



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

Panamá, seis (6) de julio de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

Pendiente de decisión se encuentra la **demanda de inconstitucionalidad** presentada por el Licdo. **Jesús Palacios**, en nombre y representación del **Banco Nacional de Panamá, contra varios párrafos de los artículos 10 y 18 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999**, "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación".

NORMAS JURÍDICAS IMPUGNADAS.

Los párrafos de las normas acusadas de inconstitucionales, cuyos textos se resaltan, son los siguientes:

"ARTÍCULO 10: El convenio arbitral contendrá los siguientes requisitos mínimos:

1. La designación o forma de designación de los árbitros.
2. Las reglas de procedimiento o su indicación por remisión a un reglamento preestablecido.

Las partes podrán confiar a un tercero la designación de los árbitros o incorporar la fórmula de convenio adoptada por una institución de arbitraje, o en su defecto, nombrar o establecer una autoridad de designación.

La autoridad de designación es la institución de arbitraje debidamente autorizada que es designada por las partes la cual quedará obligada a cumplir con lo que se establece en este Decreto Ley, respecto del nombramiento de los árbitros para la debida constitución del tribunal arbitral o para establecer el procedimiento arbitral, en su caso.

Para el caso de que sean varias las autoridades de designación existentes en un momento dado, y si las partes nada han convenido acerca de cuál haya de ser la competente a estos efectos, será aquella en la que se haga la petición primero, por cualquiera de las partes.

En cualquier momento las partes podrán completar o aclarar el contenido del convenio mediante acuerdos complementarios."

"ARTÍCULO 18: El procedimiento se ajustará a lo determinado por las partes o de conformidad al reglamento aplicable. **En su defecto, el procedimiento será establecido y desarrollado según lo determine el tribunal arbitral.**

El tribunal arbitral tendrá facultades para interpretar, aplicar o suplir las reglas de procedimiento aplicable o establecidas según la voluntad de las partes de forma expresa. En caso de discordia, se acatará a lo que determine el presidente del tribunal arbitral."

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN.

La primera norma constitucional que el recurrente considera infringida es el artículo 32 de la Constitución Nacional, cuyo texto se transcribe seguidamente:

"Artículo 32. Nadie será juzgado, **sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales**, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria."

La actora manifiesta que el párrafo resaltado del artículo 10 infringe el contenido del artículo 32 Constitucional de forma directa, por omisión, ya que la disposición legal establece, aún cuando una de las partes no haya expresado su voluntad, la obligación de someterse a un arbitraje, ante una autoridad que no han reconocido como competente, y que ésta le designe su árbitro y le apliquen unas reglas de procedimiento arbitral que desconoce y que no están aprobadas mediante ley.

Indica también, que lo introducido en el penúltimo párrafo del artículo 10, desvirtúa el contenido de los párrafos iniciales de la misma norma, ya que se está facultando a un tercero, como lo es una autoridad de designación, para hacer todo lo que las partes no hicieron u omitieron hacer en el convenio arbitral.

Manifiesta que la facultad exorbitante que se le está confiriendo a ese tercero, es violatoria del principio del debido proceso legal, ya que sin haber otorgado su consentimiento, se le impone a una de las partes una autoridad arbitral y un procedimiento, dejándole en total indefensión de sus derechos.

En relación a los párrafos acusados del artículo **18 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999**, sostiene que éstos también infringen el principio del debido proceso, cuando señalan que en defecto de acuerdo entre las partes, el procedimiento será establecido y desarrollado según lo determine el tribunal arbitral. Añade que el efecto de la norma legal impugnada, es que deja en indefensión a las partes, pues se autoriza la aplicación de reglas de procedimiento inventadas (sic) para el caso particular.

La segunda norma constitucional que el recurrente considera infringida es el artículo 49 de la Constitución Nacional, cuyo texto se transcribe seguidamente:

ARTICULO 49. El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos.

Respecto a esta norma, señala que también resulta infringida de forma directa por omisión, particularmente por el penúltimo párrafo del artículo 10 del Decreto Ley 5 de 1999, pues elimina o desconoce la libertad de elección que debe tener todo usuario o consumidor para escoger a quien le preste un servicio, en condiciones de trato equitativo, digno y justo. Agrega que el párrafo tachado de inconstitucional somete a una de las partes a un proceso arbitral ante una autoridad que no ha escogido y a cumplir reglas de procedimiento que desconoce.

Sostiene además, que no se concibe que el artículo de marras (artículo 10 del Decreto Ley 5 de 1999), por un lado establezca los requisitos de validez y eficacia del convenio arbitral, y de otro lado, el párrafo atacado de inconstitucional, pretenda subsanar requisitos esenciales omitidos por las partes, como es la designación de los árbitros y las reglas de procedimiento. Si el convenio arbitral no contiene un acuerdo sobre éstos puntos, entonces el mismo deviene nulo sin posibilidad de ser subsanado.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Una vez admitida la acción de inconstitucionalidad, se corrió traslado al Procurador de la Administración, quien a través de la Vista No. 022, de 12 de enero de 2007, manifestó su opinión en los siguientes términos:

"Para los fines de este análisis, debe tenerse en cuenta que dentro de los términos del acuerdo arbitral las partes contratantes pueden autorizar de manera directa o indirecta a un tercero, en este caso, una autoridad de designación, para realizar la escogencia del árbitro o de los árbitros, entendiéndose que tal designación, es decir, la hecha por un tercero, es genuina expresión de su voluntad.

Lo anterior evidencia que las instituciones o centros de arbitraje que actúan como autoridades de designación efectúan una labor operativa y de apoyo, tendiente a la realización de actos preparatorios para la instalación del tribunal arbitral, sin que ello signifique, conforme alega el accionante, que dicha institución esté ejerciendo funciones de manera arbitraria, que puedan producir a las partes contrantes una situación de total indefensión de sus derechos.

.....

Adicionalmente, queda claro que el tribunal arbitral debidamente facultado por las partes contratantes podrá interpretar, aplicar o suplir las reglas de procedimiento contenidas en el reglamento del centro de arbitraje o las establecidas por ellas, sin que ello desnaturalice o menoscabe, según el criterio expuesto por el accionante, el principio de la voluntad de las partes; principio que acoge nuestro derecho positivo, tanto en su ordenamiento sustantivo como procesal."

De acuerdo con el trámite procesal a seguir, luego de la última publicación del edicto a que hace referencia el artículo 2564 del Código Judicial, se abrió un término de diez días hábiles para que todas las personas interesadas en el caso presentaran argumentos por escrito.

En esta etapa procesal sólo se allegan a la Corte, los alegatos finales de la parte accionante, en los que se insiste en la procedencia de declarar inconstitucional las normas legales identificados en párrafos anteriores.

DECISIÓN DEL PLENO.

Encontrándose, el proceso constitucional en etapa de su decisión en cuanto al fondo, a ello se aboca el Pleno, previas las consideraciones que se dejan expuestas.

El convenio arbitral es la piedra angular de la institución arbitral, pues a través de éste se desarrolla el principio de autonomía de la voluntad de las partes, quienes le otorgan competencia a los árbitros para que, además de resolver el conflicto, puedan examinar su propia competencia y suplir el procedimiento convenido.

Es sobre estas bases que el arbitraje ha tenido desarrollo a nivel mundial, convirtiéndose en una alternativa a la justicia estatal (pero no exenta de su control), con sus especificidades, reglas y principios, de cuya observancia depende su efectividad.

Observa el Pleno que el párrafo acusado de inconstitucional, recogido en el artículo 10 del Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, en el que se indica que en *"... caso de que sean varias las autoridades de designación existentes en un momento dado, y si las partes nada han convenido acerca de cuál haya de ser la competente a estos efectos, será aquella en la que se haga la petición primero, por cualquiera de las partes"*, pretende potenciar la eficacia del arbitraje ya pactado en el que las partes, pese a haber manifestado su voluntad clara y expresa de resolver su conflicto (presente o futuro) por esta vía, no hayan señalado una autoridad de designación en particular, de varias posibles.

Nótese que el párrafo impugnado es la continuación y desarrollo de la estipulación legal que permite a las partes delegar en un tercero los trámites de

designación de los árbitros y el diseño de las reglas del procedimiento arbitral, regla contenida en un párrafo anterior del mismo artículo 10.

Contrario a lo que el accionante señala, en cuanto a que el convenio arbitral que deje de indicar, entre varias posibles autoridades de designación, a cuál deberán las partes acudir, deviene absolutamente nulo, estima el Pleno importante precisar que tal afirmación carece de sustento, en primer lugar, por cuanto el mismo artículo 10 del Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, en su último párrafo, permite que las partes puedan completar o aclarar el contenido del convenio arbitral mediante acuerdos complementarios. En segundo lugar, las causas de nulidad del convenio arbitral son las mismas recogidas en el Código Civil para los contratos o en convenios internacionales sobre la materia; causas que por lo general se refieren a vicios del consentimiento, objeto y causa. Pero tratándose del convenio arbitral, lo fundamental resulta que no quede dudas sobre la real libre y expresa voluntad de las partes de someter el conflicto a este mecanismo de solución de controversias. Los demás detalles como la forma de designación de los árbitros y las reglas del procedimiento arbitral, pueden ser confiadas a un tercero, o como acontece en la legislación panameña, la ley puede disponer sobre tales extremos.

Por consiguiente, si las partes han convenido en lo medular, someter a arbitraje el conflicto presente o futuro, la ley viene a ordenar y facilitar que dicha voluntad se haga efectiva, y que frente a varias posibles autoridades de designación, y en el evento que las partes no hayan acordado nada al respecto, la que primero reciba la solicitud de arbitraje, previene la competencia frente a otras, para llevar a cabo la fase pre-arbitral.

De otro lado, es importante destacar que la fórmula adoptada por el artículo 10 del Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, no es exclusiva de Panamá. Tanto

en el derecho comparado como en las normas modelo de derecho internacional privado que promueve la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), existen soluciones similares a la que establece el párrafo tachado de inconstitucional recogido en el artículo 10 del Decreto-Ley No. 5.

Partiendo de la norma marco cuya adopción patrocina la CNUDMI (la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional), cuerpo que si bien fue elaborado pensando en arbitrajes de esta naturaleza, en la práctica también se viene aplicando al arbitraje interno o doméstico, cabe señalar que los numerales 3, 4 y 5 del artículo 11 de la Ley Modelo, permiten que la designación de los árbitros se delegue en un tercero, que podrá ser tanto el tribunal ordinario como cualquier otra instancia. Esta es la fuente inmediata de la fórmula que recoge el artículo 10 del Decreto-Ley No. 5, y que a diferencia de otros países en los que son los tribunales ordinarios los que intervienen para llevar a cabo la fase pre-arbitral, en Panamá se ha permitido que sean las llamadas autoridades de designación, es decir, centros de arbitraje debidamente autorizados por el Ministerio de Gobierno y Justicia, quienes presten este servicio.

De otro lado, es importante indicar que al promulgarse el Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, dejaron de tener vigencia las normas que sobre arbitraje recogía el Código Judicial, de modo que en estos momentos no existe fundamento legal para que los tribunales ordinarios asuman competencia en fase pre-arbitral (salvo en el tema de las medidas cautelares o aseguramiento de pruebas). La reforma tuvo como propósito evitar los inconvenientes que representaba para el arbitraje, tener que adelantar otro proceso previamente para que se lograra instalar el tribunal arbitral.

Contrario a lo que el accionante estima, el párrafo tachado de inconstitucional desarrolla precisamente el debido proceso, pues señala un procedimiento para que cualquiera de las partes que ha pactado el arbitraje, pueda hacerlo efectivo, sin que tal posibilidad represente una alteración de las condiciones de igualdad e imparcialidad que deben imperar en todo mecanismo de administración de justicia.

En el derecho español, el artículo 4 de la Ley 60 de 23 de diciembre de 2003, establece que las partes pueden delegar en un tercero determinadas decisiones, con las limitaciones del artículo 34. Así mismo, el artículo 15 desarrolla el procedimiento para que las partes acudan al juez competente para que realice la designación de los árbitros cuando una de las partes no cumpla con dicha designación en el tiempo requerido.

Otro caso similar se recoge en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976, en cuyos artículos 6 y 7, al desarrollar el procedimiento relativo al nombramiento de los árbitros, señala en primer lugar, que en defecto de nombramiento por una de las partes del árbitro que le corresponde nombrar, la otra parte podrá pedir a la autoridad designada por ambas, que realice el nombramiento del árbitro que la parte renuente no ha querido nombrar; pero si la autoridad designada para nombrar los árbitros no actúa, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, para que designe a la autoridad nominadora que nombre al árbitro respectivo.

Las normas jurídicas que hemos citado forman parte del derecho internacional privado, que, con carácter supra-nacional, son fuentes del derecho interno en temas de derecho mercantil y procesal internacional, de modo que nos

ofrecen una base para interpretar el texto legal impugnado y comprender su *ratio legis*.

En relación con los párrafos del artículo 18 del Decreto Ley 5 de 1999, también impugnados de inconstitucionales, en los que se concede al tribunal arbitral facultades para interpretar, aplicar o suplir las reglas de procedimiento aplicables al proceso arbitral; estima el Pleno que tales estipulaciones tampoco contravienen ninguna de las normas constitucionales invocadas por el accionante, por el contrario, resultan consistentes con la naturaleza del arbitraje, que se caracteriza por su celeridad, economía y antiformalismo, pero teniendo en cuenta principios y reglas básicas de gestión y actuación.

Vale señalar que, salvo el caso de arbitrajes Ad-hoc, la mayor parte de los arbitrajes operan bajo la administración de un centro de arbitraje, que, además de ofrecer la plataforma administrativa de los mismos, se rigen por los reglamentos de dichos centros especializados, y que las partes, por lo general, conocen de antemano y aceptan someterse al mismo al pactar el convenio arbitral en un contrato principal.

En defecto de tales reglamentos institucionales de arbitraje, todo proceso arbitral en territorio panameño está regido por el Decreto Ley 5 de 1999, por lo que le son aplicables los artículos 19 y 23 de la misma excerta, que establecen expresamente como aplicables en el arbitraje, los principios procesales de igualdad de partes, contradicción e impulso oficioso. De modo que cualquier actividad que los árbitros desarrollen, con fundamento en los párrafos del artículo 18, tachados de inconstitucionales, que no se ajusten a los principios arriba citados, pueden representar una posible causa de anulación del laudo, de acuerdo con el literal b, numeral 1 del artículo 34 del Decreto Ley 5 de 1999.

En este sentido, las actuaciones del Tribunal Arbitral no pueden ser arbitrarias ni favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra, de lo contrario faltan a su deber de imparcialidad y objetividad en la conducción del proceso y ponen en entredicho la equidad de sus decisiones.

De otro lado, el Pleno considera importante resaltar la trascendencia que para el arbitraje, representa la reforma introducida al artículo 202 (antes 199) de la Constitución Política en el 2004, que se restauró la competencia del tribunal arbitral para resolver sobre su propia competencia.

Luego de la reforma, el texto constitucional quedó de la siguiente forma:

ARTICULO 202. El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.

Con el sustento constitucional anterior, la Asamblea Nacional expide la Ley 15 de 22 de mayo de 2006, mediante la cual modifica, adiciona y restituye artículos del DL N° 5 de 1999, entre ellos el artículo 7, que vuelve conceder a los árbitros la facultad para pronunciarse sobre su propia competencia.

Las iniciativas anteriores demuestran que el Estado Panameño no sólo reconoce el arbitraje, sino que lo pretende hacer de manera integral, esto es, con sus especificidades, sustentos y apoyos doctrinales, que potencian su desarrollo como medio de solución de conflictos.

Expuestas las anteriores consideraciones, estima el Pleno que los párrafos impugnados de los artículos **10 y 18 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999**, "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación

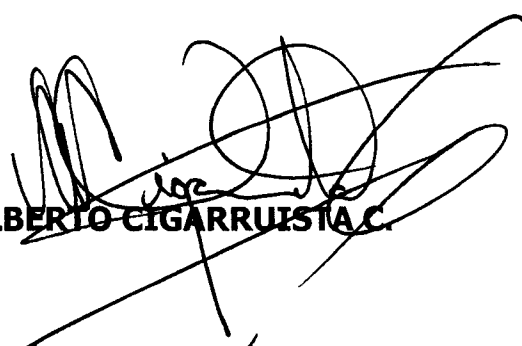
y de la Mediación", no infringen los artículos 32 y 49, ni ninguno otro de la Constitución Nacional.

Por los razonamientos vertidos, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO SON INCONSTITUCIONALES** los párrafos impugnados de los artículos **10 y 18 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999**, "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación".

Notifíquese y Publíquese en la Gaceta Oficial.



ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO


VÍCTOR L. BENAVIDES P.


ALBERTO CIGARRUISTA C.



JERÓNIMO MEJÍA E.
(ABSTENCION DE VOTO)


HARLEY J. MITCHELL D.


GISELA AGURTO AYALA


ANÍBAL SALAS CÉSPEDES


WINSTON SPADAFORA F.


ADÁN ARNULFO ARJONA L.


CARLOS H. CUESTAS

Secretario General

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Panamá a los, 2 días del mes de octubre de
año 2009 a las 9:00 de la tarde
Notifico al Procurador de la resolución anterior.



Firma del Notificado

EXPEDIENTE:1070-06

PONENTE: MGDA. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO

ABSTENCIÓN DE VOTO DEL MGDO. JERÓNIMO MEJÍA E.

Al despacho del Suscrito Magistrado fue remitida la resolución judicial mediante la cual la mayoría de los Honorables Magistrados que integran el Pleno de esta corporación de justicia, al resolver la acción de Inconstitucionalidad presentada por los licenciados **JESÚS PALACIOS, NADIA MORENO GARCÍA y TOMÁS VALDÉS**, en representación de **RAFAEL REYES E.**, Sub-Gerente General del Banco Nacional de Panamá declararon que no son inconstitucionales los párrafos impugnados de los artículos 10 y 18 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, "Por el cual establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y Mediación".

Sobre el particular, debo reafirmar que durante el ejercicio de la profesión actué como abogado querellante, representando al **BANCO NACIONAL DE PANAMÁ** dentro del proceso penal que se le siguió a **JOSÉ GARZÓN Y OTROS** por la comisión de delitos contra la administración pública y otros.


Sin embargo, como quiera que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución de 7 de mayo de 2008 declaró que no es legal el impedimento presentado por el suscrito Magistrado, en el que dejaba constancia de esta situación, no me queda otro camino que señalar que como estoy obligado a firmar la resolución, debo expresar que mi

7189

2

firma no significa que estoy ni a favor ni en contra del
fallo.

Fecha ut supra.


JERÓNIMO MEJÍA E.
Magistrado


CARLOS H. CUESTAS G.
Secretario General