

PROYECTO LEY 578 SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL EN PANAMA.

El Proyecto ha pasado el tercer debate, no sin irregularidades (denunciadas por Fernando Gómez Arbeláez, en Diario La Prensa del 19 Diciembre), y marcha vertiginosamente a ocupar un sitio ya tomado con buen pie en 1999 por el Decreto Ley 5. Se desconocen los motivos para esta nueva Ley de Arbitraje Comercial, que no figuran en exposición ni preámbulo previo al texto dispositivo.

El Proyecto no corresponde, en estilo, a lo que se entiende como una "Ley de Arbitraje" ya que aborda en su largo contenido de 76 artículos aspectos varios de estricta competencia judicial, cuya sede modificadora en todo caso no ha de ser una norma de alternativa resolución de conflictos como es el Arbitraje. Así, se proveen supuestos de intervención y competencia judicial (art. 11); se regula innecesariamente la autonomía del juicio arbitral (Art. 17); se recuerda la obviedad de las medidas cautelares en vía judicial (Art. 18); se olvida por completo, del mismo modo que lo hacía el DL5, la formalización forzosa del arbitraje; se habilita un recurso de anulación, sin efecto devolutivo, ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema, contra la declaración de incompetencia por el propio Tribunal Arbitral como cuestión previa, lo que contraviene el principio propio de "kompetenz zür kompetenz" que tiene el Tribunal Arbitral (Art. 32); permite la prueba anticipada por medio de medidas cautelares (Art. 33.4); regula los efectos judiciales de no continuar la medida cautelar con el ejercicio de la acción principal (Art. 35); redundante en la eficacia del órgano judicial para practicar medidas judiciales, y el posible desacato a sus actos coercitivos, mediante la institución inglesa de las "órdenes preliminares", que en los ordenamientos civiles son auténticas medidas cautelares (Arts. 36 y 37), con lo que se abre una verdadera batalla previa o incidental al Arbitraje en relación con medidas de aseguramiento, que puede durar más que el propio juicio arbitral; se contempla la competencia imposible de los árbitros para suspender, modificar o revocar una medida cautelar dictada por el órgano judicial, todo lo cual tiene su lugar en el ordenamiento procesal civil (Art. 38); entra en las competencias de los órganos judiciales en materia de garantías o fianzas, olvidando que el arbitraje no es una jurisdicción con facultades de depósito ni de ejecución y que los árbitros son mandatarios elegidos por las partes para cumplir una misión única consistente en el laudo arbitral (Art. 39); el poder de requisitoria de notificación de cambios es inhabitual en los árbitros, y constituye una patente ingenuidad (Art. 40); conduce al sistema arbitral hacia áreas incidentales del proceso civil, como son la oposición a la medida cautelar, cuya decisión corresponderá siempre al órgano judicial ya que no forma parte de los extremos de controversia arbitral (Art. 41); otorga competencia al Tribunal Arbitral para ejecutar las medidas cautelares por sí mismo, y remite como supletorio al auxilio judicial, desconociendo que los árbitros carecen de poderes coercitivos sobre los bienes de las personas (Art. 42); incluso concede competencia a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para atender medidas cautelares y órdenes preliminares dictadas por un árbitro con sede en el extranjero, cuando habría de seguirse el procedimiento ordinario de

exequatur, que en tal caso estaría impedido por la ratificación panameña del Convenio de New York 1958, conforme al cuál tales medidas provisionales no tienen categoría de "laudo arbitral" para efectos de reconocimiento y ejecución en otro país (Art.43), además de que las competencias de la Corte Suprema no puede crearlas ni fijarlas una Ley de Arbitraje; entra en las competencias judiciales , cuando no procede al tratarse de asunto gobernado por la ley de procedimiento civil (Art.44); se contradice prohibiendo las actuaciones de las partes en la vía judicial durante el procedimiento arbitral (Art.46) cuando las ha previsto antes para medidas cautelares en el Art.33; fija condiciones y hasta plazo a los órganos judiciales para la práctica de pruebas con auxilio judicial, y hasta contempla la petición de asistencia hecha por el Tribunal arbitral a un órgano judicial extranjero , lo que sólo puede tener lugar en contexto de cooperación internacional para usos judiciales entre los Estados (Art.54); la referencia al trámite judicial para ejecución de un laudo arbitral es innecesaria, porque las resoluciones firmes y su ejecución ya están reguladas por la ley procesal civil (Art.69). Lo que no han previsto , ni la Ley 5 ni el P578, es la ejecución provisional del laudo arbitral pendiente un recurso de anulación; ni tampoco alternativamente, la exigencia de fianza a la parte impugnante , todo ello teniendo presente la conocida demora de los asuntos en la Sala Cuarta de la Corte Suprema.

La anteriormente expuesta confusión y cruce de competencias responde , en nuestra opinión, a una configuración doctrinal del Arbitraje como una "jurisdicción " autónoma. A ello se une la clara imitación de la tendencia británica a "judicializar el arbitraje; que está perjudicando enormemente y encareciendo el curso de la controversias marítimas. De tal forma y en su conjunto, se presenta un panorama muy farragoso de incidencias competenciales y aventuras judiciales que no convertirán al Arbitraje Comercial panameños en competitivo ni atraerán arbitrajes internacionales a este país. Abunda el empeoramiento la eliminación de la renuncia de parte , previa o posteriormente, al recurso de anulación en el acuerdo arbitral o en los reglamentos de arbitraje administrado.

El Proyecto 578, también, hace alarde de ciertas novedades. Algunas justificadas porque la Ley 5 guardaba silencio sobre la terminación del procedimiento arbitral, no contemplaba la facultad de completar el laudo mediante adición , se asomaba sin ser llamada al campo de la ley aplicable al fondo de la controversia en los arbitrajes de Derecho y era muy rigurosa en los requisitos del acuerdo arbitral. Pero en materias esenciales los cambios son mínimos, aunque haya mejorado la sistemática, y reincidiendo en la factura de 1999 (destaca la fórmula repetida de recusación de un árbitro ante el mismo tribunal arbitral) la propuesta de régimen arbitral es básicamente la misma. Hay otros aspectos de dudoso acierto y oportunidad, p.ej., la permisividad que puede convertir en árbitro elegible a una persona que no esté en posesión de sus derechos civiles o que sea reo de delitos contra las personas; la remisión a una autoridad nominadora cuando la falta de designación del segundo árbitro, normalmente, ratifica al primero para actuar como árbitro único, evitando las dilaciones de pasar por una autoridad nominadora; el deficiente enfoque del arbitraje multiparte, que no consiste en grupos plurales de demandantes y demandados sino en la entrada de terceros en el procedimiento por cuanto la controversia, sin ser la suya, puede afectarles de un modo u otro; el despido o

cese en el cargo de un árbitro por acuerdo de las partes, olvidando la designación hecha por una autoridad nominadora o que la cesación del mandato arbitral no puede ser libre ni arbitraria sino únicamente admisible por vía de recusación; la admisión de la excepción de “mandato excedido” como causa para plantear la incompetencia del Tribunal ha de estar referida al momento de contestar a la demanda, por lo que en fase inicial de alegaciones difícilmente podrá haber caído en excesos de mandato o abusos de poder; la equiparación de la decisión sobre medidas cautelares al “laudo arbitral”; la inclusión de las costas de la medida cautelar en el pronunciamiento final sobre costas derivadas del laudo arbitral; la eventualidad de que la sede del arbitraje sea decidida por el tribunal arbitral, ya que normalmente viene ésta definida por los reglamentos de las instituciones arbitrales y en los supuestos ad-hoc no será posible nombrar árbitros si el arbitraje es de Derecho y no consta el lugar del arbitraje en el pacto sumisorio; la ficción de que las actuaciones arbitrales comienzan con el requerimiento de arbitraje hecho al deudor, es decir, cuando no está aún compuesto el Tribunal arbitral, ya que a efectos de ejercicio de la declinatoria basta la demostración de la existencia de un acuerdo arbitral vinculante; la inconveniencia procesal de admitir la modificación o ampliación de la demanda o contestación fuera del plazo de alegaciones, con lo que habrá que autorizar la práctica de prueba adicional correspondiente, teniendo en todo caso como límite el “hearing” o audiencia a las partes; permitir que el Tribunal Arbitral, supletoriamente, determine el plazo para laudar, que equivale a no fijación de plazo; la dilatación que supone un plazo de 30 días para pedir corrección del laudo arbitral; la aplicación del Tratado internacional, en trámite de exequatur, a favor del solicitante, ya que en materia de Tratados no existe “condición de parte más favorecida”. En conjunto, el nuevo texto no exhibe la necesidad perentoria para una nueva Ley mientras que añade complejidad, y prolongación de trámites, al juicio de árbitros. En particular, las vías de recurso previstas ante la Sala Cuarta de la Corte Suprema y adjudicación de la competencia para resolver las peticiones de exequatur a dicha misma Sala, mientras que la ejecución de los laudos nacionales se tramitará ante los juzgados ordinarios (y sin opción de recurrir sus decisiones), en el caso de Panamá supone una desviación del mandato contenido en el Art. III de la Convención de New York 1958: “no se impondrán substancialmente condiciones más onerosas, ni honorarios ni tasas más elevadas, para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, a las que esta Convención aplica, que las impuestas para el reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales nacionales”. Conviene no perderlo de vista.

Entonces, en suma y ante un Proyecto 578 que complica más que simplifica, cabe preguntarse qué camino le queda al arbitraje comercial, más aún al dinámico arbitraje marítimo, en Panamá? Si observamos que, mediante la conocida salvedad de la existencia de “acuerdo entre las partes”, las Leyes de Arbitraje se deben convertir en supletorias místicas celestiales ya que en el terreno del Arbitraje Comercial, y desde la Ley Modelo de UNCITRAL, el principio rector y dominante no es otro que el de la AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, que modernamente se ejerce y sostiene mediante la elección del arbitraje institucional y de la sumisión voluntaria de los interesados a sus Reglamentos. De ahí que debamos mirar este Proyecto, como toda Ley nacional sobre Arbitraje, con la lupa del respeto a la autonomía de la voluntad y del

recurso al Orden Público sólo en casos de absoluta excepcionalidad. El Proyecto pone a las instituciones arbitrales bajo el control del Ministerio de Gobierno, lo que acentúa la garantía que podemos otorgar a las mismas. También, y a mi juicio en exceso, regula competencias y actuaciones judiciales con valor de orden público procesal (medidas cautelares, ordenes preliminares, e intervenciones de órganos judiciales). También, lógicamente, ordena el recurso de anulación, el laudo adicional y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Pero todo lo demás, absolutamente todo el cuerpo del sistema arbitral incluso la recusación, queda sometido al acuerdo de las partes y es derecho dispositivo, no imperativo. Por tanto, las instituciones arbitrales panameñas tienen poco para preocuparse, porque se cuidarán mucho de contemplar y regular en sus normas propias, en sus reglamentos, todos los aspectos que interesan a las partes, con lo que se evitará acudir a la Ley de Arbitraje de forma supletoria. Con todo, ha de lamentarse la exclusión implícita de la opción de renuncia al recurso de anulación del laudo, aunque creemos que es renunciabile el recurso de anulación de la decisión arbitral sobre su competencia en virtud de la configuración facultativa o de a instancia de parte.

Aunque estimamos que las instituciones arbitrales podrán ponerse a salvo frente a esta farragosa normativa, tal no sería el caso de los arbitrajes ad-hoc concertables en Panama y no deben desdeñarse los aspectos temporales por causa de recursos que a ojos internacionales pueden incidir sobre la modernidad y competitividad del arbitraje panameño.

Si a éllo, finalmente, añadimos la sorprendente disposición final (Art. 75), que pretende someter a la nueva Ley –si es aprobada– los acuerdos de arbitraje, hechos en Panama o en el extranjero, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley, es decir, la teoría del “nasciturus” utilizada en Arbitrajes y no los suscritos a partir de dicha vigencia legal, entonces habrá que recomendar a las instituciones arbitrales que blinden sus Reglamentos adecuadamente sin demora. Ocioso será añadir que someter un procedimiento en curso hasta el laudo al Decreto Ley 5 y los recursos y el reconocimiento y ejecución de o en relación con el mismo laudo a la nueva Ley puede vulnerar la seguridad jurídica de un mismo Derecho para la sentencia y para la impugnación o para la validez y ejecución de la misma.

Siempre la misma reflexión : si el Arbitraje Comercial es un método para evitar el procedimiento judicial, ¿por qué hacerlo tan complicado y, por ende costoso, como el segundo? ¿por qué no consultamos a los árbitros profesionales?.

Jose M. Alcántara,
Arbitro marítimo y Consultor Internacional.