Arbitration – Part I*, (29 de enero de 2019) disponible en https://www.mintz.com/insights-center/viewpoints/2196/2019-01-discoverability-third-party-funding-agreements-arbitration#_ftnref7 (último acceso el 20 de agosto de 2019).

51. Ver *Kaplan c. S.A.C. Capital Advisors, L.P.*, No. 12-CV-9350 (VM)(KNF), 2015 U.S. Dist. LEXIS 135031, a *16-17 (S.D.N.Y. 10 de septiembre de 2015).

52. Ver *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3 (12 de junio de 2015), parra 8.

53. Ver *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Transcripción de la Primera Sesión y Audiencia Sobre Medidas Provisionales (17 de marzo de 2015), pág. 145.

54. Ver *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Solicitud de la Demandada para Medidas Provisionales y Oposición a la Solicitud de Demandantes para Medidas Provisionales, parra 32.

55. Ver VON GOELER, *supra* nota 9, Chapter 7: Impartiality and Independence of Arbitrators and Third-Party Funding, págs. 253-292; ver también VANNIN CAPITAL, *Conflicts of Interest: Third-Party Funders and the Social Dynamics of Disputes*, 28 de septiembre de 2015;

56. Ver MASCARENHAS & LARKIN, *supra* nota 41, pág. 59.

57. Ver MASCARENHAS & LARKIN, *supra* nota 41, pág. 59.

58. Ver J. TRUSZ, *supra* nota 13, pág. 1657.

abogados deben ser especialmente claros en señalar que ellos no representan los intereses del tercero financiador y deben prestar especial atención a las reglas de ética que regulan la profesión en su jurisdicción para evitar cualquier tipo de conflicto de intereses.⁵⁹

El *third-party funder* financia el reclamo (o alguna parte del mismo) sin que ello deba traducirse a que existe una relación de cliente y abogado entre dicho tercero y el abogado de la parte financiada. “Al respecto, la relación entre el abogado y el tercero financiador puede acertadamente describirse como una ‘relación de no dependencia’”.⁶⁰ Es decir, que la obligación del abogado con respecto del tercero financiador radica precisamente en el deber que tiene el abogado de proteger los intereses de su cliente.

En jurisdicciones como la de los Estados Unidos, los Estados han adoptado alguna versión de las Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional del *American Bar Association*. Específicamente, la Regla 1.7.a.1. señala que “un abogado no debe representar a un cliente si esa representación envuelve conflicto de intereses concurrentes. Un conflicto de interés concurrente existe si la representación de un cliente es directamente adversa con respecto de otro cliente”.⁶¹

Entonces, a pesar de que a simple vista el interés del tercero financiador y la parte financiada sea discutiblemente el mismo (obtener una decisión favorable), no es menos cierto que pueden surgir variadas situaciones en donde los intereses del tercero financiador se pueden encontrar en conflicto directo con los intereses de la parte financiada.

Esta situación puede darse durante las negociaciones de los términos del acuerdo de financiamiento. Por ejemplo, uno de los puntos que se negocian en el acuerdo, es el porcentaje que se pagará en caso de una decisión a favor. Al respecto, puede que surjan distintas opiniones entre el porcentaje asignado al tercero financiador y aquel asignado a la parte financiada. Esta situación da pie a un obvio conflicto de interés concurrente, en donde la posición de la parte financiada puede tornarse directamente adversa a aquella del *third-party funder* con respecto del porcentaje a pagar.

Por supuesto, esta no es la única ocasión en que los intereses del tercero financiador y los de la parte financiada pueden estar en conflicto. Como se mencionó arriba, puede que se den situaciones en donde la parte financiada quizás quiere llegar a un acuerdo con la contraparte, pero el tercero financiador no piensa que sea el momento oportuno para llegar a un acuerdo; o, también puede ser que el tercero financiador quiera llegar

a un acuerdo monetario, cuando la parte financiada lo que quiere es detener el reclamo para salvar la relación de negocios con la contraparte.

A pesar de estos desafíos, la participación del tercero financiador puede ser muy provechosa ya que puede ofrecer y, en efecto, ofrece, una gama de habilidades que benefician al caso y al cliente. Sin embargo, el abogado debe prestar cuidado con que, cualquier asistencia ofrecida por el tercero financiador, no lo o la desvíe de su principal obligación que es proteger los intereses de su cliente.⁶²

El deber del abogado con respecto de los intereses de su cliente ha sido bastante regulado en jurisdicciones como la Florida y Nueva York. Por ejemplo, la Opinión de Ética del Estado de la Florida identifica una serie de obligaciones de los abogados cuando un tercero financiador interviene en la relación de abogado y cliente. Entre estas obligaciones están que el abogado no puede permitir (i) que el *third-party funder* dirija la estrategia del reclamo, (ii) que influencie el libre ejercicio del juicio profesional del abogado y, (iii) que interfiera en la relación del cliente y el abogado.⁶³

Similarmente, en Nueva York, el Código de Conducta Profesional, en su Regla 1.8(f) (2) señala que el abogado no debe aceptar compensación por parte de un tercero a menos que (i) el cliente dé su consentimiento informado, (ii) no haya interferencia con el criterio profesional del abogado o con la relación de cliente y abogado y, (iii) la información confidencial del cliente está protegida.⁶⁴

Evidentemente, estas reglas de responsabilidad profesional acarrearán una serie de compromisos para el abogado con respecto a su cliente. En cualquier caso, e independientemente de que un *third-party funder* intervenga en la relación, el abogado no puede perder la noción que su deber es el de proteger los intereses de su cliente.

V. El privilegio en jurisdicciones de Derecho común y en jurisdicciones de Derecho Civil

En la aplicación de la práctica de *third-party funding*, el tercero financiador, antes de tomar la decisión de capitalizar el reclamo, debe realizar una debida diligencia para determinar, entre otras cosas que se trata de un reclamo meritorio y que existe una oportunidad financiera viable.⁶⁵ De igual modo, una vez suscrito el acuerdo de financiamiento, es posible que material privilegiado sea compartido con el tercero financiador para propósitos de monitorear el reclamo. Cuando las partes deciden compartir cierta información y documentos con un tercero financiador, es importante tener en cuenta las diferentes jurisdicciones y sus respectivas leyes de privilegio.⁶⁶

59. Ver DUGGAL & SHAHDADPURI, supra nota 9, pág. 37.

60. Ver DUGGAL & SHAHDADPURI, supra nota 9, pág. 30, n. 23, citando a Mick Smith, Chapter 2, Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective in Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon, Third-Party Funding in International Arbitration (Kluwer Law International, 2012), págs. 19-37 en 33.

61. Ver ABA Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional, Regla 1.7.a.1.

62. Ver DUGGAL & SHAHDADPURI, supra nota 9, pág. 31.

63. Ver Florida Ethics Opinion 00-3 (15 de marzo de 2002) en 4.

64. Ver New York Rules of Professional Conduct (2018), Regla 1.8(f)(1)-(3).

65. Ver SHASHI K. DHOLANDAS, Preservation of Privilege, Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration (2018), págs. 71-79.

66. Ver ibidem.

El privilegio en las jurisdicciones de Derecho Civil es un secreto protegido por códigos y por normas de ética.⁶⁷ En jurisdicciones de Derecho común o anglosajón, el privilegio es algo que le pertenece al cliente y solo él puede renunciar a ese derecho. Por ejemplo, bajo las Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional del *American Bar Association*, el abogado está obligado de por vida a proteger el privilegio de cliente-abogado,⁶⁸ incluso luego de la muerte del cliente.⁶⁹ No obstante, bajo las leyes de ciertos países,⁷⁰ el cliente puede dar su consentimiento a un abogado para que revele sólo cierta información específica y limitada a un tercero.⁷¹

En los Estados Unidos, “[p]ara proteger los materiales intercambiados con un financiador [de que no sean revelados], la parte que busca evitar la revelación tendrá que establecer que los materiales intercambiados comprenden productos de trabajo de abogados o que las comunicaciones abogado-cliente permanecen protegidas de conformidad con la doctrina de interés común”.⁷²

“La doctrina del producto de trabajo establece que una parte adversa generalmente no puede descubrir u obligar a revelar materiales escritos u orales preparados por o para un abogado en el curso de una representación legal, especialmente [si los materiales han sido preparados] para un litigio”.⁷³ Por otro lado, en Nueva York, la doctrina de interés común se da cuando las partes tienen un interés legal común en un reclamo potencial o en un reclamo existente.⁷⁴

En los procedimientos de arbitraje internacional las partes, y el tercero financiador, pueden renunciar al privilegio pero seguir sujetos a un acuerdo de confidencialidad procesal.⁷⁵

Sin embargo, este acuerdo de confidencialidad puede ser impugnado durante los procedimientos de confirmación o ejecución del laudo arbitral.⁷⁶ En jurisdicciones como los Estados Unidos, los procesos ante las cortes nacionales, incluyendo la confirmación y reconocimiento de los laudos arbitrales, son públicos.⁷⁷ Es decir que, cualquier persona con acceso a una computadora puede buscar el caso en las Cortes judiciales, ya sea por medio del nombre de una de las partes o por medio del número del caso y, así, tener acceso a todos los documentos presentados por las partes en dicho caso.

Por ello, aunque es práctica común de las Cortes nacionales el no revelar información confidencial obtenida durante los procedimientos de arbitraje internacional comercial,⁷⁸ la Corte doméstica tiene toda la potestad de no solamente decidir si revela la información sujeta al acuerdo de confidencialidad, sino que también tiene la potestad de decidir qué considera como información privilegiada.⁷⁹

Por otro lado, en los casos de arbitrajes internacionales de inversión, la información obtenida, a excepción de los secretos estatales y de inteligencia de seguridad del Estado,⁸⁰ generalmente se hace pública ya que una de las metas de este arbitraje es mantener la transparencia.⁸¹ En efecto, generalmente, las controversias entre los inversores y los Estados conllevan una serie de requisitos con respecto de la transparencia.⁸² Ello se debe a que los arbitrajes de inversión pueden tener

67. Ver AVA BORRASSO, *Privilege and International Implications against the Backdrop of the Panama Papers* (20 de julio de 2016), disponible en https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2016/07/12_borrasso/ (último acceso el 20 de agosto de 2019).

68. Ver ABA Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional, Regla 1.6.a.

69. Ver *Swidler & Berlin c. United States*, 524 U.S. 399 (1998) (“En general, si no universalmente, se ha aceptado, durante más de un siglo, que el privilegio abogado-cliente sobrevive a la muerte del cliente. [...]”).

70. En países como Rusia, Ucrania y Brasil, según lo discutido por el Informe ICCA-QMUL del Grupo de Trabajo sobre el financiamiento por terceros en Arbitraje Internacional.

71. Ver ICCA-QMUL, *supra* nota 3, pág. 136.

72. GONZALO S. ZEBALLOS, *State of New York*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), pág. 557.

73. Legal Information Institute, *Attorney Work Product Privilege*, disponible en https://www.law.cornell.edu/wex/attorney_work_product_privilege (último acceso el 20 de agosto de 2019).

74. *Ambac Assurance Corp. et al. c. Countrywide Home Loans Inc. et al.*, 57 N.E.3d 30, 32 (N.Y. 2016).

75. Ver DOMITILLE BAIZEAU Y JULIETTE RICHARD, *Addressing the Issue of Confidentiality in Arbitration Proceedings: How Is This Done in Practice?* Confidential and Restricted Access Information in International Arbitration (Swiss Arbitration Association, Special Series No. 43), págs. 57-60; ver también JASON FRY, SIMON GREENBERG, FRANCESCA MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, para. 3-812 (Publicación CCI, 2012); CHRISTOPH MÜLLER, *La Confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l'oeil?* Volume 23 Issue 2 ASA Bulletin, (C. MÜLLER) pag. 239; PETER ASHFORD, *Handbook on International Commercial Arbitration*, pag. 102 (JurisNet, 2009); VIRGINIA HAMILTON, *Document Production in ICC Arbitration*, Special Supplement 2006 Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pp. 77-78 (2006); Orden de Confidencialidad del 12 de Julio 1994 en el caso CCI No. 7893, *Journal du Droit International* No.1, pp. 1069-1076 (1998).

76. Ver JEFF WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, para. 10.16.7 y 11.8.1; ver también TREVOR CROOK & ALEJANDRO I. GARCIA, *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 229, para. 3.3.1; C. MÜLLER, *supra* nota 75; EMMANUEL GAILLARD & JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, para. 1265 (Kluwer Law International, 1999).

77. A excepción de los procesos de familia, citaciones o órdenes de arresto no ejecutadas; fianza preventiva e informes de presentación; registros juveniles; documentos que contienen información sobre jurados; y varias presentaciones, como registros de gastos, que podrían revelar las estrategias de defensa de los abogados designados por la corte. Disponible en <https://www.uscourts.gov/rules-policies/judiciary-policies/privacy-policy-electronic-case-files> (último acceso el 20 de agosto de 2019); ver también Fed. R. App. P. 25(a), Fed. R. Bankr. P. 9037, Fed. R. Civ. P. 5.2, and Fed. R. Crim. P. 49.1.

78. Ver YVES DERAIS, *Evidence and Confidentiality*, Special Supplement 2009 Confidentiality in Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin, (Y. DERAIS) pag. 57, para. 6 (2009); ver también C. MÜLLER, *supra* nota 75, pag. 228.

79. Ver Y. DERAIS *supra* nota 78, párras. 7-9.

80. Ver Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, Artículo 9(2)(f) (“El Tribunal Arbitral podrá excluir [...] razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional).”). En inglés las Reglas utilizan el verbo shall, cuya traducción en el idioma español es deberá. Sin embargo, la versión en español de estas Reglas utiliza el verbo podrá. Como está establecido en las Reglas, que, en caso de cualquier discrepancia, se utilizará la versión oficial en idioma inglés; y, para los propósitos de este artículo, hacemos referencia a la versión en inglés.

81. Ver *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo Sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, para. 22.

82. Ver Comunicado de Prensa, UNCITRAL, UNCITRAL Adopts Transparency Rules for Treaty-Based Investor-State Arbitration and Amends the UNCITRAL Arbitration Rules; ver también Comunicado de Prensa Naciones Unidas UNIS/L/186 (July 12, 2013), disponible en <http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2013/unisl186.html> (último acceso en el 20 de agosto de 2019).

consecuencias públicas en la toma de decisiones regulatorias del Estado⁸³ y en el desarrollo del Derecho internacional público en general.⁸⁴

VI. De la regulación o no regulación de la figura del tercero financiador

No hay regulaciones universales con respecto a la obligación de revelar la existencia de un tercero financiador.⁸⁵ El argumento más común en favor de la regulación es que permitiría a los árbitros verificar diligentemente cualquier posible conflicto de interés.⁸⁶ Varios tribunales de arbitrajes de inversiones ya han ordenado la revelación de dichos financiadores con el fin de evaluar posibles conflictos.⁸⁷ Algunos críticos sostienen que la revelación de la existencia del *third-party funder* podría ayudar a acelerar los procedimientos arbitrales.⁸⁸

Los críticos que se oponen a la regulación, argumentan que la información de financiación es privada y no puede ser regulada;⁸⁹ además, que los acuerdos de financiamiento son documentos privados entre el financiador y la parte financiada, que no forman parte del acuerdo de arbitraje, ni de la disputa, y están fuera de la competencia de los árbitros;⁹⁰ que dicha regulación puede causar retrasos severos en el procedimiento, debido a la complejidad de los acuerdos de financiamiento;⁹¹ y, también, podría conducir a tácticas de guerrilla contra la parte financiada o el tercero financiador.⁹²

El financiamiento por un tercero está en continua evolución,⁹³ por lo tanto, las regulaciones deberían adaptarse a los cambios constantes en los estándares de financiación.⁹⁴ Se puede argumentar que ciertas regulaciones ya existen. Por ejemplo, las Directrices de la IBA Sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional.⁹⁵ Por otro lado, en Hong Kong y Singapur, las leyes se han modificado de tal manera que el

financiamiento por parte de un tercero ya no es considerado como *champerty*.⁹⁶ De igual modo, estas nuevas regulaciones requieren que las partes divulguen la existencia de un *third-party funder*.⁹⁷ Similarmente, el Banco Mundial ya ha propuesto enmiendas a las Reglas del CIADI,⁹⁸ las cuales, en caso de ser aprobadas, sólo ordenan a las partes a que divulguen un financiador en la etapa de registro del reclamo.⁹⁹

Es importante notar que, los terceros financiadores no se oponen necesariamente a la idea de regular el financiamiento por un tercero. Por ejemplo, Bentham ha señalado que “[l]a industria de disputas financieras está en proceso de reforma en muchas de las jurisdicciones en las que operamos. Esperamos y aceptamos cambios, por lo que hemos acogido con beneplácito las revisiones regulatorias [...] que se están llevando a cabo y, de hecho, hemos pedido una regulación adecuada a medida de que nuestra industria madura y se expande a la corriente principal”.¹⁰⁰

VII. Conclusión

A pesar que la práctica de *third-party funding* no es una práctica nueva en lo que se refiere al financiamiento de reclamos, es una práctica que ha tomado un importante auge en el arbitraje internacional. Debido a este extenso incremento, situaciones que acarreen conflicto de intereses pueden darse en la relación entre el abogado, el árbitro, las partes y el tercero financiador. Independientemente de que la revelación de la existencia de un tercero financiador es obligatoria o no, para minimizar y, potencialmente evitar, situaciones en donde conflicto de intereses puedan surgir, la revelación de la existencia e incluso la identidad del *third-party funder* es recomendable. Ello aportaría mayor transparencia al proceso arbitral internacional.

Por otro lado, a pesar de que ciertas reglas institucionales exigen que el árbitro realice las indagaciones necesarias para determinar si existe un conflicto de interés que amerite la declinación de su designación como árbitro, el abogado de parte debe tomar la iniciativa en la revelación de la existencia de un tercero financiador. Más aún, en lo referente a los materiales que se compartan con el tercero financiador para los propósitos de la debida diligencia y, luego, para propósitos de monitorear el reclamo, es recomendable que el abogado asesore a su cliente en suscribir un acuerdo de confidencialidad para garantizar que la confidencialidad de los documentos se mantenga. En todo caso, el abogado no puede jamás olvidar que su deber es el de proteger los intereses de su cliente.

83. Ver ELIZABETH MOUL, *The International Centre for the Settlement of Investment Disputes and the Development World: Creating a Mutual Confidence in the International Investment Regime*, 55 Santa Clara L. Rev. 881, 885–86 (2015), en 910.
84. Ver TOMOKO ISHIKAWA, *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, 59 Int'l & Comp. L.Q. 373, 376 (2010).
85. Ver SARAH MOSELEY, *Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration*, Texas Law Review, Issue 6, disponible en <https://texaslawreview.org/disclosing-third-party-funding-in-international-investment-arbitration/> (S. MOSELEY) (último acceso el 20 de agosto de 2019).
86. Ver ERIC DE BRABANDERE Y JULIA LEPELTAK, *Third-Party Funding in International Investment Arbitration*, 27 ICSID Rev. 379, 381 (2012), pag. 395.
87. Ver EuroGas, *supra* nota 53; ver también *South American Silver Ltd. (Bermuda) c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, CNUDMI CPA Caso No. 2013-15, Orden Procesal No. 10 (11 de enero de 2016); *Muhammet Çap & Şehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, caso CIADI No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3 (12 de junio de 2015).
88. Ver GARY J. SHAW, *Third-Party Funding in Investment Arbitration: How Non-Disclosure Can Harm for the Sake of Profit*, 33 Arb. Int'l 109, 111 (2017).
89. VALENTINA FRIGNATI, *Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration*, 32 Arb. Int'l 505, 506 (2016), pag. 516.
90. Ver VON GOELER, *supra* nota 9, Chapter 4: Disclosure of Third-Party Funding in International Arbitration Proceedings, pag. 143.
91. Ver C. FLÉCHET, *supra* nota 48.
92. Ver S. WILSKE, *supra* nota 44; ver también V. KHVALEI *supra* nota 44.
93. Ver S. MOSELEY *supra* nota 85.
94. Ver CHRISTOPHER P. BOGART, *Deeply Flawed: A Perspective on the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding*, Burford Capital (Oct. 6, 2017).
95. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses *supra* nota 18.

96. Ver Hong Kong Ordenanza 2017/98K “Third Party Funding Amendment”; ver también Ley de Derecho Civil de Singapur 5A(1) (1999) (enmendado en el 2017).
97. Ver Hong Kong Ordenanza 2017/98U(1), (3); ver también Las Reglas de Profesión Legal y Conducta Profesional de Singapur de 2015, 49A.
98. Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Antecedentes de las propuestas de enmienda de las reglas del CIADI (2018).
99. Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Propuestas para enmendar las Reglas del CIADI - Sinopsis 4 (2018); ver también Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Propuestas de enmienda de las Reglas del CIADI - Documento de Trabajo 136 (2018).
100. Ver IMF Bentham, Annual Report 2018, (2018) 20.

SEA CUAL SEA SU ESTILO, CONOCEMOS SU NEGOCIO.

Somos apasionados del mundo jurídico y del marketing desde hace 18 años.

Ayudamos a despachos de todos los niveles, fiduciarias y *sole practitioners* con sus estrategias de promoción, comunicación y desarrollo de negocio.



¡Porque el Marketing de Servicios Jurídicos es Diferente!

Marketing Legal | Desarrollo de Negocios | Comunicación | Branding | Rankings Jurídicos |
Marketing Digital | Innovación | Capacitación Inhouse | Eventos Corporativos

Conozca más y agende su cita en

www.marketinglegal.net

Obarrio, Calle 56E, PH Sortis Business Tower,
Piso 20, oficina 2010, Panamá, Rep. de Panamá
hola@marketinglegal.net | T: +507 320.4334

La actividad arbitral de la administración en el marco de la regulación de los servicios públicos en Panamá

Selva del Carmen Quintero Marrone

Panamá
Galindo, Arias y López
Abogada

I. Introducción. Breve referencia a la Ley 38 de 2000.

Para aquellos abogados que se han decantado por la práctica del Derecho Administrativo, es normal que al enfrentarse a una situación jurídica que involucre a la Administración, inmediatamente considere la necesidad de presentar una solicitud ante ella, cuya negativa abriría la puertas a la presentación de los recursos administrativos, de reconsideración y apelación, para así agotar la vía gubernativa, de suerte que, agotado el control interno de legalidad, pudiera activarse, cuando esté en juego el resarcimiento de derechos subjetivos, el control de legalidad que ejerce la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la interposición de la Acción Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción.

Pensamos, entonces, en el procedimiento administrativo que yo llamaría tradicional. Ese donde el administrado confronta a la Administración por la vía recursiva y que suele terminar en los estrados de la Corte Suprema de Justicia, y que en Panamá se rige por las pautas de la Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, en cuyo artículo 201, numeral 112, define la vía gubernativa o administrativa como el “Mecanismo de control de legalidad de las decisiones administrativas, ejercido por la propia Administración Pública, y que está conformado por los recursos que los afectados pueden proponer contra ellas, para lograr que la Administración las revise y, en consecuencia, las confirme, modifique, revoque, aclare o anule”, en el cual deben cumplirse con los principios establecidos en el artículo 34 de la misma excerta, según la cual: “Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad

y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición. Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada”.

Nada dice, sin embargo, la Ley 38 de 2000, sobre la posibilidad de la Administración de “arbitrar” conflictos, es decir, sobre la facultad arbitral de la Administración. No obstante, recordemos que de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 38 de 2000, las disposiciones del Libro Segundo de esta Ley, titulado, “Del Procedimiento Administrativo General”, serán aplicadas supletoriamente en los procedimientos administrativos especiales vigentes, en los términos previstos en el artículo 37 de la misma Ley, conforme al cual: “Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley”.

II. Breves antecedentes.

En la década de los 90, el gobierno nacional decidió adoptar nuevas políticas públicas en materia de servicios públicos, que derivaron en la privatización de los servicios de electricidad y telecomunicaciones, entre otros.

“... será a fines de los ochenta y principio de los años 90 cuando comienza a configurarse un proceso de profundos cambios donde el Estado va a ser el principal protagonista. El comportamiento económico reflejará los impulsos acentuados de los procesos de globalización y apertura a nivel mundial y el contexto de políticas de ajuste que lo acompañan. ... Posteriormente ... se ejecutará la estrategia denominada “Políticas Públicas para el Desarrollo Integral: Desarrollo Social con Eficiencia Económica”, conocido también con el nombre del ministro de la cartera económica del gobierno de Pérez Balladares “plan Chapman”, tenía como objetivo manifiesto, reducir la pobreza y la pobreza extrema, así como a través de eficiencia y la productividad asegurar el crecimiento económico; será entonces en ese período donde se materializarán las aspiraciones privatizadoras, cumpliéndose casi en su totalidad los ajustes y el plan de privatizaciones... Será a partir de la segunda mitad de la década de 1990, que ... se autorizó la privatización de los servicios públicos...”¹

III. La Ley 26 de 1996, que crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Así las cosas, en el marco del proceso de privatización, mediante el artículo 1 de la Ley 26 de 1996 (en adelante Ley 26) se dispuso la creación del “Ente Regulador de los Servicios Públicos, en adelante llamado el Ente Regulador, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e independientes del gobierno central”. El Ente Regulador tendría a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos, con sujeción a las disposiciones de la misma Ley 26, y las respectivas normas sectoriales en materia de servicios públicos. El Ente Regulador debería actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones, y estaría sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República de Panamá, conforme lo establecido en la Constitución Política y la Ley 26.

Posteriormente, por medio del Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, se reorganizó la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado por la Ley 26, surgiendo en su lugar, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (en adelante ASEP).

“... el Consejo de Ministros reformó la estructura y el sistema de trabajo del hasta ayer Ente Regulador de los Servicios Públicos.

La nueva institución –la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos– será dirigida por un administrador general que reemplazará a la actual estructura colegiada de tres directores.

Tras el Consejo de Gabinete de ayer –que sesionó hasta las 8:30 p. m.– se informó que el nuevo administrador de la entidad tendrá “mayor capacidad coercitiva y nuevos mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas”.

Además, se estableció la separación de las funciones regulatorias de las administrativas, con el alegado objetivo de otorgarle “mayor agilidad y especialización en respuestas a problemas sectoriales y en la administración de recursos y manejo institucional”.

Las funciones regulatorias estarán a cargo de un administrador general, directores ejecutivos y un comisionado sustanciador –que responde al administrador–; mientras que el área administrativa contará con un Consejo Administrativo y un director ejecutivo.

El decreto-ley incluye un mecanismo para la fiscalización y rendición de cuentas, a través de auditorías que determinen el cumplimiento de las funciones. Los informes respectivos se enviarán al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional.

Igualmente se pretende agilizar los medios de impugnación administrativos, incluyendo la apelación como instancia de revisión.

1. Castillo, Carlos Marcelo, Privatización y pobreza en Panamá, <https://www.alainet.org/es/active/2963>

La nueva norma, que fue discutida por más de cuatro horas y que constituye el penúltimo proyecto en la agenda legislativa del Ejecutivo, modifica el régimen orgánico del Ente Regulador vigente desde hace 10 años cuando se adoptó la Ley 26 de 29 de enero de 1996, durante el mandato del expresidente Ernesto Pérez Balladares”.²

IV. La facultad arbitral de la entidad reguladora de servicios públicos.

a. Disposiciones generales.

Desde la creación del Ente Regulador de los Servicios Públicos, la Ley 26, en su artículo 19, contempló entre sus funciones y atribuciones “Arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en las áreas de su competencia”, de suerte que la norma contempló, desde un inicio el arbitraje administrativo de servicio público, bajo el entendimiento de estar en presencia de la llamada “actividad arbitral de la administración o actividad administrativa arbitral”.

“La actividad arbitral de la administración se manifiesta en los llamados por la doctrina administrativa actos cuasijurisdiccionales, que son el producto del ejercicio de una función jurisdiccional llevada adelante por un órgano de la administración, quien se erige en autoridad para la solución de una controversia entre dos administrados, cuya actividad concluye, no con un laudo arbitral como en el arbitraje, sino con un acto administrativo, sujeto como todos los actos administrativos al control de la jurisdicción contencioso administrativa... Entre las múltiples actividades que realiza la administración pública en el ejercicio de sus funciones (actividad de policía, actividad de gestión, actividad de prestación de servicios públicos, actividad sancionadora), encontramos la llamada actividad arbitral, definida por Ramón Parada, como “aquella que realiza la administración pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos””³

Siendo así, como lo explica el destacado administrativista Juan Manuel Trayter, citando a su vez al profesor J.R. Parada Vásquez, estamos en presencia de la llamada actividad administrativa arbitral, “aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. La diferencia entre esta técnica y el arbitraje de Derecho administrativo es que en la primera la Administración es la que resuelve la controversia surgida entre

dos particulares, mientras que en la segunda la Administración es una de las partes en conflicto y el árbitro es un tercero”.⁴

Cabe destacar que, sobre la facultad arbitral del Ente Regulador de los Servicios Públicos, la propia entidad manifestó hace ya varios años que:

“Dicho numeral, constituye una norma especial, que fue dictada con el objeto de que fuese la misma institución especializada, la que resolviese los conflictos que surgiesen en los sectores sujetos a regulación del Ente Regulador, para mantener la unidad de la regulación, que podía resultar afectada por decisiones de otras instancias no especializadas. Por delegación legal de la misma Constitución Política, los legisladores que dictaron el numeral impugnado, lo establecieron en la misma ley que creó al organismo estatal denominado Ente Regulador de los Servicios Públicos, en forma similar a todos los países que crearon este tipo de organismos.

La atribución de este tipo de funciones de arbitraje a los entes reguladores, constituye un mecanismo natural para el logro de una eficiente, rápida y coherente regulación en todos los países donde se han establecido los antes mencionados entes. Éstos se instituyeron como un organismo que aglutinase la casi totalidad de los aspectos que incidieran sobre los aspectos regulatorios. Así, a los entes reguladores también se les ha autorizado para que dicten las normas sobre calidad, condiciones técnicas, manuales de prestación de servicios y demás disposiciones que reglamentan en detalle los distintos servicios, asumiendo así funciones cuasi legislativas; también se le han otorgado autorizaciones para realizar hasta procesos sancionadores en contra de empresas prestadoras y/o clientes o usuarios de los servicios. Todo ello enmarcado dentro de lo que son los aspectos de los servicios públicos regulados por estos entes reguladores”.⁵

Ahora bien, el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado por la Ley 26, al reformar el artículo 19 de dicha Ley, mantuvo la facultad arbitral de la entidad reguladora, ahora ASEP, en los siguientes términos: “Arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios, entre estas empresas y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en las áreas de su competencia y jurisdicción, cuando las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la Autoridad, con facultad plena de dirimir estos conflictos de acuerdo a los parámetros establecidos para dicho arbitraje”.

4. Trayter, Juan Manuel, El Arbitraje de Derecho Administrativo, file:///C:/Users/selva/Downloads/Dialnet-ElArbitrajeDeDerechoAdministrativo-17354%20(1).pdf, p.84

5. Sentencia de 3 de febrero de 2004, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la Acción de Acción de inconstitucionalidad presentada por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Maximiliano Bosco Kelly T., en calidad de gerente general de la sociedad Bahía las Minas Corp. contra el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

2. La Prensa, 23 de febrero de 2006, Gabinete crea Autoridad de los Servicios Públicos, https://www.prensa.com/politica/Gabinete-crea-Autoridad-Servicios-Publicos_0_1683581635.html

3. Badell Madrid, Rafael, Badell y Grau, Actividad Arbitral de la Administración, <https://www.badellgrau.com/?pag=13&ct=2107>

Posteriormente, mediante el Decreto Ejecutivo 143 de septiembre de 2006, “se adoptó el Texto Único de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006”, de suerte que el artículo 19 pasó a ser el artículo 20 de la Ley 26, sobre las funciones de la ASEP.

Luego, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, se expidió el Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, “Por el cual se reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1996, reformada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos” (en adelante el reglamento de la ASEP).

Este reglamento, en su artículo 4 define al arbitraje o proceso arbitral, así:

“ARBITRAJE O PROCESO ARBITRAL: Institución reconocida para la solución de conflictos, mediante el cual cualquier persona, natural o jurídica con capacidad para obligarse, somete un asunto controvertido al juicio de uno o más árbitros, figura que puede recaer en representantes de la Autoridad Reguladora.

Cualquier materia o conflicto que pudiese surgir entre concesionarios de servicios públicos puede ser objeto del procedimiento arbitral o arbitraje”.

Adicionalmente, el reglamento de la ASEP establece lo siguiente respecto a la facultad arbitral de esta entidad:

“Artículo 6. Potestad Regulatoria.

En el ejercicio de la potestad regulatoria, la Autoridad controlará, dirigirá y ordenará la prestación de los servicios públicos, en cumplimiento de las atribuciones que le otorga la Ley. La potestad regulatoria implica, entre otras funciones, normar, dictar reglas y actos ejecutorios, controlar su cumplimiento, sancionar, solucionar conflictos, conciliar, mediar, fiscalizar, intervenir y arbitrar”.

Artículo 17. Arbitraje.

La Autoridad podrá constituirse en Órgano Arbitral cuando las partes le sometan la solución de sus controversias a su competencia, para lo cual deberán presentar una solicitud por escrito que contendrá la siguiente información:

Descripción del conflicto existente.

Nombres de las partes en conflicto y sus direcciones.

Pretensión o materia sobre la cual debe recaer el arbitraje.

Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición.

Pruebas que fundamenten sus derechos y afirmaciones. En caso de no contar con dichas pruebas, deberá aducirlas para que la Autoridad, si lo estima procedente, realice las gestiones correspondientes para su obtención.

Artículo 18. Ámbito de Aplicación.

La Autoridad limitará su intervención a los temas objeto de la controversia, salvo en los casos en que determine que es imprescindible incluir algún otro tema que guarde relación con los sometidos a su dirimencia.

Artículo 19. Audiencia de Conciliación.

La Autoridad citará a las partes a fin de que acudan, personalmente o mediante apoderados legales, a una audiencia privada para explorar la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo respecto de los temas sometidos a arbitraje. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, la Autoridad lo examinará y lo aceptará mediante resolución.

Artículo 20 Emisión de Resolución.

En el evento de que las partes no lleguen a un acuerdo, la Autoridad dictará resolución resolviendo la controversia dentro del término de treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de la celebración de la audiencia de conciliación indicada en el artículo anterior.

Dicha resolución será notificada personalmente a las partes. Contra la resolución que dicte la Autoridad, cualquiera de las partes podrá interponer recurso de reconsideración dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la respectiva notificación. La resolución que resuelva el recurso de reconsideración agotará la vía gubernativa.

Artículo 21. Excepción al Procedimiento Arbitral.

Se exceptúan de este procedimiento de arbitraje los conflictos de interconexión de redes de telecomunicaciones que se registrarán por los procedimientos de solución de controversias establecidos en el Decreto Ejecutivo 21 de 12 de agosto de 1996 y en el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997”.

b. Sector eléctrico.

Adicionalmente, en la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el “Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad” (en adelante Ley 6), expedida después de la Ley 26 de 1996, que establece el régimen a que se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad, así como las actividades normativas y de coordinación consistentes en la planificación de la expansión, operación integrada del sistema interconectado nacional, regulación económica y fiscalización; se establece que la entidad reguladora tendría entre sus funciones arbitrar conflictos que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, entre prestadores del servicio, municipios y clientes, por razón de contratos, áreas de prestación de servicios, servidumbres y otros asuntos de su competencia.

De hecho, el numeral 16 del artículo 20 de la Ley 6, ahora, numeral 16 del artículo 9 del Texto Único de la Ley 6, establece entre las funciones de la ASEP, lo siguiente: “Arbitrar conflictos que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, entre prestadores del servicio, municipios y clientes, por razón de contratos, áreas de prestación de servicios, servidumbres y otros asuntos de su competencia”.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que mediante la Resolución JD-1730 de 21 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial 23,965 de 11 de enero de 2000 (en adelante la Resolución JD-1730), expedida por el entonces Ente Regulador, que se mantiene vigente, se aprobó el Reglamento de Arbitraje para el Trámite de los Conflictos relativos al Servicio Público de Electricidad, que le corresponda resolver a dicha entidad, conforme a la Ley 6.

Este reglamento es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO PRIMERO: El presente reglamento contiene las normas procedimentales que deberá seguir el Ente Regulador de los Servicios Públicos, para resolver mediante arbitraje o arbitramento, las controversias que le sean sometidas en materia de electricidad, en los casos que indica la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997 y las disposiciones concordantes.

ARTÍCULO SEGUNDO: La parte que desee que el Ente Regulador arbitre un conflicto deberá enviar a esta entidad una solicitud la cual deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Describir el conflicto existente
2. Expresar el nombre de las otras partes con la cual existe el conflicto y sus direcciones si fuere posible
3. Indicar lo que el solicitante pretende con su solicitud
4. Aportar las evidencias o pruebas de sus derechos y de sus afirmaciones
5. Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición
6. En caso de que el solicitante no cuente con algún elemento probatorio necesario para que se resuelva la controversia deberá indicarlo en su solicitud, a fin de que el Ente Regulador si lo estima procedente, realice las gestiones correspondientes para su obtención.

ARTÍCULO TERCERO. Dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de arbitraje, el Ente Regulador correrá en traslado la solicitud a la otra parte, la cual deberá contestarla dentro del término de siete (7) días hábiles siguientes a la fecha en que se le notifique dicho traslado. La contestación deberá reunir los mismos requisitos que la solicitud. La falta de contestación de la solicitud no se considerará como aceptación de lo pedido por el solicitante del arbitraje.

ARTÍCULO CUARTO. El Ente Regulador limitará su intervención a los temas sometidos a la controversia, salvo en los casos en que determine que es imprescindible incluir algún que guarde relación con aquellos.

ARTÍCULO QUINTO. Vencido el plazo de la contestación el Ente Regulador citará a ambas partes a fin de que acudan personalmente o mediante apoderados legales, a una audiencia privada para explorar la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo respecto de los temas sometidos a arbitraje. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, el Ente Regulador lo examinará y lo aceptará mediante resolución.

ARTÍCULO SEXTO. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la Autoridad dictará resolución resolviendo la controversia dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la celebración de la audiencia de conciliación indicada en el Artículo Quinto de este Reglamento.

Dicha resolución será notificada personalmente a las partes contendientes. Contra la resolución que el Ente Regulador dicte, cualquiera de las partes contendientes o ambas podrán interponer recurso de reconsideración dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la respectiva notificación. La resolución que resuelva el recurso de reconsideración agotará la vía gubernativa”.

c. Aplicación supletoria de la Ley 38 de 2000.

Conviene señalar, además, que los vacíos que pudieran existir en estas normas procedimentales deberán llenarse según lo previsto por la Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General en Panamá, en la que se dice lo siguiente:

“Artículo 37. Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley”.

“Artículo 202. Los vacíos del Libro Primero de esta Ley, serán llenados con las normas contenidas en el Libro Primero del Código Judicial. Las disposiciones del Libro Segundo de esta Ley serán aplicadas supletoriamente en los procedimientos administrativos especiales vigentes, en los términos previstos en el artículo 37. Los vacíos del procedimiento administrativo general dictado por la presente Ley se suplirán con las

normas de procedimiento administrativo que regulen materias semejantes y, en su defecto, por las normas del Libro Segundo del Código Judicial, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos”.

d. Definición del arbitraje por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

El agotamiento de la vía gubernativa o vía administrativa ante la propia entidad, posibilita la presentación de una acción de plena jurisdicción ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para la revisión de la legalidad de la decisión adoptada por la ASEP en materia de arbitraje, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de Panamá, reiteradamente.

e. Sentencias de 3 de febrero de 2004 y 28 de marzo de 2005 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Dicho lo anterior, resulta conveniente traer a colación el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia respecto a la constitucionalidad de la facultad arbitral de la ASEP, en las Sentencias de 3 de febrero de 2004⁶ y 28 de marzo de 2005⁷, las que resultan actualmente aplicables, dado que los cambios introducidos a la Ley 26 y a la Ley 6 no afectan las normas objeto del análisis que hizo en ese momento, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, revisando ambas sentencias observamos que tienen su génesis en sendas demandas de inconstitucionalidad que fueron presentadas contra la facultad de arbitrar conflictos, otorgada al entonces Ente Regulador (ahora denominado ASEP) en el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 (ahora numeral 14 del artículo 20 del Texto Único de la Ley 26) y en el numeral 16 del artículo 20 de la Ley 6 (ahora numeral 16 del artículo 9 del Texto Único de la Ley 6), respectivamente.

- a. En ambas demandas se pretende que dichas normas fueran declaradas inconstitucionales por la supuesta violación de los artículos 2, 32, 199 y 207 de la Constitución Política, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 2: El poder público solo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración”.

6. Acción de inconstitucionalidad presentada por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Maximiliano Bosco Kelly T., en calidad de gerente general de la sociedad Bahía las Minas Corp. Contra el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

7. Acción de inconstitucionalidad presentada por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Maximiliano Bosco Kelly T., en calidad de gerente general de la sociedad Bahía las Minas Corp. Contra el numeral 16 del artículo 20 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997.

“Artículo 32: Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria”.⁸

“Artículo 199: El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca”.⁹

“Artículo 207: Los Magistrados y Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la Ley; pero los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de recursos legales, las resoluciones proferidas por aquéllos”.¹⁰

- b. En ambas demandas se argumenta, básicamente, que la facultad arbitral del entonces Ente Regulador violenta el principio de separación de los poderes, al atribuirle funciones jurisdiccionales, al Ente Regulador, lo que a su juicio le corresponde únicamente al Órgano Judicial, del que no hacen parte ni el Ente Regulador ni sus directores o funcionarios, que, además, carecen de la debida imparcialidad para arbitrar conflictos, inherente a la garantía del debido proceso.
- c. La Corte no accedió a las pretensiones constitucionales porque:
 1. El arbitraje es “... Método de Resolución de conflictos en el cual se somete la decisión de la controversia a un Tribunal Arbitral para que decida en equidad o en derecho su solución. El Arbitraje en Equidad se da al momento de decidir la controversia. Se hace a través de la conciencia y del saber y entender de los arbitradores. En el Arbitraje en Derecho, se sigue rigurosamente las reglas de derecho sustantivo y procesal”. (SOLER M, Ricaurte. El Arbitraje, La Conciliación y La Mediación. Editorial Universal Books. Panamá. 2002).
 2. El arbitraje es un mecanismo ideado con la finalidad de resolver conflictos entre sujetos de derecho, sean entes de derecho público o personas jurídicas de derecho privado, que sin recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas por el Estado conceden a un tercero, unipersonal o pluripersonal, la facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes.
 3. Actividad administrativa arbitral es aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos...y en general, en todos aquellos casos en que con carácter obligatorio o por sumisión voluntaria de las partes, como ahora suele establecer el legislador, los órganos de la Administración, calificados o no de arbitrales, resuelven controversias entre los administrados.

8. Modificado por el artículo 6 del Acto Legislativo N° 1 de 2004: “Artículo 32. Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva, administrativa o disciplinaria”

9. Modificado por el artículo 43 del Acto Legislativo N° 1 de 2004: “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”

10. Ahora artículo 210 de la Constitución Nacional.

(Sentencia de 15 de abril de 1999, bajo la ponencia del magistrado Ponente Rogelio Fábrega Z.)

4. El arbitraje, la mediación, así como la conciliación constituyen medios o métodos alternos de solución de conflictos. La adopción de estas formas alternas en la solución de controversias se ha incorporado en las distintas legislaciones con la finalidad de agilizar las controversias en distintos tipos de negocios que a través de las leyes de cada país han adoptado como vía sustitutiva a la judicial estos mecanismos.
5. Si bien nuestra legislación contempla y regula el tema del arbitraje no significa que el Estado está renunciando a la potestad de administrar justicia, por el contrario, solo reconoce que las personas pueden de común acuerdo otorgarles la facultad a otros para dirimir sus conflictos o controversias.
6. Al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltos en ocasiones mediante transacciones privadas". (Advertencia de Inconstitucionalidad, Mag Aura Emérita Guerra de Villalaz, 29 de octubre de 1992).
7. No se infrinje el principio de separación de los poderes, ya que, el verdadero origen de la institución de arbitraje es la libre voluntad de las personas, para acudir a dirimir sus conflictos, ante determina entidad.
8. No se observa que las normas impugnadas obliguen a las personas, al uso de este medio alternativo de solución de conflictos y, debido a la inexistencia de ésta obligación no se puede concluir, tampoco, que las personas están renunciando a su derecho de acudir a los tribunales de justicia.
9. La facultad que se le confiere al Ente Regulador de arbitrar conflictos que no correspondan a otras autoridades no es obligatorio para las partes. Es decir, que la norma no obliga necesariamente a las partes en conflicto irse al arbitraje, sino, por el contrario, establece la posibilidad que la controversia sea dirimida a través del Ente Regulador por medio de la figura del arbitraje, el cual, es perfectamente viable en nuestra legislación.
10. No se establece un arbitraje obligatorio (prevalece el principio de autonomía de la voluntad), sino una posibilidad a las partes en conflicto de solucionar sus pretensiones más rápidamente a través de este método alterno en la solución de conflictos.
11. No se debe desaprobar la solución de conflictos que se lleva a cabo a través de arbitraje, cuando las partes de común acuerdo deciden dirimir sus controversias, de esta manera. Y esto es así, porque cuando el Estado establece y regula dicha actividad, no está abandonando su facultad de administrar justicia, sino que les brinda la posibilidad de resolver sus controversias, ante otras entidades.
12. La Ley deja abierta la facultad de las personas, de hacer uso del derecho de acudir ante los tribunales de justicia, luego de haber hecho uso del arbitraje; así

pues, en el artículo 22 de la ley 26 de 29 de enero de 1996 se indica: "Artículo 22: Vía jurisdiccional: Las resoluciones emitidas por el Ente Regulador serán recurribles ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia".

13. No se observa tampoco la violación del artículo 32 de la Constitución Nacional que consagra el debido proceso, ya que no se limita el derecho a ser oído, a aportar pruebas, a utilizar medios de impugnación, etc., y mucho menos, cuando se observa que la facultad de arbitrar, ha sido otorgada a través de ley formal; y aunado a ello, se encuentra el hecho de la voluntad de las partes de hacer uso de este medio de resolución de controversias.
14. No se vulnera la garantía constitucional del debido proceso, por cuanto no queda a la libre voluntad del Ente Regulador las materias sometidas a arbitraje, toda vez que la norma demandada no establece un arbitraje obligatorio por cuanto que tiene que ser consensuado, además de que luego de agotar la correspondiente vía gubernativa, queda el control jurisdiccional. Posición que hoy día ha sido incorporada a la Constitución Nacional, en cuyo artículo 202 se dice lo siguiente: "La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley".

En resumen, la legislación y la normativa regulatoria vigente en Panamá, para la prestación de los servicios públicos, contempla la posibilidad de que las partes resuelvan sus controversias por la vía de la actividad administrativa arbitral, lo que es perfectamente constitucional, según concluyó el Pleno de la Corte Suprema Justicia en los precitados fallos de febrero de 2004 y marzo de 2005.

Como se aprecia, no debe confundirse el arbitraje administrativo en sentido estricto, que, como explica Ignacio Granado Hijelmo, es "aquel en que la Administración, actuando como tal, es decir, en tutela de un interés público y revestida de facultades de imperium, es una de las partes en el conflicto que se somete al arbitraje ajeno para dirimirlo",¹¹ con la actividad administrativa arbitral "que aparece siempre que la Administración actúa como árbitro en un conflicto ajeno".¹²

Esta herramienta, el arbitraje, en definitiva, tiene la finalidad de que se logren soluciones rápidas y eficientes, que mantengan la unidad de la regulación, de manera que ésta no se vea afectada por decisiones expedidas por personas no especializadas, sin embargo, las reglamentaciones procedimentales existentes, la aplicación supletoria de la Ley 38 de 2000 y la posibilidad de que tales decisiones sean revisadas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, concebidas teóricamente para garantizar que el administrado no sea víctima de decisiones arbitrarias en perjuicio de sus derechos, ponen en duda la efectividad de este recurso.

11. Grimaldo Hijelmo, Ignacio, El Arbitraje de Derecho Administrativo: Algunas reflexiones sobre su fundamentación, revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, N° 39, 2005, p. 48.

12. Ibid.

Lcda. María López de Cano

Consultora | Especialista en Cartas de Crédito

Sercasa

Ave. Balboa, Plaza Paitilla Mall, Local N° 59

Apartado 0816-02960 Zona 5, Panamá Rep. de Panamá

Tel: (507) 223-3504 · 227-3065

Cel: (507) 6112-1530

Fax: (507) 227-8050

 mdcano77@gmail.com

El arbitraje en controversias derivadas de los “Joint Operating Agreement (JOA)” en el sector energético

Maria Gabriela Quintero Quiaro¹

Venezuela

I. Resumen

Los Joint Operating Agreements (JOA) o Acuerdos de Operación Conjunta son unos de los acuerdos más importantes y mayormente utilizados en la industria del petróleo y gas, donde a partir de un Acuerdo de Concesión, Acuerdo de Producción Compartida [*Production Sharing Agreement/Contract (PSA/ PSC)*] o Contrato de Servicio celebrado con un Estado Anfitrión, dos o más empresas colaboran para compartir sus recursos y experiencias para la exploración, desarrollo y producción de hidrocarburos.

En estos contratos una parte es llamada “Operador” quien tiene el control total de conducir y dirigir todas las actividades de exploración y producción (E&P) señaladas en el contrato, y las demás partes del JOA son llamadas “No Operadores” incluyendo inversionistas, instituciones financieras u otras entidades, quienes tienen el control indirecto de las operaciones. Estas últimas pueden votar sobre operaciones futuras, tener derecho de inspección, elegir si dar o no su consentimiento para una operación determinada como por ejemplo la exploración de un nuevo pozo, entre otras.

1. Mgter. María Gabriela Quintero Quiaro, Abogada en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas - Venezuela (año 2002); posee dos (2) maestrías, una en Mediación, Negociación y Arbitraje en la Universidad ULACIT de Panamá y otra en Derecho Comercial en la Universidad Interamericana de Panamá; y un postgrado en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos en la Universidad ULACIT de Panamá. Forma parte de la Firma Boutique de Arbitraje González Revilla y Asociados de Panamá, es miembro de la Comisión de Arbitraje de ICC-Panamá, de la Comisión de Propiedad Intelectual de ICC-Panamá, del Club Español de Arbitraje (CEA) y del YAG-CESCON. Pertenece a la Lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) y del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de Venezuela. www.gralaw.com | mgquintero@gralaw.com | abogadomgquintero.wordpress.com

Existen diferentes Asociaciones que se han encargado a través del tiempo, de redactar modelos de Acuerdos de Operación Conjunta (JOA) que son utilizados comúnmente en la industria del petróleo y gas, tales como:

- La Asociación Americana de Hombres del Petróleo 610 (AAPL) | *American Association of Petroleum Landmen 610 (AAPL)*
- La Asociación de Negociadores Internacionales del Petróleo 2002 (AIPN) | *Association of International Petroleum Negotiators 2002 (AIPN)*
- La Asociación Canadiense de Hombres del Petróleo 2007 (CAPL) | *Canadian Association of Petroleum Landmen 2007 (CAPL)*
- Reino Unido de Petróleo y Gas JOA Estándar 2007 (OGUK) | *Oil and Gas UK Standard JOA 2007 (OGUK)*
- Dirección de Petróleo de Noruega y la Asociación Australiana de Abogados de Minería y Petróleo (“AMPLA”) utilizadas en sus respectivas jurisdicciones.
- Rocky Mountain Mineral Law Foundation quien produjo dos Modelos JOA: uno para minería y otro para petróleo y gas. El último acuerdo, conocido como Formulario 3, se publicó por primera vez en diciembre de 1968. Estaba destinado a operaciones en tierra en los EE.UU.

Todos estos modelos de Acuerdos de Operación Conjunta (JOA) tienen términos comunes como los siguientes:

- Duración del Acuerdo
- Partes del Acuerdo
- Intereses de las partes participantes
- Alcance del trabajo
- Operaciones exclusivas
- Operador designado
- Comité Operativo Conjunto
- Control de costos y contratación
- Asignación de hidrocarburos
- Levantamiento y Disposición de Hidrocarburos
- Transferencia de intereses
- Retiro del JOA
- Pasivos
- Desmantelamiento
- Defectos
- Resolución de conflictos
- Procedimiento contable

La gran ventaja que tienen estos contratos es que permiten a cada compañía conservar su identidad, las partes aceptan trabajar juntas en función de un objetivo común y bajo ciertas reglas, además, otorga protección a cada parte involucrada. No sólo se comparte la responsabilidad y el riesgo, sino que también se especifican los detalles de las operaciones y la distribución de ganancias e ingresos. Cada parte en el contrato tiene obligaciones y derechos específicos en virtud del contrato, así mismo comparten el riesgo, de modo que ninguna empresa o persona individual asume la carga completa.

El principio fundamental del JOA es que el operador “no obtendrá ganancias ni sufrirá pérdidas como resultado de ser el Operador”² lo cual veremos desarrollado más adelante.

II. Principales Contratos Petroleros entre Estado e Inversionista

Antes de entrar al tema medular de este escrito, es importante entender el contexto en el que nos encontramos.

Cuando una compañía petrolera internacional descubre recursos y reservas importantes de hidrocarburos en un país anfitrión, invierte en la exploración, producción y desarrollo de petróleo y gas con el fin de obtener reservas apropiadas de hidrocarburos por los riesgos e inversiones en las que incurrirá, y en consecuencia crecimiento de sus activos.

Por su parte el país anfitrión busca atraer a compañías inversionistas extranjeras para compartir los riesgos asociados con las actividades petroleras y desarrollo de recursos de hidrocarburos, generar empleos e ingresos para el país, estimular el crecimiento económico y de infraestructura, desarrollar conocimientos y experiencia para los nacionales a través de programas de capacitación, así como obtener transferencia de tecnología de la empresa inversionista.

Bajo este esquema, existen 3 principales contratos petroleros que establecen las reglas y las relaciones entre las autoridades o gobiernos anfitriones y las compañías petroleras internacionales, los cuales son:

a) Acuerdo de Concesión

El Contrato de Concesión es el tipo de contrato más antiguo, donde el gobierno otorga a un concesionario los derechos para realizar operaciones petroleras y el título directo de los hidrocarburos encontrados y producidos. El concesionario normalmente está sujeto al pago de cuota de alquiler anual en efectivo según el tamaño del área de la concesión; al pago de regalías en efectivo o en especie como porcentaje fijo o variable de la producción bruta; al pago de impuestos sobre las ganancias y, posiblemente, otros impuestos sobre los ingresos, a tasas que a menudo dependen del grado de riesgo.

2. 2012 AIPN Model International JOA, Article 4.2.B.5.

b) Acuerdo de Operación Compartida [*Production Sharing Agreement/Contract (PSA / PSC)*]

El primer PSA se concluyó en Indonesia a principios de los años 60 y luego se hizo popular en el mundo durante las siguientes décadas. En este tipo de acuerdos el gobierno mantiene el título de los hidrocarburos producidos, y el contratista recibe, en caso de descubrimiento, una parte de la producción bruta: *Cost Oil* (“Costo del Petróleo” para que las contratistas recuperen las inversiones realizadas, generalmente está limitado con un porcentaje fijo de producción); y *Profit Oil* (lucro, ganancias, beneficios del petróleo).

Los más recientes PSAs han incluido nuevos términos fiscales y contractuales como impuestos sobre la renta y en algunos casos royalties, impuestos a las ganancias inesperadas, diferentes mecanismos de producción compartida, entre otros.

c) Contrato de Servicio

Los primeros Contratos de Servicios fueron introducidos a finales de 1960. Las Contratistas de Servicios se encargan de financiar y realizar las actividades asumiendo el riesgo de exploración. En estos contratos el gobierno mantiene el título de producción de los hidrocarburos y las inversiones de los contratistas se pagan en efectivo con cláusulas de recompra (de acuerdo con un plan de amortización), reconociéndose que el saldo impago de inversiones genera intereses. La remuneración consiste en una “tarifa de servicio” acordada, pagada en efectivo o en especie; tomando la forma de una tarifa por barril o un porcentaje de las ganancias; en general, los impuestos sobre las ganancias se aplican a la tarifa de servicio y pueden reducirse si las ganancias se reinvierten en el país anfitrión.

Independientemente del contrato celebrado, el operador de un JOA suele ser el único enlace con el gobierno del Estado anfitrión³.

III. Contrato Petrolero entre dos o más Compañías Internacionales de Petróleo: Joint Operating Agreements (JOA)

El Acuerdo de Operación Conjunta (JOA) es uno de los principales acuerdos que rige la relación entre dos o más compañías Internacionales de Petróleo (*IOC - International Oil Company*) para realizar operaciones petroleras dentro de un área determinada.

El JOA generalmente cubre las principales etapas operativas de un proyecto: exploración, evaluación, desarrollo, producción y desmantelamiento.⁴

Las razones principales para establecer un JOA es porque incluso las compañías más grandes no tienen el capital suficiente, las habilidades o el acceso al mercado necesario para lograr sus objetivos comerciales a través de sus propios recursos. Principalmente buscan ahorrar costos, compartir riesgos, obtener financiamientos de proyectos a gran escala, acceso a la tecnología, entrada en países y economías emergentes, entre otras.

Con el fin de administrar el JOA de manera eficiente, las partes designan a una de ellas como el “Operador” para que realice operaciones petroleras en su nombre. Tal y como señalan los profesores Smith y Weaver, “las funciones principales del acuerdo operativo son designar a una de las partes como el operador, describir el alcance de la autoridad del operador, proveer la asignación de costos y producción entre las partes en el acuerdo y proporcionar un recurso entre las partes si uno o más incumplen sus obligaciones”.⁵

— La esencia de los Contratos “Joint Operating Agreements”

En los Contratos JOA se establece la carga financiera para las operaciones, y, las participaciones en las ganancias y en la producción del proyecto. En esencia, permite a las partes compartir los riesgos y costos asociados con la exploración, desarrollo y producción de hidrocarburos.

Roberts explica que “habrá una carga inicial significativa de los gastos operativos, asociados principalmente con las actividades de perforación, pruebas y realización de estudios sísmicos”.⁶ Las partes normalmente no comienzan a recuperar sus gastos iniciales (si es que lo hacen) hasta el momento de la producción. De esta manera, los JOA proporcionan una base para que las partes inicien una exploración y desarrollo a largo plazo (pasan hasta décadas) con la expectativa de una producción eventual, minimizando así los riesgos financieros y la incertidumbre entre las partes.

En el Artículo 3.3.A. del Modelo Internacional JOA 2012 de AIPN se evidencia ese riesgo compartido al establecer que “todos los derechos e intereses en y bajo el Contrato [con el gobierno del Estado anfitrión], toda la Propiedad Conjunta y cualquier Hidrocarburo producido del Área del Contrato deberá, sujeto a los términos del Contrato, ser propiedad de las Partes en proporción a sus respectivos Intereses Participantes”. De manera similar, el Procedimiento de Contabilidad de AIPN 2012, que es una parte integral del Modelo de JOA Internacional, establece que puede cargarse a la Cuenta Conjunta “todos los costos y gastos directos incurridos por el Operador en la conducción de Operaciones Conjuntas dentro del límite de los Programas de Trabajo y Presupuestos aprobados, y según lo permitido en el Artículo 4.2.B.14 (emergencias), en el Artículo 4.11.C (costos relacionados con la renuncia o remoción del Operador), y en el Artículo

3. 2012 AIPN Model International JOA, Article 4.2.B.12.

4. 2012 Association of International Petroleum Negotiators Model International Joint Operating Agreement (“JOA”), Article 3.1.A.

5. E. Smith and J. Weaver, Texas Law of Oil and Gas (LexisNexis Matthew Bender 2013), § 17.3[A][1]-[2]. Traducción por Google Translate.

6. P. Roberts, Joint Operating Agreements: A Practical Guide (Globe Law and Business 2012) at pp. 30-31. Traducción por Google Translate.

4.11.D (inventario y auditoría de un Operador que ha renunciado o ha sido eliminado del Acuerdo”.⁷

La mayoría de los modelos JOA intentan impedir (i) las relaciones fiduciarias entre las partes y (ii) la responsabilidad solidaria de todas las partes, buscando principalmente preservar las relaciones comerciales en el tiempo.

— El Operador

La parte que ha sido designada en el JOA como El Operador, tendrá el cargo exclusivo de las operaciones del proyecto, además, el operador generalmente puede emplear contratistas independientes, agentes y, en algunos casos, sus propios afiliados para las operaciones conjuntas.⁸

Las responsabilidades del operador incluyen la preparación del Programa Anual de Trabajo y Presupuesto; la implementación de dichos Programas de Trabajo y Presupuestos una vez que hayan sido aprobados por el Comité Operativo (y posteriormente por el Comité de Administración bajo el Contrato del Petróleo); la preparación de listas de contratistas y la presentación de dichas listas al Comité de Operaciones, la realización de las ofertas, la adjudicación de los contratos, etc.

Así mismo el Operador proporciona periódicamente a los No Operadores todos los datos e información acordados que incluyen datos sísmicos, otras adquisiciones geofísicas; informes diarios de perforación de avance, incluyendo los costos estimados hasta la fecha, etc. El Operador también puede tener las obligaciones de hacer los pagos en virtud del Contrato de Petróleo (impuestos, tarifas, bonificaciones, etc.) y obtener todas las aprobaciones necesarias y permisos para la implementación de planes de Capacitación para el desarrollo de recursos locales y de Proyectos Sociales.

El Modelo Internacional JOA 2012 de AIPN establece que el operador deberá “realizar operaciones conjuntas de manera diligente, segura y eficiente de acuerdo con las prudentes y buenas prácticas de la industria petrolera y los principios de conservación de campo generalmente seguidos por la industria petrolera internacional bajo circunstancias similares”.⁹ El otro modelo de JOA reconocido en la industria de petróleo Formulario 610-1989 de la Asociación Estadounidense de Petroleros (AAPL), requiere que el “Operador conducirá sus actividades bajo este acuerdo como un operador prudente razonable, de una manera buena y profesional, con la debida diligencia y despacho, de acuerdo con las buenas prácticas de los campos petroleros, y de conformidad con la ley y regulación aplicable”.¹⁰

A pesar de que en los JOA se establece cómo debe ser la conducción del operador, lo interesante es que no obtendrá ganancias ni sufrirá pérdidas como resultado de ser el Operador, quizás esta protección contra los riesgos que conllevan las actividades de exploración, desarrollo y explotación de hidrocarburos es la razón por la que una parte acepta asumirlo.

IV. Los conflictos en los Joint Operating Agreements

Cuando el proyecto es lo suficientemente grande e involucra inversión extranjera, las partes generalmente incorporan el arbitraje internacional como el mecanismo de resolución de disputas en el JOA.

Con frecuencia los problemas surgen cuando las partes eliminan las disposiciones estándares o agregan nuevas disposiciones que entran en conflicto con las ya existentes.

Además de esto, existen controversias comunes y recurrentes entre las partes que suscriben un JOA, tales como:

a) Responsabilidades y obligaciones del Operador

Debemos partir de la máxima que establece que “el Operador no debe obtener ganancias ni sufrir pérdidas como resultado de ser el Operador”. Por otro lado tenemos que el Modelo Internacional JOA 2012 de AIPN establece que el operador deberá “realizar operaciones conjuntas de manera diligente, segura y eficiente de acuerdo con las buenas y prudentes prácticas de la industria petrolera y los principios de conservación de campo generalmente seguidos por la industria petrolera internacional en circunstancias similares”.¹¹

Del mismo modo, el Formulario AAPL 610-1989 establece que “el Operador llevará a cabo sus actividades bajo este acuerdo como un operador razonablemente prudente, de buena manera y de forma profesional, con la debida diligencia y despacho, de acuerdo con las buenas prácticas de los campos petroleros, y de conformidad con la ley aplicable y regulación”; vemos pues que existe una restricción a las responsabilidades del Operador a pesar de las obligaciones expresas que se le imponen.

Sin embargo, existe una disposición común en la práctica que se incluye en los JOA, donde se establece la responsabilidad del Operador si algún supervisor principal del operador o sus afiliados provoca daños, pérdidas, costos o responsabilidades a las partes por haber incurrido en “negligencia grave o mala conducta intencional”.

El modelo internacional JOA 2012 de AIPN define negligencia grave o mala conducta intencional en el Artículo 1.1 así: “cualquier acto o falta de acción (ya sea único, conjunto

7. 2012 AIPN Model International Accounting Procedure, Article 2.1.1.

8. 2012 AIPN Model International JOA, Article 4.2.A.

9. 2012 AIPN Model International JOA, Article 4.2.B.2.

10. AAPL Form 610-1989, Article V.A.

11. 2012 AIPN Model International JOA, Article 4.2.B.2.

o concurrente) por parte de cualquier persona o entidad que pretendía causar, o fue imprudente o tuvo indiferencia injustificada a las consecuencias perjudiciales que dicha persona o entidad conocía, o debió haber sabido...” Por su parte, la Corte Suprema de Texas en el caso Reeder también hizo aclaraciones importantes sobre el estándar de conducta que podría constituir “negligencia grave” en el contexto de las cláusulas exculporias de los JOA: “La pregunta que debe determinarse es si el acusado sabía sobre el peligro causado por su conducta, pero actuó de una manera que demuestra que no le importaban las consecuencias para los demás”.¹² Es importante determinar si un acto u omisión involucra “peligro” examinado desde el punto de vista del operador en el momento en que ocurrieron los eventos, “sin ver el asunto en retrospectiva”.¹³ El umbral es alto: “un acto u omisión que es simplemente ineficaz, irreflexivo, descuidado o no excesivamente arriesgado no es muy negligente”.

b) Sobrecostos y gastos excesivos

También hemos visto que en los JOA se establece que las partes deben compartir los costos y gastos incurridos por el Operador en la misma proporción de su participación. El problema puede presentarse cuando el operador incurre en gastos excesivos o crea un pasivo significativo y los no operadores le exigen al operador que asuma esos gastos y/o responsabilidades. Parte de los argumentos de los no operadores es pretender que los tribunales consideren que el operador debe actuar de buena fe y trato justo, o que se trata de obligaciones fiduciarias, siendo esto último algo expresamente excluido en los JOA.

Los tribunales de Texas han afirmado que “las partes en un acuerdo de operación conjunta generalmente no se deben mutuamente el deber de la buena fe y el trato justo”,¹⁴ mientras que en otras jurisdicciones dentro de los EE.UU. han decidido que la implicación de una obligación de “buena fe y trato justo” a veces puede ser apropiada¹⁵.

c) De las operaciones exclusivas

Si bien los JOA generalmente contemplan operaciones conjuntas que involucran a todas las partes, también permiten operaciones entre algunas de las partes del JOA. Estas operaciones, son llamadas “operaciones exclusivas” las cuales tienen regulaciones específicas en el Modelo Internacional JOA 2012 de AIPN. Si una parte no consiente participar en operaciones exclusivas, puede tener el derecho de restablecer su participación.

Sin embargo, dicha reincorporación puede imponerle a esa parte una “multa por no consentimiento”, o exigirle que pague una prima para comenzar a participar en la

operación exclusiva. La validez de “multas” o “primas” similares se ha cuestionado al alegarse que representan daños o sanción inaplicable. Los tribunales de Texas rechazan esta caracterización, confirmando que “las sanciones por no consentimiento recompensan a las partes que otorgan su consentimiento por asumir un riesgo definido. Aquí, la parte que no consiente no está siendo castigada por incumplir un contrato; simplemente acordó no participar en el retorno de una inversión que no realizó”.¹⁶

d) La remoción del Operador

Otro conflicto puede suscitarse cuando el Operador se niega a trabajar o a retirarse del proyecto poniendo en peligro el éxito de las operaciones y/o de las relaciones con el Estado Anfitrión e incluso de la misma concesión¹⁷. Dadas las limitaciones significativas en la responsabilidad de un Operador con los no operadores como vimos anteriormente, el remedio principal para la violación de un operador es removerlo. El Artículo 4.10 del Modelo Internacional JOA 2012 de AIPN establece que la remoción puede ocurrir por ciertas causas, como la insolvencia del operador o la “violación material” del JOA que el operador no subsana dentro de un período de tiempo definido.

e) Incumplimientos de las partes

También hay disputas que surgen cuando una o más partes no cumplen con sus obligaciones. Los JOA reconocen el riesgo de incumplimiento y brindan mecanismos específicos para abordarlos. El Modelo Internacional JOA 2012 de AIPN por ejemplo, brinda un marco específico en el que la parte que incumple puede subsanar su incumplimiento. Si no lo hace, muchos de sus derechos se suspenden en virtud del JOA y, en última instancia, puede verse obligado a retirar, vender o perder su participación.

V. La resolución de conflictos en los “Joint Operating Agreements”

Es importante que cada JOA establezca los mecanismos de resolución de controversias ante un eventual conflicto. El Modelo Internacional JOA 2012 de AIPN propone incluir en los contratos una estructura escalonada para la resolución de conflictos: negociaciones estructuradas entre altos ejecutivos de las partes¹⁸, mediación¹⁹, arbitraje²⁰ y determinación por expertos en el caso de que surjan disputas bajo ciertas disposiciones técnicas del JOA (Artículos 8.4, 12.2 y 12.3)²¹.

La cláusula de arbitraje establecida en el Artículo 18.2.D. identifica las reglas de arbitraje institucional aplicables, el número y la forma de nombramiento de los árbitros,

12. Reeder v. Wood Cnty. Energy, LLC, 395 S.W.3d 789, 796 (Tex. 2012). Traducido por Google Translate.

13. Id. (Citing Transp. Ins. Co. v. Moriel, 879 S.W.2d 10, 23 (Tex. 1994)).

14. Taylor v. GWR Operating Co., 820 S.W.2d 908 (Tex. App.—Houston [1st Dist.] 1991).

15. E.g., Amoco Prod. Co. v. Charles Wilson, 976 P.2d 941 (Kan. 1999).

16. Valence Operating Co. v. Dorsett, 164 S.W.3d 656, 664 (Tex. 2005).

17. O’Gorman Kevin and Stadnyk Mark, “Arbitration and Joint Operating Agreements: An Overview”, Chapter 16 from The Leading Practitioners Guide to International Oil & Gas Arbitration. Traducido por Google Translate.

18. 2012 AIPN Model International JOA, Article 18.2.B.

19. 2012 AIPN Model International JOA, Article 18.2.C.

20. 2012 AIPN Model International JOA, Article 18.2.D.

21. 2012 AIPN Model International JOA, Article 18.3.

el lugar y el idioma del arbitraje, la tasa de interés aplicable al Laudo y daños ejemplares por incumplimiento del JOA. Por su parte el Artículo 18.2.D. establece que “Si las Partes inician procedimientos de arbitraje múltiple, cuyos temas están relacionados por cuestiones de hecho o de derecho comunes y que podrían dar lugar a laudos u obligaciones en conflicto, entonces todos esos procedimientos pueden consolidarse en un solo procedimiento arbitral”. Para los JOA que involucran entidades soberanas, el Artículo 18.4 proporciona una exención de inmunidad soberana para que las disposiciones de resolución de disputas de los JOA puedan aplicarse efectivamente contra dichas entidades.

El sector energético internacional, junto con sus proyectos asociados de infraestructura, constituye la cartera más grande de arbitrajes comerciales internacionales y de inversionistas-Estado en el mundo. Los arbitrajes de petróleo y gas representan regularmente alrededor del 10% de los casos de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC (con otro 15% para casos de construcción, muchos de los cuales son proyectos de infraestructura energética) y alrededor del 25% de los casos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI²² surgen del sector de recursos naturales con casos de petróleo y gas.

Las circunstancias, la economía, los gobiernos y las partes cambian invariablemente en sus inversiones y proyectos. Hay mucho dinero involucrado, hay mucho en juego, pueden surgir conflictos, malentendidos y a menudo disputas. Las empresas necesitan garantías sobre dónde y cómo se resolverá su posible conflicto y quién lo resolverá, por ello escogen la figura del arbitraje internacional como el mecanismo por excelencia más utilizado en disputas petroleras.

La industria del petróleo es un negocio grande, complejo y multifacético, que ha operado a nivel mundial durante más de un siglo y medio. Participa en millones de transacciones diariamente en todos los rincones del mundo. Requiere innumerables contratos con muchos tipos de partes; Estados, compañías petroleras nacionales, compañías internacionales de petróleo y gas, contratistas de servicios multinacionales y vendedores de equipos, y particulares. Muchos de estos contratos involucran grandes sumas de dinero, riesgos significativos, enormes pasivos y muchos problemas.

Los contratos petroleros y las disputas que surgen de ellos establecen así importantes precedentes legales internacionales. Muchos de los casos de arbitraje internacional históricamente más importantes provienen del sector petrolero. Como resultado, las compañías de petróleo y gas se han vuelto bastante sofisticadas en la gestión del riesgo desde el inicio de su acuerdo hasta el punto en que surge una disputa.²³

22. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(Spanish).pdf)
23. Martin Tim, Expresidente de la Asociación de Negociadores Internacionales de Petróleo (AIPN). Traducido por Google Translate.



PROFESIONALISMO, EXPERIENCIA Y LOGROS

- | | |
|---|--|
| Aeronáutico | Litigios y Arbitraje |
| Banca, Seguros y Valores | Mercantil |
| Bienes Raíces | Propiedad Intelectual |
| Comercio Internacional y Asuntos Aduaneros | Protección de Datos Personales |
| Contratos con el Estado y Licitaciones Públicas | Regulatorio |
| Financiamiento de Proyectos y Activos | Sociedades, Fundaciones y Fideicomisos |
| Laboral y Migración | Tributario |

En Galindo, Arias & López no solo somos abogados, somos empresarios concentrados en encontrar la mejor y más práctica solución legal para usted y su negocio.

Extendemos nuestras más sinceras felicitaciones a la Cámara de Comercio Internacional - Capítulo Panamá en sus 100 años de fundación.



La Convención de Nueva York de 1958: ¿momento para una reforma?

Irma Isabel Rivera Ramírez / Juan Camilo Luna Ríos

Colombia

La Convención de Nueva York de 1958 (en adelante la “Convención”) es un tratado multilateral cuyo objetivo es establecer pautas para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. A la fecha, más de 150 países son parte de esta Convención, convirtiéndola en uno de los tratados más exitosos y estudiados en el ámbito del Derecho internacional público (Bouchenaki, A., Ojea, M. y Rivera, I., 2015).

El año pasado se cumplieron los primeros 60 años de la Convención. En el marco de las múltiples celebraciones, conferencias y congresos que se realizaron con motivo de este importante acontecimiento, fueron múltiples los debates que se abordaron y se dejaron encima de la mesa, relacionados con este tratado y su importancia en el ordenamiento jurídico internacional.

Uno de estos debates, y quizá el que más voces encontradas genera, radica, precisamente, en que si debido a su prolongada vigencia, la Convención debe ser reformada. Esto, con el propósito de adaptarla a las necesidades actuales (muy diferentes a las existentes hace 60 años) y asegurar que la Convención continuará siendo un tratado exitoso cuya aplicación siga extendiéndose alrededor del mundo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo de este artículo es presentar algunas ideas generales de temas que pueden ser objeto de modificación o actualización en la Convención, que podrán ayudar a que la misma siga vigente en el mundo de hoy, y ojalá, por 60 años más.

Para tales efectos, el texto se dividirá en cinco acápites. El primero es la presente introducción. En la segunda sección, se presentará un marco general de la Convención, sus principales logros y algunas razones que explican su gran éxito. Posteriormente, en la tercera parte, se expondrán algunas diferencias entre el mundo de hoy y el de hace 60 años, que han tenido incidencia en la aplicación de la Convención. Acto seguido, en el cuarto acápite, se responderá el interrogante de si la Convención debe ser reformada. Finalmente, se describirán las conclusiones.

La Convención de Nueva York: algunas consideraciones sobre su éxito en el ordenamiento jurídico internacional y su aplicación en Colombia

Como se mencionó anteriormente, la Convención de Nueva York es uno de los tratados internacionales con mayor aplicación en el mundo. Por lo anterior, es frecuentemente citado como uno de los tratados más exitosos y un ejemplo para el estudio del Derecho internacional público. Según la información oficial disponible, a la fecha, son 160 Estados los que han suscrito esta Convención, incluyendo la mayoría de los Estados americanos. En particular, Colombia se adhirió inicialmente a la Convención en el año de 1979, mediante la Ley 37 de dicho año. No obstante, esta ley fue declarada inexecutable en 1988 por la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, la Convención fue aprobada de nuevo en 1990, mediante la Ley 39 del mismo año, que continúa vigente a la fecha.

El objetivo de la Convención es simple y fue reconocido desde 1958: establecer un marco legislativo común y concreto para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros o no nacionales en una jurisdicción. En Colombia, debe entenderse por laudo arbitral extranjero aquel que ha sido proferido por un Tribunal Arbitral cuya sede se encuentre por fuera del territorio colombiano, según lo establecido en la Ley 1563 de 2012. En ese orden de ideas, lo que en el fondo pretende la Convención es que los laudos arbitrales extranjeros o no nacionales no sean objeto de discriminación frente a los laudos nacionales en un determinado Estado. Se trata, en esencia, de una materialización del principio de igualdad.

Para cumplir los objetivos de la Convención, sus Estados miembro están obligados a reconocer y ejecutar en sus jurisdicciones laudos arbitrales extranjeros o no nacionales, básicamente de la misma forma que los domésticos. Así, la Convención establece cinco eventos taxativos en razón de los cuales un Estado puede negar la ejecución de un laudo arbitral extranjero en su jurisdicción, a petición de la contraparte (incapacidad de las partes, invalidez del pacto arbitral, irregularidades procesales, extralimitación de funciones respecto del pacto arbitral, incompetencia del Tribunal Arbitral que profirió el laudo y anulación o suspensión del mismo de conformidad con las leyes del país donde fue proferido). Adicionalmente, la Convención establece dos eventos adicionales que pueden ser declarados de oficio por la autoridad competente para negarse al reconocimiento de un laudo extranjero (arbitrabilidad del objeto del laudo según las leyes domésticas y contradicción del orden público internacional).

Por otra parte, la Convención también contiene disposiciones relativas al reconocimiento de pactos arbitrales y los requisitos para su validez. Cuando dichos requisitos se encuentran acreditados en una disputa sometida a la justicia ordinaria de un Estado, la autoridad está legalmente obligada a remitir el conocimiento del caso a la justicia arbitral. Sobre el particular, el Artículo II establece que:

“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”.

Ahora bien, con relación al éxito indiscutible que ha tenido la Convención – no en vano se continúan realizando eventos en el marco de los 60 años de su entrada en vigencia –, son múltiples las razones que se han expuesto para ello, tanto formales como sustanciales.

Respecto a las razones formales, se ha dicho que por ser un tratado que cuenta apenas con 16 artículos, es de fácil consulta, referencia y aplicación. Adicionalmente, es un tratado que cuenta con versiones oficiales en chino, español, francés, inglés y ruso, lo que también contribuye a su aplicación y entendimiento extendidos (Rivera, I., 2016). En cuanto a las consideraciones sustanciales, principalmente, su éxito puede ser explicado por el tema que regula y las crecientes necesidades derivadas del comercio internacional y el intercambio de bienes y servicios entre partes de diferentes nacionalidades. Cuando surgen controversias de estas actividades, las partes requieren una solución rápida y herramientas que les permitan ejecutar las decisiones a su favor en distintas jurisdicciones, sin mayores dilaciones u obstáculos.

Adicionalmente, la Convención de Nueva York es un tratado que cuenta con el apoyo de las Naciones Unidas y que está abierto a firma de todos sus miembros. En otras palabras, cualquier Estado *“que llegue a ser parte en uno de sus organismos especializados, de la Corte Internacional de Justicia o simplemente cuando sea invitado por la Asamblea General”* (Aljure, A., 2004) puede adherirse a la Convención. Finalmente, la Convención admite su ratificación con reservas. Sin duda alguna, todo lo anterior es una poderosa combinación de interesantes factores que han contribuido al éxito de la Convención.

En síntesis, la Convención de Nueva York es un tratado de Derecho internacional público que establece normas comunes para el reconocimiento de pactos arbitrales y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Su éxito se debe a múltiples factores, tanto formales como sustanciales, que han permitido hacer de este tratado uno de los más exitosos en el ordenamiento jurídico internacional. Teniendo en cuenta lo anterior, en los siguientes capítulos se abordarán algunos cambios sociales que han surgido en los últimos 60 años y que han impactado la aplicación de la Convención, para así determinar si la misma debe ser modificada o actualizada para ajustarla a las necesidades del mundo actual.

Algunos cambios en los últimos 60 años que han tenido incidencia en la aplicación de la Convención de Nueva York

Para nadie es un secreto que, en los últimos 60 años, nuestra vida en sociedad y la manera de relacionarnos entre culturas, han cambiado drásticamente. Entre múltiples causas, los cambios generados en los últimos años, se explican, en gran medida, por un fenómeno ampliamente conocido y estudiado: la globalización.

La globalización se ha entendido como un fenómeno político, económico, social y cultural que ha permitido reducir las distancias y lograr un proceso de integración entre Estados en el ámbito internacional (Banco de la República de Colombia, 2006). Lo anterior ha permitido que los bienes y servicios de un país sean consumidos en otro, generando relaciones internacionales constantes y crecientes. A su vez, la globalización ha estado enmarcada y se ha desarrollado como proceso, en su mayoría, gracias al avance de las tecnologías de la información e Internet. Así, por ejemplo, sería impensable un mundo altamente interconectado con una economía global, sin la transferencia casi inmediata de datos e información a través de Internet.

Evidentemente, Internet y los medios electrónicos han cambiado drásticamente la forma de vivir en sociedad en comparación a hace 60 años, cuando la Convención de Nueva York estaba entrando en vigencia. Si bien es cierto que los orígenes de Internet se remontan a finales de los años 60, no fue sino hasta finales de los 90 que se empezó a popularizar Internet entre todos los ciudadanos, en lo que se ha denominado la democratización de esta herramienta (Trigo, V., s.f.). En efecto, para muchos, hoy no es posible concebir la vida y la forma de relacionarnos sin Internet de por medio, lo cual se refleja en los índices de penetración de Internet a nivel mundial: mientras que en 1993 solo el 0,252% de la población tenía acceso a Internet, en 2017 esta cifra alcanzó el 48,565%.¹

En Colombia, por ejemplo, las cifras del censo poblacional más reciente, realizado en 2018, reveló cifras interesantes sobre este tema: el 43,4% de la población tiene conexión a Internet fijo o móvil, el 44,9% de las personas de más de 5 años de edad usaron un computador en el 2018 y el 64,1% se conectaron a Internet desde cualquier lugar. Estas cifras aumentan cuando se analizan en concreto los centros económicos, como Bogotá D.C., donde el 74,6% de la población está conectada a Internet², y aún más en regiones más desarrolladas del mundo. Por ejemplo, según cifras del Banco Mundial, en 2017 el 75% de la población estadounidense tenía acceso a Internet³.

1. Ver: https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?name_desc=false (última vez consultado el 10 de agosto de 2019).

2. Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia. Censo Poblacional 2018. Información disponible en: <https://www.dane.gov.co/> (última vez consultado el 10 de agosto de 2019).

3. Ver: https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?name_desc=false (última vez consultado el 10 de agosto de 2019).

Pues bien, como no podría ser de otra forma, el acceso a internet y la democratización de los medios electrónicos han impactado la aplicación de la Convención de Nueva York. Lo anterior, no solo porque el intercambio de bienes y servicios en el ámbito internacional viene en aumento (en el año 2017 se registró la mayor tasa de crecimiento del comercio mundial en 6 años⁴), lo que de por sí tiene la potencialidad de aumentar los conflictos derivados de dicho intercambio y, por lo tanto, la necesidad de aplicar la Convención, sino porque muchos de estos medios electrónicos no existían cuando ésta fue redactada, generando algunos vacíos legislativos.

En efecto, con la popularización de Internet a finales del siglo pasado, apareció el uso de los medios electrónicos a gran escala, como correos electrónicos, mensajes de datos y, más recientemente, plataformas de mensajería instantánea y redes sociales. Este cambio no ha sido ajeno al ámbito del Derecho, con figuras como notificaciones electrónicas, firmas digitales, procesos y expedientes digitales, etc.⁵, los cuales no se encuentran regulados en la Convención.

Por otra parte, otro fenómeno que se ha popularizado en los últimos años y que no está cubierto por la Convención de Nueva York, es el uso de otros mecanismos alternos de resolución de conflictos diferentes al arbitraje. En Colombia, por ejemplo, es posible acudir también a la conciliación, la mediación o la amigable composición. Si bien algunos de estos mecanismos de resolución de conflictos existen desde hace mucho tiempo y han sido utilizados por diferentes culturas alrededor del mundo, como en la antigua Roma (Gil Echeverry, J.H., 2011), en los últimos años éstos han tomado mayor relevancia.

En Colombia, por ejemplo, la conciliación tiene rango constitucional desde 1991 y fue regulada por la Ley 640 de 2001. Según cifras del Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición del Ministerio de Justicia y del Derecho, en 2017 se presentaron en Colombia 124.526 solicitudes de conciliación; la cifra más alta desde que entró en vigencia dicha Ley⁶. Por su parte, en Perú, la Ley 26872 de 1997 reguló la conciliación y le confirió el carácter de mecanismo de solución de conflictos de interés nacional (artículo 1) y en España, la Ley 15 de 2015 incluyó el régimen jurídico y actualizado de la conciliación. Posiblemente, el uso de estos mecanismos hace 60 años no se veía como una alternativa confiable para resolver conflictos comerciales internacionales, por lo cual no se vio la necesidad de regularlos en la Convención de Nueva York.

En resumen, es evidente que muchas cosas han cambiado en los últimos 60 años, sobre todo debido al fenómeno de la globalización, en gran parte impulsado por el

desarrollo de Internet y las tecnologías de la información. Como se verá, el uso de estas tecnologías y medios electrónicos ha impactado la forma de entender la Convención. Por su parte, el aumento en el uso de otros mecanismos alternos de resolución de conflictos distintos al arbitraje, también plantea algunos retos para la aplicación de la Convención.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, surge entonces la interrogante de si debiera modificarse la Convención para compaginarla con las necesidades actuales derivadas, concretamente, de los cambios mencionados o, como mínimo, dotarla de nuevos criterios de interpretación para tal fin.

¿Es necesario modificar o actualizar la Convención de Nueva York para adaptarla a las necesidades del mundo actual?

Retomando lo expuesto, la Convención de Nueva York, al ser uno de los tratados de Derecho internacional público más exitosos y aplicados a nivel mundial, tiene un gran reto: continuar vigente en un mundo globalizado y con necesidades muy distintas a las que existían hace 60 años. Para cumplir esta tarea y, específicamente, adaptarse a los dos cambios mencionados anteriormente (uso de mecanismos electrónicos y de otros mecanismos alternos de resolución de conflictos), a continuación se presentarán algunos apartes concretos de la Convención que pueden ser objeto de reforma o actualización: (i) el artículo II y la exigencia de que el acuerdo arbitral conste por escrito para que sea válido; y (ii) la ampliación de su objeto para que se permita el reconocimiento y la ejecución de decisiones tomadas en procesos iniciados mediante otros mecanismos de resolución de conflictos.

Respecto del primer punto, los numerales 1 y 2 del artículo II de la Convención establecen que los Estados parte reconocerán los acuerdos arbitrales que consten “por escrito”, e incluyen una explicación de lo que se debe entender por esta expresión.

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.*
2. *La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.*

Aunque en principio parece clara, esta disposición ha sido bastante problemática en su aplicación (Talero Rueda, S., 2008), teniendo en cuenta que cada vez son más las formas de evidenciar la existencia de un pacto arbitral sin que conste “por escrito” en un documento tradicionalmente concebido: piénsese, por ejemplo, en un pacto arbitral contenido en un mensaje de datos transferido electrónicamente o en uno que haya sido

4. Ver: https://www.wto.org/spanish/res_s/statistics/wts2018_s/wts2018chapter03_s.pdf (última vez consultado el 10 de agosto de 2019).

5. En Colombia, ver, por ejemplo, artículos 103 o 291 del Código General del Proceso o artículos 53, 54 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Disponible en: <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadística>. Última vez visitado el 29 de enero de 2019.

grabado en un medio digital. Lo anterior es tan evidente, que incluso en el año 2006, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) emitió una recomendación para la aplicación e interpretación de este artículo.

Entre las consideraciones de la Comisión, se reconoce el amplio uso del comercio electrónico⁷ y su impacto en la negociación y aceptación de términos contractuales, incluyendo pactos arbitrales. En virtud de lo anterior, en este documento, la CNUDMI se limita a sugerir que el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención sea aplicado reconociendo que las circunstancias allí descritas no son exhaustivas:

1. *“Recomienda que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, **se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas**” (énfasis añadido).*

Si bien es un buen intento que amplía la definición de lo que debe entenderse por “*acuerdo por escrito*”, la recomendación puede seguir siendo problemática en su interpretación y aplicabilidad, sobre todo por su generalidad. Nuevamente, piénsese si, aún teniendo en cuenta la recomendación de la CNUDMI, un pacto arbitral contenido en un mensaje de datos o en un dispositivo de grabación (por ejemplo, una nota de voz que hace parte de un correo electrónico) sería válido y en ese sentido, debería ser reconocido por los Estados parte de la Convención de Nueva York.

En ese sentido, con el fin de disminuir la libre interpretación de las Cortes sobre los requisitos para la validez de un pacto arbitral, una opción podría ser replicar en la Convención los cambios introducidos por la CNUDMI en 2006 a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante la “Ley Modelo”), en los cuales se reconoce valor a los medios tecnológicos, como el correo electrónico o los mensajes de datos. Lo anterior, sin alterar el requisito esencial del acuerdo arbitral, esto es, que exista un acuerdo de voluntades que pueda ser plenamente evidenciable. Así, el inciso 3 del artículo 7 de la Ley Modelo, tras la reforma de 2006, establece que un acuerdo es escrito “*cuando queda 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*”.

Igualmente, el inciso 4 del artículo 7, acepta de manera expresa medios tecnológicos que pueden contener el acuerdo por escrito. En efecto, “*el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica*

si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por ‘comunicación electrónica’ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Ahora bien, respecto del segundo punto que puede ser objeto de modificación, relacionado con el aumento del uso de otros mecanismos alternativos de resolución de controversias, surge la interrogante de si debiera reformarse la Convención de Nueva York para hacerla extensiva a acuerdos derivados de estos mecanismos. Incluso, se ha llegado al punto de debatir si se debe crear un nuevo tratado para cubrir estas herramientas. Este tema ha venido siendo discutido desde julio 2014, cuando en una sesión de la CNUDMI en Nueva York, Estados Unidos propuso la preparación de una convención para la ejecución de acuerdos comerciales internacionales suscritos en el marco de procesos de conciliación y mediación⁸.

De hecho, varios países de la Unión Europea han promulgado legislación para asegurar que acuerdos de mediación de un Estado miembro puedan ser reconocidos y ejecutados en otros Estados miembros⁹. Lo anterior, es uno de los grandes problemas que actualmente enfrentan los mecanismos alternos de resolución de conflictos, es la falta de un marco legal que permita a las partes confiar en que la decisión que de allí se deriva pueda ser ejecutada y reconocida (El Shentenawi, L., 2015). En consecuencia, con el auge de otros mecanismos de resolución de conflictos, ha venido surgiendo la necesidad de crear una herramienta que permita reconocer y ejecutar acuerdos internacionales derivados de estos mecanismos y que a su vez incentive el uso de dichos mecanismos. Una opción para lograr lo anterior puede ser modificar la Convención de Nueva York para incluir este tipo de acuerdos en su objeto o, incluso, promulgar un nuevo tratado que abarque lo anterior.

Sin duda alguna, este es un enorme reto que requiere de múltiples y juiciosos esfuerzos, y su éxito dependerá en gran parte de la voluntad política de los Estados. Así, lo indicado en este texto es solo una idea preliminar respecto de la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico internacional, herramientas efectivas para el reconocimiento y la ejecución de decisiones provenientes de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como lo ha sido la Convención de Nueva York para los laudos arbitrales.

En síntesis, existen al menos dos aspectos de la Convención de Nueva York que deben ser analizados cuidadosamente para determinar si requieren una modificación o, al

7. CNUDMI. (2006). *Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º periodo de sesiones.*

8. Ver, por ejemplo, <https://www.tamimi.com/law-update-articles/a-new-york-convention-for-mediation-may-be-coming-soon/> o <https://www.mediate.com/articles/BrennanLBI20150227.cfm>. Última vez visitados el 10 de agosto de 2019.

9. International Chamber of Commerce. *Mediation Procedure*. Disponible en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/procedure/#settlement>. Última vez visitados el 10 de agosto de 2019.

menos, el desarrollo de nuevas recomendaciones para su interpretación que permitan ajustar esta herramienta a las necesidades actuales. Uno de ellos es el requisito formal de validez del pacto arbitral – que conste por escrito –, y otro es la aplicación de la Convención para otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Obviamente, estos no son los dos únicos temas que merecen ser discutidos (otra disposición que merece ser revisada es la referencia al “orden público” contenida en el Artículo V), pero constituyen un primer acercamiento al debate sobre la necesidad de modificar la Convención de Nueva York.

Conclusiones

La Convención de Nueva York de 1958 es posiblemente uno de los tratados de Derecho internacional público más exitosos de la historia. Como se vio en este artículo, a la fecha son 160 los países que hacen parte de esta Convención y su éxito se debe, entre otras cosas, a su brevedad, su fácil consulta y referencia, y al tema que regula – de interés para múltiples actores en el comercio internacional. Por eso, después de más de 60 años de haber entrado en vigencia, la Convención debe ser revisada cuidadosamente para establecer si es necesario ajustarla a las necesidades actuales y a los cambios sociales, económicos y culturales de los últimos años.

Así las cosas, constituye un verdadero hecho notorio que, desde su promulgación hasta la fecha, muchos aspectos que inciden en la aplicación de la Convención han cambiado. Dos de estos cambios fueron analizados concretamente en este artículo: el auge de Internet y los mecanismos electrónicos, y el incremento en el uso de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos distintos al arbitraje, como la mediación, la conciliación o la amigable composición.

Respecto del primer cambio, actualmente, las comunicaciones tienden a ser más ágiles y efectivas, lo que contribuye a facilitar el comercio internacional. Internet se ha democratizado y el uso de mecanismos electrónicos está cada vez más al alcance de todos los ciudadanos. Aunque muchos son los beneficios que se derivan de lo anterior, también es cierto que varias concepciones tradicionales que han venido siendo utilizadas deben ser replanteadas o reanalizadas – como, por ejemplo, la noción de documento.

Ahora bien, con relación al segundo cambio, diversos mecanismos de resolución de conflicto están al alcance de las personas y su uso va en aumento, pues las legislaciones internas de varios países les han impulsado su desarrollo y promovido su utilización. Sin embargo, cuando se trata del uso de estos mecanismos en relaciones comerciales internacionales, es un verdadero desincentivo para las partes no tener una herramienta que permita el reconocimiento o la ejecución de la decisión en diferentes jurisdicciones.

Por todo lo anterior, es válido cuestionarse si la Convención de Nueva York de 1958 debe ser modificada para atender los cambios mencionados anteriormente. Particularmente,

en este artículo se expusieron brevemente dos aspectos de la Convención que pueden ser objeto de actualización para asegurar que ésta no pierda vigencia: adaptar la Convención al uso de mecanismos electrónicos, sobre todo en lo referente al acuerdo arbitral y los requisitos de validez, y extender su campo de aplicación a acuerdos de otros mecanismos de resolución de conflictos.

En cuanto a los requisitos de validez del pacto arbitral, la redacción actual del Artículo II de la Convención pareciera limitar el reconocimiento de estos pactos a aquellos que consten por escrito. Incluso con las recomendaciones interpretativas de la CNUDMI del año 2006, esta disposición puede ser problemática a la hora de analizar cláusulas que no necesariamente consten “*por escrito*” como tradicionalmente se ha entendido este requisito, pero que reflejan inequívocamente la voluntad de las partes de una transacción comercial internacional de someterse a la justicia arbitral. En aras de mitigar el riesgo que genera una interpretación restrictiva de esta disposición, una posible estrategia puede ser replicar los cambios introducidos por la CNUDMI, también en el año 2006, en la Ley Modelo. Esto permitiría reconocer valor a distintos medios tecnológicos, sin alterar el requisito esencial del acuerdo arbitral, esto es, que exista un acuerdo de voluntades que pueda ser plenamente evidenciable.

Por su parte, respecto al uso de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se plantea un reto aún mayor: ¿bastaría ampliar el objeto de la Convención de Nueva York o se requiere un nuevo tratado? Sin duda, ambas opciones requieren un análisis juicioso y, más importante aún, la voluntad política de los Estados para impulsar este tema. En cualquier caso, una herramienta que permita reconocer y ejecutar decisiones provenientes de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos es una necesidad latente, sobre todo teniendo en cuenta que las legislaciones internas de muchos países promueven e incentivan este tipo de acuerdos. Sin embargo, hasta que no exista una regulación sobre la materia en el ámbito internacional, el uso de estos mecanismos para solucionar controversias originadas en relaciones comerciales internacionales seguirá siendo un riesgo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es claro que hay varios aspectos de la Convención de Nueva York que deben ser revisados cuidadosamente para determinar la mejor manera de adaptar esta importante herramienta a las necesidades propias de la actualidad. Por esta razón, el objeto principal de este artículo fue sentar algunas bases y presentar algunas ideas para enriquecer el debate que se está dando en el ámbito internacional, en el marco de las celebraciones por el sesentavo aniversario de la Convención.

Para terminar, es de la mayor importancia resaltar que este artículo no propende porque se elimine o se prescinda de la Convención. Por el contrario, si algo debe quedar claro, es que el éxito de la Convención debe continuar por muchos años más y ojalá pueda ser replicado por otros tratados. Sin embargo, con el fin de garantizar lo anterior y lograr que la Convención siga siendo aplicada y ratificada, es útil empezar a pensar en las necesidades de modificarla o actualizarla para ajustarla al contexto actual y que siga

constituyendo un referente de tratado en el Derecho internacional. Por ello, también se deben resaltar los esfuerzos de los organismos internacionales, como la ONU o la CNUDMI, por mantener vigente este tratado y de los Estados miembros por formular propuestas y ratificar su voluntad política de hacer parte de la Convención. Finalmente, pero no por ello menos importante, también es necesario apoyar e incentivar todos los escenarios y eventos académicos que permitan el intercambio de ideas y enriquezcan el debate en torno a la necesidad de modificar la Convención de Nueva York de 1958.

Referencias:

- Aljure, A. (2004). Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional. Revista Internacional de Arbitraje No. 1 Junio – Diciembre 2004.
- Banco de la República de Colombia (2006). La globalización económica. Bogotá D.C.: Banco de la República, Departamento de Comunicación Institucional.
- Bouchenaki, A., Ojea, M. y Rivera, I. (2015). La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público. En: Organización de los Estados Americanos. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.
- El Shentenawi, L. (2015). A New York Convention for mediation may be coming soon. Disponible en: <https://www.tamimi.com/law-update-articles/a-new-york-convention-for-mediation-may-be-coming-soon/>
- Gil Echeverry, J. H. (2011). La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- CNUDMI. (2006). Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39° periodo de sesiones.
- Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011.
- Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- Rivera, I. (2016). Aspectos sobre la Convención de Nueva York de 1958. Bogotá D.C. Asuntos Legales.
- Talero Rueda, S. (2008). Arbitraje Comercial Internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho.
- Trigo, V. (s.f.). Historia y evolución de Internet. Autores Científico-técnicos y Académicos.

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

EVANS GONZALEZ
MORENO & ASOCIADOS

ABOGADOS | ATTORNEYS AT LAW

Litigios Civiles y Comerciales

Litigios Marítimos

Litigios Contencioso Administrativos

Litigios Constitucionales

Arbitraje Nacional e Internacional

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

www.evansgonzalezlaw.com

Algunas notas en materia de arbitraje internacional

Daniel Rodríguez-Bravo

Socio
CMS Rodríguez-Azuero
Colombia

1. DESCONFIANZA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El sistema de justicia en Colombia enfrenta, como lo ha hecho por décadas, una seria crisis de legitimidad asociada con su politización, lamentables eventos de corrupción que han hecho noticia en el mundo entero, enfrentamientos entre las altas Cortes y, un difícil proceso de paz que introdujo a la mezcla una justicia transicional que suscitó desde su concepción todo tipo de complejos debates. Todo ello, sumado a los tradicionales problemas de lentitud de las decisiones (que se traducen en muchos casos en una verdadera ausencia de justicia), falta de preparación de algunos funcionarios del sistema, y problemas políticos y económicos que resultan en paros judiciales eternos, etc.

De acuerdo con la OCDE, menos del 40% de las personas confían en el sistema judicial, lo que hace que la confianza esté rezagada al menos en comparación con la confianza en los sistemas en países OCDE¹. Y son muchas las cifras disponibles preocupantes.²

1. OCDE. Colombia: Políticas prioritarias para un desarrollo inclusivo. "Serie Mejores Políticas". 2015.
2. Entre otros ver (i) Corporación Latinobarómetro. Informe 2018. Santiago de Chile. Disponible en http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf, (ii) Corporación Excelencia en la Justicia. Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento. Bogotá: junio de 2016. Disponible en http://anif.co/sites/default/files/investigaciones/premio_luis_carlos_sarmiento_vf_0.pdf, (iii) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- Resumen Ejecutivo". Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesci-ii.sp.htm>, (iv) La Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, financiada por el

2. ALGUNOS PROBLEMAS DE JUSTICIA ORDINARIA SE REPLICAN EN ARBITRAJE

A propósito de la grave crisis de la justicia, los métodos alternos de solución de conflictos como el arbitraje, han constituido por décadas una interesante alternativa para particulares y entidades estatales, quienes acuden a él en búsqueda de celeridad, transparencia, conocimiento especializado, eficiencia y economía. Sin embargo como pasamos a explicar, este mecanismo no siempre es ajeno a los problemas propios del sistema judicial.

2.1. CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE

2.1.2. Interesante tesis sobre conflicto de intereses

Sostienen algunos que en el arbitraje hay corrupción. Por ejemplo, el autor peruano Huáscar Ezcurra Rivero³ en su artículo "*Corrupción y Arbitraje*" desarrolla su tesis a través de tres ejemplos de corrupción en el arbitraje: (i) hace referencia a árbitros que son nombrados por una de las partes para todos sus casos, generando de esta manera un vínculo que afecta la imparcialidad; (ii) se refiere a árbitros que se reúnen con una de las partes por fuera de las audiencias para hablar sobre el caso objeto de la controversia y exponen sus opiniones; y (iii) pone de presente aquellos casos en los que alguna de las partes tiene un conflicto de intereses respecto de uno de los árbitros, que no declara y participa en el proceso de manera indirecta a través de otros. Concluye el autor, que la corrupción en la justicia arbitral y la corrupción en la justicia ordinaria no son iguales, pues en la justicia arbitral hay un factor fundamental que disminuye las cifras de corrupción: la competencia generada a partir de incentivos: La competencia entre las partes que buscan ganar el pleito y la competencia entre los árbitros por ser reconocidos en el medio, tener méritos y conseguir ser nombrados en otros tribunales. Esta competencia de doble vía, el autor la denomina "*el antídoto anticorrupción*" y, a su juicio, como consecuencia las partes ejercen fiscalizaciones recíprocas frente a la elección de los árbitros que permiten, en la mayoría de los casos, conformar tribunales idóneos para resolver la disputa.

Banco Mundial y cuyo análisis de los resultados fue elaborado por Dejusticia, tomó una muestra representativa en 14 ciudades del país con el fin de diagnosticar las necesidades jurídicas y el acceso a la justicia en Colombia, (v) La Rota, Miguel Emilio, Lalinde, Sebastián, Santa, Sandra y Uprimmy, Rodrigo. Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia. 2014. Disponible en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_665.pdf, (iv) El Índice de Estado de Derecho del World Justice Project (WJP Rule of Law Index), (vii) World Justice Project. Índice de Estado de Derecho 2017-2018. Disponible en https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf, (viii) El indicador de "cumplimiento de contratos" mide el tiempo (contado desde el momento de interposición de la demanda hasta el momento del pago) y costo (valor total de las costas judiciales y honorarios de los abogados, y costos de ejecución, expresado como porcentaje del valor del caso) de resolver una disputa comercial en Colombia, (ix) Banco Mundial. Doing Business <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/2017-18%20ROLI%20Spanish%20Edition.pdf>, (x) Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia. Índice Global de Impunidad 2015. Universidad de las Américas Puebla. Disponible en https://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015_ESP.pdf

3. EZCURRA RIVERO, Huáscar. "*Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses*", Revista IUS ET VERITAS No. 50, Julio 2015, pág. 235-239.

Es necesario advertir que aunque los temas de corrupción y conflicto de intereses pueden darse en uno y otro ámbito, en la medida que en el arbitraje las partes típicamente no cuentan con ningún recurso para controvertir las decisiones de los árbitros diferente del recurso de anulación, las víctimas quedan en una peor situación como en el caso de Oncoserv Arequipa S.A.C contra el Gobierno Regional de Arequipa⁴.

2.1.2. Falta de independencia o imparcialidad

En materia de arbitraje de inversión, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) se encuentra evaluando la posibilidad de reformar el Sistema de Solución de Controversias entre inversionistas y Estados, revaluando precisamente si el sistema vigente responde a los principios de confianza, independencia, imparcialidad, celeridad y economía. Aun cuando este escrito se refiere al arbitraje comercial internacional, incluimos el debate sobre arbitraje de inversión por considerarlo altamente ilustrativo en cuanto a los puntos que generan crisis o suscitan cuestionamientos en uno y otro tipo de arbitrajes.

En lo que respecta a los mecanismos de selección de los árbitros⁵, el Grupo de Trabajo de esta Comisión, integrada por los Estados y las organizaciones intergubernamentales, identificó cuestiones expuestas al riesgo de *falta de independencia o imparcialidad*, tales como: (i) nombramientos reiterados por una u otra parte o designación del mismo árbitro en circunstancias similares; (ii) ejercicio de dos funciones o confusión de funciones entre asesor, árbitro y perito, que generen dudas sobre la configuración de conflictos de interés; y (iii) emisión de un juicio previo sobre las cuestiones en litigio por haber expuesto su opinión sobre determinados aspectos jurídicos en laudos, decisiones, publicaciones o declaraciones anteriores. El grupo de trabajo concluyó que estas conductas no necesariamente afectan la independencia e imparcialidad de los árbitros y que deberán analizarse a la luz de cada caso concreto, y determinó que en todo caso los objetivos de la reforma serán encaminados a implementar mejoras orientadas a reforzar la independencia y la imparcialidad de los árbitros para mitigar los riesgos identificados.

2.2. TIEMPOS Y COSTOS

En lo que respecta al arbitraje nacional e internacional cuya ley aplicable sea la colombiana, en el artículo 10 de la Ley 1563 se fija el término máximo en el que un tribunal debe fallar, el cual es de 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, el cual es prorrogable sin que el total de las prórrogas exceda de 6 meses. Este plazo es aplicable si las partes no establecieron en el pacto

arbitral el término de duración del proceso. Respecto de arbitrajes internacionales regidos por normas distintas de la colombiana, el límite respecto al plazo para resolver un laudo dependerá de las normas o reglas aplicables. Sin embargo, el tiempo de los procesos suele extenderse en muchas ocasiones con base en prórrogas y suspensiones, privando al mecanismo de la tan deseada rapidez⁶.

Con respecto a la fijación de honorarios en arbitraje nacional e internacional cuya ley aplicable sea la colombiana, el artículo 26 de la Ley 1563 de 2012 determina el límite máximo de honorarios que pueden ser fijados por los árbitros una vez se realice la audiencia de conciliación y la misma fracase. En esa misma audiencia se podrán fijar los honorarios, cuya suma límite equivale por cada árbitro a aproximadamente USD\$250,000, monto que podrá incrementarse hasta en un 50% en el caso que sea un árbitro único. Sin embargo, a pesar de que existe el límite anterior, debe tenerse claro que dicho límite no determina el valor del proceso arbitral, pues adicionalmente deben tenerse en cuenta los costos relacionados con el centro de arbitraje correspondiente, y las pruebas y honorarios de los abogados de cada una de las partes, entre otros. Para determinar el monto máximo de honorarios con respecto a arbitrajes internacionales regidos por normas distintas de la colombiana, es necesario remitirse a cada sede del arbitraje y su respectivo reglamento para poder determinar este elemento.

En lo referente a los costos y duración de los procesos arbitrales entre Estados e inversionistas, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI realizó un estudio sobre la “*posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): costo y duración*”⁷ (el “Grupo de Trabajo III de la CNUDMI”). El Grupo de Trabajo determinó que algunos de los factores que generan sobrecostos y demoras en los procesos de arbitraje de inversión son: (i) la controversia en sí misma, (ii) la actividad de las partes y sus abogados, (iii) la composición del tribunal arbitral y la sustanciación de las actuaciones, (iv) motivos sistémicos que hacen referencia al hecho de falta de uniformidad en un sistema de este tipo y a la imprevisibilidad del resultado.

De acuerdo con lo anterior, sigue evaluando reformas sustanciales para dar solución a los procedimientos anteriormente planteados.

2.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES

En Colombia procede la acción de tutela contra laudos arbitrales en casos muy específicos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En Sentencia SU-174 de 2007, la Corte Constitucional estableció unas reglas adicionales a los requisitos generales y especiales establecidos para la revisión de providencias

4. TALAVERA CANO, Andrés, ¿Cómo lograr la anulación de un laudo por corrupción en sus tribunales? Lecciones aprendidas del caso Oncoserv, revista Themis, edición 72, pág. 185 a 193.

5. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III, Reforma del Sistema de Solución de controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE), Árbitros y decisiones: Mecanismos para su nombramiento y cuestiones conexas, 36º período de sesiones, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018.

6. Mi opinión sobre la forma correcta de interpretar las normas de suspensión en Colombia la he expresado públicamente. Al efecto ver RODRÍGUEZ BRAVO, DANIEL. “La correcta interpretación acerca de la suspensión del proceso arbitral”, Ámbito Jurídico, Legis, octubre 12 de 2017.

7. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/057/54/PDF/V1805754.pdf?OpenElement.pdf>

judiciales, a las cuales debe sujetarse al juez constitucional a la hora de examinar la procedencia de este tipo de acciones de tutela contra laudos arbitrales así:

- (1) *“un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento;*
- (2) *“la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales;*
- (3) *“si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y*
- (4) *“el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo”.*

El día 3 de mayo de 2018, la Corte Constitucional de Colombia profirió la sentencia de unificación SU-033, dentro de la acción de tutela instaurada por la Sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. contra el Laudo Arbitral del 5 de julio de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir las controversias surgidas en relación con Contrato No. 94.016 entre la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. y las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Con respecto a la regla sobre la procedencia de acción de tutela contra laudos arbitrales, la Corte expresó que *“la equivalencia entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales para efectos de la procedencia de la acción de tutela contra providencias no es absoluta”, y que “el carácter especial de la justicia arbitral implica que deba hacerse un examen de procedibilidad -tanto de los requisitos generales como especiales- más estricto, dado que se trata de un escenario en el cual se ha expresado en forma inequívoca la voluntad de las partes de separarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento...”*

Y en el contexto del fallo parecería que la Corte, al decir “más estricto”, estableció que el juez de tutela tiene “menos espacio”, “poder” o “competencia” en el momento de decidir si deja sin efectos un laudo arbitral (total o parcialmente), que el que tendría respecto de una sentencia judicial⁸. En nuestra opinión ello es plausible y positivo para el arbitraje en Colombia.

8. Las razones que justifican dicho poder o competencia limitados, según la Corte, son la “voluntariedad” y “el principio de kompetenz Kompetenz”.

Después de advertir que existe una diferencia entre sentencias judiciales y laudos arbitrales y justificar dicha diferencia, la Corte dejó claros los requisitos generales y especiales que deben cumplirse, los cuales resumo en el siguiente cuadro:

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales	Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales
Requisitos generales (de procedibilidad)	
Relevancia constitucional. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Esto es que el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. Por consiguiente, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.	Relevancia constitucional. También es un requisito de procedibilidad pero, además, en materia de laudos arbitrales el presupuesto de relevancia constitucional exige una sólida carga argumentativa, en orden a acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación. Es decir, que las vulneraciones ius fundamentales, cuyo amparo sea una necesaria protección contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional, ajeno por entero al espectro de la razonable interpretación autónoma e independiente del juez. Se trata de argumentos tendientes a demostrar el quebrantamiento del debido proceso constitucional en su dimensión in procedendo, y no razonamientos, como en este caso, que recaigan sobre aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral.
Subsidiariedad. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable. Razón por la cual, constituye un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, al asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se vaciaría de competencias a las distintas autoridades judiciales y se concentrarían indebidamente en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a estas jurisdicciones.	Subsidiariedad. También pero además, la acción de tutela no se puede emplear para sustituir al juez que debía resolver el recurso extraordinario de anulación, cuestión que hace improcedente el amparo, cuando el mecanismo de control ante la jurisdicción contencioso administrativa se constituye en medio idóneo y eficaz para verificar los supuestos yerros in procedendo endilgados al laudo arbitral.

Inmediatez. Que la acción de tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, al permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, puesto que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.	<u>Inmediatez</u> . También
<u>Identificación de los hechos y derechos que se alegan vulnerados</u> . Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe comprobarse que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.	<u>Identificación de los hechos y derechos que se alegan vulnerados</u> . También. Además, esta cualidad identitaria de los derechos fundamentales en relación con aquellos que tienen un claro contenido patrimonial, en los términos de la jurisprudencia constitucional (Sentencias SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015), hace propicio reiterar que la función del juez constitucional no consiste en suplantar al juez ordinario (en este caso arbitral), sino en proteger a quien, después de someterse a un proceso jurisdiccional, le han sido desconocidos o vulnerados sus derechos fundamentales por un tribunal de arbitramento.
<u>Que no se trate de tutela contra sentencias de tutela</u> . Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.	<u>Que no se trate de tutela contra sentencias de tutela</u> . También.
Requisitos especiales (causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales)	
<u>Defecto orgánico</u> , que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.	<u>Defecto orgánico</u> . También.

<u>Defecto procedimental absoluto</u> , que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.	<u>Defecto procedimental absoluto</u> . También.
<u>Defecto fáctico</u> , que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.	<u>Defecto fáctico</u> . También.
<u>Defecto material o sustantivo</u> , como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.	<u>Defecto material o sustantivo</u> . También.
<u>Error inducido</u> , que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.	<u>Error inducido</u> . También.
<u>Decisión sin motivación</u> , que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.	<u>Decisión sin motivación</u> . También.
<u>Desconocimiento del precedente</u> , hipótesis que se presenta, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.	<u>Desconocimiento del precedente</u> . También.
<u>Violación directa de la Constitución</u> , que se presenta cuando el juez teniendo el deber de aplicar la Carta Política deja de hacerlo (cuyo alcance se precisa en la Sentencia SU-649 de 2017).	<u>Violación directa de la Constitución</u> . También.

En el caso particular objeto de decisión mediante Sentencia SU-033, la Corte encontró que no se satisficieron los presupuestos de subsidiariedad y relevancia constitucional, por lo cual se abstuvo de examinar la posible configuración de los defectos alegados por la sociedad accionante y, en consecuencia, procedió a confirmar el fallo de tutela de segunda instancia mediante el cual declaró improcedente la acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento.

En el caso del arbitraje internacional, el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 establece expresamente una prohibición respecto de la intervención judicial en procesos arbitrales. Sin embargo, algunos autores han defendido la tesis de que esta prohibición no le es aplicable al juez constitucional a la hora de fallar una acción de tutela⁹ y que esta incertidumbre tiene serias implicaciones en lo concerniente a la seguridad jurídica y la eficacia de los procedimientos de arbitraje comercial internacional, pues si se permite al juez constitucional analizar estas decisiones se podría deteriorar la figura e incrementar los costos de transacción. En efecto la sentencia SU-500 de 2015, referente a un Tribunal Arbitral Internacional CCI¹⁰, con sede en Bogotá D.C., Colombia¹¹, la Corte Constitucional resolvió sobre una acción de tutela interpuesta contra el laudo arbitral y contra la sentencia que resolvió sobre el recurso de anulación interpuesto contra el laudo dentro de dicho proceso. En ese caso, la Corte se pronunció respecto de un caso en el cual ISAGEN S.A. presentó acción de tutela contra el laudo proferido el 10 de julio de 2012 por el Tribunal Arbitral elegido para resolver las controversias suscitadas en el marco del contrato M-100, convocado por Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil Ltda. y Kvaerner Energy, definiendo como ya lo había hecho en otras decisiones y habría de hacerlo posteriormente, la equivalencia entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales en relación con la acción de tutela, pero advirtiendo que dicha equivalencia no es “automática” ni “absoluta” y está condicionada por las reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación en la sentencia SU-174 de 2007.

Así las cosas, en cuanto a la procedencia o no de la acción de tutela contra laudos proferidos en el marco de un arbitraje comercial internacional, la Sentencia SU-500 de 2015 resulta relevante para resaltar que, la Corte Constitucional no distinguirá entre arbitraje nacional o internacional al momento de analizar la procedencia o no de acciones de tutela contra laudos arbitrales, o al menos no contra aquellos que tengan por sede Colombia. Es más, la Corte señala que *“si bien el arbitraje se rige por reglas de la Cámara de Comercio Internacional, el control sobre el laudo está sujeto al ordenamiento jurídico de Colombia, por ser este el país sede del Tribunal de Arbitramento”*, lo cual podría entenderse como una simplemente reiteración (repeticón) de la regla bien conocida en ese sentido (por ello nada novedosa) o en el sentido que aplican en materia de arbitraje internacional las mismas reglas aplicables en materia de tutela contra laudos nacionales, como mecanismo de “control” excepcional “sobre el laudo”.

En reciente decisión del 6 de agosto de 2019, la Corte Constitucional colombiana profirió sentencia en el trámite de revisión de la Sentencia proferida por la Sección

Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 6 de septiembre de 2018, que había confirmado la Sentencia dictada por la Sección Cuarta el 26 de julio de 2018 de la misma Corporación con ocasión de la acción de tutela promovida por las sociedades GECELCA S.A. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. (las “**Accionantes**”) en contra del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, por considerar que el laudo había vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. El laudo tuvo origen en las controversias que surgieron entre las Accionantes y el CONSORCIO CUC-DTC, integrado por las sociedades CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION y DONGFANG TURBINE CO. LTD., incorporadas bajo las leyes de la República Popular China y con domicilio en el mismo país. GECELCA 3 interpuso recurso de anulación contra el Laudo ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual no se había decidido a la fecha de interposición y resolución de la acción de tutela (y de envío para publicación del presente documento).

En cuanto a la acción de tutela, se profirió sentencia de primera instancia por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 26 de julio de 2018, declarando improcedente la acción de tutela, decisión que fue confirmada el 12 de septiembre de 2018 mediante sentencia de segunda instancia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia del 6 de agosto de 2019 en comento, confirmó las decisiones de tutela anteriores, al considerar que la acción de tutela era improcedente porque no se acreditó el cumplimiento del requisito general de subsidiariedad, cuyo examen, según la Corte, *“es más riguroso ante decisiones arbitrales, máxime si estas ostentan un carácter internacional”*.

En tal decisión, la Corte reiteró lo dicho en ocasiones anteriores en cuanto a la procedencia de acciones de tutela contra laudos arbitrales y, agregó un par de advertencias importantes en cuanto a laudos arbitrales proferidos en arbitrajes internacionales, concluyendo que la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales tiene un carácter excepcional mucho más restrictivo que cuando se trata de tutela contra laudos nacionales y, en esa medida, la primera es excepcionalísima.

Sobre lo primero (en general sobre procedencia de acciones de tutela contra laudos arbitrales), la Corte reiteró y resumió bien lo dicho en Sentencias SU-174 de 2007, SU-500 de 2015 y SU-033 de 2018, que hemos comentado atrás con algún detalle. En cuanto a la acción de tutela contra laudos internacionales, recordó que la ley 1563 de 2012 adoptó un régimen dualista frente al arbitraje comercial, lo que significa que el arbitraje nacional y el arbitraje internacional están regidos por normativas separadas y que, respecto de este último, el artículo 64 establece que para su interpretación “habrá de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe (...)”.

9. RIACHI SANABRIA, Juan Camilo, “La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación a su procedencia”, Revista de derecho privado, Universidad de los Andes, edición 56, noviembre de 2016.

10. La controversia versó sobre un contrato de obra celebrado entre ISAGEN S.A. y el Consorcio Miel (Contrato MI-100), el cual estaba integrado por varias sociedades cuyo domicilio era en diferentes países.

11. Múltiples decisiones adicionales de la Corte Constitucional sobre el tema, entre las cuales (i) Sentencia T-466 de 2011, (ii) Sentencia T-244 de 2007, (iii) sentencia C-590 de 2005 (sobre tutela sobre sentencias judiciales), y (iv) Sentencia SU-837 de 2002.

En ese marco, para determinar la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela contra laudos internacionales, la Corte Constitucional enfocó su análisis, en primer lugar, en la prohibición expresa de intervención judicial, citando al efecto (i) el artículo 67 de la ley 1563 de 2012, en virtud del cual en los asuntos regidos las normas referentes al arbitraje internacional, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos allí dispuestos, y (ii) el artículo 107 de la misma ley, según el cual contra laudos internacionales solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en la misma ley para arbitraje internacional. Sobre tales restricciones legales, advirtió la Corte que no pueden interpretarse en el sentido que limitaron la competencia de los jueces constitucionales para conocer acciones de tutela respecto de trámites arbitrales internacionales, ni que excluyeron a los laudos internacionales del ámbito objetivo de aplicación de la acción de tutela, pues dicha interpretación (i) conllevaría a concluir equivocadamente, que por vía de una ley ordinaria el legislador limitó el derecho a la tutela contemplado en el artículo 86 de la Constitución Política y (ii) sería equivocada pues las decisiones arbitrales internacionales podrían vulnerar o poner en riesgo, al igual que sucedería con las decisiones adoptadas en el marco de un arbitraje nacional, derechos fundamentales de las partes.

Sin embargo, advirtió la Corte que, la procedencia de tutela contra laudos internacionales es excepcionalísima, pues además de compartir a ese efecto las consideraciones jurisprudenciales en relación con los laudos nacionales que vimos atrás, *“a estas se les deben sumar las incidencias propias de la naturaleza internacional del arbitraje, las cuales –como se verá– acentúan el análisis estricto de los requisitos de procedibilidad y dan un alcance concreto a las reglas adicionales de procedencia”*.

“La primera de estas incidencias radica en la citada prohibición expresa de intervención judicial, particularidad que es propia del arbitraje internacional. Este elemento implica que la voluntad de sustraerse de la justicia estatal encuentra una protección especial en la... Ley. Así lo reconoció recientemente la Corte Suprema de Justicia al indicar que: ‘(...) la intervención judicial en el arbitraje internacional está acotada a las precisas materias definidas por el legislador, quien consagró excepcionales instrumentos de intervención y de apoyo, tendientes a remediar defectos garrales o facilitar el ejercicio de las atribuciones de los juzgadores temporales, como claramente lo prescribe el artículo 67 de la ley 1563 (...)’”.

Y concluye la Corte señalando que, en consecuencia, el examen de los requisitos de procedibilidad se hace más estricto y riguroso cuando la tutela se dirige contra un laudo internacional.

En segundo lugar, la Corte se refiere a la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables en virtud del artículo 101 de la ley 1563 de 2012, y si las partes nos las indican, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes. En estos términos, agregó la Corte, nada impide que en laudos

internacionales proferidos con sede en Colombia se aplique ley extranjera o, inclusive, integrando en sus consideraciones y resoluciones una superposición del ordenamiento nacional con normas foráneas. Sobre el particular concluyó, que *“frente a las acciones de tutela que se presenten contra laudos proferidos en Colombia con derecho sustancial extranjero, no es posible aplicar los requisitos de procedibilidad especiales propios de la acción de tutela debido a que el único parámetro de control al cual el juez constitucional puede sujetar su análisis es el orden público internacional de Colombia y, al estar la violación de este último contemplada como una causal de anulación, se hace indispensable agotar previamente dicho recurso”*.

Con esas consideraciones concluyó la Corte, que *“el juez únicamente puede aplicar los requisitos específicos de procedibilidad en acciones de tutela formuladas contra laudos que estén gobernados, al menos parcialmente, por la ley colombiana y, aún en esos casos, la aplicación de estos requisitos habrá de respetar al máximo los elementos característicos de tal arbitraje. Queda claro, entonces, que la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables le da un alcance específico a una de las reglas adicionales de procedencia de la tutela.”*

En la medida que buena parte de la decisión de la Corte Constitucional se basa en las causales de anulación de laudos en arbitraje internacional, en contraste con aquellas de arbitraje nacional, es necesario tener en cuenta que en virtud del artículo 108 de la ley 1563 de 2012 la autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral de oficio cuando *“El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia”*, posibilidad que no existe tratándose de anulación en arbitraje nacional.

Sobre el orden público internacional de Colombia, la Corte citó jurisprudencia del 2011, 2016, 2017 y 2019 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Resolución 2 de 2002 del International Law Association, y concluyó que *“La violación al derecho internacional público de Colombia es... una causal de anulación que sobrepasa errores in procedendo y puede implicar, inclusive, el planteamiento de nuevos hechos y pruebas”*, limitando *“las posibilidades de acudir directamente a la acción de tutela contra laudos internacionales por no satisfacer el requisito de subsidiariedad”*.

En suma, según la Corte, es indispensable agotar el recurso de anulación antes de interponer una acción de tutela contra un laudo arbitral, cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un arbitraje internacional, y (ii) el accionante formule pretensiones que pueden encasillarse dentro de un alegato de violación del orden público internacional.

Adicionalmente, si una vez agotado el recurso de anulación en los eventos anteriores, una de las partes acude a la acción de tutela, (i) el juez no aplicará los requisitos específicos de procedibilidad en acciones de tutela formuladas contra laudos que no estén gobernados al menos parcialmente por la ley colombiana, y (ii) tratándose de acciones de tutela formuladas contra laudos que estén gobernados al menos parcialmente por la

ley colombiana, el juez aplicará los requisitos específicos de procedibilidad, respetando al máximo los elementos característicos del arbitraje internacional.

3. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

3.4. ALGUNOS ANTECEDENTES Y MARCO REGULATORIO

3.1.5. Varios

En Colombia la posibilidad de que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia actuando en calidad de árbitros, tanto en arbitraje nacional como internacional, tiene fundamento constitucional directo en el artículo 116 de la Constitución Política, en virtud del cual: “(...) *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de ... árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”. Así, en Colombia, el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, tiene rango constitucional.

De acuerdo con lo estipulado en dicha norma y tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional¹² en Sentencias C-378 de 2008¹³ y C-294 de 1995¹⁴, si bien la posibilidad de que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia actuando en calidad de árbitros tiene fundamento constitucional, la facultad misma proviene de la habilitación hecha por las partes en conflicto.

A diferencia de Colombia, en otras jurisdicciones como por ejemplo en el Reino Unido y en Francia, el fundamento o sustento del arbitraje es eminentemente contractual y su fundamento no deriva de ninguna autorización del Estado; por lo anterior, no se exige ningún requisito más allá del pacto arbitral para que el mismo sea válido¹⁵.

El artículo 307 de la Ley 105 de 1890, estipulaba que, “*Pueden someterse a la decisión de arbitadores las controversias que ocurran entre personas capaces de transigir en los casos en que la ley permita la transacción [...] El arbitramento puede adoptarse antes o después que los interesados inicien pleito sobre la controversia y adoptando se procederá como se expresa en este título*”.

Posteriormente, la Ley 105 de 1931 (Código Judicial) reguló esta figura en Colombia y más adelante la Ley 2 de 1938 reguló la validez de la cláusula compromisoria. En dicha ley se entendía por cláusula compromisoria “*aquella que o por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o alguna de ellas*”. Años después en el Código de

Procedimiento Civil se reguló el arbitraje como un proceso judicial, código finalmente derogado por el Decreto 2279 de 1989 y posteriormente derogado por la Ley 1564 de 2012.

En materia de arbitraje internacional, la ley 315 de 1996 (por la cual se regula el arbitraje internacional) constituye un antecedente destacable. La misma establecía: (i) los criterios para determinar las controversias que podían ser consideradas como de arbitraje internacional, (ii) casos específicos (financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público), en los que podría pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional, (iii) la normatividad que debía y podría llegar a ser aplicada en aquellos procedimientos, y (iv) la noción de laudo arbitral extranjero.

Años más tarde, el Ministerio de Justicia y del Derecho, preocupado por la dispersión normativa que para la época se percibía en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, expidió el Decreto 1818 de 1998, por medio del cual ejerció las facultades de compilación otorgadas al gobierno nacional a través de la Ley 446 de 1998. De esta manera y, sin alterar en lo más mínimo los textos originales de cada una de las regulaciones incluidas en el documento, el Gobierno expidió el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos que, no exento de críticas¹⁶, sirvió como principal instrumento en esta materia hasta la promulgación de la Ley 1563 de 2012.

El decreto, que como se indicó cumplía una función netamente compilatoria, incluyó en su Capítulo IV toda la regulación vigente en materia de arbitraje internacional, recopilando, indistintamente, normas aplicables tanto a arbitraje comercial internacional como a arbitraje de inversión¹⁷. Tal situación fue la que, como lo señalan algunos autores¹⁸, generó alguna dificultad en la aplicación de las normas bajo la vigencia del decreto mencionado. Como consecuencia de lo anterior, mediante los Decretos 3992 y 4146 de 2010 el Gobierno creó la Comisión de Expertos Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional con el fin de apoyar la elaboración y análisis de una nueva normativa sobre la materia. Así, esta Comisión presentó el 18 de mayo de 2011 el anteproyecto de ley que en el año 2012 resultaría en la promulgación de la Ley 1563 de 2012¹⁹.

12. República de Colombia. Constitución Política de 1991.

13. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

14. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

15. Rey Vallejo, Pablo. El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización, 126 Universitas, 199-237 (2013).

16. En tal sentido, RODRÍGUEZ MEJÍA señala que, muy a pesar de la buena intención del regulador en su momento, el documento terminó siendo una norma supremamente imprecisa, al punto que, en ocasiones, llegó inclusive a considerarse como fuente de inseguridad jurídica. Rodríguez Mejía, M. (2012). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. Revista De Derecho Privado, (23), p. 381 y 382.

17. En materia de arbitraje de inversión ver Directiva Presidencial Colombia No. 02 del 27 de abril de 2016 y Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados- CIADI.

18. Ibid.

19. Ibid.

Por su parte, en el ámbito internacional también se hicieron algunos esfuerzos para la unificación de ciertas reglas en materia arbitral a partir de la segunda mitad del siglo XX. Entre ellos, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras expedida en Nueva York en 1958, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, y la Convención Interamericana sobre Validez Extraterritorial de Juicios Extranjeros y Laudos Arbitrales²⁰, han contribuido ampliamente en el desarrollo del arbitraje internacional en Colombia, en específico, para enriquecer el estado del arte en esta materia tan relevante.

De conformidad con la ley 315 de 1996, compilada por el Decreto 1818 de 1998, sería internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpliera con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tuvieran su domicilio en Estados diferentes;
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio, se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal;
3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral. Sobre esta hipótesis, la Corte Constitucional en Sentencia C-347 de 1997, dejó claro que no puede interpretarse en el sentido que será internacional un arbitraje cuando las partes tienen su domicilio en Colombia y en la controversia no existe un solo elemento extranjero. Aunque en parte de la decisión podría entenderse que dicho elemento extranjero podría ser cualquiera, la Corte lo limitó exigiendo que *“al menos una de las partes sea extranjera”*²¹.
4. Cuando el asunto, objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.
5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

20. Strong, S.I. El arbitraje internacional en Colombia desde una perspectiva estadounidense. Revista Internacional de Arbitraje. No. 15, JUL-DIC./2011, PÁGS. 145-239. Consultada en: http://legal.legis.com.co/document/Inde?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_c0de71112cfe0038e0430a0101510038

21. Es necesario advertir que la ley 1563 de 2012, como consta de manera clara en la exposición de motivos, “atiende los lineamientos contenidos en la Sentencia C-347 de 1997 de la Corte Constitucional, en la cual se analizó el articulado de la Ley 315 de 1996”. Y además de la decisión respecto de la tercera hipótesis a la que nos hemos referido, la Corte advirtió, frente a la acusación realizada al artículo 4 de la misma ley, que efectivamente la disposición era inconstitucional por cuanto, si la norma preveía que el contrato con el Estado se celebra “con persona nacional”, no había razón para someter la controversia a arbitraje internacional. Es decir, buena parte de las decisiones se dieron en torno a la nacionalidad, domicilio y elemento extranjero. Resulta interesante y recomiendo revisar el salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Finalmente, mediante Decreto 3992 de 2010, modificado con posterioridad por el Decreto 4146 de 2010, se creó la Comisión de Expertos Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional.

Las principales consideraciones del decreto, se relacionaban con: (i) el impacto del arbitraje en materia civil, comercial y de contratación administrativa, (ii) la necesidad de contar con un estatuto arbitral sistemático e integral, y (iii) la ineludible necesidad de acoplarse a las realidades internacionales en materia de arbitraje como mecanismo ágil de solución de controversias.

Es necesario también tener en cuenta la Convención de Nueva York, adoptada en Colombia mediante la Ley 39 de 1990, que es hoy también un instrumento fundamental en la normativa vigente colombiana en materia de arbitraje comercial internacional, pues la misma establece las principales reglas a seguir cuando, un laudo proferido en un país extranjero, va a ser reconocido y ejecutado en Colombia. Los requisitos allí previstos, deben ser observados en la demanda que se presente ante la Corte Suprema de Justicia, la cual, reunidos los requisitos previstos en la norma, deberá reconocer el laudo respectivo, abriendo camino, en consecuencia, a la ejecución de la providencia bajo las normas colombianas²².

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional -Convención de Panamá-, ratificada por Colombia en 1986, se refiere principalmente a las controversias internacionales de naturaleza netamente mercantil. Su aplicación en Colombia, a pesar de su “antigüedad”, ha sido de menor importancia precisamente, debido a la existencia y predominante aplicación de la Convención de Nueva York.

Resultan también relevantes algunas directivas presidenciales (como la 4 del 18 de mayo de 2018 y del Distrito de Bogotá D.C. (Directiva Secretaría Jurídica Distrital 22 del 31 de octubre de 2018).

3.1.2. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

Tal como consta en la exposición de motivos de la ley 1563 de 2012, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional está basado en parte en la Ley Modelo aprobada inicialmente el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (**“Ley Modelo”**). Sobre el particular el documento de exposición de motivos señala:

“Con el propósito de aumentar la competitividad del país, no solo a nivel regional, con este articulado se busca adoptar en materia de arbitraje internacional, una normatividad

22. Entre otras ver Corte Suprema de Justicia Colombia. Sentencia del 23 de marzo de 2018 (SC877-2018), Sentencia 2014-01927/SC9909-2017 de julio 12 de 2017, Sentencia 11001-02-03-000-2014-02243-00 de junio 24 de 201616.

basada en la Ley Modelo ... en su versión más reciente (2006), teniendo entre otras consideraciones, que la misma ha sido adoptada por gran cantidad de Estados y dentro de las cuales se encuentran la gran mayoría de los Estados latinoamericanos”.

3.2. LA LEY 1563 DE 2012

3.2.3. Sistema dualista

Las regulaciones internas se han clasificado tradicionalmente en dualistas o monistas, dependiendo de si la misma aplica de manera indistinta para el arbitraje nacional e internacional (monista) o si establece regulaciones distintas para uno y otro tipo de arbitrajes (dualista).

El día 12 de julio de 2012, el Congreso de la República de Colombia expidió la ley 1563, por medio de la cual se expidió el estatuto de arbitraje nacional e internacional que, según su artículo 119, reguló íntegramente la materia de arbitraje y empezó a regir tres (3) meses después de su promulgación, a saber, el día 12 de octubre de 2012.

La sección tercera de dicha ley, establece las reglas especiales al arbitraje internacional.

3.2.2. Hipótesis en las cuales habrá arbitraje internacional

A pesar de que son muchos los temas que podríamos abordar en materia de arbitraje internacional, el presente escrito se limita a analizar las hipótesis de la ley colombiana, en las cuales habrá arbitraje internacional.

Al efecto, el artículo 62 de la ley 1563 de 2012 establece que se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- (a) *“Las partes, en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o*
- (b) *“El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o*
- (c) *“La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”.*

“Para los efectos de este artículo:

- (1) *“Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.*
- (2) *“Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual”.*

Para el correcto entendimiento de la norma anterior, creemos que deben tenerse en cuenta al menos dos nociones particulares en la ley colombiana: (i) domicilio, y (ii) residencia.

3.2.2.1. Domicilio

De conformidad con los artículos 76, 79 y 84 del Código Civil, *“El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”, “El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad” y “La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte”.*

El artículo 80 del Código Civil, establece que *“se presume... el ánimo de permanecer y vecindarse en un lugar: (i) por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona, (ii) por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo, y (iii) por otras circunstancias análogas.*

En cuanto a la pluralidad de domicilios de una persona, el artículo 83 del Código Civil prevé que *“Cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo.*

Respecto de personas jurídicas, el artículo 86 del Código Civil establece que *“El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales” y en materia societaria, aunque la ley no trae una definición de domicilio, de acuerdo con el artículo 110 del Código de Comercio el establecimiento del domicilio social constituye un requisito de constitución. La Superintendencia de Sociedades de Colombia, en oficio 100-141640 del 14 de julio de 2016 y citando al efecto el Oficio 220-065565 del 22 de agosto de 2012, señaló que el domicilio es “el lugar en que funciona la sede oficial de una sociedad a la que se envían los documentos comerciales u oficiales y en la que se reciben las notificaciones legales y en la que... deben exhibirse los libros de comercio a los asociados para permitirles el ejercicio de su derecho de inspección”.*

3.2.2.2. Residencia

Por su parte, si bien respecto de la residencia se echa de menos una disposición clara sobre el particular, el consenso general se orienta a establecer que la residencia coincide con un fenómeno objetivo, según el cual, la persona permanece por un periodo de tiempo en un lugar determinado.

Si bien puede llegar a tener algún grado de similitud con el concepto de domicilio, lo cierto es que, por lo general, se ha tenido al primero como una categoría jurídica

que, además de ese elemento objetivo recién mencionado, debe contar con un factor subjetivo para su corroboración, específicamente, ese ánimo de permanencia en el territorio respectivo.

3.2.2.3. Paralelo entre Ley Modelo, ley 1563 de 2012 (Colombia) y ley 131 de 2013 (Panamá)²³

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional	Ley 1563 de 2012 sobre Arbitraje Comercial Internacional (Colombia)	Ley 131 de 2013 sobre Arbitraje comercial nacional e Internacional (Panamá)	Comentarios
3) Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes.	62)... Se entiende que el arbitraje es internacional cuando: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes.	2) 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.	Tanto Panamá como Colombia siguieron la Ley Modelo, en el sentido que lo relevante en esta hipótesis, es la ubicación de los domicilios o establecimientos de las partes del acuerdo de arbitraje, al momento de suscribirlo. Sin embargo, mientras que la ley panameña adoptó la noción de “establecimiento” sugerida la por la versión en español de la Ley Modelo, la ley colombiana la cambió por la de domicilio. Ignoro cuál sea la definición de “establecimiento” en Panamá, ni la forma en que deba interpretarse ese vocablo en el contexto del arbitraje internacional. Sin embargo, a pesar de los debates que se han suscitado al respecto en Colombia, aplaudimos la decisión del legislador de adoptar la noción de “domicilio” en lugar de “establecimiento”, pues la misma hubiera estado asociada o hubiera podido confundirse en Colombia, con la de “establecimiento de comercio” de la ley mercantil colombiana,

23. El autor advierte que no es abogado en la República de Panamá y que para la elaboración de este documento no ha tenido asesoría de abogados panameños. En consecuencia, la totalidad de los comentarios hechos en este documento sobre la ley de Panamá o sobre cualquiera otra que no sea la colombiana, constituyen simples referencias a fuentes normativas o jurisprudenciales y opiniones libres no calificadas sobre las mismas.

			la cual como los advertimos atrás, se refiere a un conjunto de bienes y no a un lugar de negocios. Pero además aplaudimos la decisión pues la noción de “domicilio” como vimos arriba, se equipara más (y “mejor”) a la noción de “Place of Business” o “lugar de negocios” adoptada por la versión en inglés de la Ley Modelo. Ello es así, no sólo con base en la definición misma (“lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio”) sino con base en la presunción ligada con el hecho de abrir negocios (tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable).
3) Un arbitraje es internacional si: b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.	[No existe esta hipótesis]	2) El arbitraje será internacional 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 este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.	Como salta a la vista, mientras que Panamá adoptó la hipótesis de “internacionalidad” prevista en la Ley Modelo, Colombia omitió la misma. Tal como lo anotamos atrás, la ley colombiana 315 de 1996, compilada por el Decreto 1818 de 1998, establecía expresamente que el arbitraje sería internacional cuando (i) las partes hubieran pactado que era internacional, y (ii) las partes hubieran pactado que el lugar del arbitraje se encontraría fuera del Estado en que las partes tenían sus domicilios. Sin embargo, sobre esta hipótesis la Corte Constitucional en Sentencia C-347 de 1997, dejó claro que no podía interpretarse en el sentido que sería internacional un arbitraje cuando las partes tuvieran su domicilio en Colombia y en la controversia no existiera un solo elemento extranjero. Y como lo advertimos, aunque en parte de la decisión podría entenderse que dicho elemento extranjero podría ser cualquiera, la Corte lo limitó exigiendo que al menos una de las partes fuera extranjera. En suma, a raíz de la Sentencia de la Corte Constitucional, considero que la interpretación correcta ha debido ser: (A) Si al menos una de las partes tenía su domicilio fuera de Colombia, el arbitraje sería internacional cuando: (i) las partes hubieran pactado que el arbitraje

			era internacional, y (ii) las partes hubieran pactado que el lugar del arbitraje se encontraría fuera del Estado en que las partes tenían sus domicilios, o (B) Si todas las partes tenían su domicilio en Colombia, el arbitraje sería internacional cuando: (i) las partes hubieran pactado que el arbitraje era internacional, (ii) las partes hubieran pactado que el lugar del arbitraje se encontraría fuera del Estado en que las partes tenían sus domicilios, y (iii) al menos una de las partes fuera extranjera. Tal como consta expresamente en la exposición de motivos de la ley 1563 de 2012, la misma “atiende los lineamientos contenidos en la Sentencia C-347 de 1997 de la Corte Constitucional”. Es necesario advertir por último, que el legislador ha podido incluir esta hipótesis siguiendo con ello la Ley Modelo, moderándola conforme a la Sentencia citada, sin necesidad de eliminarla.
3) Un arbitraje es internacional si: b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones <u>de la relación comercial</u> o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.	62)... Se entiende que el arbitraje es internacional cuando: b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las <u>obligaciones</u> o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios.	2) El arbitraje será internacional cuando uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: 2. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones <u>de la relación comercial</u> o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.	Tanto la norma panameña como la colombiana siguieron en esta hipótesis la Ley Modelo, a pesar de que la ley colombiana adoptó una redacción diferente. Sin embargo, mientras que la Ley Modelo y la panameña se refieren a “<u>obligaciones de la relación comercial</u>”, la colombiana solo establece “<u>obligaciones</u>”. Esta diferencia sin embargo, no parecería ser sustancial ni importante en la medida que, en mi opinión, tienen el mismo alcance.

3) Un arbitraje es internacional si: c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.	[No existe esta hipótesis]	También el arbitraje será internacional cuando las partes han <u>convenido</u> expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.	Como salta a la vista, mientras que Panamá adoptó la hipótesis de “internacionalidad” prevista en la Ley Modelo, Colombia omitió la misma. En este punto aplican en su integridad los comentarios hechos atrás en cuanto a la ley colombiana 315 de 1996 compilada por el Decreto 1818 de 1998, la Sentencia C-347 de 1997 de la Corte Constitucional y mi opinión en el sentido que el legislador hubiera podido incluir esta hipótesis siguiendo con ello la Ley Modelo, bastándole simplemente moderarla conforme a la Sentencia citada, sin necesidad de eliminarla.
4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo: a) si alguna de las partes tiene más de un <u>establecimiento</u>, <u>el establecimiento</u> será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.	Para los efectos de este artículo: 1. Si alguna de las partes tiene más de un <u>domicilio</u>, <u>el domicilio</u> será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.	Si alguna de las partes tiene más de un <u>establecimiento</u>, <u>este</u> será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.	No encontramos diferencia en esta hipótesis, salvo por la ya advertida en relación con la decisión del legislador colombiano de adoptar la noción de domicilio en lugar de establecimiento.
4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo: b) si una parte no tiene ningún <u>establecimiento</u>, se tomará en cuenta su residencia habitual.	Para los efectos de este artículo: 2. Si una parte no tiene ningún <u>domicilio</u>, se tomará en cuenta su residencia habitual.	Si una parte no tiene ningún <u>establecimiento</u>, se tomará en cuenta su residencia habitual.	No encontramos diferencia en esta hipótesis, salvo por la ya advertida en relación con la decisión del legislador colombiano de adoptar la noción de domicilio en lugar de establecimiento.

[No existe esta hipótesis]	62. ...Se entiende que el arbitraje es internacional cuando: c) La controversia sometida a decisión arbitral afecta los intereses del comercio internacional.	También el arbitraje será internacional 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.	Como salta a la vista, esta hipótesis no está en la Ley Modelo. Ahora bien, incluyo la norma colombiana y la panameña en la misma fila en paralelo, pues a pesar de tener textos distintos, creo que una y otra incorporan a las legislaciones locales el criterio de Francia para determinar la “internacionalidad” del arbitraje. En el caso colombiano, tal como lo anotamos atrás, en la exposición de motivos de la ley 1563 de 2012 se establece expresamente que la misma está basado en la Ley Francesa de Arbitraje. Esa circunstancia explica por qué, el texto de la norma colombiana en este punto se inspiró en el artículo 1504 de la Ley Francesa de Arbitraje, la cual establece: <i>“Es internacional el arbitraje que involucre intereses del comercio internacional”</i> ²⁴ . Como puede verse, mientras que la norma francesa califica de internacional el arbitraje cuando dicho arbitraje involucra intereses del comercio internacional, la norma colombiana lo hace cuando <u>la controversia sometida a decisión arbitral, afecte los intereses del comercio internacional</u> . A pesar de que podrían construirse interpretaciones en torno a las diferencias mencionadas, creemos que una interpretación correcta debe tener en cuenta la intención y espíritu de la ley (<i>del legislador</i>), claramente manifestados en la propia ley o <i>“en la historia fidedigna de su establecimiento”</i> (en los términos del artículo 27 del Código Civil colombiano), según la cual es evidente e inequívoca la intención de acoger la ley francesa en esta materia. Al efecto la exposición de motivos establece: <i>“...aprovechado la reciente expedición de la Ley Francesa de Arbitraje que, si bien no se encuentra dentro del universo de la Ley Modelo UNCITRAL no puede perderse de vista, habida cuenta de la importancia de ese país, como líder en el mundo en materia de Arbitraje. No es una Ley Modelo UNCITRAL, pero sí es una ley de mayúscula relevancia”</i> .
----------------------------	--	--	--

24. Artículo 1504, de la Ley Francesa de Arbitraje que en su idioma original dice: “Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.”

			Por ello, considero que para la aplicación correcta de esta hipótesis, debe tenerse en cuenta en buena medida la aplicación de la misma en el derecho francés²⁵ y, naturalmente, las decisiones de nuestras propias Cortes y tribunales en la medida que vayamos creando jurisprudencia local sobre el particular. Al efecto vale la pena anotar, que un arbitraje será internacional en Francia²⁶, conforme al artículo 1504 del Code de Procédure Civile -CPC-, cuando involucre una transacción económica que no se limite a las “fronteras” de un solo país, coincidiendo con ello con la norma panameña. Esta definición, basada en la noción de “intereses del comercio internacional”, es el resultado de la codificación del “test” principal que fue aplicado por las Cortes francesas por varias décadas, para establecer cuál régimen de arbitraje aplicar (doméstico o internacional) a disputas particulares (Cour d’appel de Paris, 13 June 1996, Revue de l’Arbitrage (Rev Arb) 1997, p 251 – 257.). En esa medida, un arbitraje podrá ser internacional si tiene su sede en Francia, con o sin partes francesas, si la disputa involucra el flujo de bienes, servicios o moneda a través de fronteras internacionales (en línea de nuevo con la norma panameña). Más aún, un laudo que se profiera en el marco de un arbitraje internacional, será tratado como laudo internacional, incluso si se profirió en Francia Esto significa, que existen tres tipos de laudos bajo la ley de arbitraje francesa: (i) laudos domésticos proferidos en Francia que no se refieren a asuntos internacionales, (ii) laudos internacionales proferidos en Francia y se refieren a asuntos internacionales, y (iii) laudos internacionales proferidos fuera de Francia²⁷.
--	--	--	---

25. Ver entre otras “Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 26 janvier 2011, N° de pourvoi: 09-10198 Publié au bulletin Rejet” y “Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du jeudi 30 juin 2016, N° de pourvoi: 15-13755 15-13904 15-14145”.

26. Tomado en su integridad y traducido libremente por el autor de “CMS Guide to Arbitration”, Vol I, fourth edition, 2012: ‘ARBITRATION IN FRANCE’, Jean de la Hosseraye, Stéphanie de Giovanni and Juliette Huard-Bourgeois”.

27. Para una detallada explicación de las reglas de ejecución de los diferentes tipos de laudos, ver “CMS Guide to Arbitration”, Vol I, fourth edition, 2012: ‘ARBITRATION IN FRANCE’, Jean de la Hosseraye, Stéphanie de Giovanni and Juliette Huard-Bourgeois. Sección 10.”

		Respecto de lo anterior, es fundamental advertir que no todas las reglas descritas podrían aplicarse en Colombia a la luz de la Sentencia. Por ejemplo, suscitaría algunas dudas una hipótesis en la cual, la controversia sometida a decisión arbitral afectara los intereses del comercio internacional pero (i) <u>las dos partes tuvieran su domicilio en Colombia</u>, y (ii) <u>ambas fueran nacionales colombianos</u>. En efecto, tal como lo advertí atrás, a raíz de la Sentencia de la Corte Constitucional, considero que la interpretación correcta ha debido ser que si todas las partes tenían su domicilio en Colombia, el arbitraje sería internacional sólo cuando entre otras, al menos una de las partes fuera extranjera. Si ello fuera así, cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional, sólo podría entenderse que el arbitraje es internacional, cuando (A) al menos una de las partes tuviera su domicilio fuera de Colombia, o (B) si todas las partes tuvieran su domicilio en Colombia, al menos una de las partes fuera extranjera.
--	--	---



INFANTE
&
PÉREZ
ALMILLANO **15** años

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 Web: www.ipal.com.pa

El árbitro, el juez y el otorgamiento de la tutela de urgencia

Cláudio de Melo Valença Filho¹

Brasil

Sumario: 1. El árbitro no tiene *imperium merum*, pero tiene *imperium mixtum*. 2. Un debate que no puede plantearse como una cuestión relacionada con la competencia concurrente o subsidiaria. 3. Una jurisdicción de necesidad I. El riesgo de denegar justicia como justificación para devolver la jurisdicción del árbitro al juez de emergencia. II. Límites al ejercicio de la jurisdicción por el juez de emergencia; A. La precariedad de la jurisdicción estatal de urgencia; B. Límites al conocimiento del juez nacional y la inestabilidad de su decisión.

En el proceso civil brasileiro, son especies de la tutela de emergencia la medida cautelar, el conocimiento sumario satisfactorio y la anticipación de tutela. La primera se caracteriza por la ausencia de contenido satisfactorio y por la referencia a otra acción, actual o inminente, en función de la cual existe; la segunda, aunque conserve el elemento de referencia, incluye pretensiones relacionadas con el mérito, lo que le da la denominación impropia de “cautelar satisfactoria”; y la última, similar a la “référé-provision” de los derechos francés y belga, se caracteriza por anticipar aspectos sustanciales, sin que haya referencia, ya que los debates en torno a la tutela de urgencia y al mérito, se concentran en una sola acción ante el mismo juez, sin distinguir entre acción cautelar y principal. Las medidas que anticipan aspectos relacionados con el mérito también son llamadas de *provisionales*, mientras la tutela cautelar neutra es apenas provisoria. En común permiten al juez redistribuir el *onus* del paso del tiempo, para promover la igualdad real entre las partes o la efectividad jurisdiccional².

1. Doctor en Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Socio de Valença Contencioso Arbitral.

2. Los derechos francés y belga distinguen las “mesures provisoires” de las “mesures conservatoires”. En común esas tutelas presentan los trazos de urgencia y de temporalidad. Las “provisoires” permiten promover el equilibrio real entre las partes pues aguardan por el resultado final del conocimiento, incluso por la modificación de la situación inicial. Las “conservatoires” se destinan a la manutención del status quo. Las “mesures

1. **El árbitro no tiene *imperium merum*, pero tiene *imperium mixtum*.** En los primeros años posteriores a la promulgación de la Ley Brasileira de Arbitraje algunos autores afirmaron que el árbitro no podía otorgar medidas de urgencia.³ Dos razones contribuyeron con este error: (i) la redacción deficiente del artículo 22 de la Ley 9.307/1996, que no confería al árbitro poderes para otorgar medidas de emergencia de forma expresa y (ii) las reminiscencias culturales de una época en la cual el otorgamiento de medidas cautelares era considerada una manifestación pura del *imperium*⁴.

Así, de un lado, se consideraba que el árbitro no tenía *imperium*, y, de otro, que la tutela urgencia era una actividad vinculada al ejercicio del poder jurisdiccional. Los postulados fundamentales de ese error surgieron del apego brasileiro a dos corrientes: la otrora tesis alemana, según la cual el proceso cautelar era un mero apéndice del proceso de ejecución;⁵ y la influencia de Enrico Tullio Liebman y del proceso civil italiano, que no solo atribuyen fuertes rasgos publicistas en la formación del proceso civil moderno⁶, sino que además hasta hoy prohíbe al árbitro conceder tutelas cautelares de urgencia. Así, no sorprende la reproducción del error entre los brasileños y otras jurisdicciones como la argentina, en la que, como Roque J. Caivano denuncia, existe un desvío similar en la doctrina: “Una interpretación (a nuestro juicio desacertada) de lo que debe entenderse por *imperium* ha motivado conclusiones erradas: de la falta de *imperium* de los árbitros se ha inferido que no pueden dictar medidas cautelares”.⁷

Pues bien, incurriendo en el error en mención, en un caso entre Embratel y Brasil Telecom S.A., el Tribunal de Justicia del Distrito Federal (TJDF) de Brasil negó al árbitro el poder de otorgar tutela de urgencia: “Ausente el sistema arbitral de la figura de providencias cautelares y anticipatorias de tutela, es pertinente el análisis por el Poder Judicial de la solicitud fundada en lesión o amenaza de lesión”.⁸

En nuestra opinión, el TJDF cometió dos errores. Primero, si otorgar la tutela de urgencia requiere más de *imperium que de notio*, hoy nadie niega que la tutela de emergencia conlleva a que se practiquen actos de conocimiento. Como se reconoce en

d’instruction” son especies destinadas a la salvaguarda de pruebas; las “mesures de stabilisation”, destinadas a la salvaguarda de derecho, sin anticipación del mérito; y las “mesures d’anticipation”, semejantes a las nuestras de conocimiento sumario satisfactorio y anticipación de tutela. Al respecto ver DE LEVAL, G. Le juge et l’arbitre. Les mesures provisoires. In: COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G (coord.). Les mesures provisoires en droit belge, français et italien: étude de droit comparé. Bruzelas: Bruylant, 1998. P. 424.

3. Por ejemplo, Paulo Furtado y Uadi Lammego Bulos. Lei de Arbitragem Comentada. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 93. Álvaro Villaga Azevedo Arbitragem. Revista dos Tribunais, v. 753, 1998, p. 20.
4. JARROSSON, Charles. Réflexions sur l’imperium. Etudes offertes à Pierre Bellet: LGDJ, 1987. P. 245. Sobre el concepto de Imperium, v. JARROSSON, Charles. Réflexions sur l’imperium. Etudes offertes à Pierre Bellet: LGDJ, 1987. P. 245.
5. Sobre este aspecto de la historia del derecho, ver THEODORO JR., Humberto. Processo cautelar. 22.ed. São Paulo: Leud, 2005. p. 41.
6. Sobre este aspecto de la historia del derecho, ver THEODORO JR., Humberto. Processo cautelar. 22.ed. São Paulo: Leud, 2005. p. 41.
7. CAIVANO, Roque J. El arbitraje. 2. Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 235.
8. BRASIL. TJDF, Agn 2002002007481-2, 1ª Turma Civ., Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações c. Brasil Telecom S.A., Rel. Valter Xavier, j. 21.10.2002, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 7, 2005, p. 143.

la Exposición de Motivos del Código Civil del Proceso brasileiro, el proceso cautelar “(...) es un *tertium genus*, que contiene al tiempo funciones del proceso de conocimiento y de ejecución y cuyo elemento específico es la prevención”⁹. Segundo, no es verdad que el árbitro no tiene *imperium*, lo tiene, en la modalidad *imperium mixtum*, lo que no posee es *imperium merum*¹⁰; por lo que puede ordenar actos de ejecución indirecta, y no de ejecución directa. Creemos sea esa la primera línea de demarcación entre las jurisdicciones respectivas del árbitro y del juez nacional en el otorgamiento de tutela de urgencia: al primero le corresponden los actos de ejecución indirecta, ya que tiene *imperium mixtum*; y al segundo, los actos de ejecución directa de las medidas otorgadas por el árbitro, pues es el único que posee el *imperium merum*.

Estos errores fueron corregidos por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) –autoridad jurisdiccional brasileira equivalente a la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Colombia y Perú–. Al final de una serie ininterrumpida de seis decisiones, en la serie “Jurisprudência en Tese”, el STJ afirmó que “[e]l árbitro no ostenta poder coercitivo directo, estándole vetada la práctica de actos de ejecución, correspondiendo al Poder Judicial la ejecución forzosa del derecho reconocido en sentencia arbitral”.¹¹

Y es bajo esta misma línea, que surge una de las principales y más innovadoras contribuciones de la Ley 13.129, del 26 de mayo de 2015, cuyo artículo 22-C reglamenta la comunicación árbitro-juez brasileño en la promoción de la ejecución directa de tutela de urgencia otorgada por el árbitro. Para eso fue creada la *carta arbitral*: “El árbitro o el tribuna arbitral podrán expedir carta arbitral para que el órgano jurisdiccional nacional practique o determine el cumplimiento, en el área de su competencia territorial, del acto solicitado por el árbitro”. Así, el árbitro puede solicitar apoyo al juez cuando la eficacia de la medida de urgencia arbitral dependa de actos de ejecución directa, lo que evidencia la complementariedad entre la jurisdicción del árbitro y la del juez nacional en el otorgamiento de la tutela de urgencia.

2. **Un debate que no puede plantearse como una cuestión relacionada con la competencia concurrente o subsidiaria.** Además de determinar los papeles del árbitro y del juez en el cumplimiento de la tutela de urgencia – con fundamento en la naturaleza directa o indirecta de los actos de ejecución necesarios para la efectividad – también es necesario delimitar los respectivos campos de acción para otorgar tales medidas. En derecho comparado se plantean dos soluciones

principales: la primera, inspirada en el antiguo derecho francés, aboga por una **competencia concurrente**, común al árbitro y al juez de urgencia; la segunda, solo atribuye al juez una **competencia subsidiaria**, limitada a determinadas circunstancias.

En este sentido, en los sistemas que abogan por una competencia concurrente, el juez nacional puede otorgar medidas cautelares en las disputas objeto de acuerdo de arbitraje sin que sea necesario presentar justificaciones adicionales a la propia urgencia. La parte interesada es libre para elegir lo que le parezca más conveniente, si acudir al árbitro o al juez, sin riesgo de que su acción ante juez sea interpretada como una renuncia tácita a la convención de arbitraje¹².

Aunque el desvío lógico de la primera de las soluciones fue abandonado por los franceses en 2011¹³, continúa siendo recomendado por el artículo 17J de la Ley Modelo UNCITRAL¹⁴ y, en Brasil ha inducido a error a por lo menos dos tribunales de segunda instancia. En el primer caso, a pesar de que la controversia estaba sujeta a un acuerdo de arbitraje, el Tribunal de Justicia de São Paulo, antes de ordenar el secuestro de cuotas sociales, no consideró la posibilidad de que la tutela fuera proferida por el árbitro con la misma efectividad que tendría una orden judicial emitida con el mismo propósito¹⁵; en el segundo, el Tribunal de Alzada de Minas Gerais negó el efecto negativo derivado al acuerdo de arbitraje respecto del juez nacional de urgencia¹⁶.

Las incongruencias de esa solución conllevan a un grave error: el uso continuo del término *competencia concurrente* para designar, de un lado, la libre opción de la parte interesada entre las tutelas de urgencia estatal y privada y, de otro, la posibilidad de que el juez nacional intervenga en una disputa sujeta a arbitraje sin justificación adicional, seguirá sugiriendo – de forma errada – que la repartición de funciones entre árbitro y juez no ocurre en el plano del conflicto de jurisdicción, sino en plano posterior, en la repartición de competencias.

La jurisdicción es un presupuesto procesal cuyo existencia se verifica, naturalmente, antes de que el proceso pueda existir: sin jurisdicción no hay autoridad jurisdiccional y sin ésta, tampoco hay proceso (y, por ende, ni tutela ni sentencia).

9. BUZAID, Alfred. Exposição de Motivos do Código do Processo Civil, item 11, com expressa remissão a obra de CARNELUTTI, F. Direito e processo, o. 365.

10. JARROSSON, Charles. Réflexions sur l'imperium. Etudes offertes à Pierre Bellet. Paris: LGDJ, 1987. p. 246.

11. REsp 1733685/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, decidido el 06/11/2018, DJe 12/11/2018; CC 150830/PA, Rel. Magistrado Marco Aurélio Bellizze, Segunda Sección, decidido el 10/10/2018, DJe 16/10/2018; REsp 1465535/SP, Rel. Magistrado Luis Felipe Salomão, Cuarta Turma, decidido el 21/06/2016, DJe 22/08/2016; REsp 1373710/MG, Rel. Magistrado Ricardo Villas Bôas Cueva, Tercera Turma, decidido el 07/04/2015, DJe 27/04/2015; REsp 1312651/SP, Rel. Magistrado Marco Buzzi, Cuarta Turma, decidido el 18/02/2014, DJe 25/02/2014; REsp 1277725/AM, Rel. Magistrado Nancy Andrichi, Tercera Turma, decidido el 12/03/2013, DJe 18/03/2013. Decisiones disponibles en www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.sp, acceso el 01.08.2019, a las 11h16.

12. A respecto, ver FOUCHARD, Ph.; GILLARD, E.; GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage comercial internacional*. Paris: Litec, 1996. p. 729.

13. Decreto 2011-48 del 13 de enero de 2011. A propósito, ver GAILLARD, E.; LAPASSE, P. de. Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international. *Recueil Dalloz*, n. 3, 2011, p. 179.

14. UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law. Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006: “Article 17. A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has relation to proceedings in courts. (...)”.

15. TJSP, AgIn 285.741-4/6, 2ª Câmara de Direito Privado, Agravante: Altran do Brasil S/A, Agravado: José Fernando Parra e outro, Rel. Maia da Cunha, São Paulo, 29 de abril de 2003, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 7, 2005, p. 130-131.

16. Tribunal de Alzada de Minas Gerais, Apelación 393.297'8, 5ª Câmara Civil, Apelante: GMK Equipamentos Industriais Ltda., Apelado: Daimler Cryler do Brasil Ltda., Rel. Mariné da Cunha, Belo Horizonte, 15 de mayo de 2003, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 7, 2005, p. 134-142.

Ahora bien, el debate sobre la repartición de competencias se plantea en el ámbito del derecho internacional privado, como una cuestión concerniente a los conflictos de jurisdicción relativos a los límites de la soberanía del Estado del foro. El juez nacional ha de relacionarse con el árbitro tal y como se relaciona con cualquier jurisdicción extranjera, de manera que la autoridad con jurisdicción siempre será una y exclusiva: el árbitro, cuando exista acuerdo de arbitraje; el juez extranjero, cuando exista cláusula de elección de foro; y el juez nacional, cuando ninguno de los anteriores exista. Así, si no hay la posibilidad de coexistencia de autoridades, tampoco hay competencia concurrente o subsidiaria: donde hay árbitro, no hay juez y viceversa. Entonces, el rol del juez nacional en el otorgamiento de la tutela de urgencia no surge de una repartición de competencias, sino de la devolución de la jurisdicción por el árbitro al juez cuando hay riesgo de denegar justicia en casos de urgencia.

3. **Una jurisdicción de necesidad.** La posibilidad de que el juez nacional actúe de urgencia en disputas sujetas a arbitraje no es una opción abierta para la parte interesada, pues el juez no es un juez opcional ni alternativo, sino de necesidad. Como bien afirman Giovanni Nanni y Pedro Guilhardi, “solo en **situación justificada** (resaltado), [teniendo en cuenta que] es necesario y no puede esperar por la valoración por los árbitros”¹⁷, el interesado puede buscar el socorro judicial. En este sentido, el artículo 22-A de la Ley de Arbitraje confirmó lo que la jurisprudencia había establecido y zanjado, de forma segura, a lo largo de una decena de años de decantación, y que quedó incorporado en la decisión de la 3ª Turma del STJ, liderado por Nanci Andrichi, en el caso *Itarumã Participações S.A. c. Participação em Complexos Bionergéticos S.A.*: “(...) 2. Estando pendiente la constitución del Tribunal Arbitral, se admite que la parte se auxilie del Poder Judicial, por intermedio de medida de naturaleza cautelar, para asegurar el resultado útil del arbitraje. (...)”¹⁸. Es decir que, para la 3ª Turma, si existe un árbitro posesionado, no existirá juez nacional.

No obstante, el legislador y los jueces de la 3ª Turma parecen no haber caído en cuenta de que al dividir la jurisdicción para proferir medidas cautelares y de urgencia en función del momento de la constitución del Tribunal Arbitral, transmiten la falsa idea de que el riesgo de denegación de justicia por ausencia de autoridad jurisdiccional, en los casos de urgencia, no puede ocurrir una vez haya sido instaurada la instancia arbitral. Según el texto mismo del artículo 22-A, “las partes podrán recurrir al Poder Judicial para la concesión de medidas cautelares o de urgencia”, pero una vez instituido el arbitraje, la jurisdicción solo pertenecería al árbitro (artículo 22-B).

En este aspecto, resulta llamativa la habilitación legal dada por la ley de arbitraje colombiana a las partes de un acuerdo arbitral – que prevea arbitraje internacional

– para, en cualquier momento (es decir, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso de las mismas), acudir ante el juez solicitando medidas cautelares, sin que se entienda que con ello renuncian a dicho acuerdo¹⁹. Nótese que la ley no estableció requisitos de urgencia para que las partes pudieran acudir al juez, ni previó que la jurisdicción del juez fuera de estricta necesidad.

En cualquier caso, retomando el caso brasileiro, las situaciones de urgencia son más comunes antes de instaurarse el arbitraje. Es así porque el proceso de habilitación jurisdiccional del árbitro presenta una fase objetiva, de creación del arbitraje por el ordenamiento jurídico estatal, y otra subjetiva, de creación del árbitro, a cargo de las partes, la cual, a su vez, se divide por lo general en dos etapas: (i) la sustracción de poderes del juez nacional, por fuerza del acuerdo de arbitraje y de su efecto negativo; y (ii), el otorgamiento al árbitro del poder sustraído, que ocurre mediante el contrato de arbitraje – *receptum arbitrii* – o el compromiso arbitral. Al no existir árbitro ni juez entre una y otras etapa – entre el momento de la sustracción de poderes al juez y sí otorgamiento al árbitro –, surge un vacío jurisdiccional, de forma que si en ese momento se presenta una situación urgente y no se permite al interesado el socorro judicial, se crea el riesgo de denegar el acceso a la justicia. Es por esta razón que la jurisdicción vuelve al juez nacional para la tutela de urgencia²⁰. Sin embargo, cabe resaltar que la existencia del árbitro no elimina las posibilidades de riesgo de denegación de justicia derivado de la urgencia, y el consecuente atentado al orden público y restitución de la jurisdicción al juez estatal (I). Este a su vez, la ejerce dentro de los límites establecidos por el ordenamiento nacional del foro (II).

I. El riesgo de denegación de justicia como causa para devolver la jurisdicción del árbitro al juez de urgencia

El efecto negativo del acuerdo de arbitraje, en su esencia, es un reflejo de la renuncia del Estado-juez a la jurisdicción, como emanación otorgada por el ordenamiento jurídico nacional e transnacional a la autonomía de la voluntad de las partes. Es dicha autonomía la que crea el acuerdo de arbitraje y le asigna lo efecto de sustraer del juez nacional la calidad de autoridad. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisdicción debe ser restituida a su detentor originario siempre que la rigidez del efecto negativo del acuerdo de arbitraje pueda generar denegación de justicia. En ese sentido, Gerard Pluyette

19. El artículo 71 de la ley de arbitraje de Colombia (Ley 1563 de 2012) establece que “[c]ualquiera de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso de las mismas, podrá solicitar de una autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y esta podrá decretarlas, sin que por ello se entienda que ha renunciado al acuerdo de arbitraje”, mientras que el artículo 90 de la misma ley prevé que “[c]on anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante en Colombia o en el exterior, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”.

20. La hipótesis del vacío jurisdiccional es también demostrada por CAIVANO, Roque J. *El arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 235: “Una situación diferente suele plantearse cuando, existiendo un acuerdo arbitral, una de las partes quiera solicitar la traba de una medida cautelar antes de iniciar la demanda arbitral. (...) No cabe duda que, en tales supuestos, la parte puede requerir al juez del Estado que la disponga”.

17. NANNI, Giovanni E.; GUILHARDI, Paulo. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões a luz da reforma da lei de arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 45, 2015, p. 135.

18. RASIL. STJ, REsp 1.297.974, Recorrente: Itaruma Participações S/A, Recurrido: Participações em Complexos Bionergéticos S/A — PCBIOS, Rel. Nancy Andrichi, j. 12.06.2012.

entiende que antes de conocer de la demanda de urgencia, el juez nacional debe tener en cuenta si en el caso en concreto hay amenaza de denegación de justicia como consecuencia de la imposibilidad del árbitro de otorgarla con una celeridad y eficacia similar a la judicial²¹. Si la conclusión es afirmativa, el juez no puede dejar de intervenir; si es negativa, no tiene derecho a inmiscuirse en el arbitraje.

Esa idea de una jurisdicción que vuelve al juez nacional con fundamento en el peligro de denegación de justicia, fue reconocida por la Corte de Casación francesa en el caso *État d'Israel c. National Iranian Oil Company (NIOC)*. Allí, el riesgo de denegación de acceso a la justicia surgía de la imposibilidad de instaurar la instancia arbitral, toda vez que, por un lado, el Estado de Israel se rehusaba a designar su árbitro y, de otro, el mismo Estado prohibía a los nacionales de países enemigos – para el caso, una compañía estatal iraní – acceder al juez nacional. La situación impedía a la sociedad iraní el acceso al árbitro y al juez nacional de Israel. Así, pese a que el caso no presentaba puntos de contacto relevantes con el ordenamiento de Francia, el juez nacional entendió que la amenaza de denegación de justicia y el correlativo atentado contra el orden público, justificaban la intervención en el caso para auxiliar la instauración de la instancia arbitral:

No obstante, considerando que la imposibilidad de acceso al juez para una de las partes, incluso si ese juez fuera el árbitro encargado de decidir las pretensiones, excluida toda la jurisdicción estatal, y, así, de ejercer un derecho relacionado con el orden público internacional consagrado en los principios del arbitraje internacional y en el artículo 6.1 de la Convención europea de los derechos del hombre, constituye una denegación de justicia que fundamenta la jurisdicción internacional del Presidente del Tribunal de Grande Instance de París, en su misión de asistencia y cooperación con el juez estatal en la instauración del arbitraje, pues hay una conexión con Francia²².

El contenido de orden público internacional de los países latinoamericanos tampoco permite que se niegue el acceso a la jurisdicción: el artículo 8 de la Convención Interamericana de los Derechos del Hombre (San José, 1969)²³ garantiza ese derecho

y su violación permite al particular interesado demostrar la responsabilidad del Estado ante la Corte Interamericana de los Derechos del Hombre²⁴.

En el caso de Brasil, ese acceso a la jurisdicción está además respaldado por el artículo 5, XXXV de la Constitución,²⁵ y la doctrina, interpretando este artículo, se ha manifestado en el sentido en que el riesgo de denegación de justicia puede ser el fundamento para la intervención del juez nacional en disputas objeto de acuerdo de arbitraje. En efecto, para Sidnei Beneti, “(...) cabría la tutela cautelar preparatoria y, en casos excepcionales, la incidental durante el procedimiento arbitral, con soporte directo en el CPC (artículo 796 y ss.) y en la Constitución Federal (CF, artículo 5, XXXV) (...)”²⁶; para Eleonora Coelho, “aunque esa hipótesis no esté expresamente prevista en la Ley n. 9.307/96, surge del principio constitucional de acceso a la justicia”²⁷; y para Marcelo Vilela, “tal entendimiento surge de la interpretación adecuada del derecho de acción asegurado constitucionalmente, pues se debe garantizar al ciudadano el acceso a la tutela judicial oportuna”²⁸.

Una postura similar es sostenida por clásicos del procesal civil como Edoardo F. Ricci y Donaldo Armelin: según el primero, la aplicación directa del artículo 5, XXXV, de la Constitución Federal resguarda el deber del juez nacional de integrar la ley, restituyendo la participación del Poder Judicial en el arbitraje, siempre limitada, incluso para inmiscuirse en el mérito de las decisiones y asegurar que no habrá lesión o amenaza del derecho a su apreciación²⁹; y el segundo es enfático en afirmar que “[l]o cierto, sin duda, es la imposibilidad de reconocer una prohibición del acceso a la jurisdicción, garantizado constitucionalmente en favor de todos, en caso de violación de derecho (...)”; de lo contrario, se condena al interesado a permanecer en el “limbo de una situación intermedia caracterizada por la anomalía resultante de la carencia de jurisdicción”³⁰.

En la jurisprudencia nacional, al menos tres tribunales de justicia han acatado el fundamento constitucional directo de la jurisdicción de urgencia: el Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, en una acción cautelar preparatoria en la cual se ordenó el

21. El texto original es el siguiente: “The condition for intervention by the national courts – exceptional, p. in the face of the parties’ contrary intention as expressed in the arbitration agreement – would no longer be that of urgency but would rather be that of the denial of justice deduced from the arbitrator’s inability to intervene and the risk that would ensue thereto” (PLUYETTE, G. A French perspective. *Bull. CCI*, Paris: ICC Publishing, Special Supplement n. 519, 1994, p. 75).

22. El texto original es el siguiente: “Mais attendu que l’impossibilité pour une partie d’accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l’exclusion de toute juridiction étatique, et d’exercer ainsi un droit qui relève de l’ordre public international consacré par les principes de l’arbitrage international et l’article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l’homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d’assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d’un tribunal arbitral, des lors qu’il existe un rattachement avec la France” (FRANÇA. Cour de Cassation. 1^{re} Chambre Civile. Recurrente: Estado de Israel. Recurrido: National Iranian Oil Company (NIOC). Paris, primero de febrero de 2005 (Revue de l’arbitrage, 2005, p. 693-707, con comentario de Horacia Muir Watt)). Al respecto, ver: TRAIN, François-Xavier. Déni de justice et arbitrage international. *Les Cahiers de l’arbitrage*, v. 3, 2006, p. 66.

23. Ver el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos del Hombre (San José, 1969).

24. El Estado brasileiro aceptó someterse a la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos del Hombre (Decreto Presidencial 4.462 del 8 de noviembre de 2002).

25. Conforme con el artículo 5º, XXXV de la Constitución brasileira.

26. BENETI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*, n. 87, set. 2006, p. 103.

27. COELHO, Eleonora. Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes. In: GUILHERME, L. F. V. Ahneida (coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 109.

28. VILELA, Marcelo G. D. Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 7, jul.-set. 2005, p. 41.

29. RICCI, Edoardo. A impugnação da sentença arbitral com garantia constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, out.-dez. 1999, p. 19. BRASIL. TRF-2ª Reg., Agn 2003.02.01.010784-5, 1ª Turma, Agravante: Companhia Energética de Petrolina – CEP, Agravada: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, Rel. Carreira Alvim, Río de Janeiro, 22 de junio de 2004 (Re- vista de Arbitragem e Mediação, n. 6, 2005, p. 217-227, con comentarios de Donaldo Armelin).

30. BRASIL. TJRS, Agn 70004506424, 2ª Câmara Civil, Agravante: AES Uruguiana Empreendimentos, Agravado: Companhia Estadual de Energia Elétrica, Rel. Teresinha de Oliveira Silva, Porto Alegre, 13 de noviembre de 2002. www.tjrs.jus.br, aceso en 01.08.2019, à las 10h01 a.m.

registro de cierta cantidad de energía para venta en el mercado regulado – el MAE;³¹ el de Minas Gerais coincidió al garantizar a los socios el acceso a los libros contables, antes de instaurarse la instancia arbitral³²; y, en dos ocasiones, el de São Paulo. En una ordenó el secuestro de cuotas sociales³³ y, en otra, el cumplimiento temporal de un contrato de distribución de medicinas veterinarias³⁴.

En síntesis, creemos que la urgencia solo se presenta como criterio de aplicación del régimen de jurisdicción excepcional devuelta al juez nacional en los casos en los que existe riesgo de denegación de justicia, estando siempre limitada al tiempo que perdure el riesgo y sin que el juez que conozca de la acción correspondiente pueda entrar en el mérito, como pasamos a exponer.

II. Los límites al ejercicio de la jurisdicción por el juez de emergencia

Dos límites principales caracterizan la jurisdicción devuelta al juez nacional de urgencia para intervenir en casos objeto de acuerdo de arbitraje. Primero, tiene existencia temporal precaria, pues está limitada al tiempo durante el que perdura el riesgo de denegación de justicia (**A**). Segundo, es inestable, toda vez que, debido al conocimiento restringido de la causa por parte del juez de urgencia, las decisiones que profiere pueden ser modificadas e incluso desaparecer (**B**).

A. La precariedad de la jurisdicción estatal de emergencia

Cesando el atentado al orden público por la desaparición del riesgo a la denegación del acceso a la justicia, deja de existir el fundamento para la restitución de la jurisdicción de urgencia del árbitro al juez nacional, de ahí su naturaleza precaria, limitada al tiempo de presencia de un *periculum in mora* que, además de la emergencia de la situación en sí, requiere de la imposibilidad del árbitro de actuar con una efectividad semejante a la del juez nacional³⁵.

Ahora bien, aunque hay menor probabilidad de que ocurra la situación de riesgo si el árbitro ya ha asumido su cargo y se encuentre posesionado, puede ocurrir que éste no tenga poderes para intervenir de forma efectiva, bien sea porque la instancia arbitral ha sido suspendida, – por enfermedad, ausencia o viaje³⁶ –, o, también, porque la urgencia de la situación no soporta la dilación de una tutela de la urgencia híbrida dividida en dos etapas: una, de *notio*, ante el árbitro, y otra, de *imperium merum*, ante el juez estatal competente para prestar la fuerza organizada del Estado para la eficacia de la medida de urgencia³⁷. A propósito de estos inconvenientes, Roque Caivano pone de presente la experiencia argentina aplicando los artículos 753 del Código Nacional y 791 de la provincia de Buenos Aires:

(...) habida cuenta que la experiencia demuestra que solicitar al tribunal judicial que decrete y ejecute la medida suele ser más eficaz y menos problemática que procurar que ejecute forzosamente la dispuesta por árbitros³⁸.

Entendemos que, si la demora resultante de la intervención necesaria del árbitro compromete la efectividad de la eventual tutela de emergencia, cuya ejecución requiere de *imperium merum*, el juez nacional debe intervenir y evitar la denegación de justicia.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de São Paulo ha decidido conforme a este entendido, en por lo menos tres ocasiones en las cuales el arbitraje ya estaba instaurado al tiempo de concederse la medida. En un caso, reconoció la jurisdicción del juez nacional para secuestrar cuotas sociales³⁹; en otro, confirmó la medida de exhibición de documentos contables⁴⁰; y en otro, ordenó la manutención de un contrato de distribución comercial hasta la decisión de fondo final por los árbitros⁴¹. La aproximación del juez de São Paulo fue correcta, pues reconoció la posibilidad de que el árbitro se encuentre momentáneamente impedido para otorgar medidas de emergencia tras la instauración del arbitraje:

(...) 4. En situaciones en las cuales el juez arbitral esté momentáneamente impedido para manifestarse, las reglas de jurisdicción se desatienden temporalmente, para someter la solicitud de la medida cautelar ante el juez estatal, pero esa jurisdicción

31. BRASIL. Tribunal de Alzada de Minas Gerais, Agln 273.072-3 e Agln 262.252-4, 1, 1ª Cámara Civil, Agravante: Sociedade Hospitalar de Uberlândia Ltda., Agravado: Ademar Margonari de Carvalho e outro, Rel. Edilson Fernandes, Belo Horizonte: 22 de febrero de 1999.

33. BRASIL. TJSP, Agln 285.741-4/6, 2ª Cámara de Derecho Privado, Agravante: Altran do Brasil S/A., Agravado: Jose Fernando Parra y otro, Rel. Maia da Cunha, São Paulo, 29 de abril de 2003 (Revista Brasileira de Arbitragem, v. 2, n. 7, p. 130-131, jul.-ago. 2005; Revista de Arbitragem e Mediação, n. 5, abr.-jun. 2005, p. 195-196, p. 196: “La apertura del procedimiento de arbitraje no impide la presentación de acción judicial por la simple y sencilla razón de que la autora está protegida por el artículo 5, XXXV de la Constitución Federal, principio según el cual la ley no excluye al Poder Judicial para conocer de la lesión o amenaza al derecho”.

34. BRASIL. TJSP, Agln 245.257-4/4, 6ª Cámara de Derecho Privado, Agravante: Akzo Nobel Ltda., Agravado: Distrivet Ltda., Rel. Reis Kuntz, São Paulo, 31 de octubre de 2002 (Revista Brasileira de Arbitragem, v. 2, n. 7, jul.-ago. 2005, p. 123-129, e Revista de Arbitragem e Mediação, n. 1, p. 215-226, con comentario de Carlos Augusto da Silveira Lobo e Rafael de Moura Rangel Ney).

35. BRASIL. TJSP, Agln 245.257-4/4, 6ª Cámara de Derecho Privado, Agravante: Akzo Nobel Ltda., Agravado: Distrivet Ltda., Rel. Reis Kuntz, São Paulo, 31 de octubre de 2002: “Por consiguiente, una vez instaurado el juez arbitral, no será posible la coexistencia de la jurisdicción común y de la arbitral. Por el contrario, la competencia del Poder Judicial estará extinta” (Revista Brasileira de Arbitragem, n. 7, jul.-ago. 2005, p. 123-129 y Revist de Arbitragem e Mediação, año 1, n. 1, p. 215-226, con comentarios de Carlos Augusto da Silveira Lobo y Rafael de Moura Rangel Ney).

36. NANNI, Giovanni E.; GUILHARDI, Paulo. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e de Mediação, v. 45, 2015, p. 135.

37. Al respecto, WALD, Arnoldo. Affectio societatis na sociedade de pessoas e no acordo de acionistas. Rompimento. Resolução do Acordo de Acionistas. Aprovação do quotista. Direito de bloqueio. Ofensa à Lei 8.884/94. Direito de preferência. Cabimento de medida cautelar preparatoria perante o Poder Judiciário antes de instaurado juízo arbitral. Competência do Juízo. Revista de Arbitragem e Mediação, Porto Alegre, ano 2, n. 4, ene.-mar. 2005, p. 220.

38. CAIVANO, Roque J. El arbitraje. 2. ed. Buenos Aires: AdHoc, 2000. p. 231.

39. BRASIL. TJSP, Agln 285.741-4/6, 2ª Cámara de Derecho Privado, Agravante: Altran do Brasil Ltda., Agravado: Jose Fernando Correa Parra y otro, Rel. Maia da Cunha, São Paulo, 29 de abril de 2003: Revista de Arbitragem e Mediação, a. 2, n. 5, abr.-jun. 2005, p. 195-196.

40. BRASIL. TJSP, Agln 090.709-4/4, 3ª Cámara Civil, Agravante: Campari do Brasil Ltda., Agravado: Distillerie Stock do Brasil Ltda., Rel. Enio Zulianni, São Paulo, 1 de diciembre de 1998.

41. BRASIL. TJSP, Agln 089.522/4-0-01, 7ª Cámara de Derecho Privado, Agravante: Converse Network Systems, Agravado: Computel Computadores e Telecomunicações S.A.R., Rel. Júlio Vidal, São Paulo: 2 de septiembre de 1998.

es precaria y no se prorroga, solo subsiste para el análisis de la solicitud de preliminar (...)»⁴².

Finalmente, también existe una situación de riesgo derivada de que el acuerdo de arbitraje, como cualquier contrato, solo produce efectos en relación a las partes. En este sentido, puede suceder que la efectividad de la medida de emergencia invada la esfera jurídica de terceros y, en relación a ellos, el árbitro no tiene autoridad, por lo cual no puede emitir órdenes que los obliguen. Si la decisión del árbitro no puede ir más allá de los límites subjetivos del acuerdo de arbitraje, en esas condiciones, será jurídicamente inexistente y podrá ser atacada mediante acción declaratoria autónoma. Por el contrario, por fuera de los límites del acuerdo, la autoridad del juez nacional no está limitada y puede ser ejercida de forma amplia; no es esa una jurisdicción devuelta porque nunca se le fue sustraída.

B. Los límites al conocimiento del juez nacional y consecuente inestabilidad de su decisión

La jurisdicción estatal restituida del árbitro al juez de emergencia está expuesta a una serie de limitaciones, toda vez que, por un lado, el conocimiento del juez de emergencia es *sumario*, y, por otro, su decisión es por naturaleza *inestable*.

Nótese que el término “sumario” es aquí empleado en el sentido clásico utilizado por la doctrina procesal civil respecto de la profundidad del conocimiento emprendido que, en Brasil, se limita a determinar la existencia del *periculum in mora* y al *fumus boni iuris* o a la conveniencia del otorgamiento de la tutela de emergencia, independiente al mérito de la acción principal.

En este aspecto, pueden surgir cuestionamientos relativos a la posibilidad de que el juez nacional de urgencia otorgue medidas de tipo provisional – equivalentes a las pretensiones de mérito –, en la disputa objeto del acuerdo de arbitraje. En proceso civil judicial brasileiro, esa posibilidad existe por medio de la tutela tipo *sumaria satisfactoria*, utilizada para otorgar medidas provisionales, con fundamento en el poder general de cautela. No obstante, el juez de urgencia debe velar por el fácil retorno a la situación anterior, dada la *inestabilidad* de la medida cautelar de emergencia.

En efecto, si la parte que solicitó la medida se abstiene de instaurar la acción arbitral principal dentro del plazo legal otorgado, los efectos de la medida pueden cesar o desaparecer.

Aunque inicialmente en Brasil surgió un debate respecto del momento en que debía entenderse que instaurada la instancia arbitral (v.gr. al proponerse o al ser designados

los árbitros), el artículo 22-A de la Ley de Arbitraje, confirmando lo ya dicho en la jurisprudencia⁴³, zanjó el tema con una meritoria claridad y dispuso que con la simple presentación de la demanda arbitral dentro del plazo legal otorgado para el efecto se entendía cumplido el requisito de “promover” la acción.

Además, siendo el árbitro el único facultado para decidir sobre el mérito, podrá en todo momento extinguir la medida mediante la sentencia final de mérito, sentencia de mérito parcial, o, incluso, mediante una simple decisión interlocutoria fundada en su propio análisis sobre la conveniencia del acto⁴⁴.

Así, pues, no puede afirmarse que la decisión cautelar proferida en el ámbito judicial hace tránsito a cosa juzgada en el contexto arbitral. Y no se puede por dos motivos: primero, el conocimiento sumario en sede cautelar no reviste la fuerza de cosa juzgada material; y, segundo, no iniciándose la instancia arbitral dentro del plazo otorgado, se extinguen los efectos de la medida. La lógica aquí es disyuntiva: o se instaura la instancia arbitral, o cesan los efectos de la medida cautelar proferida en sede judicial. No hay posibilidad de tránsito en cosa juzgada, el árbitro puede en todo momento ordenar el retorno a la situación jurídica anterior.

A pesar de lo anterior, en la práctica puede ocurrir que la tutela provisional se torne en decisión definitiva, y pase de ser una tutela satisfactoria provisional a una tutela satisfactoria autónoma⁴⁵. Así, v.g., si la medida provisional otorgada ordena el pago anticipado de una suma de dinero y la posterior insolvencia o maniobras del deudor impiden el retorno del dinero al acreedor, en el momento en el que fuera revocada, se impide, de hecho, el retorno a la situación anterior. Ahora, si la autonomía de la tutela de urgencia en relación con los procesos de conocimiento y de ejecución se fundamenta en su función de conservar el *status quo*, mientras se espera la declaración del juez de mérito y la ejecución por el juez de ejecución, convertir empíricamente la tutela de emergencia en definitiva implica la transmutación del proceso cautelar en proceso de conocimiento, con la consecuente usurpación de poderes del árbitro por el juez nacional. Así, pues, es necesario que la medida cautelar judicial, en especial el conocimiento sumario satisfactorio, se acompañe de medidas de fácil reversión en el plano de los hechos.

En el derecho comparado, soluciones contra ese inconveniente acostumbran ser prescritas por los jueces nacionales: condicionan la concesión de la medida a la prestación de garantías suficientes que aseguren el fácil retorno al *status quo* anterior

42. BRASIL. STJ, REsp 1.297.974, 3ª Turma, Itarumã Participações S/A c. Participações em Complexos Bioenergéticos S/A., Rel. Nancy Andrighi, j.12.06.2012, DJe 16.06.2012.

43. En el caso Akzo Nobel Ltda. c. Distrivet S.A., el Tribunal de Justicia de São Paulo indicó que la exigencia de accionar la jurisdicción principal se entendía cumplida con la simple presentación de la demanda arbitral.

44. BRASIL. STJ, REsp 612.439, 2ª Turma, Recurrente: AES Uruguiana Empreendimentos Ltda., Recurrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE, Rel. João Otávio de Noronha. Brasília, 25 de octubre de 2005 (Revista de Arbitragem e Mediação, n. 11, 2006, p. 177-193, con comentario de Arnoldo Wald).

45. BRASIL. TJSP, AgIn 245.257-4/4, 6ª Cámara de Derecho Privado, Agravante: Akzo Nobel Ltda., Agravado: Distrivet Ltda., Rel. Reis Kuntz. Sao Paulo, 31 de octubre de 2002 (Revista Brasileira de Arbitragem, v. 2, n. 7, jul.-ago. 2005, p. 123-129).

y son las garantías bancarias las que aparecen como el instrumento más utilizado. Esta solución es hoy en día de adopción obligatoria entre los jueces sometidos a la Convención de Bruselas de 1958 – actualmente sustituida por el Reglamento 44/2001 de la Unión Europea – como fue interpretada por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea en el célebre caso *Van Uden*, en el cual se debatió la legalidad de una orden judicial para el pago anticipado de ciertas cuantías pero el fondo del litigio debía ser sometido al juez arbitral⁴⁶. La Corte Europea entendió que el instituto del pago provisional anticipado del derecho holandés – *kort geding* – anticipa pretensiones y, por lo tanto, invade la jurisdicción sobre el fondo, sobre todo, cuando las medidas, que en su origen eran apenas provisionales, se tornan definitivas.

Para mantener la naturaleza provisional de la medida provisional, la Corte optó por exigir la presentación de garantías suficientes para el fácil reembolso de los valores anticipados, en caso de que el juez del fondo – árbitro – resolviera revocar la decisión⁴⁷. La referida exigencia se incorporó en la práctica judicial en relación con los “interim payments” de los derechos inglés y americano, y con la “référé provision” del derecho francés. Así, pues, se desprende de la experiencia internacional la necesidad de que el juez nacional exija siempre una contra-cautela idónea y de fácil ejecución para no invadir la jurisdicción sobre el fondo.⁴⁸

A nivel latinoamericano, las medidas cautelares decretadas por los jueces también se hacen acompañar de cauciones que facilitan la reversión de los efectos negativos que pueden llegar a tener. Así, por ejemplo, el Código General del Proceso colombiano, que rige los procedimientos civiles y comerciales, ordena la prestación de cauciones una vez las medidas son decretadas⁴⁹ (reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros, entre otras), so pena de no ser efectivamente practicada⁵⁰.

En el ordenamiento brasileiro, no hay razones para llegar a una solución diferente. Garantías de la naturaleza arriba indicada, deben ser exigidas como condición previa al otorgamiento de medidas provisionales y de tutela en general. Específicamente, en sede arbitral, el asunto es más grave, ya que el mérito de la controversia huye de la jurisdicción estatal. Si la orden judicial provisional se tornara de hecho en definitiva, el juez nacional extrapolaría los límites del proceso cautelar, invadiendo la esfera de conocimiento del árbitro, de manera que resulta necesario que la medida provisional se haga acompañar de una medida cautelar auxiliar, *v.gr.* la presentación de medidas de reembolso fácil. Con lo anterior, se evita la transmutación de hecho del juez de urgencia en juez de mérito y el consecuente vaciamiento de la jurisdicción arbitral.

46. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. C-391/95. *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-line*. Luxemburgo, 17 de noviembre de 1998 (Revue de l'arbitrage, 1999, p. 152-168, con comentario de H. Gaudemet-Tallon).

47. En el mismo sentido, CJCE.C-99/96. Recurrente: *Intership Yachting Sneek BV*. Recurrido: *Hans-Hermann Mietz*. Luxemburgo, 27 de abril de 1999. De la misma manera, la CJCE consideró que la autonomía del objeto de una medida de instrucción in futurum impide que sea otorgada por el juez del provisorio. Así fue en el caso *Saint Paul Dairy*, en el que el interesado había requerido la oída de un testigo al juez de los Países Bajos, siendo que la jurisdicción para el mérito pertenecía al juez de Bélgica (CJCE, 28 abr. 2005, *St. Paul Dairy Industries NV*, C-104/03).

48. De conformidad con el artículo 183 (3) de la LDIP del 18 de diciembre de 1987, “El tribunal arbitral o el juez pueden condicionar las medidas provisionales o las medidas conservatorias que sean solicitadas a la presentación de garantías apropiadas”. Según el texto original: “Le tribunal arbitral ou le juge peuvent subordonner les mesures provisionnelles ou les mesures conservatoires qu'ils ont été requis d'ordonner à la fourniture des sûretés appropriées”.

49. El artículo 590 del Código General del Proceso colombiano establece en su numeral 2 que “[p]ara que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica”.

50. Al respecto, por vía de ejemplo, el artículo 603 del Código General del Proceso colombiano dispone que “Las cauciones que ordena prestar la ley o este código pueden ser reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros, en dinero, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en instituciones financieras.

En la providencia que ordene prestar la caución se indicará su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código”.

HERRERO Y HERRERO

ABOGADOS - ATTORNEYS AT LAW

Representamos clientes locales e internacionales, entidades públicas y privadas, en litigios y arbitrajes.

Contamos con especialistas en distintas áreas del derecho tales como seguros, corporativo, construcción y comercial.

La problemática de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias

María del Pilar Vásquez Yanis

Panamá

Introducción

Resulta innegable el valor de la jurisdicción arbitral dentro del devenir económico mundial, como método efectivo, expedito y privado de resolución de conflictos y controversias, que se originan con motivo de operaciones comerciales complejas, con pluralidad de partes, que no sólo se vinculan a través de un contrato, sino de otras, que participan, coadyuvan y posibilitan la ejecución de los términos contractuales, contenidos en aquel.

En ese orden de ideas, deviene fundamental para el administrador de justicia, denominado árbitro, contar con todas las piezas del rompecabezas necesarias para arribar a una decisión justa y cónsona con todos los elementos en conexión con la controversia que dirime, a través de su respectivo laudo arbitral. En muchos casos, esa interconexión de elementos requiere, por la salud del proceso, que personas que no suscribieron el contrato en donde se encontraba inserto el compromiso arbitral, o el documento compromisorio privado accesorio, concurren al proceso, no sólo en defensa de sus derechos, sino a someterse a la decisión que sea emitida en relación a la controversia, de modo tal que, los efectos del laudo les sean jurídica y materialmente alcanzables, afrontando individual o solidariamente, las cargas que le correspondan en virtud de las decisiones arbitrales.

En nuestro país, donde infortunadamente los agentes económicos disfrazan una unidad de interés económico, a través de estructuras corporativas, que a pesar de no ser

PH Global Plaza, Calle 50, Piso 6
Tel.: (507) 300-4121
rcoronado@herreroyherrero.com

complejas, sirven como mecanismo de protección de activos, entre ellas, éstas se encuentran encaminadas a lograr la imposibilidad de resarcimiento, ante el evento de una condena en virtud de incumplimiento, mientras los silenciosos accionistas, disfrutaban de forma pública de todas las utilidades que se generaron con motivo de la operación comercial fallida, y mientras terceros, resultan gravemente afectados en sus derechos y patrimonio, en tanto, resulta impostergable que la comunidad jurídica, mantenga una visión que vaya de la mano con los miramientos de mayor vanguardia en la doctrina arbitral internacional, de modo que podamos convertirnos en un foro al que el mundo dirija su mirada, para la resolución de sus conflictos, como una herramienta de valor más, dentro de nuestra valiosa y fundamental economía, estructurada en torno a la prestación de servicios.

Es entonces, dentro de ese contexto, que este artículo se adentra al estudio y desarrollo de esas situaciones jurídicas concretas que, la doctrina más audaz y moderna refiere como fértiles para la aplicación de la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias, a fin de sentar las bases en el lector, dirigidas a sostener una nueva visión y un nuevo entendimiento en cuanto a la necesidad de dicha extensión, en la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de la verdadera función jurisdiccional: la administración de justicia.

Capítulo 1. –Marco conceptual.

1.1. Antecedentes

En relación a la participación de terceros dentro de un proceso arbitral, debe iniciarse señalando que, en los orígenes de la figura como la conocemos hoy en día, en especial durante la primera mitad del siglo pasado, bajo el imperio de un sentido restrictivo amparado en el principio formalista de la cláusula arbitral regente, se entendía que sólo podían llevar a dirimir sus controversias, fuera de la jurisdicción ordinaria, aquellas personas que así lo hubiesen pactado, a través de la inclusión de una cláusula compromisoria dentro de un contrato, o pactando en convenio aparte la remisión a dicha jurisdicción.

Dicha posición, no del todo superada en algunas legislaciones, o parcialmente evolucionada en otras, como ocurre en el caso de Panamá, empieza a sufrir una modificación netamente intelectual, que termina generando la doctrina de innegable importancia con la que resulta imperativa nuestra familiarización, y que constituye el objeto del presente artículo.

En sus primeros pasos de conformación, se intentó atraer a terceros al proceso arbitral, amalgamando las figuras propias de la intervención en la causa del derecho procesal civil, pero, rápidamente los autores advirtieron que, más que servir a la equidad que rige el proceso arbitral, lo contaminaba con los mismos vicios que generan dentro de la jurisdicción ordinaria, conllevando a un movimiento intelectual dirigido no sólo

a superar dichas figuras, sino a discernir sobre situaciones jurídicas meritorias que requiriesen y se beneficiasen de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, reinterpretando las teorías sobre ésta para la consecución de tal fin.

El resultado positivo empieza a materializarse a finales del siglo pasado, en donde toda esa evolución resultaba validada, a través de la expedición de laudos arbitrales que la recoge, implementa y ejecuta, con la fuerza del derecho sustantivo, amparados en los principios rectores de la esfera arbitral, tal como ocurrió en el emblemático Dow Chemical VS Isover Saint Gobail, de 1982, Kis France VS Société Générale de 1989 y el caso Thomson de 1996, en donde quedaron reflejadas situaciones específicas y determinadas, en los que la doctrina arbitral consideró la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias, y las consideraciones jurídicas que lo permite y justifica.

1.2. Precisiones Terminológicas.

El mundo arbitral, tal como describiésemos en líneas anteriores, ha generado todo un vocabulario sobre el que tiene dominio y autoría, y con el que debe familiarizarse el letrado que se introduce en el estudio y la práctica del arbitraje, específicamente, para el alcance de los objetivos trazados en este artículo. Tanto es así, que existe el Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial, editado por la jurista mexicana Cecilia Flores Rueda, obra recopilatoria de destacado valor, toda vez que, la terminología no es desarrollada a través de definiciones conceptuales, sino de pequeños ensayos que las desarrollan, producto de la labor intelectual de una pluralidad de estudiosos del ámbito arbitral. Esta obra constituyó un apoyo importante durante el desarrollo de este artículo.

- *Acuerdo de arbitraje*: convenio por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido entre ellas, o puedan surgir, respecto a determinada relación jurídica contractual o extracontractual, que puede constar en una cláusula compromisoria, arbitral, o en instrumento aparte.
- *Autonomía del acuerdo de arbitraje*: puede resumirse en que la suerte que siga el contrato principal no necesariamente incidirá en la del acuerdo arbitral.
- *CCI*: Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- *Laudo*: Es el mecanismo a través del cual los árbitros exterioriza su decisión sobre una controversia que les fuera sometida a su consideración, siendo el equivalente a la sentencia del derecho procesal civil.
- *Tribunal Arbitral*: Es el órgano que tiene como función resolver la controversia que sea sometida a su consideración, en virtud de un acuerdo de arbitraje.

1.3. Definiciones

Dadas las características particularísimas del tema, así como la adopción del análisis doctrinal como herramienta de desarrollo, es decir, el positivismo jurídico, debemos

informar al lector que no existe en el ordenamiento jurídico patrio, específicamente en la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que rige la materia de arbitraje en Panamá, una definición del concepto de terceros en arbitraje, o siquiera de parte no signataria, a la que puede extenderse el convenio arbitral. Por su parte, debido a la no vigencia del principio de la doble instancia en el procedimiento arbitral, y al carácter estrictamente privado de los arbitrajes, casi secretista, pues ni siquiera se emite un boletín de los laudos que son dictados en los distintos Centros de Arbitraje, lo que serviría como termómetro de las posiciones y criterios que están siendo adoptados por los Tribunales Arbitrales en nuestro país, tema que sería objeto de una voluminosa investigación, no existe una referencia jurisprudencial definida en cuanto al concepto de tercero en arbitraje, o parte no signataria, susceptible de sujeción al convenio arbitral.

No obstante, las definiciones doctrinales en cuanto al tema, son prolijas y el estudioso queda en la capacidad de seleccionar aquella que resulte más acorde con su propia visión de la problemática, a fin de edificar sus respectivas conclusiones. Conforme a ello, compartimos una de las más representativas, obtenida de manos del jurista argentino Roque CAVANO, quien señala que *“hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral, pero tampoco puede predicarse, en sentido opuesto, que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática, ni que esta conclusión pueda ser universalmente aplicada”*¹

1.4. Concepto de Extensión del Pacto Arbitral.

La oportunidad que hemos tenido para la realización de este análisis doctrinal de la problemática de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, nos lleva a definir la figura como el fenómeno jurídico a través del cual, personas no signatarias del acuerdo arbitral son alcanzadas por los efectos de éste, en virtud de su vinculación directa innegable con el contrato, su objeto, o con aspectos medulares de aquel en cuanto a negociación, ejecución y cumplimiento, que revisten una condición de auténtica parte frente a una controversia que, no debe ser resuelta en ausencia de ellas, ya fuere por motivos de responsabilidad, solidaridad, o intereses propios, o por la salvaguarda de sus respectivos derechos, ante el alcance que tendrá sobre los efectos del laudo a emitir.

1.5. Conceptos de Parte Signataria y Tercero en arbitraje.

A través de una desconstrucción del Artículo 15 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, podemos afirmar con claridad que, el derecho panameño entiende por parte signataria a aquella que ha decidido someter a arbitraje todas las controversias, o ciertas controversias, que hayan surgido o puedan surgir, respecto de una determinada

relación jurídica, contractual o extracontractual; decisión que es adoptada, mediante la suscripción de una cláusula compromisoria dentro de un contrato, o bien en la forma de un convenio independiente. No obstante, la ley panameña de arbitraje no hace referencia a la participación de terceros en el arbitraje, que no hayan suscrito el acuerdo arbitral, y de hecho consideramos que, a la luz de su tenor, no permite la extensión del convenio a personas no signatarias en los términos en los que la doctrina más avanzada y las legislaciones más vanguardistas lo entienden y aplican.

Algunos autores, al tratar los temas de la parte signataria, el tercero en arbitraje y la problemática de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, entre ellos el jurista especializado en arbitraje Alejandro Flores Patiño, consideran que es errado hacer diferenciaciones entre dichos conceptos, en virtud, por ejemplo, de la condición de signatario o firmante, pues si bien es cierto, la mayoría de las legislaciones se inclinan por requerir que el acuerdo arbitral conste por escrito, ello no significa que hay un requerimiento de que la propia parte, sea la suscriptora del acuerdo arbitral, tal como ocurre en el evento de la representación. Por otro lado, en relación a los terceros, enuncian que no se trata de realizar una extensión del convenio arbitral, sino de determinar inequívocamente quién detenta la calidad de parte, y quién no, en virtud de su vinculación con la relación jurídica originaria en donde se acordó la prórroga de la competencia.

El Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial, a través del referido autor, establece que *“tercero en el arbitraje es la persona, física o colectiva, ajena a los efectos del acuerdo de arbitraje”*². Esta definición, simple pero extremadamente acertada, nos conduce a determinar cuándo una persona está efectivamente vinculada y, por ende, no es entendida como ajena o extraña al acuerdo compromisorio arbitral, a fin de perfilar una comprensión atinada de la naturaleza de la parte que detenta la calidad de tercero frente a un arbitraje.

Así las cosas, entendemos que no es ajena o extraña a dicho acuerdo, cualquier persona que se haya vinculado al mismo ya sea a través de celebración expresa o tácita de éste, pero también aquella que por un hecho o acto jurídico que, de acuerdo a la ley que lo rige, le permita vincularse o ser obligada al acuerdo, tal como ocurre en los supuestos de estipulación a favor de tercero o el fallecimiento de una parte signataria.

En esa línea de pensamiento, podemos concluir entonces que, tercero en arbitraje es aquella parte que no ha prestado su consentimiento, ni expresa ni tácitamente, dentro de un acuerdo arbitral, pero que, en virtud de determinados hechos o actos, presupon, o permiten presumir, su consentimiento inequívoco al pacto arbitral celebrado por las partes signatarias, como fórmula de resolución de los conflictos que

1. CAVANO, Roque J.; Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario; en www.limaarbitration.net/roque_j_cavano.pdf

2. FLORES RUEDA, Cecilia; Diccionario Enciclopédico de Arbitraje, Editorial Themis, S.A., de C.V., México, 1era. Edición, 2010, Pág. 297.

se originen en torno a determinada situación jurídica, que deben ser entendidos como verdaderas partes.

Concluye el autor comentado que, tales presunciones derivan de teorías o instituciones como la transmisión del acuerdo de arbitraje, el grupo de compañías, el levantamiento del velo corporativo, entre otros, los cuales abordaremos en detalle en líneas posteriores.

Capítulo 2. – Marco teórico.

2.1. Nociones Introductorias.

En el capítulo anterior hemos cimentado bases sólidas para intelección del problema de la sujeción a una cláusula arbitral de personas que no la ha suscrito, y nos dirigimos a hacer un análisis de los elementos jurídicos más importantes que gravitan en torno a esta idea, que es una realidad en otras legislaciones, y en el devenir del arbitraje comercial internacional. En este sentido, la precisión de conceptos que ya hemos ofrecido, tanto generales como técnicamente inherentes a la problemática que nos atañe, constituía menester hacerlo como paso previo al ejercicio de perfilar su distinción con la intervención de terceros típica del derecho procesal civil.

De igual manera, nos encaminaremos a analizar teorías en relación a la cláusula arbitral y examinar algunas de las situaciones jurídicas más importantes en donde la doctrina concuerda que, debe permitirse la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, en defensa de los principios de la buena fe y equidad, como norte en la búsqueda de la verdad material que caracteriza a la vía arbitral.

2.2. Formas de Intervención de Terceros en Arbitraje.

Hemos denominado el artículo “La Problemática de la Extensión del Convenio Arbitral a Partes No Signataria”, partiendo de la base que es posible traer al proceso arbitral a terceras partes, en virtud de una evolución innegable de la doctrina arbitral sobre los límites y las fronteras de los principios rectores de la autonomía de la voluntad de las partes, y de otro que se deriva de éste, denominado de la relatividad de las convenciones.

En el ordenamiento jurídico nacional, este último principio se encuentra recogido en el Artículo 1108 del Código Civil, estableciéndose que *“los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley”*, con lo que se verifica que, en teoría, y dentro de una comprensión contractual de inicios del siglo pasado, e incluso de más de dos siglos si nos atrevemos a referenciar su innegable origen napoleónico, el convenio arbitral, como cualquier otro contrato, solo tendría efectos sobre las partes formalmente contratantes, en este caso, signatarias.

A pesar de tal afirmación, la referida evolución de las fuentes del derecho, entendidas como leyes, reglamentos, práctica, jurisprudencia o doctrina, en el ámbito internacional, han jugado un papel determinante en un nuevo entendimiento de las delimitaciones de este principio, de cara a la resolución de conflictos por la vía arbitral.

2.2.1. Intervención Voluntaria.

Debemos iniciar destacando, de modo categórico, que el resultado de nuestra investigación y análisis nos orienta a afirmar que, con fundamento en los dos principios citados, la intervención voluntaria en materia arbitral no debe ser viable sin que concurra la voluntad de todas y cada una de las partes que sí sean signatarias, de permitirle a un tercero no signatario el sometimiento voluntario a la prórroga de la competencia que ha tenido lugar por autonomía de la voluntad de las partes, y con ello quedar sometido a los alcances y efectos de la decisión final recogida en el laudo; salvo en casos de especial excepcionalidad como los que se listan en la decisión del proceso arbitral *Dow Chemical contra Isover Saint Gobain*. (Laudo calendarado 23 de septiembre de 1982 de la Cámara de Comercio Internacional)³

Consideramos que resultaría una deformación grave de las reglas básicas y unánimes en materia contractual, y del derecho adjetivo que le permite su reivindicación a través del músculo jurisdiccional, en independencia de su naturaleza, que quien no figure dentro de una Solicitud de Arbitraje, entendida como la acción o pieza inicial del proceso arbitral, pueda imponerse y accionar en contra del demandante, bajo la justificación de la existencia de un interés o derecho propio. Así las cosas, es incuestionable que es la figura del demandante quien delimita el radio de acción de la solicitud que presenta, y si el demandado no coincidiese con el mismo, tiene la oportunidad de interponer su respectiva demanda de reconvención, con la finalidad de modificar el alcance de dicho radio. En ese mismo orden de ideas, si las partes signatarias que actúan dentro del arbitraje iniciado, rechazan u oponen la intervención voluntaria de un tercero no signatario, le corresponde a éste vislumbrar otra acción reparadora, que bien podría ser accionar en contra de cualesquiera de ellas, o ambas, y aspirar a lograr la acumulación o fusión de los procesos iniciados, siempre y cuando la legislación vigente así lo permita.

2.2.2. Intervención Forzosa.

El discernimiento sobre la Intervención Forzosa dentro del arbitraje se encuentra íntimamente relacionado con la noción particularísima que le es propia a la figura del tercero en la esfera arbitral, y sobre lo cual ya hiciésemos alocuciones de importancia, pero que se hace necesario ampliar desde la óptica doctrinal.

3. Extracto del laudo: “La cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”.

Uno de los juristas latinoamericanos más importantes en el desarrollo de la problemática en análisis ha sido el argentino Roque J. Caviano, quien ha señalado que *“hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de la verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quien han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de <<terceros>>, que por alguna razón pueden considerarse <<asimilados a las partes>>”*.⁴

Sin duda, James A. Graham aborda la cuestión con mayor claridad y simpleza, manifestando claramente que un tercero simplemente no puede ser nunca traído a un arbitraje. Dicha manifestación se sustenta en el contraste de la noción de tercero ajena al universo arbitral, frente a los principios de la autonomía de la voluntad de las partes y la relatividad de las convenciones que ya hemos comentado. Para este autor *“una de las problemáticas jurídicas más complejas es la que unos llaman de manera errónea la atracción de los terceros en los procedimientos arbitrales, o de la extensión de la cláusula arbitral a partes terceras al contrato de base objeto de la controversia. Sin embargo, esa facilidad del lenguaje no refleja la esencia misma de la problemática, porque no cabe duda que un tercero a un acuerdo arbitral ¡simplemente no puede ser traído a un arbitraje! De lo que habla la doctrina es en realidad del problema de los no firmantes de un acuerdo arbitral. En otras palabras: una parte que no ha firmado la cláusula arbitral compromisoria, ¿puede ser obligada a ir al arbitraje?”*.⁵

De importantísimo valor es la conclusión a la que llega la abogada dominicana Fabiola Medina Garnes, dentro de un artículo de su autoría, en los términos más didácticos y docentes posibles, para el entendimiento de la intervención forzosa dentro del arbitraje, quien puntualiza que *“...a nuestro juicio, existan, en contraposición, verdaderos terceros y partes informales: los primeros, aquellas personas que no son signatarios del convenio arbitral y que tampoco materialmente guardan vínculo alguno con el contrato en el que se invoca dicho convenio. Los segundos, serían aquellas personas que, contrario a los anteriores y a pesar de no ser signatarios del contrato, sí tienen una vinculación que las hace posibles de ser incorporadas a un proceso arbitral”*.⁶

Todas las posiciones doctrinales enunciadas, nos ilustran en relación a elementos comunes que apuntan los autores para que se configure la intervención forzada en la vía arbitral, las cuales podemos destilar hasta concluir que ello ocurre, en la mayoría de los casos, cuando nos encontramos frente a un tercero que, en realidad, tiene una vinculación directa de tal magnitud que, permite apreciarle como parte dentro de la

controversia, a pesar de no haber consentido la prórroga de la jurisdicción plasmada en el acuerdo compromisorio, vía cláusula o convenio aparte.

Concluimos entonces que, en materia de intervención forzosa, entendiéndola como la extensión de los efectos jurídicos del convenio arbitral a un tercero (léase parte) no signatario, y con respaldo de las posiciones adoptadas por la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en una pluralidad de laudos, aquella puede configurarse y tener lugar en los siguientes supuestos:

- Cuando el propio hecho o acto jurídico evidencia que ha concurrido voluntad de las partes signatarias de considerar a ese tercero como verdadera parte del contrato contenido del pacto compromisorio, o como persona insoslayable y considerablemente vinculada a aquellos; y,
- Cuando los elementos que gravitan en torno a la encuesta permiten asumir con cierto grado de certeza que dicho tercero consintió tácitamente su vinculación y sujeción al contrato, en especial, cuando así lo ha reconocido expresamente.

Es así entonces como la intervención forzosa de partes no signatarias del acuerdo arbitral, a través de la extensión de éste, fue debidamente abordada por el Laudo Arbitral del caso Thomson VS AAA, en donde de manera diáfana se puntualizaron situaciones jurídicas ciertas en donde se visualiza la configuración de esta intervención forzosa, o en ocasiones voluntarias, las cuales veremos individualmente en líneas posteriores, en los siguientes términos:

- Cuando la incorporación ocurra por referencia de otra relación contractual que incorpore un acuerdo arbitral;
- Cuando opera una asunción de una obligación de arbitrar;
- En el caso de “agencia”, de conformidad con el alcance del concepto en el *common law*
- El descorrimiento o levantamiento del velo societario o corporativo; y
- El *estoppel*.

2.3. Teorías y posiciones doctrinales sobre la cláusula arbitral.

Todas las tribulaciones expresadas en los acápites anteriores nos orientan a afirmar que, en la práctica del arbitraje internacional, y nacional de otras jurisdicciones, la participación de sujetos no signatarios del compromiso arbitral puede tener lugar, al ser efectivamente incorporados y afectos a un proceso arbitral específico, a través de la extensión de los efectos del pacto. No obstante, la Ley panameña de arbitraje dispone lo siguiente:

“Artículo 16: El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en

4. CAIVANO, Roque J.; Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario; Revista Lima Arbitration No. 1; 2006; pág. 122.

5. GRAHAM, James; La Atracción de los No Firmantes de la Cláusula Compromisoria en los Procedimientos Arbitrales; www.bibliojuridicas.unam.mx/libros/6/2552/19.pdf; pág. 380.

6. MEDINA GARNES, Fabiola; Extensión del Convenio Arbitral a Partes No Signatarias y la Intervención de Terceros en el Arbitraje; www.mga.com.do/es/extensión-del-convenio-arbitral-a-partes-no-signatarias-y-la-intervención-de-terceros-en-el-arbitraje; pág. 7.

cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante 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.

También se considerarán que hay constancia escrita, cuando haya un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmado 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”.

La legislación citada, a pesar que tuvo el propósito de actualizar y adecuar la normativa del Decreto Ley 5 de 1999 a los tiempos, el cual rigió la materia arbitral en nuestro país durante casi quince años, es exitosa en la consecución de muchos aspectos de esa finalidad, pero aún requiere que el acuerdo arbitral deba constar por escrito. Sin embargo, presenta una interpretación amplia, pero restrictiva, de lo que puede entenderse por escrito en el foro panameño, ya no solamente como una cláusula dentro de un contrato escrito, o un convenio aparte por escrito, sino que incorpora la comunicación electrónica, o el mensaje de datos, como mecanismos de vinculación que deben ser considerados como acuerdo escrito. Adicionalmente, contempla una vinculación de carácter procedimental, en función del texto de la demanda y su respectiva contestación, siempre medie afirmación de la existencia del acuerdo y no haya negación de tal circunstancia. También señala la norma que aún cuando el acuerdo o el contrato hayan sido convenidos de forma verbal, la ejecución de ciertos actos, o cualquier otro medio, que dejen constancia de su contenido, debe otorgársele la calidad de constancia escrita de acuerdo arbitral.

Lo anterior, nos dirige a preguntarnos la vigencia y exigibilidad del formalismo dentro de nuestra legislación arbitral vigente, como teoría regente en cuanto al requisito de existencia y validez de la cláusula arbitral, en especial, cuando examinamos la problemática de extender sus efectos a partes no signatarias, o si por el contrario, nos encontramos bajo el amparo de la teoría formalista.

Iniciamos destacando que, afirmar categóricamente la vigencia rígida de la teoría del formalismo, sólo nos llevaría a concluir la imposibilidad de la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, pues si el consentimiento escrito deviene de la esencia para la sujeción a los efectos de una cláusula arbitral, la idea de afectar a terceros que no prestaron su consentimiento por escrito, resulta insensata e irracional. No obstante, puede señalarse con cierto grado de certeza, que la evolución jurídico-moderna de la visión sobre el tema, se orienta hacia el consensualismo, entendido dentro de esta

problemática como la exigencia de que medie, no el consentimiento escrito, sino el mero consensus que impregna de validez y efectividad al convenio arbitral.

El autor previamente citado, James GRAHAM, gran exponente del tema que nos ocupa, aborda el consensualismo vs formalismo dentro de sus múltiples disertaciones, y opta por vislumbrar y sustentar una respuesta en el derecho internacional arbitral, específicamente en la Convención de Arbitraje de Nueva York de 1958, la cual considera enarbola la bandera consensualista en la materia, y comenta que “Según la interpretación predominante de la Convención de Nueva York, la firma solo se requiere ad probationem. Como lo sostiene E. GUILLARD, el artículo II del Convenio exige la firma sólo para los contratos escritos, mientras que la misma disposición prevé que el acuerdo arbitral puede también pactarse por telegrama o fax, o medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una “copia” de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio, como testimonios, por ejemplo”.⁷

Por su parte, Roque CAIVANO también comparte la visión consensualista de la cláusula arbitral, pero la sustenta en aspectos medulares de la teoría general del contrato, presentes inclusive en nuestra legislación. Señala el autor que “los contratos pueden nacer mediante un consentimiento tácito, aunque no exista un documento expreso, infiriendo el acuerdo de voluntades a través de las conductas de las partes. Puede, en consecuencia, considerarse que hay acuerdo arbitral aunque no exista un contrato escrito o alguna de las partes no haya firma personalmente el acuerdo”.⁸

El entendimiento más vanguardista en la materia lo podemos hallar en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, la cual en su artículo 7, contempla la validez de los acuerdos arbitrales verbales, modernismo que quedó recogido en el texto de la Ley 131 de 2013. Y ello lleva a concluir, que no debe haber dudas en cuanto a la mayoría en el derecho comparado de exigir que la cláusula arbitral conste por escrito únicamente cuando el contrato formal así lo esté, quedando los demás casos exentos de este requerimiento, pero perfectamente adheridos a la fuerza del convenio arbitral consensuado. Y es que no siendo de la naturaleza jurídica del contrato de arbitraje la solemnidad, entendida como la necesidad en la adopción de una forma que le revista de validez y eficacia, y en su defecto se vislumbra un cuasi-irrefutable carácter consensualista, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias dejar de verse como una transgresión a los principios de la autonomía de la voluntad de las partes y de la relatividad de la convenciones, y en su defecto, se valora como una necesidad jurídica en la búsqueda de la verdad material, frente a determinada controversia prorrogada a dicha esfera, en el mejor interés de justicia para todas las partes intervinientes, sean signatarias o no.

7. GRAHAM, James; Ob. Cit.; pág. 380.

8. CAIVANO, Roque; Ob. Cit.; pág. 129.

2.4. Diferencias con la intervención de terceros del derecho Procesal Civil.

Pareciere razonable concluir que si el sistema lógico-jurídico de la jurisdicción ordinaria denominado proceso, permite la intervención en la causa, como institución del derecho procesal civil, a través de una pluralidad de situaciones jurídicas, cada una de ellas reguladas y con características que le son intrínsecas, y que la diferencian claramente de las otras, permitiendo la participación de terceros dentro del proceso que no son las partes originarias del mismo, entiéndase demandante y demandado, la participación de partes no signatarias del convenio arbitral dentro de un arbitraje, constituye el equivalente a dichas instituciones. Sin embargo, tal conclusión constituiría un yerro jurídico grave del entendimiento del tema que analizamos, y nos impulsa a realizar consideraciones esclarecedoras en la materia.

En relación a los orígenes de la intervención de la causa, señala el procesalista patrio Jorge Fábrega Ponce que *“los comparativistas explican que en principio, el Derecho Procesal Canónico en sus orígenes y el Derecho Procesal de los países que de éste se derivaron tenían una concepción individualista del proceso, de modo que solo podían participar el demandante y el demandado, esto es, quienes en la demanda aparecían como tales y que fue posteriormente cuando se vino a permitir la intervención de terceros en el proceso. En cambio, el proceso germánico, al igual que el proceso anglosajón que guardaba afinidades con éste, tenían la concepción <<universalista>> del proceso, de suerte que no sólo intervienen las partes sino cualquier persona que tuviera interés en el mismo, coadyuvando con cualesquiera de las partes o reclamando derechos propios”*.⁹

Consideramos de importancia, apuntar estas consideraciones en relación a la evolución de la institución, pues resultan innegables los orígenes del arbitraje dentro del proceso civil, a pesar que aquel se remonta a cuerpos legislativos tanto antiguos como las Siete Partidas de Alfonso X, o incluso, vemos perfilarse la figura en el Derecho romano. Si bien es cierto que, en un principio la única diferencia radicaba en la prórroga de la competencia a un tercero, manteniéndose las reglas procedimentales, luego, la institución del arbitraje cobra vida propia y le surge toda una naturaleza jurídica inherente que cada vez la aleja más del derecho procesal civil y le otorga un carácter independiente, propio e intrínseco.

En este sentido, las formas de intervención de terceros contenidas en nuestro Código Judicial, conocidas como la intervención coadyuvante o adhesiva, intervención principal o excluyente, llamamiento en garantía, denuncia de pleito, llamamiento *ex officio*, o *laudatio nominatis autoris*, no operan en la jurisdicción arbitral ante el efecto inhibitorio del requerimiento del consentimiento escrito contenido, o la ausencia de éste, en el

convenio arbitral, bajo el principio rector de la autonomía de la voluntad de las partes. Respecto de ello, basta la revisión integral de la Ley 131 de 2013 para concluir que, no hay cabida a estas figuras dentro del proceso arbitral, entendiendo que el Código Judicial no es fuente supletoria de derecho en la vía arbitral, siendo la principal fuente accesoria, los principios generales de arbitraje y más recientemente, los conocidos como reglas del soft law.

Todas estas figuras en el derecho procesal civil operan ante la existencia de una pretensión propia del tercero que, mantiene estrecha relación con el objeto del proceso, y que concurre a éste de manera voluntaria, o una potencial afectación de sus intereses en virtud de la sentencia que vaya a proferir el Juzgador, que lo requiere oficiosamente o a instancia de alguna de las partes, concurriendo de manera forzosa. Y, aun cuando hemos expuesto que la extensión a partes no signatarias del convenio arbitral también puede ocurrir voluntaria o forzosamente, es la condición tácita y subyacente de parte del elemento que permite su inclusión dentro de la controversia arbitral.

Lo cierto e importante que debe concluir el lector es que, actualmente, ni en la legislación vigente en nuestro país, ni en los principios generales de arbitraje, existe una clasificación taxativa de supuestos que, permitan determinar claramente cuándo una persona es ajena o no, a un convenio arbitral; evaluación que queda condicionada al análisis específico que realice el árbitro de la situación jurídica que le sea sometida a su consideración, para concluir si la parte no signataria detenta o no la condición de tercero en el arbitraje. Ello con la finalidad de, no sólo determinar la facultad de participar en el arbitraje, voluntaria o forzosamente, sino del alcance del laudo que sea proferido respecto a sus intereses, que vendría siendo la finalidad práctica de esta posibilidad que analizamos.

2.5. Supuestos de viabilidad

La doctrina, en especial en aquellos países cada día más encaminados a la resolución de conflictos comerciales fuera de la jurisdicción ordinaria, ha perfilado una serie de situaciones jurídicas que parecen requerir la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, o al menos en las cuales la idea, no resulta desnaturalizante del carácter contractual del mismo, en la búsqueda de una real administración de justicia privada, independiente, eficaz y efectiva, y a la vez exenta de la rigurosidad sustantiva y procedimental conocida. Como comentásemos en líneas anteriores, las opiniones varían de autor a autor, siendo unos más flexibles en la inclusión de escenarios adicionales, mientras que otros mantienen prudencia en una visión más restricta.

Dentro de dicho marco, no pretendemos abordar todos y cada uno de ellos bajo la lupa de un análisis crítico, y en algunos casos nos limitaremos a enunciarlos, tal como ocurre con los casos de cesión de contrato, novación, subrogación, tercero beneficiario y la asunción de una obligación de arbitrar, en donde resulta bastante simple la justificación de la extensión, con bases en la teoría general de las obligaciones.

9. FÁBREGA PONCE, Jorge; Instituciones de Derecho Procesal Civil; Editora Jurídica Panameña; Panamá; Segunda Edición; 1999; pág. 421.

Sin embargo, existen otros casos que resultan de especial interés y desarrollo doctrinal, algunos ajenos a nuestra legislación, que inspiran una profundización suficiente para crear nociones claras en cuanto a por qué en ellos debe operar la extensión a partes no signatarias. Con ese objetivo, desarrollaremos la incorporación por referencia de otra relación contractual que incorpora un acuerdo arbitral, la representación o agencia, el desconocimiento o levantamiento del velo corporativo, el estoppel, y la doctrina del grupo de sociedades o conjunto económico, como cinco escenarios de importancia con los que el profesional del derecho debe estar familiarizado al abordar y discutir, sobre la problemática que hoy nos ocupa.

2.5.1. La incorporación por referencia de otra relación contractual que incorpora un acuerdo arbitral.

Este posible escenario para la materialización de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias tiene sustento tanto en la doctrina encargada de desarrollar la problemática jurídica que hoy nos ocupa, así como en una pluralidad de laudos internacionales dictados dentro de los Centros y las Cortes de Arbitraje más importantes del mundo.

En la praxis jurídica, Alfredo BULLARD GONZÁLEZ nos ilustra, al manifestar que la incorporación por referencia *“cubre el supuesto que una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo”*.¹⁰

Estamos hablando del caso en donde existe una cláusula arbitral inserta en distintos acuerdos que devienen de un contrato principal, en el que median referencias directas a dicha cláusula, con la finalidad de evitar su inclusión en cada uno de ellos. En este sentido, es innegable, el carácter pragmático que tiene la extensión por esta vía, pues es el mismo carácter el que hace que, a pesar de no aparecer en el texto contractual de cada uno de los acuerdos, se entiende que todos ellos se encuentran sujetos al acuerdo compromisorio en virtud de su origen común en el contrato principal.

En este orden de ideas, resulta factible perfilar dos situaciones jurídicas determinadas en las que resulta procedente la materialización de la extensión por incorporación en referencia, a saber:

1. Cuando el tercero es suscriptor de un acuerdo independiente, con alguna de las partes signatarias del convenio arbitral, y en este se incorpora una cláusula arbitral que hace referencia a aquel.
2. Cuando la propia cláusula arbitral refiera o identifique al tercero, o a algún acuerdo accesorio o secundario, que tenga relación con él.

2.5.2. Representación o Agencia.

El autor chileno Alejandro ROMERO SEGUEL comenta que *“como se sabe, la representación en el campo jurídico nace de un problema práctico, o que consiste en hacer posible una cooperación o colaboración entre los miembros de una misma comunidad jurídica. A través de la representación, se logran varios efectos. Así, por ejemplo se pueden ejecutar actos jurídicos en nombre de sujetos que, por un determinado hecho están imposibilitados de poder realizarlos por sí mismos”*.¹¹

La figura de la representación es por todos conocida, recordando que esta se configura cuando concurren tres elementos fundamentales, a saber: a) la ejecución de un acto o la celebración de un contrato por una persona denominada representante, b) que la acción o actuación del representante se realice a nombre de otra persona denominado representado, y c) que el representante actúe debidamente empoderado para ello por la ley (representación legal) o por voluntad del representado (representación voluntaria).

A pesar de las limitaciones del ordenamiento jurídico panameño, analicemos desde ese marco económico referencial que nos es familiar, situaciones que justifiquen la extensión del convenio arbitral en los términos que son objeto de análisis. Así, por ejemplo, siendo la inversión extranjera directa e indirecta, pilares del engranaje económico panameño, pensemos en una sociedad extranjera que se sirve de una empresa local, sea ésta aperturada por el propio capital extranjero, o, a través de un agente económico ya constituido y operante en el mercado, para la materialización de un contrato de compraventa; pero en la práctica, la empresa nacional termina ejecutando parte de las obligaciones contractuales que corresponderían a la empresa extranjera, rebasando el alcance de su participación originaria en la operación comercial, llegando incluso a la remuneración directa, en virtud de los actos que ejecuta. En esas circunstancias, ante el surgimiento de una controversia con resultado pleito, tomando como base, el contrato suscrito entre la empresa extranjera y el tercero disconforme, y con ello, el convenio arbitral en el contenido, mal podría la empresa local, rehusar su concurrencia al arbitraje bajo el argumento que, no es parte del contrato y que no ha consentido la prórroga de la competencia de la jurisdicción ordinaria, al no mediar ésta por escrito.

En materia de derechos de propiedad industrial, específicamente en el ámbito marcario, una titular de marcas o imagen comercial, puede autorizar a otra empresa su utilización, con la finalidad de captar clientes, la cual no sólo es autorizada, sino que es apoyada de forma reconocida por la titular de los registros. Debe entenderse que, si bien es cierto, la suscriptora de los contratos que se generen, es la empresa autorizada, la participación activa del dueño de la marca y la imagen comercial, elementos que indubitadamente llevaron al tercero a la contratación, la hace susceptible a la

10. Anuario Latinoamericano de Arbitraje; Año 2, No. 2, Perú; 2012; pág.33.

11. Anuario Latinoamericano de Arbitraje; Año 2, No. 2, Perú; 2012; pág.13.

incorporación al proceso arbitral, en el evento de controversia en pleito, en ausencia de una vinculación contractual directa con el tercero, y con ello, de un consentimiento escrito para el arbitraje.

Nótese que, el elemento vinculante que justifica la extensión de los efectos del convenio arbitral, no es la unidad de empresas, ni la vinculación accionaria entre las personas naturales detrás de aquellas. Se trata de la participación de una persona que, al exceder los límites de las expectativas de su actuación, deviene irremediablemente vinculada a la operación comercial, de modo tal, que no podría escapar a las responsabilidades que emerjan, únicamente bajo el argumento de no ser parte contratante.

2.5.3. El desconocimiento o levantamiento del velo societario y corporativo.

No podemos iniciar nuestras apreciaciones en cuanto a este escenario, como posible situación jurídica que permite y justifica la extensión de un pacto arbitral a partes no signatarias del mismo, sin advertir la delicadeza que reviste el tema dentro del ordenamiento jurídico panameño.

Como es sabido y entendido, Panamá mantiene una posición rígida en cuanto a la posibilidad de desconocer o levantar el velo societario y corporativo, en grado tal que, ello no es requerible, ni en la jurisdicción ordinaria, ni en la arbitral, dentro de las disputas de carácter civil o comercial que sean sustanciadas, facilitando la protección de activos a través de una estructura corporativa, lo que constituye uno de los pilares fundamentalísimos de nuestra economía de servicios. Conforme a ello, sobre esta garantía, se erige el pivotal sistema de sociedades anónimas, las operaciones offshore, el sistema bancario internacional residente y todos los demás servicios gravitantes en torno a ese secretismo real y efectivo, en cuanto a las personas naturales que realizan operaciones comerciales a través de la ficción del derecho denominado persona jurídica. De hecho, sólo en la esfera penal y ante conductas tipificadas específicas, consideradas transgresiones graves, lesivas de intereses de la colectividad, como el blanqueo de capitales, lavado de dinero y tráfico de estupefacientes, la Ley y la Jurisprudencia han consentido la potestad de flexionar esta rigidez jurídica en favor del bien común social y la paz general.

No obstante, ello no resulta entendido de la misma manera en la mayoría de nuestros países latinoamericanos, y mucho menos en los países del primer mundo, que han concluido que, el sistema no puede constituirse en un vehículo de impunidad para los agentes económicos. En dicha dirección apunta el jurista español Vicente ROLDÁN MARTÍNEZ al exponer que *“la teoría del levantamiento jurídico o disregard of legal entity, es una de las fórmulas que más éxito han tenido a la hora de hacer extensivo el convenio arbitral a terceras partes ajenas al mismo. En España, se ha desarrollado una jurisprudencia que considera que debe procederse a eliminar ese velo, cuando la personalidad jurídica de las sociedades es utilizada, escudándose en que el ente social*

es algo distinto de sus elementos personales constitutivos, con finalidades de fraude de la ley o para perjudiciales los derechos de terceros”.¹²

Sin duda alguna, el levantamiento del velo corporativo supone en la praxis la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias, como un alcance a las personas naturales (léase accionistas) que realmente manifestaron su consentimiento de sujeción a través de una ficción jurídica, y quienes detentan un ineludible interés en cuanto a la suerte que pueda seguir el proceso arbitral, o cuyo patrimonio sea esencial y necesario vincular para la ejecutabilidad del laudo, como destinatarios finales de las utilidades emergentes de las operaciones comerciales que realiza la sociedad, en especial, cuando media intención de defraudar acreedores, o a la ley, o lesionar intereses de terceros, a través de dicha protección o escudo societario. Como mencionásemos, en este contexto, la extensión recae no en terceros ajenos, sino en las verdaderas partes de carne y hueso, con la finalidad de someterlas a los efectos del convenio arbitral consentido, en especial, a su patrimonio; o inclusive, a otras personas jurídicas que resulten ser los accionistas.

A pesar de la “potabilidad” *a priori* que supone esta teoría, y más aún su ejecución en la práctica, y la solución que ofrecería en países como Panamá en donde se constituyen varias sociedades para la realización de una operación comercial compleja, de modo tal que, los patrimonios de las personas jurídicas, y por ende, los de sus accionistas, mantengan una independencia efectiva, del cúmulo obligacional integral y de las responsabilidades que se puedan generar como motivo del incumplimiento de dicha operación, o simplemente cuando ésta no es tan compleja pero, se entiende indefectiblemente que las obligaciones de la sociedad no son de los accionistas, y por ende, sus incumplimientos tampoco lo son, su aplicabilidad requiere prudencia y una observancia de índole clínico para cada caso, a fin de garantizar la subsistencia de los principios de la estanciedad (o el aislamiento de un régimen fiscal), o de la personalidad de las sociedades, y orientarla como una herramienta contra el fraude y la operatividad comercial dolosa que lesiona derechos de otros agentes económicos, o de consumidores.

2.5.4. El Estoppel.

Esta noción típica y propia del derecho anglosajón, y que encuentra un homólogo en el sistema latino de codificación bajo el aforismo jurídico *venire contra factum proprium non valet*, mejor conocida como la doctrina de los actos propios, en especial, entendida como prevención, consiste en una serie de doctrinas a través de las cuales, un tribunal le impide a un litigante, impetrar las acciones que le sería natural adoptar, con la finalidad de evitar un resultado injusto, que se traduce en la imposibilidad jurídica de alegar o negar un hecho que contradiga su propios hechos o declaraciones previas.

12. Anuario Latinoamericano de Arbitraje; Año 2, No. 2, Perú; 2012; pág.301.

Se refiere al comportamiento leal y cónsono que debe mantener una parte, con sus actuaciones previas, que sin dudas viene a constituir una limitante al ejercicio de su derecho subjetivo, potestativo o facultativo, pero que salvaguarda el principio de la buena fe como valor del proceso arbitral, al igual que la coherencia de las actuaciones dentro del devenir jurídico.

Visto desde la problemática de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, Vicente ROLDÁN MARTÍNEZ apunta que el estoppel encuentra aplicabilidad para “... aquellos casos en los que una parte aduce una serie de excepciones procesales tendientes a evitar su llamamiento al proceso arbitral, cuando por otra parte está explotando conscientemente una relación contractual y está aprovechándose de sus beneficios”.¹³

La aplicación práctica de esta figura del Norte podemos evidenciarla cuando dentro de las operaciones comerciales que se realizan, se evidencia que una de las partes ha mostrado signos a través de su conducta, o existe evidencia suficiente de ella, que era su voluntad concurrir a la jurisdicción arbitral en el evento de una controversia, generando suficiente expectativa de ello en cabeza de la otra, o las otras partes participantes, haciéndola quedar sujeta y obligada a arbitrar en virtud de su propio actuar.

Finalizamos este acápite con una explicación muy didáctica de la operatividad del estoppel de manos del jurista Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, edificada en contravención del aforismo bíblico *que no sepa tu mano izquierda lo que hace tu mano derecha*. Para este autor, en relación a la configuración de los supuestos para que opere la teoría de los actos propios, está claro que la mano derecha y la mano izquierda pertenecen al mismo centro de imputación, ante una clara identidad de sujetos. Asimismo, se entiende que lo que la mano derecha ha hecho se presume conocido por la mano izquierda y, conforme a ello, y ante la identidad de sujetos, se genera una expectativa que la mano izquierda se comporte cónsona a la derecha, lo que denomina *carácter vinculante de la conducta original*. Y, finalmente, debe mediar un comportamiento de la mano izquierda que resulte incompatible con lo que la mano derecha ya ha hecho (*contradicción entre conducta original y conducta posterior*).

2.5.5. Doctrina del Grupo de Sociedades o Conjunto Económico.

De todos los escenarios que hemos desarrollado, éste cobra preponderancia entre los autores que encaran el tema de la extensión del convenio arbitral, como consecuencia de la aspirada difuminación de la responsabilidad dentro de las estructuras societarias, en especial, las engranadas para la operatividad comercial internacional, con la participación de distintas personas jurídicas en la consecución de un claro interés común.

Y no puede ser introducida la doctrina del grupo de sociedades a espaldas del célebre laudo dictado en 1982, dentro del Proceso Arbitral DOW CHEMICAL VS ISOVER SAINT GOBAIN. En aquella oportunidad, y sentando bases sólidas para lo que ha sido el devenir arbitral posterior en la materia, el tribunal aceptó la intervención voluntaria de dos empresas subsidiarias de la demandante, no signatarias del pacto arbitral que originó el proceso, *“considerando que es indiscutible –y de hecho no se discute– que DOW CHEMICAL COMPANY (EEUU) tiene y ejerce control absoluto sobre sus filiales, ya sea habiendo firmado los contratos correspondientes o participando en su celebración, ejecución y su terminación...”*. Continúa el laudo indicando que *“...indistintamente de la identidad jurídica separada de cada uno de sus miembros, un grupo de sociedad constituye una y la misma realidad económica, la cual el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta al pronunciarse sobre su propia competencia...”* (ICC 4131).

El laudo, también destaca la importancia de entender que la aceptación del convenio arbitral por parte de algunas sociedades que pertenecen al grupo económico, vincula a las otras que jugaron un rol en el origen, en la ejecución y en la terminación del contrato contentivo del aquel, pues medió una intención colectiva de someterse a la jurisdicción arbitral, toda vez que su participación en el contrato es de verdaderas partes o estuvieron intrínsecamente relacionados y afectados por el mismo, y con las controversias que de éste han emergido.

Dicho fallo, fue apelado ante la Corte de Apelaciones de París, foro arbitral que permite la doble instancia, y dicha entidad colegiada, mantuvo la decisión contenida en el laudo proferido por el Tribunal Arbitral, reiterando que el hecho que las intervinientes voluntarias, no hubiesen sido signatarias del pacto arbitral, el intercambio de documentación concluía que ellas fueron verdaderas partes en la relación contractual y, por ende, quedan sujetas al acuerdo compromisorio. En ese mismo sentido, la referida Corte confirmó el laudo dictado en el caso *Société Ofer Brothers Vs The Tokia Marine and Fire Insurance Co.*, manteniendo la aplicabilidad de la teoría del grupo de sociedades o conjunto económico, y destacó que *“las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, cuando su situación y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de la cláusula, estipulada de conformidad con los usos y costumbres del comercio internacional”*, ratificando con ello la extensión de la cláusula arbitral.

En palabras más simple, la extensión del convenio arbitral opera cuando, a pesar de no haberlo firmado, una persona natural o jurídica es integrada a un proceso arbitral en virtud de su conexidad o interrelación con alguna de las partes del proceso, que sí detenta la condición de signataria. Ello va intrínsecamente relacionado con el aspecto corporativo en la ejecución de la actividad comercial, en especial, cuando media la coparticipación vinculante de empresas principales y subsidiarias, o filiales, o incluso independientes pero bajo el mismo control corporativo, resultando viable que una de éstas deba responder por las acciones que haya realizado otra, dentro de una encuesta arbitral determinada.

13. Anuario Latinoamericano de Arbitraje; Año 2, No. 2, Perú; 2012; pág.303.

Lo anterior se traduce en dos situaciones fácilmente determinables, pero no limitantes, en las que los Tribunales Arbitrales han extendido los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias, en virtud de que las actuaciones del grupo de compañías ha cometido, o intenta cometer, algún fraude u otra conducta lesiva de la buena fe comercial, y cuando la empresa que es considerada *madre* de las demás, incuestionablemente controla las decisiones que son tomadas por las otras sociedades, subsidiarias, que se vincularon al acuerdo compromisorio.

Capítulo 3. –Derecho comparado.

A lo largo del presente ensayo hemos advertido que la noción de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias deviene del pensamiento jurídico doctrinal de las naciones del primer mundo, las cuales juegan un papel preponderante en el escenario económico-comercial mundial y, conforme a ello, ha surgido en ellas como respuesta a las situaciones devenidas del rejuego del comercio internacional.

En ese sentido, resulta únicamente lógico que se examine estas legislaciones con la finalidad de ilustrar al lector de qué manera o cómo, es entendida y resuelta la problemática en aquellas, con miras a las adaptaciones que sean necesarias para su implementación y eficacia en el foro nacional. No obstante, debe indicarse que la noción “legislación” debe ser entendida en su sentido más amplio, pues de lo que se trata es la aceptación del fenómeno en las Cortes arbitrales y, como consecuencia de ello, se presume la existencia de un derecho subjetivo de las partes, dirigido a posibilitar la atracción al proceso de un no signatario, en virtud de esas concepciones desarrolladas en sitio por los árbitros.

3.1. La cuestión en Estados Unidos.

El tratamiento que recibe la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias en la potencia del Norte, viene determinado por las decisiones que han sido proferidas por las distintas Cortes de carácter estatal y federal, con fundamento en el sistema del *Common Law* vigente en dicho país, y que informa, igualmente, la jurisdicción arbitral

En el ya referido caso entre THOMSON_CFF, S.A. contra American Arbitration Assoc. and Evans, quedó establecido que a pesar de la naturaleza contractual del arbitraje, haciendo referencia al carácter formalista de éste, lo cierto es que del contraste con el *Federal Arbitration Act*, estatuto más importante de arbitraje de ese país, en innegable la vigencia de la teoría consensualista y, por ende, la obligación de participar dentro de determinado arbitraje, en virtud de las controversias que se han originado respecto al contrato, en cuanto a su interpretación, ejecución y terminación, no está limitada únicamente a los suscriptores personales del acuerdo compromisorio.

Así las cosas, se ha establecido, con mayoritaria aceptación, la viabilidad de incorporación al proceso de partes no signatarias del convenio arbitral, bajo las premisas del derecho

sustantivo, relacionadas con los principios generales de los contratos, ya sean civiles o comerciales, así como el derecho de agencia, que tienen una preponderancia bastante mayor a la que detenta en nuestro sistema económico. Pero, la posición del foro no es sólo la permisibilidad de la extensión, sino que perfila los supuestos en los cuales debe considerarse la procedencia del fenómeno jurídico, coincidiendo, con el desarrollo que planteásemos en el capítulo anterior, como los escenarios principales que debe conocer el jurista, y la operatividad de la extensión dentro de éstos, a saber: a) *estoppel*; b) *incorporation by reference*; c) *assumption*; d) *agency*; y, e) *veil piercing/alter ego*.

3.2. La cuestión en Francia.

En el país galo, la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias encuentra cabida y aplicabilidad en sus distintas Cortes arbitrales, en especial, en el escenario del grupo de compañías, grupo de sociedades o conjunto económico, denominaciones con las que se conoce la misma teoría en el mundo jurídico arbitral.

El tratamiento de las Cortes francesas de arbitraje, se inclina por exigir dos requerimientos o condiciones para que opere la extensión del convenio arbitral, a saber: a) la participación considerable de la parte no signataria en la negociación, ejecución o terminación del contrato o convenio que es contenido del acuerdo compromisorio; y, b) con fundamento en la teoría consensualista, que el comportamiento de las partes exprese, explícita o tácitamente, la voluntad de éstas, que la parte no signataria resulte vinculada al contrato y, por ende, al convenio arbitral en él contenido.

Al igual que en el caso estadounidense, constituye la fuente más sólida de esta postura, el laudo arbitral proferido dentro del arbitraje Dow Chemical Group contra Isover-Saint Gobain¹⁴, en el que no sólo se expone la teoría del grupo societario, como escenario en donde puede operar la extensión del pacto arbitral, sino que, se enuncian y recogen otros, como los que hemos comentado como ciertos en el Derecho americano.

3.3. La cuestión en Inglaterra.

En contraposición de los dictámenes de las Cortes arbitrales francesas, la concepción jurídico-británica no admite, la aplicabilidad de la doctrina de los grupos económicos o de compañías, como escenario en el que opere la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

Y es que, tal como se encuentra recogido en el arbitraje Peterson Farms Inc. contra C&M Farming Ltd, la Corte Comercial de Londres asevera que, bajo la ley inglesa, es el derecho sustantivo y no el procesal de un contrato, el que debe determinar los sujetos que podrán detentar la condición de parte, en determinado proceso. En dicha

14. CCI No. 4131

oportunidad, nos comenta el autor Daniel Arango Perfetti, en referencia a la controversia que da origen a la posición, lo siguiente:

- “En *Peterson Farm*, la Corte Comercial de Londres estableció que la doctrina del grupo de compañía no existe en el Derecho inglés. Según lo explica la doctrina, *Petersons Farms* celebró un acuerdo con C&M para la comercialización de pollos. *Peterson Farms* los vendía a C&M quien posteriormente los revendía a terceros y a otras compañías de su mismo grupo empresarial para que éstos se encargaran de reproducirlos y luego venderlos en el mercado. Posteriormente, se comprobó que los pollos que vendía, sufrían de un virus que impedía su reproducción. El contrato se encontraba sujeto a la ley de Arkansas (USA) pero contenía una cláusula arbitral CCI con sede en Londres. Al interior del procedimiento arbitral, se discutió si el tribunal tenía jurisdicción, para otorgar una indemnización a las otras compañías del grupo C&M que no era signatarias del contrato, pero que habían participado en la ejecución de éste. El tribunal determinó con base en la doctrina de separability, que el acuerdo arbitral no estaba sujeto al Derecho de Arkansas, y que por lo tanto, podía aplicar precedentes CCI que dan cabida a la doctrina del grupo de compañías. Así, el tribunal estableció que, en la ejecución del contrato *Peterson Farms* había tratado a C&M no como una compañía independiente, sino que había interactuado constantemente con sus subsidiarias, mostrando su intención de relacionarse con todo el grupo corporativo.¹⁵

Interpuesto Recurso de Anulación contra el laudo comentado por el autor, la Corte Comercial de Londres, motivado en la falta de jurisdicción para que el Tribunal Arbitral hubiese otorgado una indemnización a favor de partes que no habían suscrito el convenio arbitral, esta institución de derecho, resolvió que el Tribunal Arbitral se encontraba sujeto a la Ley de Inglaterra, que no permite la aplicación de dicha teoría, y que por ende estaba impedido de invocarla para el dictamen de su laudo. Así las cosas, se procedió con la anulación del laudo, bajo la premisa que los grupos de compañías, tenían fines legítimos y que, conforme a ellos, debe entenderse debidamente individualizada y separada la personería jurídica de cada una de las sociedades, que había intervenido en la operación de compra y posterior reventa de los pollos.

3.4. La cuestión en Suiza.

Con una visión más ecléctica que la de los foros ya comentados, la posibilidad de que opere la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias, depende del grado de participación que haya tenido dicho no signatario, en la ejecución del contrato contentivo del acuerdo compromisorio. En ese orden de ideas, si bien es cierto bajo la ley procesal suiza, la extensión del pacto no resulta permisible, han sido proferidas

dos decisiones que contrarían dicha visión tradicional, y la aproximan a un camino más liberal para la atracción de estas partes.

El primero de estos casos, se refiere a un arbitraje sobre construcción, en donde una parte petitionó el arbitraje en contra de las otras dos vinculadas contractualmente al pacto compromisorio, y adicionó un tercero, alegando su indiscutible participación medular en la negociación y ejecución del contrato. Bajo el principio de la buena fe comercial, el Tribunal Federal, permitió la extensión del pacto arbitral a ese tercero, ante la acreditación fehaciente en el caudal probatorio, en cuanto a su participación activa en la real ejecución del contrato. (Caso Y.S.A.L contra Z. Sarl., 16 de octubre de 2003, Tribunal Federal de Suiza)

Nuevamente, comenta Arango Perfetti que “en este caso, el Tribunal estableció que el requisito de forma exigido por el Artículo 178 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado, en el sentido de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, únicamente aplica a las partes iniciales, es decir, las signatarias del acuerdo. El tribunal distinguió entre los requisitos de validez exigidos para el acuerdo inicial y aquellos exigidos para la extensión del mismo a no-signatarios limitando únicamente el acuerdo inicial u original a las restricciones de forma impuestas por la Ley suiza. Así mismo, en este caso, el Tribunal Federal Suizo avaló la aplicación que el tribunal arbitral había realizado de la ley libanesa como ley que gobernaba el contrato con fundamento en la *lex mercatoria* así como de la práctica arbitral francesa en cuanto a los supuestos para la aplicación de la doctrina del grupo de compañías, esto es, la participación en la celebración, ejecución o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral.¹⁶

El segundo precedente de importancia, de reciente data, está contenido en un fallo de la Corte Suprema de Suiza calendado 5 de diciembre de 2008, en donde se conoció sobre un laudo que había denegado la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria, con fundamento en la inexistencia de disposición en las reglas de la CCI que lo permitiese. A ello, la máxima corporación de justicia, confirmó el precedente ya comentado, a pesar de la estipulación del Artículo 178 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado, que requiere que el acuerdo compromisorio o cláusula arbitral consten por escrito para que sea válido. Señaló la Corte, que la extensión deviene de la ejecución del contrato, y lo que debe ser observado es su intención, expresa o implícita, de quedar sometido a los efectos de la cláusula compromisoria en virtud de su participación en la ejecución del contrato, del que se reputa sabedor como contentivo del acuerdo arbitral.

Conclusiones.

Luego del ejercicio académico aquí ensayado, y habiendo tenido como referencia la doctrina y del derecho comparado, como fundamentos principales de cualquier

15. ARANGO PERFETTI, Daniel; La Extensión del Acuerdo Arbitral a los no-signatarios en el Arbitraje Comercial Internacional; Escuela de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., Colombia, 2010., Pág. 30.

16. ARANGO PERFETTI, Daniel, Ob. Cit., Pág. 32.

extensión del convenio arbitral que se intente, para la atracción de partes no signatarias del mismo, y en ausencia de derecho internacional marco, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- La consideración de la extensión del convenio arbitral a estos sujetos constituye una necesidad jurídica del complejo andamiaje del comercio internacional, tal como opera hoy en día, y su negación categórica no hace más que constituir asideros para la emisión de laudos que no respondan a las dimensiones inherentes a la controversia, mientras que dicha visión rígida se traduce en la posibilidad de emisión de laudos con vicios de justicia.
- Es necesario, tal como se desprende del espíritu de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que se consolide una visión consensualista en relación a la vinculación a la cláusula arbitral, como primer mecanismo que debe operar para la materialización de la extensión de convenio arbitral a partes no signatarias, pues de lo contrario, la sola idea moriría con la invocación de la regencia de la teoría formalista.
- La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, en especial en el arbitraje comercial internacional, debe abordarse como una problemática de orden sustantivo, y no adjetivo. Bien es sabido que, algunos árbitros aplican la ley de la sede para la determinación de los terceros que van a ser alcanzados por los efectos del pacto arbitral, cuando la solución debe venir del análisis de la propia cláusula, lo que nos circunscribe al ordenamiento que rige el tema contractual, es decir, el derecho sustantivo aplicable.
- El tema de la extensión del pacto arbitral, a pesar de la finalidad altruista de allegar al Tribunal a la decisión más justa posible para todas las partes involucradas, de implementarse en Panamá, debe recibir un tratamiento particularísimo, cónsono con la naturaleza del negocio de la incorporación de sociedades anónimas panameñas, motor fundamental en nuestra economía, pues la aplicación de las teorías del grupo económico o el levantamiento del velo corporativo, riñen directamente con la expectativa que publicita el país y, con ello, en la búsqueda de una mejor justicia, podríamos terminar por afectar a la colectividad de manera muy negativa por una desaceleración económica derivada de la potencial aplicación de estas teorías al momento de la resolución de conflictos.
- Como otra cara de la moneda, ante la poca fuerza que tiene la protección al consumidor en nuestro país, así como la innegable musculatura de los grupos económicos de producción, y sus públicas estructuras corporativas de protección de activos para la consecución de una única operación comercial, resulta invaluable, también para la colectividad, la garantía de que dichas estructuras no constituirían escudos ante el imperio de la Ley en el resarcimiento justo, cuando sus derechos resulten violentados por aquellos vinculados corporativamente.

- Existe un largo camino por recorrer en cuanto al ejercicio intelectual del jurista patrio encaminado a enmarcar, dentro del ordenamiento jurídico vigente, las posibilidades ciertas en las que puede tener aplicación la extensión del convenio arbitral, a través de los distintos supuestos que hemos abordado, con miras a lograr los mismos objetivos a que responden en otros países: la mejor justicia, a través del laudo más justo posible.

Recomendaciones

La naturaleza intrínseca de la problemática que hemos abordado hace que las recomendaciones que podamos plantear sean limitadas, ante la ausencia de derecho positivo vigente que recoja la figura, y que permita la sustentación jurídica de una posición definida en nuestro país, así como de derecho internacional vinculante. No obstante, la recomendación más atinada a la que podemos llegar es, la necesidad de un debate importante en el foro jurídico panameño, encaminado a sentar las bases necesarias para la incorporación o no de estas teorías, ya sea al ordenamiento jurídico, ya sea a la práctica de los tribunales arbitrales.

Si aspiramos a la constitución de un foro respetado por la comunidad internacional hacia donde miren los otros países de la región, con el objetivo de resolver sus conflictos, muchos de ellos generados con participación de sociedades panameñas que interactúan en el comercio internacional, o que de alguna manera encuentran relación con nuestro país, entonces como foro internacional, es necesario que adoptemos las mismas políticas visionarias y modernas de los Centros de Arbitraje más reconocidos del mundo.

Finalmente, como aspiración personal, deviene necesario para el mundo arbitral panameño, que de alguna manera, los laudos arbitrales, o al menos sus posiciones importantes, encuentren un camino hacia la publicidad que permita al estudioso del Derecho, y a la comunidad jurídica en general, adentrarse a la mente del árbitro nacional en determinadas materias, y no quedar sometido a la incertidumbre jurídica que finaliza con la lectura de los respectivos laudos. En la actualidad, resulta imposible determinar las tendencias jurídicas para la resolución de conflictos similares, y completamente contraproducente que los pronunciamientos arbitrales sean tan diversos como los colores del arcoiris, o como tanto árbitros haya en ejercicio. Por ello, si de verdad queremos proyectar una seriedad internacional como foro seguro para la solución de conflictos internacionales, y como país pionero en la región, como una consecuencia lógica de nuestro sistema bancario, el Canal de Panamá y el tráfico marítimo relacionado, el sistema de sociedades anónimas y la conocida economía de servicios con la que es conocido el país en todas las latitudes, es imperativo encontrar un mecanismo que subsane el secretismo de los laudos arbitrales en nuestro país.

La energía está presente en
todo lo que hacemos.



¿Qué es la ICC?

Es la organización mundial de mayor representatividad y reconocimiento en la promoción del comercio Internacional, que permite a las empresas garantizar la paz, la prosperidad y las oportunidades para todos.

Con más de 45 millones de miembros y presencia efectiva en más de 100 países, a través de sus Comités Nacionales.

Organización con participación directa en su calidad de observador antes las Naciones Unidas.

Sobre ICC Panamá

El Capítulo Panameño de la Cámara de Comercio Internacional (ICC Panamá) es una asociación sin fines de lucro, fundada en nuestro país en el año 2004.

ICC Panamá se rige por el objetivo global de la ICC, que es promover el comercio internacional, la conducta empresarial responsable y un enfoque global de las regulaciones.

ICC PANAMÁ

www.iccpanama.org

Comitecci@panacamara.org

T +507 306-3133