

**X JORNADA
FRANCOLATINOAMERICANA
DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL
EN PANAMA**

Por:

GILBERTO BOUTIN I.

**Profesor de Derecho Internacional Privado
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Panamá**

X JORNADA FRANCOLATINOAMERICANA

DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN PANAMA

Por:

GILBERTO BOUTIN I.

**Profesor de Derecho Internacional Privado
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Panamá**

DR. GILBERTO BOUTIN:

Egresado de la Universidad de París-Sorbona en Derecho Internacional Privado, Derecho del Trabajo, Profesor de Derecho Internacional Privado y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Miembro de la Société de Legislation Comparée y de la Association Suisse d'Arbitage, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional Privado de Panamá y Vice-Presidente del Instituto de Derecho Comparado, Abogado de la Firma Forense MORGAN y MORGAN, Intérprete Público Autorizado, Idiomas Francés-Español.

SUMARIO:

Régimen Jurídico del Convenio Arbitral, de algunas particularidades del proceso arbitral y la ejecutabilidad del laudo arbitral en el derecho interno y convencional panameño.

INTRODUCCION

No existe en el Derecho Positivo Panameño en sus fuentes de derecho interno, un régimen especial que reglamente lo correspondiente al Arbitraje Internacional en lo atinente a sus recursos judiciales, así como a la ejecutabilidad de sus resoluciones como sí lo prevé el Derecho Francés a partir del Decreto de 12 de mayo de 1981, en donde por vez primera, existe una clara y paralela distinción entre Arbitraje Interno y Arbitraje Internacional.

Las controversias nacidas al calor de la materia de Arbitraje Internacional en el derecho panameño, han sido orientadas tan solo al examen pormenorizado de su resultado jurisdiccional que termina con la dictación de una sentencia o laudo arbitral, descuidando así el carácter sustantivo de la Convención Arbitral y la naturaleza híbrida del instituto. Sin embargo, la problemática que entraña el fenómeno internacional del Arbitraje, aparece a primera vista, en nuestro orden legal, como una excepción al monopolio del poder jurisdiccional del Estado, el cual rivaliza con uno de los objetivos esenciales del poder público. La reflexión acerca de la posible subrogación

jurisdiccional en favor del Arbitraje Privado Internacional choca en su primera fase con la concepción constitucionalista panameña más que todo y en particular con sus normas programáticas. El nuevo escenario de las relaciones comerciales internacionales representada por la dispersión del capital, conllevando este hecho, entre uno de los aspectos, la desnacionalización de las empresas que prestan servicios de orden público internacional en favor de: Estados o grupos de Estados con base en programas de interés inter-estatal o regional, así como el surgimiento de un derecho desposeído de nacionalidad, desarrollado todos estos fenómenos a la sombra de la práctica comercial y de una nueva *lex mercatoria*. Estos fenómenos afectan de manera indubitable los conceptos clásicos de Estado y soberanía; atestiguando por cierto que, todo este cúmulo de categorías de orden internacional citados, no han hecho inmune al orden legal positivo panameño permitiendo que adopte una posición tolerante ante el fenómeno de la jurisdicción privada internacional del Arbitraje para determinadas situaciones de prestación de servicios de carácter internacional en su territorio a través de las fórmulas de los Contratos de Asociación.

VII .

El hecho cumplido de la instauración del Arbitraje sobre el plano Internacional que produce una igualdad jurídica entre dos sujetos de derecho de naturaleza desiguales, Estado -vs- persona privada extranjera, ha concitado al Estado panameño a construir una concepción por vía indirecta dentro de sus escasas fuentes internas de derecho, lo que debe caracterizar al proceso arbitral internacional cuando se presenta como una excepción al monopolio de la gestión estatal.

A pesar de lo antes dicho debemos subrayar que, el derecho positivo panameño ha sido tradicionalmente hostil a la posible declinación de competencia en favor de una jurisdicción distinta a la de su propio orden legal positivo. Esta concepción ultraterritorialista se concretiza en la cuasi negativa de negar la posibilidad de los conflictos de jurisdicción dentro de su propio territorio soberano, extendiéndose este postulado a los propios conflictos de leyes.

En consonancia con lo anterior, la Corte Suprema con posterioridad a la ratificación del Código de Bustamante, Ley 15 de 1928 de la República de Panamá, consideró que la aplicación del reenvío podría acordarse con base a un criterio de reciprocidad, lo cual científicamente constituye una negativa a la aplicación

VIII

del método conflictualista y del objetivo primordial del Derecho Internacional de buscar la realización material de la justicia internacional.

El territorialismo excesivo del Derecho Panameño dió como consecuencia la imposibilidad de aplicar el derecho extranjero, por vía de conflictos de leyes cuando la propia regla de conflicto nacional examinada por el Juez del foro así lo designe. Sumado a esta confirmación, aparece de manera consecuencial y sistemática, la paralización de toda construcción de un sistema de solución de conflictos internos, casuístico y ponderado por parte de la jurisprudencia panameña. El resultado de ese acontecimiento no se dejó esperar, concretizándose en la inaplicación de los instrumentos formales de Derecho Internacional Privado en particular con el rejuego e interpretación de las reglas de conflictos nacionales, entrando por consiguiente el derecho privado panameño frente a las controversias derivadas de la relación de orden privado internacional en una filosofía claramente unilateralista.

El síntoma viral de la territorialidad panameña, puede ser explicado y entendido en un determinado análisis de nuestra Nación, en donde la soberanía plena del Estado panameño se ve limitada por la presencia de una jurisdicción foránea en el área del canal de Panamá.

Pese a la controvertida posición del istmo de Panamá en lo atinente al goce pleno de su soberanía por su condición geográfica internacional y por la necesidad del comercio internacional, se ve el orden legal estatal a consentir por vía de los contrato de asociación con empresas multinacionales la institución del Arbitraje Internacional.

La admisibilidad de cláusulas compromisorias de arbitraje basadas en contrato con la Nación constituye así, por vez primera, y a partir de la década de los años 70, una limitante al poder jurisdiccional panameño en el caso de contenciosos derivados de la relación de los contratos de asociación, cuando se reconoce por esta vía contractual reglas de procedimiento nacional que escapen del poder jurisdiccional del Estado.

La justa incorporación de cláusulas compromisorias con atribución de jurisdicción, ya sea en favor de normas procesales vinculadas a un Estado o bien de normas procesales de naturaleza a nacionales o supranacionales, cobra fundamento en la internacionalización de los conflictos de derecho comercial, cuya explicación se justifica: mediante la evolución del derecho convencional panameño dentro del ámbito de las convenciones de Derecho Internacional Privado Interamericanas de la CIDIP II de 1975, que desembocan

en el Convenio sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ley 11 de 1975 de la República de Panamá. Dentro del derecho comercial panameño, bajo esta tónica de internacionalización ocho años más tarde, se ratifica la Convención de New York de 1958, mediante Ley 5 de 1983, reglamentando el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales en el derecho internacional panameño de los Tratados.

Nuestra tarea dentro de esta búsqueda de la investigación del arbitraje internacional en Panamá, se concentra en examinar, por vía silogística, la comprobación de un sistema normativo arbitral internacional dentro de las fuentes internas, basado en principios comunes de derecho procesal interno e interpretado con base a principios fundamentales del derecho internacional privado panameño. En otros términos, consiste pues en la admisión de la arbitrabilidad en el campo de las relaciones internacionales de derecho privado susceptible de ser reconocidas en las fuentes internas del derecho interno panameño. Luego de intentar conceptualizar un régimen del arbitraje internacional en las fuentes internas, examinaremos, en segundo lugar, la estructura procesal de la ley arbitral cara a las necesidades de derecho

XI -

internacional para concluir finalmente con el análisis del régimen arbitral convencional dentro de sus diversas formas manifestadas en el derecho positivo panameño.

PRIMERA PARTE

DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONVENIO ARBITRAL

El régimen jurídico del Convenio Arbitral, en las fuentes de derecho interno, no debe producir un efecto prematado del arbitraje bilateral y unilateral del Arbitraje Internacional en la legislación nacional, en vista del que cada país tiene facultades y de la imposibilidad de tener un arbitraje bilateral jurisdiccional en tanto la jurisdicción del arbitraje en si misma. Nuestra tarea puede describirse mejor como requerir métodos para un mejor resultado por instrumentado en una resolución de los procedimientos científicos del derecho nacional en su propia expansión. **PRIMERA PARTE**

REGIMEN JURIDICO DEL CONVENIO ARBITRAL

El Arbitraje Internacional, visto como régimen jurídico interno, en el campo del arbitraje de comercio exterior, debe coordinar la lógica jurídica con las tendencias prácticas del derecho procesal y comercial nacional. En tal sentido que, nuestra concepción de un régimen jurídico del Arbitraje como arbitraje y arbitraje interno de un arbitraje de aplicación de principios comunes de derecho interno positivo nacional armonizado con las prácticas de la comunidad del Comercio Internacional.

Esta segunda definición jurídica del Convenio Arbitral en su ámbito interno, pretende exponer la profundización al arbitraje y al comercio, partiendo desde las condiciones legales nacionales que

El régimen jurídico del Convenio Arbitral, en las fuentes de Derecho Interno, no debe producir un efecto promotor del criterio bien definido y autónomo del Arbitraje Internacional en la legislación panameña, en vista de: sus escasas fuentes normativas y de la imposibilidad de retener un criterio constante jurisprudencial en torno a la naturaleza del instituto en examen. Nuestra tarea puede describirse empleando un recurso metafórico como: un vuelo realizado por instrumento en una tempestad de imprecisiones climatológicas del derecho panameño en su doble expresión: Derecho Interno y Derecho Jurisprudencial.

El Arbitraje Internacional, visto como régimen jurídico interno, constituye un esfuerzo del intelecto deseoso de coordinar la lógica jurídica con los fenómenos fácticos del derecho procesal y comercial panameño. De tal suerte que, nuestra construcción de un régimen jurídico del Arbitraje deben militar y comprenderse dentro de un esfuerzo de aplicación de principios comunes de nuestro derecho positivo panameño mancomunado con las virtudes de la necesidad del Comercio Internacional.

Este segmento denominado régimen jurídico del Convenio Arbitral en su ámbito interno, pretende apuntar la problemática clásica del Arbitraje y su Concepción, partiendo desde las nociones legales, nociones que

determinan la posibilidad del instituto en examen. De ahí, que en primer lugar, se estudiará la formación del Convenio Arbitral, ligado con el aspecto propiamente conflictualista que presenta la cuestión de la capacidad o aptitud para transigir o comprometerse por vía de la jurisdicción arbitral, para luego, estudiar el objeto o materia susceptible de ser gobernada por el Arbitraje y los efectos derivados de dicho Convenio Arbitral, intentando así describir los contornos singulares del régimen arbitral desde una perspectiva internista, que detenta el Derecho Arbitral Internacional Panameño, bajo la influencia de nociones localistas nacionales.

a. Formación del Convenio Arbitral

La legislación panameña reconoce la libertad contractual en materia de Convenio Arbitral y la subordina al concurso de la voluntad de las partes como fuente contractual creativa de las obligaciones.

El perfeccionamiento del Convenio Arbitral pertenece al reino de la (voluntad de las partes) libertad contractual salvo determinadas excepciones legales, de orden general y sustantiva que serán revisadas en el área del objeto litigioso en el dominio arbitral.

Así tenemos que el Artículo 1122 del Código Civil prescribe en torno a la cuestión de la viabilidad del Convenio Arbitral que:

"Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras".

Y expresa en un tercer párrafo esta misma excerta legal que:

"Pueden ser igualmente objetos de contratos todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres..."

Nuestra concepción jusprivatista del Arbitraje tanto interno como internacional, nos faculta para invocar la máxima jurídica de que todo lo que no esté prohibido por mandato legal es lícito entre las partes. No obstante debemos advertir que, siendo el Convenio Arbitral una técnica jurídica que por sus datos formales y materiales en su constitución, está afectado por el régimen de las obligaciones propia del derecho civil, por vía de extensión, participamos del criterio arbitral que el propio pacto arbitral debe reunir, además de la exigencia del objeto que sea lícito y no contravenga la Ley ni a las buenas costumbre, es necesario exigirle también por su naturaleza

contractual que, reunan las condiciones necesarias para la eficacia arbitral y oponibilidad, es decir los presupuestos legales establecidos en la disposición legal del Código Civil panameño 1112 que exige:

"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes;
2. Objeto cierto que sea materia del contrato;
3. Causa de la obligación que se establezca".

Lo cierto es que en muchos casos la doctrina omite de manera involuntaria recordar las exigencias de orden contractual que configura todo pacto arbitral. Se estudia tan solo el paso intermedio de la competencia sobre la competencia de los Arbitros, y no aquellos presupuestos legales necesarios del pacto arbitral; cuya omisión de dichos presupuestos desvincula el pacto arbitral del contorno genético legal que constituye la esencia de todo contrato y que en el plano internacional dichas insuficiencias soslayadas se traducen como reglas de orden público internacional, ya no atendiendo a su constitución sino al efecto que engendra la aceptación irregular e ilícita de dichos Acuerdos perfeccionados.

Debemos acotar que el derecho positivo panameño no prohíbe el Arbitraje como regla inderogable por las partes, lo cual es indicativo de la aceptación del principio del arbitramento de determinados intereses siempre que no contravengan la Ley y las buenas costumbres, reservándose la Ley, de manera reglamentaria y legislativa, determinados dominios exclusivos que impiden la prórroga de competencia a través del Hiato Arbitral.

Pese a la nueva tendencia arbitralista de superar la distinción entre Convenio Arbitral y Contrato de compromiso, en nuestra legislación del punto de vista formal, se mantiene una distinción en la cual cada contrato está reglamentado con base a presupuestos legales diferentes. Sin embargo, pese a la formal división asignada por el derecho positivo, la doctrina panameña cada día se inclina por asimilar estos dos tipos de convenio que en definitiva se resuelven finalmente en el proceso arbitral. Esta apreciación fue examinada con mucha antelación por el profesor Pierre Lalive en su obra "L'Arbitrage International Privé en el Recueil de l'Academie de la Haye 1967", cuando manifiesta de forma atinada que:

"La convention d'Arbitrage se presente en pratique sous deux formes: celle du compromis, lorsque le litige est déjà né et celle de la clause compromissoire, ou clause arbitrale qui reglemente le litigis á venir".

La doctrina panameña en virtud de las distintas formas de regular las diferencias de conflictos de intereses nacidos entre las partes, fue inicialmente confundida por las dos categorías efectuando de esta manera serias distinciones innecesarias e inocuas dentro de la naturaleza del pacto y proceso arbitral.

Dulio Arroyo, conceptúa con base a la pluralidad de categorías que producen el efecto ilusorio entre contrato de compromiso y cláusula compromisorio, expresa una grave y connotada distinción entre sendas figuras al expresar que:

"Ahora bien, como anteriormente observamos, este convenio arbitral no es más que un contrato preparatorio de arbitraje, que, por tanto, no constituye un contrato de compromiso, y en consecuencia, no está sujeto a las exigencias del artículo 1733 del Código Judicial. El se limita a otorgarle a las partes la posibilidad, como dispone el artículo 1740, de utilizar los medios procesales necesarios para lograr la formalización judicial del compromiso, pero sólo en el caso de que surjan controversias entre ellas".

Disentimos en parte del criterio de nuestro profesor Dúlio Arroyo en lo que respecta a considerar el Convenio Arbitral como un mero contrato preparatorio. Si bien debemos recordar que los motivos inmediatos más no la causa difieren de los institutos, cuyo problema es de forma el cual no entraña modificación sustancial que pueda crear una real distinción entre: contrato de compromiso y cláusula compromisoria.

DE LA CAPACIDAD DE LAS PARTES

Ubicar la capacidad de las partes a transigir en el dominio arbitral es revivir el método clásico conflictualista. Dado el hecho de que se trata de analizar con precisión el régimen del convenio arbitral en su fuente de derecho interno. Es curioso advertir que las propias normas de derecho convencional de arbitraje excluyan de su propio dominio la problemática que acarrea la ley aplicable a la capacidad. Así lo encontramos en el párrafo I del artículo 5 de la Ley 11 de 1985 del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional y en la Ley 5 de 1983 que reproduce la convención de New York de 1958 en su Literal A del numeral I del artículo 5.

Esta segregación y autonomía en torno a la capacidad disociada del acto del Convenio Arbitral permite especular sobre dos momentos del Convenio Arbitral: en una primera etapa, la necesidad de un orden jurídico que reconozca posible el acuerdo arbitral entre sus nacionales frente a terceros. Lo cual se constituye en última instancia esta permisión en un orden público internacional adquecente de lo pactado. La permisión de la Ley antes señalada se extiende no tan solo a la

configuración del Convenio Arbitral sino que también invade el resultado jurisdiccional en el evento de la ejecución o ejecutabilidad del Laudo Arbitral. Acto seguido de la permisión o de la actitud legal de poder sujetarse al proceso arbitral se constituye la técnica arbitral en sus dos secuencias: Convenio y Proceso Arbitral.

La órbita arbitral se manifiesta en Convenio y Proceso Arbitral con revisión al acto periférico sobre la actitud o no de comprometerse; gobernada por una Ley distinta al acto arbitral a seguir. Esta descripción hecha entre la órbita o la Ley que regula el fenómeno arbitral marginal a la capacidad de someterse al arbitraje es ~~ratificada~~ en la letra por los Convenios Interamericanos de Panamá en 1975 y en la Convención de New York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral. Comprendido este problema yace en torno al fenómeno del arbitraje la búsqueda de la Ley aplicable a regir la capacidad de las partes en el Convenio Arbitral.

a. De La Ley Aplicable a la Capacidad

La localización de la capacidad arbitral siendo una categoría periférica y autónoma al Contrato Arbitral sin que se entienda por ende ese término como disociado del Contrato Arbitral. Nuestra afirmación se fundamenta en que la capacidad y el convenio arbitral no constituye una unidad sujeta a una misma Ley.

Tales características de la capacidad la hacen por vía de reflexión, constituirse en un presupuesto de legalidad y de garantía del resultado del fenómeno jurisdiccional arbitral.

De ahí que hemos pretendido abordar el problema en dos aspectos básicos: la capacidad de las personas naturales, y la capacidad de las personas morales o jurídicas dentro del sistema de solución de conflictos panameños.

a.1. Persona Natural

Todo el sistema conflictualista panameño descansa en materia de capacidad en el estatuto personal del individuo.

El Código Civil Panameño introduce tardíamente el artículo 5A que regula la capacidad de las personas gobernadas por la Ley Nacional.

La excerta legal en cuestión establece que:

"Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros."

Esta regla de conflicto, insta a la Ley Nacional como regla reguladora del Estatuto Nacional de los panameños y por lo tanto de la capacidad legal en examen. Nos permitimos advertir que la inteligencia del texto del artículo 5A obliga a bilateralizar esta regla de conflicto por cuanto que tiene una redacción unilateral, ya que regula apenas la capacidad de los nacionales creando un vacío sobre la capacidad de los extranjeros.

Señalado lo anterior, debe leerse e interpretarse de manera bilateral la excerta precitada, es decir, desdoblarla de la siguiente manera: si la Ley panameña rige el estatuto personal de sus nacionales a contrario sensu el estatuto personal de los extranjeros se regirá por su

Ley Nacional. Bilateralizar es desdoblar el tenor unilateral inicial del artículo 5A, vicio que proviene de la codificación francesa de 1804 pero superada al mismo tiempo por la sabia doctrina jurisprudencial francesa.

Hábida cuenta que nos encontramos sobre una materia de índole convencional como lo es el Arbitraje Internacional Privada no nos es posible ignorar la regla de conflicto erigida en el Código de Comercio prevista en el numeral 4 del artículo 6 del Código de Comercio que expresa:

"Los actos de comercio se registrarán

 Numeral 4: en cuanto a la capacidad
 de los contratantes por las Leyes de
 sus respectivos países".

La fórmula empleada por el numeral 4 del artículo 6 del Código de Comercio no goza del vicio unilateralista del artículo 5^a del Código Civil, pues, ya está bilateralizada por el propio legislador.

El Tratado-Ley de Bustamante, establece una regla liberal sobre la elección del estatuto personal entre la conexión domiciliaria y la conexión de la nacionalidad.

Así tenemos que el artículo 7 del Código de Bustamante expresa:

"Cada Estado contratante aplicará como leyes personales la Ley del domicilio, la Ley de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interna".

El temperamento discrecional del artículo 7 del Código de Bustamante no nos permite otra cosa que elegir en favor de la conexión interna del criterio de la nacionalidad sobre el domiciliario, aceptando como excepción la Ley 9 del 23 de octubre de 1975 que es la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de letra de cambio, pagaré u factura que rige la capacidad de acuerdo a la Ley de la obligación descartando la conexión de la nacionalidad por vez primera.

Indubitadamente, el juez panameño ante un problema de capacidad emergido como efecto de un Convenio Arbitral, debe consultar su propia

regla de conflicto nacional, la cual al ser interpretada designe qué Ley rige la capacidad de comprometerse ante el fenómeno del Arbitraje Internacional.

El dato jurídico de la capacidad como acto de formación autónoma, de todo Convenio Arbitral vincula una Ley distinta de la del propio contrato cuya controversia sobre este dato jurídico puede surgir al inicio sobre la problemática de la validez del acto, o bien, como resultado del acto jurisdiccional disociado del objetivo sustantivo del proceso arbitral. Lo que obliga de manera suficiente a recurrir al método conflictualista clásico para dilucidar de manera fraccionada uno de los escollos que versa sobre la falta de unidad del Arbitraje Internacional.

a.2. Persona Moral o Jurídica

El ordenamiento legal panameño es hostil y diametralmente opuesto a la concepción de la comunidad económica Europea en lo que respecta a establecer la manera de determinar la capacidad de las personas morales

específicamente anónimas. Nuestro Derecho Comercial y la interpretación de las normas que regulan las personas morales se fundamenta en la Ley de su inscripción o registro oponiéndose así, a la doctrina Europea Continental de fijar el problema de la capacidad con base al criterio de la sede social.

En lo que respecta a las Sociedades Anónimas unos de los rubros de nuestra economía como Paraíso Fiscal es que la Ley de la incorporación de nuestras Sociedades Anónimas es la Ley que regula el estatuto personal de ellas y por consiguiente su capacidad.

Las personas jurídicas de Derecho Comercial, su vínculo de obediencia, como su nacionalidad así como su capacidad procesal y contractual se rigen: por la Ley del lugar de su inscripción de acuerdo a la Ley 32 de 1927 sobre Sociedad Anónima desarrollado en los artículos 6 y 19 de la precitada Ley.

Presentada la problemática de la capacidad de una Sociedad Anónima ante el juez panameño procurará inclinarse por su concepción territorial de la

inscripción de la sociedad que sobre la concepción legal de la sede social o centro administrativo de decisiones o cualquier otro criterio de conexión en materia de capacidad.

a.3. Del Criterio Estatutario como regla complementaria en el Derecho Panameño

Pese a lo antes mencionado, el Derecho Comercial Panameño tolera el criterio estatutario de las Sociedades Anónimas extranjeras, cuando se trata de sociedades establecidas antes de la vigencia de la Ley 32 de 1927, así lo expresa el artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esta disposición legal emplea tanto la Ley que rige el pacto social, como la Ley de fundación, como criterio de conexión en materia de capacidad.

a.4. Del Criterio Domiciliario como acto reflejo del Derecho Comercial Panameño

Si bien es cierto que existe un criterio general fundado en el registro o la inscripción que determina la capacidad y nacionalidad de las Sociedades Anónimas y una regla de derecho transitorio que establece una excepción a la regla registral, no obstante, aparece en el artículo 10' del Código de Comercio que refleja el clásico problema presentado por D'argentré entre capacidad general y capacidad especial. Este artículo remite a la Ley del domicilio la capacidad general de las sociedades al manifestar que:

"Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que establezcan sucursales o agencias no podrán hacer en ellas operaciones a que no tenga derecho en el país de su domicilio".

A nuestro parecer debe interpretarse esta disposición en el sentido que, la regla del registro de inscripción debe ser la regla general de aplicación cuando se trate de sociedades panameñas y fuera de esta hipótesis el criterio domiciliario debe cobrar vigencia

en lo que respecta a las sociedades panameñas a efecto de determinar la capacidad y su nacionalidad.

Finalmente expresamos que la capacidad de comprometer por parte de una compañía panameña se encuentra gobernada por el alcance material de su Ley de registro lo cual debería siempre tenerse en cuenta para determinar la actitud o no de transigir arbitrariamente hablando.

DE LA CAPACIDAD DEL ESTADO PANAMEÑO PARA COMPROMETERSE
ANTE LA INSTANCIA ARBITRAL

Si bien es cierto, como manifestamos dentro de la sección relativa al régimen del Convenio Arbitral, la cláusula compromisoria, su existencia y vigencia están totalmente condicionadas al concurso de la voluntad de las partes siempre y cuando no contravengan la Ley ni las buenas costumbres.

El Convenio Arbitral y sus Efectos Procesales como jurisdiccionales ante el Estado Panameño representado para tal acto por la Nación, no se encuentran paralelamente sujetos al mismo principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes como en los Convenios Arbitrales de personas privadas sean estas: naturales o jurídicas.

El Principio de la Legalidad de los actos administrativos o de la Voluntad del Estado entra en escena para predeterminar la actitud del Estado a comprometerse ante la jurisdicción privada arbitral. Es decir, el Estado solo puede hacer lo que la Ley le faculte expresamente.

LOS PRESUPUESTOS LEGALES PARA TRANSIGIR LA NACIÓN

Basándonos en el principio de la legalidad ya enunciado existen condiciones o exigencias legales que se imponen para el reconocimiento y acatamiento de la jurisdicción arbitral y por ende, a la admisión de la renuncia del poder jurisdiccional del cual goza la Nación.

Militan dentro del entendimiento de la aceptación del Régimen Arbitral Internacional fundamentos de Derecho Procesal y fundamentos de Derecho Sustantivo que perfecciona la posible sujeción de la Nación a la jurisdicción arbitral.

1. Fundamento de Orden Procesal

No existe una prohibición para con el Estado panameño de poder renunciar a su poder e investidura jurisdiccional frente a una litis (en donde devenga en pie de igualdad jurídica la Nación-Estado con un particular). Pero sí existe una condición y forma legal a cumplir impuestas por las reglas de competencia procesal de naturaleza en esta ocasión de orden público y de forzoso cumplimiento.

Tomando en consideración el hecho y resultado que la cláusula compromisoria y su ejercicio conlleva como efecto la denominada prórroga de competencia y dada las circunstancias de orden legal que establece el principio de la imposibilidad que la Nación-Estado otorgue prórroga de competencia, prohibición ésta claramente erigida con base al artículo 234 del Libro I del Código Judicial que expresa:

"Pueden prorrogar competencia todas las personas que son hábiles para comparecer en juicio por sí misma; ó las personas que no lo son, pueden prorrogarla sus representantes legales. Los representantes de la Nación y de los municipios no pueden prorrogar competencia (lo subrayado es nuestro)".

Con base al principio de legalidad las reglas de competencia establecen una excepción frente a la necesidad de la prórroga de competencia atendiendo a la calidad de las partes, lo que permite a la Nación-Estado la renunciabilidad de su poder jurisdiccional basado de acuerdo al tenor del artículo 244 del Libro I del Código Judicial cuyo tenor transcribimos:

"La competencia por razón de la calidad de las partes solamente puede ser prorrogada por la Ley".

De esta manera queda al abrigo, la Nación-Estado de pactar cláusula compromisoria que produzca prórroga de competencia cuando medie Ley expresa que le faculte legalizando dicho acto en contra de cualquier violación al orden público y al principio de la legalidad de los actos administrativos.

2. Fundamento de Orden Sustantivo

Bajo dos vía legales la Nación-Estado puede someterse al régimen de la jurisdicción arbitral fundada en cláusula compromisoria. En primer lugar, toda vez que medie Ley expresa promulgada por el Organo Legislativo, antiguo Consejo de Legislación de acuerdo a interpretación fundada en los numerales 14 y 15 del artículo 153 de la Constitución Nacional que establece:

"La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea Legislativa y consiste en expedir las Leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta constitución y en especial para lo siguiente:

Numeral 14: Decretar las normas relativas a la celebración de contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o algunas de sus entidades o empresas.

Numeral 15: Aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o algunas de sus entidades o empresas, si su celebración no estuviese reglamentada previamente conforme al numeral 14 o si algunas estipulaciones contractuales no estuvieren ajustadas a la respectiva Ley de autorizaciones".

En segundo lugar, puede acordarse la comparecencia de la Nación-Estado dentro de un Proceso Arbitral siempre que medie acuerdo del Consejo de Gabinete y concepto favorable del procurador. Así se entiende en virtud del tenor del artículo 195 numeral 4 que establece lo siguiente:

"El Consejo de Gabinete es la reunión del Presidente de la República quien lo presidirá o del encargado de la presidencia con los vicepresidentes de la República y los Ministros de Estado en el cual una de sus atribuciones es:

Numeral 4: Acordar con el Presidente de la República, que ésta pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, lo cual es necesario el concepto favorable del procurador general de la Nación".

La Corte Suprema de Panamá ha tomado partido bajo esta aseveración construida doctrinalmente en la resolución Nº58-80 de 14 de enero de 1980 al establecer que la capacidad de compromiso debe examinarse a la luz de los Organos que se comprometen y que la actitud y control del compromiso varía dependiendo si se trata del Organo Legislativo, el cual puede comprometerse por sí la o bien, si se trata del Organo Ejecutivo o Gobierno Central tratándose de una contratación directa basada en la regla de que el Poder de Contratación conlleva el Poder de someterse arbitrariamente.

Así tenemos pues, que la Corte afirma en dicho fallo:

"Pero la promoción y creación de estas empresas mixtas deben hacerse necesariamente por medio de una Ley que autorice o disponga de esas medidas. Desde este ángulo, sería el Organo Legislativo a quien le compete autorizar la creación de toda empresa mixta, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y asegurar el interés público".

Este criterio conlleva la aceptación de una contratación con empresas extranjeras.

Es por vía de la fórmula de los Contratos de Asociación, por medio del cual se admiten en ellos: cláusulas compromisorias de arbitraje lo cual nos

permite inferir lo siguiente: la fórmula viable de compromiso estándar de los pactos arbitrales se combinan, mediante la técnica de los contratos de asociación entre: el Estado y los particulares formalizados a través de Leyes y que deben fundarse en un interés público de acrecentar la riqueza del Estado que permita un régimen especial de seguridad jurídica, así tenemos en nuestro país la Ley 30 de 1977 por la cual se autoriza a la Corporación Financiera Nacional (COFINA) para que celebre contrato con la Sociedad Anónima Northville Terminal Corp. que incorpora cláusula compromisoria de arbitraje, la Ley 9 de 5 de febrero de 1976 que autoriza la Corporación de Desarrollo Minero Cerro Colorado para que celebre Contrato con la Sociedad Texas Gulf Inc., COFINA y las Sociedades Extranjeras Northville Terminal Corp. y Petroterminales de Panamá S.A., todas estas Leyes imponiendo una jurisdicción arbitral internacional a la Nación-Estado en el ámbito de los contratos de asociación.

Haciendo uso del método deductivo conceptuamos que, la capacidad de comprometerse por parte de la Nación-Estado: se deriva de una formulación expresa de la Ley que le permita por tal razón hacer uso de

la prórroga de competencia basada en el artículo 244 del Código Judicial y que dicho contrato o convenio sea concluido en base a un interés público que permita garantizar a las partes contratantes la continuidad de las obligaciones bilaterales.

Lamentablemente la Corte Suprema de Panamá no ha empleado criterios de Derecho Internacional para justificar la actitud de transigir arbitrariamente por parte de la Nación-Estado. Esta ausencia de criterios internacionales nos preocupa, pues permite siempre pensar en el virus territorialista controlados por nociones excesivamente nacionalistas como: el orden público y el principio de la inmunidad jurisdiccional.

Por último, la iniciativa del Organismo Ejecutivo de supeditar toda contratación y acto administrativo así como el pacto arbitral al criterio del Consejo de Gabinete así como al concepto favorable del Procurador de la Nación se limita única y exclusivamente cuando se trate: de contratos celebrados entre el Gobierno Central y Particulares y medie conflicto arbitral, cuya materia litigiosa sea lícita de acuerdo con el Derecho Panameño.

Disentimos de este último criterio que se basa en el numeral 4 del artículo 194 de la Constitución por ser excesivamente unilateralista y su alcance normativo no permite ninguna garantía sobre la efectividad de la jurisdicción arbitral.

DEL OBJETO LITIGIOSO

Hay tres aspectos que deben ser abordados: en primer lugar, cuándo el objeto litigioso deviene internacional, susceptible de someterse a normas procesales nacionales o distintas a la ley procesal del foro, luego qué objetos son susceptibles de ser sometidos a compromiso arbitral y finalmente, examinar las prohibiciones de orden legal que excluyan del proceso arbitral determinadas materias.

Realmente no existe un criterio legal que determine la internacionalización de un objeto en nuestro medio, somos del criterio que con base a la fuentes de derecho interno e internacional, hay arbitraje de naturaleza internacional siempre y cuando el objeto arbitrable sea de naturaleza internacional. Por este motivo, tenemos que en la prestación de servicios internacionales como es el caso del trasiego del petróleo, entre una Compañía Norteamericana y el Estado Panameño esta operación reviste caracteres de naturaleza internacional que exigen sean tomadas en cuenta los intereses internos e internacionales entre las partes que concluye en un contrato de asociación que contiene un doble interés nacional y extranjero. (Lo subrayado es nuestro).

La Ley 11 de 1975 que es la Convención Interamericana en materia arbitraje designa como objeto litigioso que se trate de un acto de comercio internacional, es decir que existan elementos de extranjería, que la operación comercial involucre a particulares nacionales de diferentes Estados, o a Estados diferentes cuyos elementos de extranjería engendren la opción de dos o más legislaciones que pretendan resolver el conflicto dentro de la relación comercial.

El interés internacional del asunto litigioso involucra a saber: la propia materia en controversia, la nacionalidad de las partes, la técnica jurídica contractual empleada que prevea un régimen de excepción jurídico y la introducción de Leyes extranjeras o internacionales.

En nuestro derecho positivo panameño, pese a nuestra concepción territorialista de los conflictos de Leyes no existen normas legales que prohíban el arbitraje como un factor de prorrogación de la competencia, sino cuando este sea contrario a la Ley y a las buenas costumbres.

El derecho panameño deja a la autonomía de la voluntad de las partes que designen todo lo pertinente a la constitución del derecho arbitral. Bajo esta misma idea podemos decir también en el ámbito de la capacidad de

transigir por parte del Estado panameño impone como requisito que una Ley lo faculte para que pueda reconocer los efectos de la prórroga de competencia. Toda esta tramitación está basada también en la regla de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, tenemos que, la Ley panameña excluye del arbitraje toda la materia concerniente al Estado Civil de las personas o que recaiga sobre los bienes de los menores administrados por los tutores y curados de acuerdo a los artículos 1501, 1504 del capítulo I del título XII de las transacciones y compromisos del libro IV de las obligaciones del Código Civil.

La Ley tampoco permite la prórroga de competencia en materia de derecho del trabajo, por cuanto que la competencia de dichos tribunales tanto de la Junta de Conciliación y decisión del Ministerio de Trabajo como los juzgados seccionales de trabajo tienen competencia privatista; sobre las reclamaciones derivadas de los contratos y relaciones jurídicas laborales individuales.

Los asuntos en donde exista una acción pública criminal en donde no sea necesaria la constitución de acusador particular no podrá ser objeto de arbitraje, más sin embargo, la responsabilidad civil generada del delito, podrá estar sujeta a posible transacción.

Para corroborar nuestra concepción de la naturaleza internacional del arbitraje determinado por su objeto tenemos que, dentro de un fallo reciente del 30 de octubre de 1986 dentro del negocio jurídico, Marriott Corporation Crest Management Services Ltd. y Panamar Construction Services Inc. vs Recatadora Global, S.A. fallo proferido por el Juez Tercero del Ramo Civil sobre incidente de incompetencia sobre la jurisdicción ordinaria por razones de una cláusula compromisoria en vigor Resolvió que, la naturaleza mercantil de carácter internacional permite a las partes legitimar la cláusula compromisoria de arbitraje cuando nos encontramos ante un negocio jurídico de carácter internacional, así tenemos a foja 9 dentro del incidente de incompetencia, promovido por la demandante el criterio jurisprudencial siguiente:

"Innegablemente a pesar de cualquier interpretación, estamos ante actos estrictamente mercantil de naturaleza internacional, donde el arbitraje juega un rol importantísimo en la vida moderna..."

y continua decidiendo el fallo, derivado de lo anteriormente dicho:

"Por último y entorno a este tópico, estimamos que la voluntad de las partes ha prorrogado a priori la competencia en cuanto al conocimiento a un tribunal distinto a este"

y termina el fallo manifestando:

"En consecuencia, el que suscribe Juez Tercero del Circuito de Panamá ramo de lo civil administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley, declara aprobado el incidente de incompetencia promovido por Marriott Corporation Crest Management Services Ltd., y Panamar Construction Services Inc, dentro de este proceso especial de arbitraje".

Pese al Laconismo del Fallo que revela se deduce que la libertad de las partes en pactar la cláusula compromisoria que prorroga la competencia tribunalicia y por la cual se designa las Leyes procesales de la Cámara de Comercio de París en la ocurrencia, es lícita dicha derogatoria de las Leyes procesales del foro, cuando se trate de una materia mercantil internacional, de ahí la confirmación por vía deductiva del criterio de objeto arbitrable como regla de determinación de la internacionalización de un arbitraje en nuestro medio legal.

DE ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO ARBITRAL

En esta segunda Parte de nuestra Estudio sobre el arbitraje se elige el arbitraje voluntario. Las particularidades de este arbitraje se refieren a las cuestiones que caracterizan al proceso arbitral.

Los tipos de procesos arbitrales suscritos en la legislación por escrito en la ley nacional están vinculados al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

SEGUNDA PARTE

**DE ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO ARBITRAL
Y LA EJECUTABILIDAD DEL LAUDO O SENTENCIA ARBITRAL**

La ley nacional establece las reglas prácticas de procedimiento aplicables a los arbitrajes.

1. Generalidades del Proceso Arbitral

La ley nacional define lo que es un arbitraje por escrito arbitral en su artículo 1727 del Código Civil.

"El arbitraje es el procedimiento por el cual las partes someten a la decisión del árbitro o árbitros una controversia de derecho o de hecho".

DE ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO ARBITRAL

En esta segunda fase de nuestro estudio acerca del arbitraje en el Derecho Positivo Panameño, nos inclinaremos por este estudio en algunos aspectos esenciales que caracterizan al proceso arbitral.

Los tipos de proceso arbitral susceptibles a desarrollarse por mandato de la Ley panameña están vinculados al principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes.

Debemos destacar que para el Derecho Positivo Panameño el nombre correcto del acto jurisdiccional de la decisión que pone fin al proceso arbitral es conocido bajo el término sentencia y no Laudo Arbitral. Más sin embargo, por razones prácticas utilizaremos indistintamente ambas terminologías.

a. Generalidades del Proceso Arbitral

La Ley panameña define lo que debe entenderse por juicio arbitral en su artículo 1727 del Código Judicial cuando expresa que:

"Son juicios arbitrales los que las partes someten a la decisión del tercero o terceros en virtud de compromiso".

Sobre este aspecto el Código Judicial en su artículo primero reconoce que los árbitros y arbitradores son administradores de justicia como una excepción al poder monolítico de declarar el derecho y la justicia, por parte de los funcionarios del Organo Judicial.

Nuestro derecho en el actual Código Judicial, permite que tanto los árbitros como arbitradores puedan ser abogados o no de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1728 del antes señalado cuerpo legal.

En las normas procesales del Nuevo Código Judicial de Panamá queda restringida la función de los árbitros para aquellos profesionales del derecho (1475 Código Judicial Nuevo). Esta fórmula nos parece un poco injusta y la cual debe ser interpretada solamente en el ámbito del arbitraje netamente territorial.

En cuanto a la problemática que presenta la categoría de contrato de compromiso y convenio arbitral, tenemos que si bien es cierto que en el Código Civil y en las Leyes especiales sobre Arbitraje, se habla en el primero de Contrato de Compromiso y en el segundo de Convenio Arbitral, la Ley Procesal Panameña en su artículo 1732 subsume las dos categorías y la somete a una sola concepción procesal, dilucidando los problemas creados por sendas nociones los cuales se reducen a un problema

de fijación temporal del conflicto entre su existencia y posibilidad.

Para los efectos de la licitud del Proceso Arbitral la Ley panameña establece dos tipos de arbitraje. El Arbitraje de Jure y el Arbitraje de Facto, los cuales se pueden traducir de la siguiente manera: El primero, es un Proceso en donde los terceros dirimientes deben fallar de acuerdo a derecho y en la segunda hipótesis los terceros deberán fallar de acuerdo a su consciencia (artículo 1729 Código Judicial). Si el pacto arbitral no designa en qué calidad los terceros dirimientes deben fallar se entenderá que se fallará de conformidad derecho (1744 Código Judicial).

Para ser árbitro o arbitradores, es decir dirimientes de derecho y dirimientes de facto se requiere tan solo tener la capacidad procesal para comprometerse (artículo 1731 Código Judicial).

El arbitraje fundado en un convenio es reconocido en nuestro derecho procesal como un acto solemne y en el debe constar: El asunto objeto de la controversia, las personas a quienes se somete la controversia, el caracter de árbitro o arbitradores y el término en que debe fallarse (artículo 1733 Código Judicial).

El Procedimiento Arbitral se inicia con la diligencia de designación del Tribunal Arbitral y en los tres días siguientes debe designarse el secretario que puede ser el propio secretario de un juez de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1748 del Código Judicial.

Se entiende extinguido el proceso arbitral cuando medie causales taxativas que no puedan ser suplidas en tiempo oportuno; por la negativa común de las partes, por la no aceptación o la muerte de los árbitros o arbitradores y por no fallar en tiempo oportuno (artículo 1734 Código Judicial).

El nuevo Código Judicial fija un término de seis meses para dictar el fallo arbitral (1733 Código Judicial Nuevo).

No cabe recurso alguno contra la sentencia o Laudo Arbitral, solo recurso en caso de prevaricación a fin de decretar la nulidad de lo actuado, lo cual se tramitará por juicio ordinario de acuerdo al artículo 1765 del Código Judicial.

Sin embargo, el nuevo Código Judicial permite recurrir en casación (capítulo 1798 Nuevo Código) lo cual debe interpretarse nuevamente para el arbitraje territorial y no cuando se trata de un arbitraje de naturaleza internacional.

b. De la Autonomía de la Voluntad de las Partes en la Elección de la Ley Procesal

En lo que respecta a la libertad de las partes para elegir, la Ley Procesal o el procedimiento a reglar la materia sometida a terceros por vía de arbitraje, la Ley reconoce la libertad de elección de las partes y nos parece que es una derogatoria al principio de que las normas procesales son de orden público. Lo correcto es entender que esta derogatoria solo es permitida en el foro arbitral, de ahí, que deberá ser interpretada bajo un sentido restrictivo. En los contratos internacionales es muy probable que determinadas cláusulas de jurisdicción designen expresamente la Ley Procesal Local cuando esta sea realmente competente más la evicción de las reglas de competencia territorial por vía de arbitraje deben ser reconocidas como lícitas.

Esta libertad de elección está avalada en el artículo 1751 del Código Judicial que expresa:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las partes pueden determinar en la escritura del compromiso el procedimiento que tengan a bien y aún autorizar a los árbitros para sustanciar como los arbitradores; pero la sentencia ha de ser siempre conforme con los preceptos de las Leyes".

Esta libertad de elección de las Leyes Procesales nos permite afirmar la posibilidad en el medio arbitral internacional dos tipos de arbitraje: Ad-hoc e Institucional.

En cuanto a la posibilidad del arbitraje mixto como expresa Monroy Cabra en su obra Arbitraje Comercial que sí es aceptado en algunas legislaciones como Argentina, Francia y Bélgica, nos parece que no es permisible en el Derecho Panameño y en este caso sería violatoria del orden público procesal lo cual constituye un límite a la libertad de elección del Proceso (artículo 1729 y 1743 Código Judicial).

Dentro de la preocupación de la elección procesal aparece una interrogante a saber: si un arbitraje de naturaleza internacional en donde las partes han designado como Ley procesal normas de procedimiento nacional si en este caso el Estado pudiese ser condenado en costas. Sobre este punto el procurador e ilustre profesor Olmedo Sanjur opina que el fallo en el cual se condene en costas a la Nación panameña, es ilegal, por cuanto que la condena en costas en el derecho procesal panameño está prohibida tratándose del Estado.

Nuestra opinión respecto a esa apreciación es adversa y se fundamenta en el efecto que conlleva la elección y prórroga de acogerse a un proceso arbitral distinto del Proceso Ordinario. El arbitraje así como la elección de normas procesales anacionales ya sea de la Cámara de Comercio de París o ya sea de la Comisión Interamericana de Arbitraje tiene como resultado: establecer el principio de la igualdad procesales entre las partes, efecto éste que es irreversible y que podría sustentarse con base a la teoría de la apariencia jurídica. (Lo subrayado es nuestro).

Otra de las limitaciones que impone el Código Judicial y que subraya el Catedrático Olmedo Sanjur es que el Estado panameño, en el evento de ir a un arbitraje el fallo debe fundarse conforme a derecho. En otras palabras el Estado no puede someterse a un proceso entre arbitradores dirimentes.

Esta libertad de elección del foro permite a las partes fijar normas procesales ya sea de naturaleza estatal, nacional o bien de naturaleza supranacional que regulen los actos procesales a seguir.

c. De los Poderes del Juez Ordinario

El juez ordinario queda facultado para auxiliar al tribunal arbitral y todos los efectos pendientes de la cláusula compromisoria y hacer ejecutar los actos irregulares por parte de uno de los interesados, que se resista a cumplir lo pactado así como llenar el vacío que las normas procesales ordinarias puedan zanjar de aquellas diferencias derivadas del pacto arbitral y su procedimiento.

Así tenemos pues, que para ser cumplir la constitución del tribunal arbitral, el juez ordinario a petición de parte ordenará el reconocimiento del documento privado en donde la parte rebelde acepte dicha obligación y al término de cinco (5) días se pronunciará sobre la constitución o no del tribunal arbitral (artículo 1740, 1741 y 1742 Código Judicial).

En caso de resistencia por una de las partes el juez podrá designar el miembro integrante del tribunal de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1745 del Código Judicial. Igualmente el juez podrá ordenar la designación del árbitro dirimente en el evento de que los miembros del tribunal compuesto no lo hicieran (artículo 1746 Código Judicial).

La excepción de Litis Pendentis, no afecta la prosecución del juicio arbitral y para tal efecto se remitirá en todo caso el expediente a la Comisión Arbitral cuando esta última así lo solicitare (artículo 1739 Código Judicial).

En el nuevo Código Judicial, el juez garantiza una serie de actos a través de un conjunto de mecanismos y reglas procesales tales como: la autonomía procesal de la convención arbitral (artículo 1469), los criterios de incompetencia del Juez Ordinario para conocer los efectos de la cláusula compromisoria (artículo 1471) y por último, también el principio de la no afectación del proceso arbitral en virtud de la excepción de la Litis Pendentis (artículo 1477 del nuevo Código Judicial).

Lamentablemente la vía ordinaria judicial en el presente Código queda todavía expuesta como una vía que permite dilatar el proceso arbitral y que utiliza la parte rebelde a fin de paralizar el proceso expedito dado por la vía del arbitraje (artículo 1740 y 1747 Código Judicial).

DE LA EJECUCION DE LA SENTENCIA O LAUDO ARBITRAL

Esta sección examinará dos problemas generales que versan sobre la nacionalidad de la Sentencia o Laudo Arbitral y luego sobre el Derecho Convencional en materia de ejecución de sentencia arbitral.

a. De la Nacionalidad de la Sentencia

La diversidad de fuentes que regulan la institución del exequatur y su interpretación extensiva por parte de los Tribunales Panameños hacen difícil forjar un criterio categórico y constante acerca de la ejecución de las sentencias o Laudos extranjeros e internacionales; asimismo, la determinación de la nacionalidad de una sentencia nos conduce a determinar si la misma por su carácter puede estar subordinada al control del exequatur.

El problema de saber o mejor dicho de determinar cuando una sentencia reviste el carácter de extranjera es tarea un tanto difícil, pues los criterios legales o jurisprudenciales no han aportado una base legal general para su determinación.

La ambigüedad del régimen del exequatur está vinculado con el carácter extranjero o no de la decisión y logra su máxima complejidad en torno a la problemática de las sentencias arbitrales, dictadas con base a Tratados-Leyes si las mismas se encuentran exentas de todo control o bien si el propio Laudo Arbitral basado o no en Convenios Internacionales está liberado de todo control del exequatur.

La nacionalidad de una sentencia presenta en sí: múltiples dificultades que no pueden ser ignoradas. Existe un catálogo de criterios esbozados por Henri Motulsky para determinar la nacionalidad de un acto jurisdiccional como lo es el Laudo Arbitral. Pudiéndose anotar algunos de esos criterios: la nacionalidad de los árbitros, la sede del tribunal arbitral, la Ley de procedimiento que regula el proceso arbitral o bien la Ley aplicable material del objeto litigioso.

A primera vista pareciera que la nacionalidad de una sentencia es determinada por la Ley del tribunal en donde se somete el litigio. En este caso, sería fácil de determinar que un arbitraje pactado entre un panameño y un colombiano que se desarrolla en la Ciudad de México, la sentencia o

Laudo Arbitral dictado sea calificado de nacionalidad mexicana, por consiguiente dicha sentencia extranjera es susceptible de ser ejecutada en la República de Panamá a través del Control del Exequatur Judicial. Tal parece ser el criterio imperante en las fuentes de Derecho Positivo Panameño dentro de su heterogeneidad que nos confirma el criterio de la sede del tribunal, como regla en los cuerpos legales: del Código Judicial en su artículo 581 y en el numeral 3 del artículo II de la Ley 5 de 1983 respecto al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

La doctrina panameña sobre este tema no es constante ni uniforme en este aspecto, pues la controversia se mantiene producto de la imprecisión normativa del sistema de ejecución de sentencias extranjeras.

Antes de la entrada en vigor del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional existían dudas de carácter meramente doctrinal sobre la viabilidad y control de los Laudos Arbitrales Extranjeros supeditados al control del exequatur.

El Licenciado Enrique Illueca sostiene que:

"Bajo el sistema de legislación panameña el procedimiento de exequatur no tiene cabida tratándose de Laudos Arbitrales Extranjeros, ya que como sostiene lucidamente alfaro, la jurisdicción judicial y jurisdicción arbitral son jurisdicciones distintas". (1)

El procesalista panameño Pedro Barsallo sostiene de manera opuesta al criterio que establece que la sentencia arbitral no están sujetas al exequatur cuando esta reviste el caracter de extranjera, Barsallo expresa que:

"Si las sentencias arbitrales extranjeras hay que entender que para su ejecución en Panamá deberá obtener necesariamente, el exequatur de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia". (2)

Invoca Barsallo que el hecho de que las partes pretendan darle un efecto de pleno derecho por vía de la cláusula compromisoria, eso no opta a que el orden público del país requerido rechace las infundadas aspiraciones contractuales.

(1) Illueca, Enrique. La Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en Panamá, Anuario de Derecho de la Universidad de Panamá N°11 de 1981, Pág. 100.

(2) Barsallo, Pedro Problemas Concernientes a los Títulos Ejecutivos. Anuario de Derecho de la Universidad de Panamá N°11 de 1981. Página 161.

Nosotros compartimos el criterio de Barsallo y conceptuamos que la sentencia o Laudo Arbitral extranjero o internacional debe sujetarse al control judicial del exequatur, ya que el término sentencia utilizado por el Código Judicial debe entenderse de manera amplia el cual supone el control sobre toda decisión jurisdiccional que ponga fin a un proceso o derecho o que declare una condición o estado de derecho.

En cuanto al aspecto de la nacionalidad del Laudo Arbitral nos inclinaremos por el criterio suizo que considera que la Ley del tribunal que falla es la que determina la nacionalidad de la sentencia.

La Ley 11 de 23 de octubre de 1975 que regula lo concerniente al Arbitraje Comercial Internacional, no permite la generalización de tomar en cuenta la sede del tribunal arbitral que profiera una sentencia cuya nacionalidad sea determinable en

virtud de la sede del Tribunal. La Convención Interamericana de Panamá que autoriza a particulares para la conclusión de todo Convenio Arbitral con base a la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, permite aquellos que elijan la Ley aplicable y el Proceso aplicable. En caso

de que la Ley procesal designada en el Convenio Arbitral sea una norma anacional o internacionalmente consuetudinaria, la noción y criterio de sede del tribunal deviene Banal e Irrelevante, cuando se trate de un tribunal que utilice normas procesales de naturaleza internacional-consuetudinaria, deberá determinarse la nacionalidad de esa sentencia transnacional con base al derecho material que le permite prorrogar la competencia de dichas normas procesales.

Lo cierto es que la desnacionalización del proceso produce una sentencia apátrida, la cual puede ser adoptada y considerada como propia del ordenamiento legal del foro, si la misma ha sido dictada de acuerdo con los trámites procesales y en respeto a la Ley del fondo material reglamentadora del objeto en litigio.

De este hecho se infiere con base a una interpretación ultraliberal de la Ley 11 de 1975 que permita que se entienda que toda sentencia dictada conforme a las reglas procesales según lo dispuesto por el artículo 3 de la Convención de Panamá surta plenos efectos en el

ordenamiento jurídico del país requerido con base a la anterior fundamentación. Es decir cuando se trate de cláusula compromisoria regida por Leyes Procesales Anacionales y cuya aplicación no contravenga el fondo de la Ley aplicable que coincida con el país requerido.

El análisis elaborado no es producto de una hipótesis de escuela, sino que el fenómeno contractual del arbitraje y su efecto procesal ha sido ya tomado e interpretado por las partes en los contratos de asociación al considerar en algunas ocasiones que el Laudo Arbitral no esté sujeto a ningún control jurisdiccional. Así tenemos que el Contrato-Ley entre la Corporación Financiera Nacional COFINA y la Sociedad Norteamericana Northville Terminal Corp. convinieron en pactar en su cláusula trigesima quinta:

"Que en el Proceso Arbitral se rige por las reglas del CIAC y que los Laudos Arbitrales tendrán efecto como si se hubieran dictados por tribunales panameños".

sentencias arbitrales. El Código de Bustamante fuera del criterio territorialista que le imprime a los artículos 210 y 211 en materia de transacción desconocen notoriamente el fenómeno del Arbitraje Internacional.

Los efectos posteriores de toda Ley sin caer en un sociologismo jurídico permiten considerar que las sentencias arbitrales se encuentran sujetas a los criterios: de competencia tribunalicia, orden público, de la confirmación del principio de la contradicción a través de la notificación y finalmente la autenticación del documento jurisdiccional.

A nuestro modo de ver la Ley del Código de Bustamante en su artículo 423 y siguientes, deben ser aplicados a los Laudos Extranjeros e Internacionales.

En cuanto a la Convención Interamericana de Panamá, la Ley 11 de 1975 y Ley de uniforme en el dominio de la jurisdicción privada arbitral internacional, así como la Ley 5ª de 1983 que traduce la convención de New York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencia arbitral tenemos, que existe una solución de continuidad

sobre la ejecución del fallo arbitral, ya que sendas convenciones presentan iguales principios de impugnabilidad como causales objetivas del control del fallo arbitral.

Citando al profesor Peter Schloosser de manera pertinente, resume en tres aspectos los medios impugnadores contra la sentencia arbitral:

1. La falta de base o fundamento legal que otorgue competencia a los árbitros para dirimir el objeto litigioso.
2. La irregularidad del proceso arbitral que comprende aquí las decisiones del Juez Ordinario para la revisión del proceso en su parte inicial.
3. La inadmisibilidad del contenido de la sentencia que genera la contrariedad del orden público.

Todas estas causas se pueden resumir a problemas de orden de nulidad de las causa sustantiva y procesal, luego a la problemática de las irregularidades propias del derecho procesal designado e infringido y finalmente el resultado del acto jurisdiccional el cual recibe un rechazo por razones del orden público internacional.

Tanto la Convención de Panamá de 1975 como la Ley 5 de 1983 erigen similares causas objetivas de impugnabilidad o mejor dicho causas de control del Laudo Arbitral para su feliz ejecutabilidad.

No es el momento para dedicarnos a la complejidad propia que guarda el Derecho Convencional Panameño, sino más bien nuestro estudio ha sido dirigido con el fin de pretender mostrar una hipotética unidad racional del Derecho Arbitral Panameño, presentando una concepción genérica en cuanto a sus principios y particularidades respecto al propio Derecho Panameño en el marco del Derecho Latinoamericano.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS

BERNAL, Lucio

EL ARBITRAJE COMERCIAL,
Impresora Lil Costarica,
Panamá, 1982.

BOUTIN, Gilberto

PRINCIPIOS PRACTICOS DEL
DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO PANAMAÑO, 1984.

DERAINS, Yves

DROIT ET PRACTIQUE DE
L'ARBITRAGE EN FRANCE,
Edition Feducci, 1984.

FERNANDEZ, Oswaldo

LA TEORIA DE LOS TRATADOS
Y LA HISTORIA CANALERA,
Ten de 1980-1981.

LALIVE, Pierre

L'ARBITRAGE INTERNATIONAL
PRIVE, Tomo I, Recueil de
l'Academie, 1967.MEDINA CHILLON, José María
y MERINO MECHAZ, JoséTRATADO DE ARBITRAGE
PRIVADO INTERNO E
INTERNACIONAL, Editorial
Civitas, 1978.

MOTULSKY, Henri

ESTUDES ET NOTES SUR
L'ARBITRAGE, Dalloz 1974.

ROBERTS, Jean

L'ARBITRAGE DROIT INTERNE
ET INTERNATIONAL PRIVE,
Dalloz 1983.

ARTICULOS

BARSALLO, Pedro

PROBLEMAS CONCERNIENTES A LOS
TITULOS EJECUTIVOS, Anuario de
Derecho N°11, Pág. 139.

BOUTIN, Gilberto

DEL EXEQUATUR EN EL DERECHO
PANAMEÑO EN SUS FUENTES
INTERNAS E INTERNACIONALES,
Revista Lex, 1986.

BOUTIN, Gilberto

LIMITES DEL ARBITRAJE EN EL
MARCO INTERNACIONAL, Estrella
de Panamá, noviembre de 1982.

GOLDMAN, Berthold

LA LEX MERCATORIA DANS LES
CONTRACTS ET L'ARBITRAGE
INTERNATIONAUX: Realité et
Perspective, (Comité de
Travaux de Droit International
Privé, 1977-1979).

GOLDMAN, Berthold

REGLES DE CONFLIC, REGLES
D'APPLICATION IMMEDIATE ET
REGLE MATERIELLE DANS
L'ARBITRAGE COMMERCIAL
INTERNATIONAL (Travaux du
Comité Français de Droit
International Privé, Dalloz,
Paris, 1970).

HAHN, Dominique

L'ARBITRAGE COMMERCIAL
INTERNATIONAL EN SUISSE FACE
AUX REGLES DE CONCURRENCE DE LA
CEE, Georg Librairie de
l'Université Genève, 1983.

ILLUECA, Enrique

LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS
ARBITRALES EXTRANJERAS EN
PANAMA, Anuario de Derecho de
la Universidad N°11, año 1981,
Pág. 77.

KAHN, Philippe

SOVERAINETE DE L'ETAT ET
REGLEMENT DU LITIGE, Revue de
l'Arbitrage, 1985, N°4, Pág.
641.

PERROT, Roger

LE VOIES DE RECOURS EN MATIERE
D'ARBITRAGE, Revue de
l'Arbitrage, 1980, Pág. 268.

RABCEWICZ-ZUBKOWSKI,
L. Kos

LES CONVENTION INTERAMERI-
CAINES SUR L'ARBITRAGE
COMMERCIAL ET LA COMMISSION
INTERAMERICAINE D'ARBITRAGE
COMMERCIAL (Revue de
l'Arbitrage) 1983, Nº4, Pág.
411.

REYES, Luis Carlos

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y
EJECUCION DEL LAUDO ARBITRAL,
Conferencia de la Cámara de
Comercio y Agricultura e
Industrias de Panamá, 1986.

SANJUR, Olmedo

LA CAPACIDAD DEL ESTADO PARA
CELEBRAR CONVENIOS ARBITRALES
EN EL DERECHO POSITIVO, Revista
Contraloría de enero de 1984,
Panamá.

SCHOLLOSSEN, Peter

L'ARBITRAGE ET LES VOIES DE
RECOURS, Revue de l'Arbitrage,
1980, Pág. 286.

VESCOVI, Enrique

EL PROCESO ARBITRAL EN
IBEROAMERICA, Revista Uruguaya
de Derecho Procesal, 1979, Pág.
11.



3 4189 00055 7275

60

LEYES

- Constitución de la República de Panamá de 1972, Modificaciones de 1978 y 1983.
- Código Judicial, Libro I.
- Código Judicial, Libro II.
- Código Administrativo.
- Código de Comercio de la República de Panamá.
- Código Civil de la República de Panamá.
- Código de Bustamante, Ley 15 de enero de 1928 de la República de Panamá.
- Nuevo Código Judicial, Libro I y II, a regir el 1º de abril de 1987.
- Ley 11 de 1975, Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Ley 5 de 1983, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia de Arbitraje Comercial de New York, 1958.
- Jurisprudencia Constitucional, Tomo III del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1985, Pág. 124 y siguientes.