

FUNCIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL
ANTES Y DURANTE LOS PROCESOS ARBITRALES

Por: Dayra Castañedas López

Socia de: RIVERA BOLÍVAR y CASTAÑEDAS

Panamá, 5 Junio de 2008

Introducción

Con la nueva legislación arbitral, la cual encontramos en el Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, se fortaleció la institución del arbitraje, concebida en la doctrina como un procedimiento jurisdiccional “sui generis” mediante la cual por expresa voluntad de las partes se defiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo, el cual cuenta con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial.

Como expone el jurista Jorge Hernando Gil Echeverry en su obra “Curso Práctico de Arbitraje”, las partes al momento de celebrar el contrato, conceden a terceros la facultad de resolver la controversia, y obtener un laudo que puede ser en derecho o en equidad. En principio, se trata de la libre voluntad de las partes quienes discrecionalmente eligen la fórmula que desean aplicar para nombrar los árbitros que

integrarán el tribunal, así como el procedimiento requerido, o en otros casos el Centro o reglamentación a la que sujetan la tramitación del proceso. Para lograr esto, adoptan una serie de parámetros que, generalmente, la ley de arbitraje o los reglamentos prevén o buscan el auxilio en los tribunales ordinarios cuando consideran que es necesario, para obtener y practicar pruebas, para garantizar los resultados del proceso arbitral mediante medidas cautelares, para ejecutar el laudo que se dicte o para promover su impugnación si fuere el caso.

RELACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y LA FUNCIÓN ARBITRAL

La relación entre la función judicial y la arbitral tiene un fundamento constitucional, a partir de las reformas a nuestra Constitución Política. De esta forma, en el Título VII La Administración de Justicia, Capítulo 1, Artículo 202, de la Constitución se establece que el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales arbitrales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por si mismos acerca de su propia competencia.

La constitución otorga al Tribunal Arbitral, una vez constituido, poderes jurisdiccionales quedando los árbitros investidos de facultades para conocer y resolver sobre los asuntos sometidos a esta jurisdicción. Los árbitros pueden solicitar documentos, valorar las pruebas y adoptar las medidas provisionales o cautelares que las partes soliciten.

No obstante, estas facultades otorgadas por la Constitución y la Ley a los árbitros son cuestionadas por muchos. Incluso, algunos conocedores de la materia aseveran que los árbitros carecen *de imperium* y del poder coercitivo que tienen los jueces ordinarios, quienes además de tener la facultad de conocer y resolver sobre los temas sometidos a su conocimiento, tienen también la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, ejecutándolas, si fuese necesario, con el empleo de la fuerza pública.

Esta atribución implica hacer uso de la fuerza coercitiva que emana del tributo de soberanía del Estado, dice **ROQUE J. CAIVANO**, en su obra El Arbitraje, 2da. Edición. Mientras, otros consideran que la ley da esa atribución a los árbitros y que deben ejercerlo cuando sea requerido, sin recurrir al auxilio de los tribunales; pero en cualesquiera de estos escenarios, es necesaria la relación entre los tribunales de justicia y los árbitros.

FUNCIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL ANTES, DURANTE Y FINALIZADO UN PROCESO ARBITRAL

Existen antecedentes sobre la relación que ha existido entre la función judicial con la arbitral. Podemos citar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, recientemente derogadas con la promulgación del Decreto Ley 5 de julio de 1999, y por medio de la cual se le otorgaba a los Jueces de Circuito (artículo 1412 a 1445 derogados con el Decreto Ley 5 de 1999) la facultad de administrar procesos arbitrales.

Estas normas dejaban claramente establecido que los Jueces de Circuito actuaban, durante estos procesos arbitrales, como unos administradores del proceso arbitral; resolvían las diferencias que se dieran en el proceso, designaban a los árbitros cuando no era posible que las partes llegaran a un acuerdo, en algunos casos correspondía a los secretarios de Juzgado actuar como secretario en el proceso arbitral y, finalmente cuando se dictaba el laudo, el expediente quedaba archivado en el Juzgado.

Estas normas conferían la facultad a los jueces de ejecutar medidas que no pudieran realizar los árbitros y hasta ejecutar el laudo, si fuera competente para ello.

Con la promulgación del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, se produce un cambio en lo que al Régimen de Arbitraje, Conciliación y Mediación se refiere, pero la función judicial con la arbitral se mantuvo, bajo la figura jurídica del auxilio judicial.

En este orden de ideas, y después de conocer los antecedentes de esta importante relación, vamos a conocer las distintas etapas donde se requiere el apoyo de la autoridad judicial para el desarrollo del arbitraje.

Los Operadores Judiciales:

Los operadores son los funcionarios del Órgano Judicial que tienen competencia para conocer y ejecutar las solicitudes del Tribunal Arbitral y de las partes.

Estos requerimientos los pueden hacer las partes antes de iniciar el proceso o el

Tribunal Arbitral, ya que los jueces están facultados para ejercer ese poder coercitivo del cual carecen los árbitros, aplicando en estos casos las normas del Código de Procedimiento Judicial.

I. La Función Judicial Antes de Proceso.

Reiteradamente, la ciudadanía se queja de la lentitud en la administración de justicia y de la mora judicial, por lo que la existencia de una cláusula arbitral en contratos conlleva que los jueces ordinarios estén impedidos para conocer de algún proceso relacionado con este contrato, y se declaren impedidos ante la existencia de dicha cláusula.

En esta primera fase, partimos de la premisa que existe un Contrato con una Cláusula Arbitral o un Convenio Arbitral, que el demandante olvidó la existencia de la misma y presentó la demanda ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Esto ocasionará un efecto procesal, según el artículo 11 del Decreto Ley, que consiste en la declinatoria de la competencia por parte del Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, a favor del Tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al Tribunal Arbitral.

Sobre este tema, la ley establece que los jueces y tribunales que conocieren de cualquier pretensión relacionada con una arbitraje pactado, se inhibirán del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, reenviando de inmediato

a las partes al arbitraje en la forma que se ha sido convenido por ellas y de conformidad con lo previsto en la ley.

De esta forma que antes de iniciar el proceso arbitral, los Tribunales Ordinarios realizan actuaciones que pueden darse en distintos temas, así:

A. Examen previo de la Competencia:

Este examen previo, se refiere a la revisión que debe hacer el Juez, que recibe una demanda cuyas pretensiones surgen de un conflicto, producto de una relación contractual entre las partes que han suscrito un contrato con la cláusula arbitral o un convenio arbitral.

Ha sido materia ampliamente discutida, y el artículo 11 del Decreto Ley 5 establece que el efecto procesal consiste en la declinación de la competencia por parte del Tribunal de la justicia ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada. El Juez debe pronunciarse 'prima facie' sobre su competencia, cuando existe una cláusula arbitral, lo que provoca la excusa de competencia de los tribunales ordinarios.

El artículo 11 de Decreto Ley le indica claramente a los jueces y tribunales, que se inhibirán de la causa, y que deben rechazar de plano la demanda.

Esta declaración de incompetencia se puede producir al momento de recibir la demanda, si consta como prueba un contrato con la cláusula arbitral; o al momento de

correr traslado a la parte demandada, si este invoca la incompetencia y existe la prueba de ello en el expediente o la aporta.

Las partes pueden de común acuerdo desistir de su decisión de someter la controversia a un arbitraje y seguir el proceso por la vía judicial, pero es recomendable que esta decisión quede documentada y se revista dicho acuerdo con las mismas formalidades del contrato.

El hecho de que el demandado reciba traslado de la demanda interpuesta sin advertir oportunamente al tribunal la existencia de una cláusula arbitral, podría interpretarse como una aceptación tácita de que acepta el cambio a la jurisdicción ordinaria, lo que en la práctica se conoce como la subrogación de la jurisdicción.

B. Aseguramiento de Pruebas

Concebido el aseguramiento de pruebas o las pruebas anticipadas tal como lo dispone el artículo 815 del Código Judicial, estas pueden ser solicitadas por una de las partes que pretenda demandar o tema que se le demande, y exista un temor justificado de que eventualmente la prueba pueda faltar o se le haga difícil su obtención en el momento requerido.

En estos casos el Juez competente, debe recibir la solicitud y proceder de inmediato para obtener las pruebas que se requieren.

Estas pruebas consisten en la práctica de las siguientes diligencias:

1. Diligencia Exhibitoria.
2. Testimonios Prejudiciales
3. Inspección Judicial y Dictámenes Periciales
4. Reconstrucción de Sucesos o Eventos
5. Reconocimientos de Firmas y citaciones a la presuntiva contraparte a efecto de que reconozca la autenticidad de un documento suscrito por ella o por un tercero.
6. Diligencia de Informe, Documentos Públicos o Privados
7. Declaración de Parte

En este caso, el auxilio judicial consiste en ejercer el poder de coerción para lograr el aseguramiento de las pruebas, para el momento que se requieran en el proceso arbitral.

C. Medidas Provisionales o Cautelares

Antes de dar inicio al proceso arbitral, una de las partes puede solicitar medidas provisionales o cautelares, según lo dispuesto por el Código Judicial y dichas gestiones se darán sin que exista un proceso arbitral (ver artículo 11 del Decreto Ley), pero el Tribunal ordinario que adopte la medida deberá comunicar su resolución a los árbitros o a la institución de arbitraje establecida, o a la autoridad de designación que

corresponda en un término no mayor de diez (10) días, contado a partir de la práctica de la diligencia.

Cuando el Decreto Ley, se refiere a medidas provisionales entendemos que se refiere a todas aquellas medidas cautelares que el Código Judicial contempla en los artículos 531 al 580 del Código Judicial.

El artículo 531 enumera las reglas generales de las medidas cautelares, mismas que deberá cumplir la parte que solicite el secuestro aún para un futuro proceso arbitral.

Es importante mencionar cada una de estas medidas, según lo permitido por la ley, así:

1. Secuestro
2. Suspensión
3. Medidas Conservatorias o de Protección
4. Allanamiento

El secuestro como modo de asegurar los resultados del proceso, es uno de los mecanismos más comunes, y el Código Judicial lo regula ampliamente. Si bien es cierto el Decreto Ley no le presta una atención especial a este tema, en el artículo 11 se dispone que no se entenderá como renuncia al arbitraje pactado, las solicitudes ante los tribunales competentes por cualesquiera de las partes, de medidas cautelares que aseguren los resultados del proceso y que el tribunal acceda a tal petición.

Este tema es de gran importancia y ha sido desarrollado en distintas leyes modelos y reglamentos internacionales, como la Comisión Interamericano de Arbitraje Comercial, las Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje y la UNCITRAL, en manera similar.

En efecto, el numeral 2 del artículo 23 de Reglamento ICC, sobre medidas cautelares y provisionales, dispone:

Artículo 23.....

1. ...
2. Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial, competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una autoridad haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, deber ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral.

De esa misma forma el Reglamento del CESCOON dispone en el artículo 35 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto Ley 5 de 1999, lo siguiente.

“Artículo 31. Medidas Cautelares.

En desarrollo a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto Ley No.5 de 1999, el Tribunal Arbitral, en atención a solicitud de parte, podrá ordenar medidas provisionales y cautelares, exigiendo para ellos las debidas garantías. En esta materia se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el Código Judicial de la República de Panamá.”

Finalmente debemos mencionar dos puntos muy importantes que tienen que ver con la vigencia de la medida cautelar:

1. En el artículo 11 se indica que el Tribunal Ordinario que adopte la medida, debe comunicar su decisión a la institución arbitral establecida, o a la autoridad de designación que corresponda en un término no mayor de diez 10 días, contados a partir de la práctica de la diligencia.
2. La parte que solicitó la medida cautelar, debe presentar la demanda dentro de los seis (6) días siguientes después de práctica la medida.

Para estos casos, se debe solicitar una certificación de la Secretaria del Centro, donde conste que la solicitud de arbitraje ha sido presentada; de no ocurrir esto, el Juez estará en capacidad de levantar el secuestro practicado. En este caso, se aplica el numeral 11 del artículo 531 del Código Judicial.

D. Concepto Favorable del Ministerio Público, para someter a arbitraje asuntos litigiosos donde el Estado es parte.

Es muy importante mencionar este tema, que toma mucha importancia en lo que a estabilidad jurídica se refiere, más en estos momentos cuando nuestras políticas pretenden atraer la inversión extranjera como una forma para el mejoramiento y desarrollo de nuestra economía.

Si bien es cierto el Ministerio Público es independiente por las gestiones que realiza, también tiene una participación en el tema arbitral por mandato del numeral 4 del artículo 200 de la Constitución. Esta norma establece que es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación cuando el Consejo de Gabinete tenga que acordar con el Presidente, que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte.

II. La Función Judicial Durante el Proceso Arbitral

A. Medidas Cautelares

Iniciado el proceso arbitral, se puede solicitar al Tribunal Arbitral que adopte medidas provisionales o cautelares, y si el Tribunal lo considera necesario, puede solicitar el auxilio de un Juez.

Se desprende de la norma que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de solicitar caución, adoptar la medida, decretar la misma, y hacer las comunicaciones correspondientes. Sin embargo, para la ejecución de la medida, el tribunal puede solicitar el auxilio de la autoridad competente. En estos casos, la solicitud se presenta ante el Juez de Circuito

de Turno, sin necesidad de reparto y deberá practicarse en un término de diez días hábiles.

Por experiencias en casos similares, consideramos que a pesar que el secuestro es reservado a una de las partes, es recomendable que este se realice antes de iniciar el proceso arbitral, si existe el temor de que la contraparte disipe los bienes que tenga.

B. Práctica de Pruebas

El principio de inmediación se ve ampliamente reflejado en estos procesos arbitrales, donde la práctica de la prueba adquiere una importancia significativa a pesar de los términos que establece la ley. Para garantizar que todas las pruebas se obtengan, se prevé en la Ley que los árbitros soliciten el auxilio de los jueces del circuito del ramo civil del lugar de arbitraje, para que éste practique las pruebas que no pueda el Tribunal practicar. Sobre este tema el artículo 41 del Reglamento del CESCÓN , se refiere a la facultad que tiene el Tribunal para solicitar el auxilio de los jueces de circuito.

C. Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral

Con las reformas constitucionales, se retorna a los tribunales arbitrales la facultad de resolver sobre su propia competencia al momento de iniciar el proceso o al momento de dictar el laudo.

Debemos recordar que esta facultad estaba consagrada en el artículo 17 de Decreto

Ley 5, pero éste fue declarado inconstitucional, mediante fallo proferido por el Pleno de Corte Suprema, el 13 de diciembre de 2001, error subsanado con las recientes Reformas a la Constitución.

Aún encontramos en los tribunales ordinarios excepciones de incompetencia presentadas en procesos arbitrales, que se encuentran en trámite. Sin embargo, es importante tomar en cuenta la reforma constitucional y agilizar que dichas excepciones de incompetencia sean resueltas, ya que esto afecta enormemente la celeridad del proceso arbitral.

III. La Función Judicial después de concluido el Proceso Arbitral.

A. Demanda de Nulidad de Laudo

Es el único medio de impugnación que existe contra una resolución arbitral, específicamente contra el laudo. Sus causales también son tasadas, y son las mismas que las de denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Es importante señalar que tanto el Recurso de Anulación como el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, son de competencia de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

B. Medidas Cautelares o de Aseguramiento

Tal como hemos mencionado anteriormente, la parte que se considere le asiste el derecho puede solicitar medidas cautelares o de aseguramiento. Debemos partir del hecho que el laudo no ha sido impugnado y que la parte favorecida está en vías de iniciar la ejecución. De ser así, le corresponderá al Juez competente para el caso, conocer de la medida.

Contrario al hecho planteado, puede ocurrir que una de las partes solicite la medida, estando aún el expediente para resolver demanda de nulidad o exequátur; en estos casos será a Sala Cuarta de Negocios Generales la competente para resolver esta petición.

C. Ejecución del Laudo o Sentencia Arbitral Nacional

Los poderes de todo tribunal arbitral inician con la instalación del mismo y terminan con el dictamen o laudo que pone fin a la controversia, o con las aclaraciones que estos hagan a dicho laudo dentro del término concedido por la Ley. Por lo tanto, todo lo relativo a la fase posterior al proceso arbitral le corresponderá a los jueces.

El artículo 38 de la Ley Arbitral señala que el laudo firme será objeto de ejecución por el Juez de Circuito Civil correspondiente al lugar donde ha sido dictado, y de acuerdo al procedimiento establecido para las sentencias judiciales firmes.

Ahora bien, el laudo arbitral quedará en firme sólo cuando haya vencido el término para su cumplimiento y transcurrido quince días de su notificación o de las aclaraciones

solicitadas respecto del mismo. En este caso debemos considerar la posibilidad que la parte no favorecida con el laudo presente una demanda de nulidad para impugnar el Laudo.

De existir una medida cautelar en el Laudo se debe indicar la situación de la medida, ya sea que se deja sin efecto, o se mantiene, a fin de que la autoridad que conoce de la ejecución pueda tomar las medias que les competen.

Para realizar este trámite, el interesado deberá presentar junto con la solicitud, copia autenticada del convenio arbitral o del contrato donde se encuentra la cláusula arbitral, y del laudo. Una vez admitida la solicitud, deberá notificársela a la contraparte en el plazo de quince días para que pueda oponérsele a la ejecución solicitada, alegando únicamente pendencia del recurso de anulación o la sentencia de anulación.

EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS O EXEQUÁTUR

El trámite de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, deberá ser cumplido por aquellos laudos dictados fuera del territorio de la República, y aquellos dictados dentro del territorio del país, en el curso de un arbitraje comercial internacional.

En estos casos, se presume que todos los laudos extranjeros deberán ser reconocidos. No obstante, existen causas tasadas para denegar el reconocimiento y ejecución de un

laudo extranjero, bajo los mismos presupuestos establecidos en la Convención de Nueva York o Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, ratificada por Panamá en 1984.

Estas son:

1. Que el convenio arbitral estuviese viciado en virtud de la ley que le es aplicable.
2. La inarbitrabilidad de la materia de que trata el laudo.
3. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de procedimiento arbitraje o no ha podido por cualquier causa hacer valer sus derechos de defensa.
4. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o que el Laudo no es aun obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un Tribunal del país en que ha sido dictado.
5. Que el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo serian contrarios al orden público internacional de Panamá.

Para finalizar, y a manera de conclusión, podemos afirmar que:

1. El contar con el Auxilio Judicial es una garantía de que el proceso arbitral,

puede desarrollarse en todas sus fases hasta la emisión y ejecución de Laudo.

2. Los funcionarios del Órgano Judicial, las Instituciones Arbitrales, los Árbitros y Secretarios de Tribunales Arbitrales, deben hacer ingentes esfuerzos por trabajar armoniosamente, a fin de aplicar las disposiciones de la Ley de Arbitraje de forma coherente.
3. Debemos ver al árbitro como un colaborador de la administración de justicia.
4. Los procesos desarrollados a través del arbitraje representan una descarga importante de trabajo para los tribunales ordinarios de justicia.
5. En la medida que todas las personas conozcan las bondades del proceso arbitral y exista confianza en las personas que tienen participación en su desarrollo, la institución adquirirá mayor fortaleza para beneficio de todos.