

CENTRO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
“GUÍA PRÁCTICA HACIA EL ARBITRAJE”

RECOMENDACIONES PARA EL DESARROLLO DE
UN PROCESO ARBITRAL MÁS EFICIENTE

Por: Miriam G. Figueroa B.

Comparto con ustedes algunas recomendaciones aplicables a la etapa inicial del procedimiento, particularmente a la Audiencia para dictar el Acta de Misión, no sin antes referirme a la necesaria redacción del convenio arbitral de las partes, lo que es determinante para facilitar o dificultar el proceso.

A. Redacción del Convenio Arbitral

El contenido, alcance y claridad del compromiso arbitral (trátese de una cláusula arbitral inserta en el contrato o un convenio en documento aparte) es determinante para facilitar la constitución del Tribunal Arbitral y el desarrollo normal del proceso, en especial en su etapa inicial.

El artículo 10 del Decreto Ley No. 5 de 1999 que regula el arbitraje en Panamá establece que el convenio arbitral debe contener la designación o forma de designación de los árbitros y las reglas de procedimiento o su indicación por remisión a un reglamento preestablecido, requisitos mínimos a los que pasamos a referirnos:

1. Designación de los miembros del Tribunal o su forma de designación

La norma antes citada da a las partes la opción de designar directamente a los árbitros o de pactar la forma de su designación. No obstante, en el caso de un convenio arbitral que se pacte con anterioridad al surgimiento de una controversia, pareciera más recomendable establecer la forma en que se designarán a los árbitros, en lugar de

nombrar a quienes actuarían como tales. Esa opción pareciera que ser más factible cuando exista ya una controversia al momento de suscribirse el acuerdo arbitral.

Al pactarse la forma en que serán designados los árbitros es recomendable que las partes establezcan el número de árbitros que conformarán el Tribunal. Las partes deben considerar si el tribunal estará conformado por 1, 3 o más árbitros.

Los reglamentos de algunos centros de arbitraje en Panamá establecen que cuando el monto del litigio no supere una determinada cantidad, éste será sometido a consideración y decisión de un tribunal unipersonal. Tratamiento similar pueden convenir las partes al redactar sus convenios arbitrales.

El Decreto Ley de arbitraje dispone que a falta de acuerdo sobre el número de árbitros, se entiende que el Tribunal Arbitral estará conformado por 3 árbitros, número que puede incrementarse en caso de pluralidad de partes.

En caso de procesos con pluralidad de partes, la constitución del tribunal arbitral suele puede retrasarse en caso que éstas no logren ponerse de acuerdo en la designación de su árbitro. Cuando se trate de procesos institucionalizados con pluralidad de partes, no debe presentarse mayor inconveniente si el reglamento aplicable regula esa situación. Puede surgir mayor dificultad cuando se trate de arbitrajes no institucionalizados

En cuanto a la forma de designación de los árbitros, es tradicional que cada parte designe un árbitro y éstos a su vez designen al dirimente y en su defecto lo haga el Centro de arbitraje correspondiente. La dificultad se puede presentar en aquellos procesos arbitrales previstos por las partes como no institucionalizados, en cuyo caso, a falta de designación del árbitro de una de las partes, tendrá la contraparte que solicitar el arbitraje a alguna autoridad de designación, a fin facilitar la constitución del tribunal.

Al margen de la forma tradicional de designación de los árbitros, en algunos casos de arbitrajes no institucionalizados, hemos observado una fórmula interesante para el

nombramiento de los árbitros, consistente en que ambas partes escogen de común acuerdo a los tres árbitros, con el uso de algunos mecanismos prácticos que se han pactado una vez ya surgida la controversia.

A manera de ilustración: Las partes convienen en listar un número determinado de posibles árbitros y de esas listas, la contraparte propone eliminar algunos nombres manteniéndose entonces las personas que no había sido excluidas por las partes. En estos casos, se ha evidenciado mayor imparcialidad de los árbitros.

2. Reglas de Procedimiento aplicables o su remisión a las de un centro de arbitraje

En adición a la forma de designación de los árbitros, en el convenio arbitral debe especificarse necesariamente las reglas de procedimiento aplicables o su remisión a las de un centro de arbitraje, lo que tendrá un importante efecto en el normal y eficiente desarrollo del proceso.

Las partes al redactar las reglas de procedimiento o al escoger reglas preestablecidas debe procurar un reglamento que ofrezca la tranquilidad que se cuenta con pautas seguras y además que brinde a los árbitros cierta libertad que le permita adelantar un proceso de manera más expedita y ágil.

Nuestra legislación otorga a los árbitros la facultad de llenar los vacíos que las reglas de procedimiento puedan contener, no obstante, en ejercicio de esa facultad legal el Tribunal no debe contravenir la voluntad de las partes o las reglas preestablecidas por el centro de arbitraje de que se trate.

Reglas de procedimiento en procesos no institucionalizados

Tratándose de un arbitraje no institucionalizado (Ad Hoc), las partes deben hacer un mayor esfuerzo al momento de pactar el convenio arbitral, sea este la cláusula arbitral inmersa en un contrato o un compromiso arbitral aparte.

Deben especificarse, además de los requisitos básicos señalados, el tipo de proceso, la sede del tribunal, el idioma, el procedimiento aplicable, la legislación aplicable al fondo de la controversia, la forma y lugar de las notificaciones, lo relativo a los gastos del proceso, entre otros temas que las partes consideren tratar de manera especial.

Es recomendable que las partes convengan estos puntos antes de que surja la controversia, dado que cuando exista ya un conflicto suele dificultarse la celebración de acuerdos.

En caso que las partes opten por un arbitraje no institucionalizado y pacten únicamente aspectos muy básicos, dejando a la decisión del Tribunal Arbitral la adopción de las reglas aplicables, es recomendable que el Tribunal comine a las partes a suscribir las disposiciones adoptadas por el Tribunal.

En este tipo de proceso, las partes tienen la ventaja de tener la flexibilidad de establecer sus propias reglas de procedimiento, pero ello también implica mayor responsabilidad y conocimiento de la materia arbitral por las partes. A falta de ello, es recomendable que se remitan a las reglas preestablecidas por algún centro de arbitraje, con lo que también se disminuyen las dificultades que puedan surgir por la resistencia de una de las partes a acudir al proceso arbitral una vez surgido un conflicto.

Reglas de Procedimiento en Procesos Institucionalizados

Es evidentemente más sencillo que las partes se sometan al reglamento de arbitraje de algún centro de arbitraje previamente constituido, lo que facilita la constitución del tribunal e inicio del proceso.

Las partes pueden establecer algunas disposiciones especiales aún cuando hayan previsto la aplicación de un reglamento preestablecido. En estos casos, las partes

deben procurar no dificultar su aplicación por razón de contradicciones que pudiesen existir.

Reiteramos que la redacción del convenio arbitral será determinante en el normal desenvolvimiento del proceso, razón por la cual se recomienda a las partes procurar redacciones claras y sencillas que cumplan con los requisitos mínimos establecidos.

A manera de ilustración, comparto con ustedes un extracto de una cláusula compromisoria inmersa en un contrato que no facilite el desarrollo del proceso. Se trata de una cláusula arbitral que remite la administración del proceso a un centro de arbitraje que señala:

“ Cada una de las partes nombrará un arbitrador dentro del término de cinco (5) días hábiles, después que alguna de ellas haya comunicado por escrito su deseo de que se constituya el Tribunal de Arbitradores.

Si los dos arbitradores designados por las partes no llegasen a una solución concertada en relación con el problema sometido a su consideración en un término de diez (10) días hábiles posteriores a su nombramiento, elegirán de común acuerdo un tercero dirimente, en un término de quince días hábiles, contados a partir de su nombramiento como arbitradores.

Si por cualquier causa, alguna de las partes dejare de nombrar a su arbitrador, dentro del término establecido, o si no se llegase a un acuerdo respecto al nombramiento del tercero dirimente del que se habla at supra, cualquiera de las partes podrá solicitar al Centro de Solución de Conflictos ubicado en la Cámara Panameña de la Construcción que realice el nombramiento, bien sea del tercero dirimente o de este y del arbitrador no designado en tiempo.

Esta escogencia solo podrá ser impugnada dentro del término de cinco (5) días hábiles a la notificación personal de la misma, por existir razones de incompetencia, falta de probidad o conflicto de intereses. La resolución que resuelve la solicitud de reconsideración no admitirá más recursos”.

El Tribunal Arbitral (Arbitradores y Dirimente) deberá resolver la controversia sometida a su estudio en un término no mayor de veinticinco (25) días hábiles a la fecha de su constitución.

El fallo de los Arbitradores, así como el fallo del Dirimente, según el caso, se fundará en equidad y será definitivo y obligatorio para las partes....”

(subrayado es nuestro)

En el convenio arbitral antes citado se procura la solución de la controversia en un término extremadamente corto (10 días a partir del nombramiento de los árbitros). En este término obviamente es muy difícil, sino imposible, cumplir con los parámetros generales de la ley de arbitraje en cuanto a la exposición de la controversia, a la práctica de las pruebas que sirvan de elementos de juicio al tribunal para su decisión y, más difícil aún, que en ese periodo puedan los árbitros designados por las partes decidir la controversia.

Es probable entonces que la controversia no pueda ser resuelta por los árbitros designados por las partes en el término indicado y, como resultado de ello, sea necesario escoger a un tercero, lo que representa inversión de tiempo adicional por la incorporación tardía de un nuevo árbitro que debe conocer igualmente los detalles de la controversia y las pruebas aportadas.

Por otra parte, dispone esa cláusula que tanto el fallo de los arbitradores como el fallo del dirimente, se fundará en equidad, redacción que también genera confusión.

Finalmente, dispone la cláusula que la decisión del Centro al escoger al dirimente y/o al árbitro no designado en tiempo por la parte, podrá ser impugnada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal, lo que evidentemente puede retrasar la constitución del tribunal.

Aún cuando no es el caso de esta cláusula, algunos convenios arbitrales asignan la gestión de nombrar al dirimente o al árbitro no designado por la parte, al presidente de un gremio o de una organización no vinculada a la administración de arbitrajes y que, por tanto, puede retrasar más aún la constitución del Tribunal o puede tener como resultado la designación en una persona que no está vinculada al tema arbitral o al tema de la controversia. Peor aún, en algunos casos se asigna esa atribución a instituciones de arbitraje no existentes.

Redacciones como la antes citada deben evitarse y en su lugar es recomendable que las partes dispongan con claridad y sencillez la forma en que designarán al árbitro o árbitros y su remisión a las reglas aplicables de un centro de arbitraje local o internacional, dependiendo del tipo de relación que une a las partes.

La mayoría de las cláusulas arbitrales que señalan como el procedimiento aplicable el de un centro de arbitraje formalmente constituido, no especifican la forma en que los árbitros serán designados, claro está porque los reglamentos de las instituciones arbitrales señalan con claridad lo relativo al nombramiento de los árbitros y la constitución del Tribunal Arbitral.

De cualquier forma es recomendable que se haga una brevísima enunciación de la manera en que se designará a los árbitros, aún cuando se especifique un reglamento aplicable y se disponga en este cuál es el método de selección de los árbitros.

Esto evitaría que, de surgir la controversia, la parte que en ese momento está renuente a someter el conflicto a arbitraje o a colaborar con su compromiso de contribuir con el desarrollo del proceso, cuestione la competencia del Tribunal invocando la invalidez del

convenio por falta de cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por ley, lo que ocurren con cierta regularidad. La decisión de los tribunales arbitrales en estos casos, ha estado inclinada a confirmar la validez de la cláusula arbitral y no conocemos de recursos de anulación que hayan sido propuestos sobre la base de esa decisión.

Las cláusulas modelos que promueven los centros en Panamá, usualmente no incluyen este aspecto, lo que sí observamos en la cláusula tipo por ejemplo de la Asociación Americana de Arbitraje.

En conclusión, una clara y adecuada redacción del convenio arbitral puede evitar retrasos y dificultades en la etapa inicial del proceso y en su desarrollo, lo que se traduce en ahorro de tiempo y dinero, por lo que es recomendable que las partes sean cuidadosas al momento de pactar sus convenios porque ello influye en la eficiencia de un proceso arbitral una vez surjan controversias entre las partes.

2. Recomendaciones en la etapa de presentación de la Demanda, la Contestación y la presentación de pruebas

Es recomendable que las partes sean claras en las pretensiones que formulan y que someten a decisión del tribunal pretensiones que se ajustan a las materias que se decidirían por vía de un proceso arbitral, de conformidad con el convenio arbitral pactado. De igual manera, el Tribunal debe ser celoso al identificar pretensiones que pueden rebasar la materia sometida a su decisión conforme al acuerdo de las partes o materias que no sean arbitrables.

Por otra parte, es imperativo que las partes cumplan con los términos de presentación de escritos y pruebas establecidos en las reglas de procedimiento convenidas por las partes; contenidas en el Reglamento aplicable o dictadas por el Tribunal Arbitral, a fin de evitar cuestionamientos sobre extemporaneidad y/o riesgos de darse fallas en el procedimiento.

3. Recomendaciones al dictar el Acta De Misión

Luego de la presentación de la demanda y su contestación y presentadas las pruebas y contrapruebas, corresponde al Tribunal en audiencia con las partes emitir un Acta en la que se precise la Misión del Tribunal.

En esta etapa el Tribunal y las partes tienen una valiosa oportunidad para procurar la mayor eficiencia del proceso arbitral. En ese momento se cuenta con los escritos que contienen las pretensiones de las partes y las pruebas en la que éstas se apoyan para sustentar sus peticiones. Esta es la primera ocasión en que las partes se dirigen directamente a los árbitros.

El Tribunal y las partes deben estructurar e identificar con claridad las pretensiones y defensas de las partes y definir los puntos que está llamado a resolver el Tribunal, lo que en ocasiones puede llevar a las partes a llegar a acuerdos sobre algunos aspectos del proceso, del procedimiento o de la práctica de pruebas.

En algunos casos, el Tribunal opta por limitarse a los acuerdos de las partes. En otros el tribunal es más proactivo, planteando iniciativas que llevan a la mejor resolución de la controversia. En estos casos, el Tribunal suele elaborar un proyecto de acta y lo somete a consideración de las partes, dejando espacio a ajustes conforme los planteamientos que hagan las partes durante la audiencia.

Temas que son objeto de esta audiencia y requisitos mínimos que debe contener el Acta de Misión:

“Artículo 40. Acta de Misión

1. Nombre completo, generales y domicilio de cada una de las partes en la que se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje.

2. Nombre de los árbitros y su condición en el proceso.
3. Exposición sumaria de las pretensiones de las partes y determinación de los puntos controvertidos que se someten a decisión del Tribunal.
4. De ser posible, decisión sobre las pruebas admitidas y por practicar y el calendario correspondiente.
5. Establecimiento de la Competencia del Tribunal Arbitral y su alcance, salvo que la competencia se deba establecer mediante decisión jurisdiccional.
6. Indicación del tipo de proceso de que se trate de ser ello posible; de la sede e idioma del Arbitraje y las aclaraciones referentes a las reglas de procedimiento aplicables.
7. Cualesquiera otras menciones que fueran necesarias.”

Nombre, generales de las partes y domicilio donde se harán las notificaciones

En este momento es necesario considerar y decidir quienes son las partes del proceso, y por tanto si procede o no la incorporación de terceros al proceso.

Nuestra legislación define el convenio arbitral como “el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no”. El Decreto Ley dispone que el convenio arbitral, mediante el cual se expresa la voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral debe constar por escrito, entendiéndose como tal cualquier forma de comunicación que acredite la voluntad inequívoca de las partes.

El marco regulatorio del arbitraje en Panamá no contempla de manera alguna el llamamiento de terceros a procesos arbitrales. En un número importante de casos, los tribunales han sido conservadores y han sostenido que para incorporar un tercero al proceso, éste debe haber suscrito el compromiso arbitral.

Recientemente, hemos observado una mayor tendencia a evaluar la integración de terceros cuando funjan como garantes; cuando se trata de personas jurídicas vinculadas entre sí, sean sociedades de un mismo grupo económico o que han surgido producto de estipulaciones contenidas en asociaciones accidentales, sin que haya posición predominante sobre el particular.

En los casos de sociedades que actúan como garantes del cumplimiento de un contrato objeto del arbitraje, su incorporación como co-demandada es más claro.

Ejemplo de ello, es el caso de una empresa promotora que celebra un contrato de obra con una empresa constructora para la ejecución de un proyecto de construcción, contrato éste que contiene una cláusula compromisoria. El contrato de obra establece la obligación de la constructora de garantizar la ejecución de la obra mediante una fianza de cumplimiento, misma que se contrata con una empresa afianzadora. El contrato de fianza suscrito señala que “cualquier acción legal, ya sea judicial o extrajudicial, que inicie el ACREEDOR (promotor), debe entablarse contra EL CONTRATISTA conjuntamente con LA FIADORA”.

Aún cuando el contrato de fianza no contiene expresamente una cláusula arbitral, las compañías afianzadoras no suelen objetar la competencia del Tribunal. En casos como el que nos ocupa, los tribunales arbitrales han considerado tener al garante como co-parte demandada cuando se haya incluido la responsabilidad del garante en el contrato; cuando la garantía está inserta en el contrato o cuando consta en otro contrato, siempre que se haga mención de la garantía en el contrato principal.

En cuanto a la incorporación de un tercero en virtud de vínculos económicos comparto con ustedes un caso en el que se resolvió la incorporación de una sociedad en la que las partes del proceso tenían participación total e igualitaria.

En un caso reciente, ambas partes en sus respectivos escritos de demanda y de demanda de reconvencción solicitaron al tribunal que declarara el incumplimiento de la

contraparte a un Acuerdo de Joint Venture celebrado entre ellas. Las partes, entre sus respectivas pretensiones, solicitaron que el Tribunal Arbitral declarara resuelto el Acuerdo de Joint Venture suscrito que tenía por objeto la creación de una tercera sociedad.

La demandante en reconvención además de solicitar que se declare resuelto el Contrato de Joint Venture suscrito entre las partes, pretendía que se ordenara la disolución y liquidación de la sociedad creada en virtud del Acuerdo y en la que aquellas tenían igual participación accionaria.

En tal sentido y, en virtud que en los hechos de la demanda y de la contrademanda se involucraba a esa tercera sociedad, la demandante solicitó al Tribunal considerara su incorporación al proceso, a lo que se opuso la demandante en reconvención arguyendo que la controversia podía ser decidida al margen de esa incorporación al proceso, sobre la base que la tercera sociedad era simplemente un vehículo para ejecutar todas las obligaciones de las partes contenidas en el Acuerdo de Joint Venture.

Al evaluar la naturaleza de la sociedad que se pretendía fuera integrada al proceso, el Tribunal observó que las partes, mediante el Acuerdo de Joint Venture pactaron como objetivo esencial integrar sus actividades con la finalidad de desarrollar conjuntamente una actividad, para lo cual acordaron constituir una sociedad con ese único y exclusivo propósito.

Según el acuerdo de Joint Venture, esta nueva sociedad tendría un capital social distribuido en proporciones iguales entre las partes vinculadas directamente en ese proceso.

El Contrato de Joint Venture suscrito entre las partes y que contiene una cláusula arbitral, señalaba el tratamiento que se daría a su terminación, estableciendo que de darse ésta se procedería a la distribución y liquidación inmediata de la sociedad constituida para la ejecución del contrato (tercera sociedad).

En ese caso, el tribunal fue del criterio que la sociedad creada en virtud del Acuerdo no es un tercero en el presente proceso, muy por el contrario forma parte de las sociedades directamente involucradas en el conflicto, razón por la cual el Tribunal Arbitral consideró que no era necesaria su comparecencia en el proceso para la resolución del conflicto sometido a su decisión.

El tribunal no entró a evaluar si correspondía la integración de un tercero vinculado a ambas partes

Al margen de la posición conservadora, vienen surgiendo algunos criterios distintos, en tal sentido citamos al licenciado Juan Pablo Fábrega, quien recientemente dictara una conferencia sobre el particular y señaló:

“Nosotros proponemos una posición diferente, tal cual se ve en otras jurisdicciones, que permite la atracción de un tercero al foro arbitral bajo condiciones precisas; cuando se dan circunstancias particulares dentro de un proceso arbitral que ameritan el llamamiento de un tercero. Al haberse elevado la justicia arbitral a rango constitucional, como comentaremos más adelante, se le ha conferido al tribunal arbitral el denominado “imperium” con que tradicionalmente, de manera privativa y excluyente, han estado investidos los jueces y magistrados que conforman el órgano judicial; así, los árbitros hemos dejado de ser los simples colaboradores de la jurisdicción ordinaria del pasado para convertirnos en actores pro-activos en la administración de justicia. De ameritarlo hechos y circunstancias, un tercero ajeno a la relación contractual que da origen entre la partes al conflicto objeto de arbitraje, podría ser demandado y obligado a comparecer al proceso arbitral para hacer valer sus derechos”.

Continúa señalando que:

“En los casos de personas vinculadas de manera especial a quienes han otorgado el acuerdo arbitral o, que por la naturaleza de sus actividades tienen relaciones contractuales tan estrechamente relacionadas con aquellos de donde deriva la cláusula compromisoria que puedan considerarse “asimiladas” a las partes de la relación arbitral, la cláusula arbitral le sería vinculante, aún cuando no haya consentido el arbitraje por cuanto sus actuaciones, vínculos o nexos dentro del contexto de la relación contractual, de la cual deriva el conflicto objeto de arbitraje, le atraen al foro arbitral a requerimiento del demandante”

Concluye el jurista que:

“los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral sobre un tercero no signatario del mismo pueden hacerse extensivo a él en nuestro país a la luz del hoy artículo 202 de la Constitución Nacional cuando a criterio del tribunal arbitral las circunstancias y el entorno del negocio lo justifiquen para la adecuada solución de la controversia; se demuestre la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso de considerar a ese tercero involucrado en forma considerable o como una verdadera parte de la relación contractual que contiene la cláusula arbitral o, cuando las circunstancias lleven a los árbitros al convencimiento de que ese tercero aceptó someterse a la cláusula arbitral”.

Esta posición ha sido ya expresada con anterioridad por Roque J. Caivano quien ha señalado:

“... hay sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de “terceros”, que por alguna razón pueden considerarse “asimilados a las partes”. Tal es, por ejemplo, el caso de sucesores universales de las partes, a quienes se extiende activa y pasivamente los efectos de la cláusula arbitral, o en ciertas hipótesis, el de los fiadores de las partes.

Como se verá en los párrafos siguientes, los grupos de sociedad encuadran en la situación mencionada en la parte final del párrafo precedente: bajo ciertas condiciones, se ha considerado que la cláusula arbitral contenida en un contrato es vinculante para la sociedad controlante de una de las partes o para otras sociedades del grupo, aunque no hayan sido consignatarias del contrato. En la práctica del arbitraje internacional la situación descrita no es infrecuente, ni tampoco novedosa. Suele plantearse con cierta asiduidad y existe una consistente elaboración doctrinaria y jurisprudencia que justifica la posible extensión de los efectos del acuerdo arbitral a las sociedades vinculadas con alguna de las partes firmantes”.

Finalmente, cabe señalar que el Código de Ética de CESCÓN dispone que:

Artículo 8. Intereses no representados

Cuando los árbitros, mediadores y conciliadores adviertan que existen intereses no presentes ni representados en la mediación, conciliación o en el proceso arbitral y que las partes no han considerado y que pudieran resultar afectados por la transacción o laudo, deberán hacerlo saber a las partes y sugerir la integración del procedimiento con dichos terceros.”

Se trata de una disposición que establece el deber de sugerir a las partes la incorporación de terceros que puedan afectarse con la decisión arbitral, pero que no implica de manera alguna que el Tribunal tenga que decidir su incorporación al proceso.

Este es un tema que debe continuar evaluándose en detalle y sobre el cual valdrá la pena sugerir un tratamiento legal.

Exposición sumaria de las pretensiones de las partes y determinación de los puntos controvertidos que se someten a decisión del Tribunal

En esta audiencia las partes exponen sobre sus pretensiones y los puntos de controversia que propone que resuelva el Tribunal. Es opción del tribunal elaborar un proyecto de acta que contenga las pretensiones y puntos de controversia que éste ha identificado con base en los escritos presentados por las partes, al que se incorporarán los ajustes que propongan las partes. Otra opción utilizada por los tribunales es solicitar a las partes que presenten un listado de sus pretensiones y de los puntos de controversia a fin de ser incorporados al Acta.

Al identificarse de manera clara y ordenada las pretensiones de las partes y los puntos controvertidos, es más fácil identificar si determinados puntos no están contenidos en el convenio arbitral o si algunos puntos exceden el ámbito o alcance de la competencia del Tribunal, lo que bajo cualquier circunstancia debe evitarse a fin de no arriesgar el resultado del proceso, dado que ésta es una de las causales taxativas por las cuales puede interponerse el recurso de anulación del laudo.

En el acto de audiencia cualquier petición adicional que se hubiere presentado antes del inicio de la audiencia. Según el Reglamento de Cescon, el Tribunal deberá considerar solo aquellas enmiendas, modificaciones o ampliaciones hechas a los escritos de demanda y contestación antes de celebrarse esta audiencia, en cuyo caso se debe dar oportunidad a la contraparte para presentar sus observaciones.

De presentarse el escrito de ampliación o enmienda momentos antes de celebrarse la audiencia, considero que es recomendable suspenderla y brindar a la contraparte el término establecido en el Reglamento para que plantee su posición formal, salvo que se renuncie a ese término y se decida sobre el particular en el mismo acto. Únicamente podrían considerarse nuevos aspectos introducidos en la audiencia cuando haya anuencia de ambas partes.

De igual manera, se debe dejar constancia en el acta sobre cualquier excepción propuestas, las cuales deberán ser resueltas al momento de la emisión del laudo, toda vez que, de conformidad con la ley, no se decidirán de previo y especial pronunciamiento, salvo que se trate de falta de competencia del Tribunal.

Establecimiento de la competencia del Tribunal Arbitral y su alcance.

Definición sobre la competencia del tribunal

Por disposición constitucional y legal, el Tribunal Arbitral está llamado a decidir sobre su propia competencia, sin perjuicio, que el tema sea sometido a decisión ulterior de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 202 de la Constitución Política de la República establece que “... Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”

Por otra parte, de conformidad con el Artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 1999, cuya vigencia fuera restituida por la Ley No. 15 de 22 de mayo de 2006, luego de una declaratoria de inconstitucional, corresponde al Tribunal Arbitral decidir, de oficio o a petición de parte, acerca de su propia competencia y del ámbito a que esta se extienda, incluso pronunciándose sobre la invalidez, inexistencia o ineficacia del convenio arbitral.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce el principio *Competente-Competence* que “busca garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o la nulidad del contrato de arbitraje (pacto arbitral, cláusula compromisoria o compromiso) no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral” (Eduardo Silva Romero, *El Contrato de Arbitraje*, Legis, pág. 581).

Señala Eduardo Silva Romero que:

“Si dicho principio no fuera reconocido por el derecho arbitral, la afirmación de la inexistencia o de la nulidad del contrato de arbitraje (pacto arbitral, cláusula compromisoria o compromiso) dentro del marco de un arbitraje acarrearía necesariamente, por una parte, la suspensión del procedimiento arbitral y, por otra parte, la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que ésta resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato de arbitraje (pacto arbitral, cláusula compromisoria o compromiso) antes de que los árbitros puedan si es el caso proceder a dirimir el fondo del litigio” (Ibidem)

Alcance de la Competencia del Tribunal

En principio, la competencia de los tribunales tiene su fundamento en la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral.

Por tanto, la competencia del tribunal arbitral estará siempre limitada al ámbito del convenio, siempre que se trate de materias de libre disposición de las partes, es decir, aquellas que no afectan el desempeño de potestades públicas o que de deriven de funciones de protección o tutela de las personas o que estén reguladas por normas imperativa de derecho. Se entiende que no son materiales de libre disposición de las partes, la materia fiscal, familia, laboral y más recientemente de protección al consumidor. Tampoco podrán someterse a arbitraje cuestiones sobre las que haya recaído ya una resolución judicial que haga tránsito a cosa juzgada.

Procede entonces incluir en el Acta de Misión, el establecimiento de la competencia del tribunal y su alcance, haya mediado o no una petición de parte. Toda excepción de incompetencia debe promoverse ante el tribunal arbitral a más tardar en el escrito de contestación de la demanda.

La decisión del tribunal arbitral sobre su competencia es de carácter previo y debe darse en un plazo máximo de un mes, contado a partir de la constitución del tribunal, de manera que el Tribunal debe cuidarse de emitir oportunamente esta decisión.

Esta decisión puede ser impugnada mediante un recurso de anulación o en el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, cuando ello proceda.

Decisión sobre las pruebas admitidas y por practicar y el calendario correspondiente.

Es recomendable que en la audiencia para dictar el Acta de Misión el Tribunal motive a las partes a llegar a acuerdos sobre las pruebas por practicar, en procura de la economía procesal, en especial, cuando las objeciones que se hayan planteado a las pruebas de la contraparte sean meramente formales o carentes de sustento.

De no darse puntos de encuentro entre las partes, el Tribunal tiene la facultad de decidir cuáles pruebas son admisibles. En procura del principio de la economía procesal, el tribunal arbitral debe evitar admitir y practicar pruebas que no resulten necesarias o cuyo propósito sea fundamentalmente cumplir con requisitos formales de las pruebas documentales aportadas.

Por otra parte, el Tribunal tiene la facultad de determinar el número de testigos y peritos u otras pruebas a fin de evitar dilaciones injustificadas en el desarrollo del proceso y lograr una mayor eficiencia del proceso, que se traduce en ahorro de tiempo.

En esa audiencia puede fijarse el periodo de práctica de pruebas y su calendario, en la medida de lo posible convenido con las partes. Es preferible no especificar en el Acta de Misión reglas detalladas de procedimiento que puedan ser objeto de ajustes durante el proceso.

Es optativo del Tribunal fijar el calendario en documento aparte a fin de facilitar cambios en el calendario inicialmente establecido que con alguna frecuencia se presentan por desistimiento de pruebas, imposibilidad de asistencia con debida justificación por parte de algún perito o testigo citado, entre otros.

Es posible que luego de emitida el Acta de Misión, el tribunal arbitral ejerza su facultad de ordenar la práctica de pruebas de oficio o que conmine a las partes a que aporten al Tribunal, pruebas documentales a las que se ha hecho mención durante el periodo de práctica de pruebas, lo que entendemos no debe ser objeto de aprobación o anuencia de las partes aún cuando en el Acta de Misión se hubieren adoptado decisiones sobre la práctica de pruebas.

Es también posible que luego de emitida el Acta de Misión y de examinados los peritos designados por las partes, el Tribunal considere necesario designar a un perito por parte del Tribunal, adiciones éstas que pueden darse conforme a las facultades otorgadas por la ley a los árbitros.

Otros aspectos del proceso

Alegatos:

En el Acta de Misión puede también definirse con las partes si se recibirán alegatos escritos u orales o de ambas formas y la fecha de audiencia de alegatos o entrega de alegatos escritos.

Esto último posible en los procesos con un volumen menor de pruebas por practicar, dado que de lo contrario es prudente esperar que concluya la práctica de pruebas, puesto que es posible que sea necesario prorrogar el término para su práctica.

Es recomendable que al dictarse el Acta de Misión el Tribunal motive a las partes a buscar entendimientos en cualesquiera de los aspectos antes mencionados y buscar formulas que hagan más eficiente el proceso.

En adición a estos aspectos, en el Acta pueden hacerse constar otros puntos importantes del proceso y que puedan ser determinados en ese momento, por ejemplo la ley aplicable al fondo de ser un arbitraje internacional; mención de las excepciones propuesta, con indicación que serán resueltas en el fondo al momento de emitirse el laudo arbitral; entre otros.

El Acta debe ser suscrita por los árbitros, el secretario y las partes. El hecho que alguna de las partes se rehusare a participar en la redacción o firma del Acta, no impedirá que el proceso continúe hasta su conclusión con la emisión del laudo.

Nos permitimos concluir que a fin de procurar un proceso arbitral eficiente es menester que las partes hagan esfuerzos por pactar de manera inequívoca su voluntad de someterse a arbitraje y que los miembros del tribunal impulse el proceso bajo los principios de contradicción, equidad y economía procesal y con el fin primordial de conocer la verdad sabida, en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a cada tipo de proceso arbitral.