

16 octubre 2001.

Advertencia de InConstitucionalidad

Presentada por la firma Alemán, Cordero, Galindo y Lee, en representación de Cable & Wireless Panamá, S.A., contra la frase "Se entiende la separación del contrato principal y del convenio arbitral a él incorporado, de

\* concepto

farina que, en su caso, la nulidad de aquél no comportar necesariamente la de este último" del Artículo 11 del

I.

I

Decreto-Ley N05 de 8 julio de 1999.

Sefiora Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Pleno:

Comparecemos ante Vuestra Augusta Corporación de Justicia, fundamentados en lo previsto en el artículo 2563 del Texto Único del Código Judicial, en concordancia con el artículo 5, numeral 1, de la Ley N038 de 31 de julio de 2000, con el propósito de emitir criterios en torno a la Advertencia de Inconstitucionalidad que se enuncia en el margen superior de este escrito.

\*~ 1~

:1 ~

F

1. El acto acusado de inconstitucional.

Se presenta como inconstitucional, la frase: "Se entiende la separación del contrato principal y del convenio arbitral a él incorporada, de farina que, en su caso, la nulidad de aquél no comportar necesariamente la de este último" del Artículo 11 del Decreto-Ley N05 de 8 julio de

U  
o ~  
/ ~\*

~

'1

'4

2

1999, por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación.

2. La norma constitucional que se estima infringida y el concepto de violación expuesto por el demandante es el siguiente:

a. A juicio del demandante, la norma tachada de

inconstitucional viola el artículo 32 de la Carta Fundamental, que literalmente dice así:

"Artículo 32: Nadie será juzgado más que por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria."

A juicio de los abogados de la parte actora, la frase acusada conculca el artículo 32 de la Constitución Política en concepto de violación directa.

Se explica que la garantía fundamental del debido proceso supone que nadie debe ser juzgado sino por tribunal competente y que por regla general los tribunales de justicia ordinarios tienen competencia para conocer de conflictos, salvo que las partes litigantes hayan acordado voluntariamente prorrogar la competencia hacia un tribunal arbitral. Cuando no existe cláusula arbitral la autoridad competente es un tribunal de justicia ordinaria.

Alegan los procuradores judiciales de la demandante que la frase acusada, que separa la cláusula arbitral del contrato que la contiene, permite que un tribunal arbitral no competente para conocer del litigio en ausencia de estipulación válida, aprehenda el conocimiento de dicho litigio, aún cuando el contrato correspondiente sea nulo, y

iii  
ii

---

3

\*3

'a.

no exista por tanto un acuerdo válido de las partes que otorgue competencia a dicho tribunal. Agregan, que la cláusula arbitral es parte de un todo, que es el contrato, de lo que se sigue que si todo el contrato es nulo, cualquier parte de él, incluyendo la cláusula arbitral, también lo es.

Insisten en que la frase acusada le da validez a una estipulación contractual viciada de nulidad, para efectos de la determinación de la competencia, permitiendo que se desplace ésta de los tribunales ordinarios, que son los competentes, a una entidad incompetente, que es el tribunal

arbitral. En otras palabras, dicen, el efecto práctica de la disposición acusada es impedir a la parte demandada el acceso a los tribunales competentes para conocer de la controversia, que son los tribunales ordinarios de justicia.

### 3. Examen de Constitucionalidad

En primera instancia, este Despacho desea destacar que la norma legal atacada es un precepto de naturaleza adjetiva, y por tanto, según lo ha determinado la doctrina sentada por Vuestro Alto Tribunal, el mismo no puede ser objeto de una advertencia de inconstitucionalidad, toda vez que impediría poner el negocio en estado de decidir.

En efecto, se pide al Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de la frase: "Se entiende la reparación del contrato principal y del convenio arbitral a incorporada, de forma que, en su caso, la nulidad de aquél no comportar necesariamente la de este último" del Artículo 11 del Decreto-Ley N05 de 8 julio de 1999.

[7].

I

4

\*i\*.

S4/

Como puede observarse en la contestación de la demanda del proceso arbitral dentro del cual se hace la presente advertencia de inconstitucionalidad, Cable & Wireless Panama, S.A., alega que el contrato suscrita entre INTEL, S.A. y la empresa SPUR ENTERPRISES INC., no se perfeccionó, no tiene vida jurídica, y, en consecuencia, tampoco la tiene la cláusula arbitral contenida en él, que fundamenta la incompetencia del tribunal arbitral.

A nuestro juicio, es clara que la advertencia de inconstitucionalidad formulada paralizaría el proceso arbitral planteado entre SPUR ENTERPRISES, INC., y Cable & Wireless Panama, S.A., pues es la norma atacada la que señala la competencia del tribunal arbitral para conocer de litigios entre particulares que previamente hayan pactado una cláusula compromisoria en un contrato principal, así como dicho contrato

principal sea nub.

Sobre este tipo de normas no susceptibles de ser advertidas, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 30 de diciembre de 1996, sostuvo lo siguiente:

I.

"En este orden de ideas, tales normas deben poseer la virtualidad de ser aplicables en la solución de la pretensión procesal de origen. Ella requiere que las normas jurídicas que se advierten deben ser de aquellas que consagran derechos subjetivos a impanen obligaciones. Esta afirmación parece conforme con el mandato constitucional

\*,~

ji

según el cual el funcionario encargado de impartir justicia 'continuará con el curso del negocio hasta calcarlo en estado de decidir'. Resulta evidente que si el objeto de la consulta recae sobre normas de naturaleza adjetiva, concernientes a la ritualidad procesal a que regulan alguna de las etapas

1.

ii

1 4

V  
1 4

4

5

Is

procesales, el efecto inevitable sería entonces la paralización del proceso integralmente, resultando vulnerado así el mandato constitucional que dispone sustanciarlo hasta el momento de dictar sentencia.

Se puede entonces afirmar que no son susceptibles de consulta a advertencia, entre otras, las siguientes categorías de normas:

- 10 Las de organización de los tribunales;
  - 20 Las que fijan, jurisdicción o competencia;
  - 30 Las que establecen términos y traslados;
  - 40 Las que regulan la conducción del proceso;
  - 50 Las de ejecución de sentencias;
  - 6~ Normas favorables al reo;
  - 70 Las que no deciden la causa."
- (Citada por MOLINO MOLA, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá, en un estudio de Derecho Comparado. 1~ ed. Medellín, Edit. Dike. 1998, p. 495)

La jurisprudencia anotada ha señalado que este tipo de normas solamente pueden ser objeto de una acción autónoma de inconstitucionalidad.

Por otro lado, este Despacho no comparte los argumentos fondo que esgrime la demandante para pedir la

inconstitucionalidad de la frase impugnada.

Como se ha visto, la parte actora sostiene que la cláusula arbitral y el contrato principal que la contiene son un todo y, por tanto, no es posible que la nulidad del contrato no conlleve necesariamente la de la cláusula arbitral. Dicho de otra manera, se alega que si es nulo el contrato principal debe ser también la cláusula arbitral

:1

ii

II~

4., parte de 61, y que al disponer la norma atacada lo contrario,

.t,

~' .j

\*6

j

6

se viola la garantía del debido proceso pues se permite conocer de una causa a un tribunal arbitral sin competencia para ella.

\*

Esta norma, adoptada por nuestra reciente ley de arbitraje y mediación, constituye la positivización en nuestro sistema jurídico de la teoría de la autonomía de la cláusula compromisoria desarrollada por doctrina de derecho comparado y que, precisamente, afirma que aunque el contrato principal sea nulo o inválido, la cláusula conserva su validez.

La razón de ser de esta autonomía se basa en que la cláusula compromisoria no es propiamente una cláusula, ni un contenido subordinado, ni tampoco implica un contrato principal, sino que, simplemente, se trata de otro acuerdo autónomo con respecto a cualquier acuerdo principal, con una distinta función y una distinta causa.

I

Explican ARTAVIA BARRANTES y los maestros españoles HILLON MEDINA y MERINO MERCHAN, respecto de la naturaleza e

!~ 44

importancia de la autonomía de la cláusula compromisoria, lo siguiente:

K

"Sostener que la cláusula compromisoria es un contrato preparatorio importa, por lo mismo, que es también un contrato completo, con un carácter obligatorio bien definida. La cláusula

i~li"

no nace necesariamente en el tiempo con el contrato al cual se refiere, puede preexistir a ser agregada. La separabilidad resulta confirmada si se piensa que el contrato y el acuerdo de arbitraje que a él se incorpora pueden

il I  
ii~  
~}

Yh

\* \*

hasta estar regidos por leyes diferentes.

\*1-

t

S

~\*~

7

)~I

\*

Sobre la importancia de mantener el principio de la autonomía, Carnelutti

.41

4f

enseñaba que se puede configurar docenas de casos en ..... 'la cuestión de existencia y de validez se refiere al contrato y no a la cláusula; cita como ejemplo una controversia acerca de la nulidad de un contrato por error sobre la sustancia de la cosa o por ilicitud de la causa. Viceversa, puede ocurrir también, en este juego recíproco de independencia del contrato y de la cláusula, que falten las condiciones para la validez de ésta y no de aquélla; piénsese en el caso de un

~1

contrato estipulado por un representante que tuviese poder para concluirlo, pero no para comprometer." (ARTAVIA BARRANTES, Sergio. El proceso arbitral en Costa Rica. Editorial Jurídica DUPAS, San José. 1996, p. 146)

I -\*

- a - a -

"En efecto, en la práctica totalidad de las legislaciones nacionales han recogido esa doctrina, que fue

I

abrióndase paso a través de una paulatina depuración operada por las jurisprudencias nacionales (así, Arret Casset, Impex a Hecht en Francia, a las Casaciones italianas de 29 de mayo de 1954, 19 de enero de 1954 y 3 de junio de 1966, entre otras), que tomaron como fundamento último de la separabilidad del convenio arbitral del negocio

..

\*\*

arbitral a de la no comunicabilidad de vicios que afectan al contrato inválida al pacto de arbitraje, en la distinta función que cumple este último con respecto al negocio sustantivo y en la también distinta causa entre ambas

convenias, una de los cuales tiene  
car~cter patrimonial y el otra (el  
arbitral) persigue sustraer al

K

conocimiento del Juez del Estado las

.44.~

controversias que surjan entre las  
partes." (CHILLON MEDINA Y MERINO  
MERCHAN, Jos6 Marf a y Jos6 Fernando.  
Tratado de Arbitraje Privado Interno e  
Internacional. 2da edici6n. Editorial  
Civitas, Madrid. 1991, p. 253.

~J ;

j ~

gil

9

8

Del principia de la autanamf a de la cThusula  
compramisoria se desprende dos importantes efectas: par un  
lado, el ~rbitro puede conocer de la controversia, aim de la  
nulidad misma del acuerdo principal; par el otro, se excluye  
al juez ordinario para conocer de esa cl~usula, a pesar de la  
nulidad del cantrato principal.

Si bien es cierto el derecho a ser juzgado par una  
I autoridad competente canstituye uno de los elementos de la  
garantia del debido proceso, este Despacho no entiende coma  
el precepto tachado de inconstitucional contenido en el  
Artfcula 11 del Decreta-Ley N05 de 8 julio de 1999, norma con  
jerarquf a de ley formal, puede violar el articula 32 del  
Estatuto Fundamental, pues, precisamente, al establecerse que  
Ia nulidad del cantrato principal no acarrear~ la de la  
cl~usula compromisaria e, indirectamente, facultarse a los  
~rbitros para conocer aimn de canflitos en los que se aduzca  
la nulidad del convenia principal, hace constitucional su  
conipetencia en esos casos.

4.

.4.

II.

A nuestro juicio la norma no limita de farina irrazonable  
la garantfa del debido proceso de manera que hace nugatoria  
la protecci6n prevista en ella.

1j~

La Carte Suprema de Justicia ha dicho que el arbitraje  
es "... un mecanismo ideado con la finalidad de resolver  
conflictos entre sujetos de derecho, sean entes de derecho  
p~blico a personas jurfdicas de derecho privado, que sin  
recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas par  
el Estado conceden a un tercera, unipersonal a pluripersonal,

.4

i.

~a facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes."

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, Vuestra Honorable Tribunal ha declarado:

"La doctrina privativista entiende que el arbitraje supone la existencia de un problema de derecho material, mientras que las concepciones más modernas consideran al arbitraje como un auténtico medio jurisdiccional de solución de conflictos, pues le conceden carácter de auténtico proceso regulado por el Estado.

Aunque árbitros y arbitradores no ostentan la misma potestad jurisdiccional que la Ley otorga a Jueces y Magistrados, si tienen facultad legal para decidir una cuestión sometida a su consideración y ella implica, en alguna medida, ejercer la jurisdicción que por autorización de la Ley los sujetos que recurren al arbitraje le reconocen a árbitros y arbitradores en el caso particular que los enfrenta como sujetos de derechos.

Debe quedar clara que al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltos en ocasiones mediante transacciones privadas.

En este orden de ideas, por tanto, debe quedar establecida que el arbitraje es un medio privado de ejercer la jurisdicción, pero no la que imparte el Estado por medio de las autoridades

legalmente constituidas para tal fin". (Sentencia del Pleno de 29 de octubre de 1992) . (Las negritas son nuestras)

I ~rJ~

IS

111 ~

\*

~i.

\* ~a Administraci6n respetuosamente solicita a las Magistrados  
\*~e companen el Pleno de la Carte Suprema de Justicia, que  
\*~eclaren NO VIABLE la advertencia de incanstitucionalidad  
resentada par la firma Alem~n, Cordero, Galindo y Lee, en  
:epresentaci6n de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., contra la  
~rase "Se entiende la separaci6n del contrata principal y del  
:n:::i:a:rltral a 61 incorporado, de farina que, en su caso,  
aqu6l no comportar~ necesariamente la de este  
~.ltimo" del Articulo 11 del Decreto-Ley N05 de 8 julio de  
:999.

De la Sei~ora Magistrada Presidenta,

K :.,, \* J\*. 1<  
Licd&. Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administraci6n

~deF/1 7/mcs

Licdo. Vfctor L. Benavides P.  
Secretaria General

.4

V

1  
I, ~

I..

\* I

5.y

Si

I.

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_