

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 022

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 12 de enero de 2007

**Proceso de
Inconstitucionalidad.**

Acción de inconstitucionalidad presentada por los licenciados Jesús Palacios, Nadia Moreno García y Tomás Valdés, en representación de **Rafael Reyes, Subgerente General del Banco Nacional de Panamá**, contra el penúltimo párrafo del artículo 10, parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 18 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación".

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

Honorable Magistrada Presidenta del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Disposiciones acusadas de inconstitucionales.

La parte actora solicita que se declaren inconstitucionales el penúltimo párrafo del artículo 10, parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 18 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación", cuyos textos 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. (lo subrayado es la parte del artículo acusada de inconstitucional).

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

- o - o -

“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." (lo subrayado es la parte del artículo acusada de inconstitucional).

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas y los correspondientes conceptos de las supuestas infracciones.

La parte demandante aduce la violación del artículo 32 de la Constitución Política de la República que dispone que 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, indicando en este sentido que tal infracción se produce de manera directa, por omisión, según se explica en las fojas 5, 6 y 7 del cuaderno judicial.

Conforme se expone de fojas 8 a 9 del cuaderno judicial, la parte actora también sostiene que las disposiciones acusadas de inconstitucionales violan de manera directa, por omisión, el artículo 49 de la excerpta constitucional que consagra, entre otros, el derecho de toda persona a la obtención de bienes y servicios de calidad, así como la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Según lo establece el artículo 1 del Decreto Ley 5 de 1999, el arbitraje es una institución de solución de conflictos mediante la cual cualquier persona con capacidad jurídica para obligarse, somete las controversias surgidas o

que puedan surgir con otra persona al juicio de uno o más árbitros, quienes deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada.

Bajo este concepto, las partes acuerdan a través de un convenio arbitral someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas con respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El convenio arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Por ello resulta evidente, que la autonomía de la voluntad de las partes materializada en el convenio arbitral debe ser respetada, ya que en virtud de la misma, las partes contratantes facultan a particulares para realizar toda actuación no violatoria de la Constitución Política o de la Ley. En estas circunstancias, ciertamente no puede negarse la existencia de un *acuerdo de carácter voluntario y libre* efectuado por las partes.

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 contratantes una situación de total indefensión de sus derechos.

En apoyo de lo previamente expresado, consideramos oportuno citar el criterio expresado por la Sala Plena de la Corte Constitucional de Bogotá D.C., en la sentencia C-1038/02 de 28 de noviembre de 2002, que en su parte pertinente es del tenor siguiente:

“En esas circunstancias, podría considerarse que la previsión de una fase prearbitral de naturaleza judicial y adelantada por los centros de arbitraje no es en sí misma inconstitucional, pues no desconoce el principio de voluntariedad del arbitraje, ni su carácter temporal y excepcional. En efecto, esa fase prearbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisorio, o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral. Esa fase prearbitral opera entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad. Finalmente, es obvio que esta fase prearbitral sólo puede operar para aquellos eventos en que el arbitraje es normativamente posible, con lo cual se respeta también el carácter excepcional de esta institución.”

El fundamento principal del accionante estriba en el argumento que a las partes se les somete al arbitraje, ante

una autoridad que no han reconocido como competente y que, además, se les designa un árbitro y se le aplican reglas de procedimiento arbitral que desconocen y que no están aprobadas mediante ley. Lejos de esta apreciación, cabe recordar que el arbitraje es un medio alternativo de solución del conflicto, que surge de un acuerdo entre las partes, y por el cual un tercero ajeno a ellas y desprovisto de la condición de miembro del Órgano Judicial, actuando con arreglo al mandato recibido (convenio arbitral), resuelve la controversia. Por ello puede afirmarse que el arbitraje es una forma de composición *escogida autónomamente por las partes*.

Es por todo lo anterior que, a juicio de este Despacho el penúltimo párrafo del artículo 10 del Decreto Ley 5 de 1999, no resulta violatorio de los artículos 32 y 49 de la Constitución Política de la República.

Por otra parte, en cuanto se refiere a la alegada inconstitucionalidad de parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 18 del Decreto Ley 5 de 1999, no podemos dejar de observar que en el evento que las partes nada hayan pactado sobre el procedimiento aplicable, el tribunal arbitral establecerá y desarrollará el mismo de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999 y en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje escogido. Dentro de este contexto, este Despacho conceptúa que no le asiste razón al actor, toda vez que, como advertimos, el tribunal arbitral en ningún momento aplica

“reglas de procedimiento inventadas para el caso particular”, ya que éstas son previamente determinadas en la ley.

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.

Las garantías fundamentales relativas al debido proceso legal y a la libertad de elección, contempladas respectivamente en los artículos 32 y 49 de la Constitución Política de la República, se encuentran resguardadas, toda vez que las disposiciones acusadas no desconocen o pretermiten trámites esenciales del proceso que en forma efectiva puedan conllevar a la indefensión de los derechos de cualquiera de las partes y mucho menos discriminan la libertad de elección respecto a cada uno de los elementos que integran el procedimiento arbitral. (Cfr. sentencia de 13 de septiembre de 1996, Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

Por consiguiente, este Despacho es de opinión que tampoco se ha producido la alegada infracción de los artículos 32 y 49 de la Constitución Política de la República, conforme lo demanda el accionante.

En atención a lo expuesto, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Corte

Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que NO SON INCONSTITUCIONALES el penúltimo párrafo del artículo 10, parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 18 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación".

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/1061/mcs