

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERAMERICANO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CONVENIO DE PANAMÁ DE 1975)

DR. ULISES PITTI G.

Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convenio de Panamá), suscrita por doce países de América Latina, bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA); constituye un evento que denota un cambio radical en la política convencional mantenida en el continente desde la firma y ratificación del Código de Bustamante en 1928. Esto es, además, un acontecimiento de trascendental importancia en la Región, que permite ubicarnos de forma similar al nivel alcanzado por aquellos Estados que en Hispanoamérica y en Europa, han logrado ofrecer a través de la práctica arbitral, soluciones rápidas y económicas a los conflictos

que se presentan en tráfico mercantil (interno e internacional); superando los escollos naturales a que están sujetos los juicios ordinarios, prolongados en el tiempo, con el consiguiente estancamiento de capitales, y cuya incidencia se deja sentir en el desarrollo comercial de los Estados.

La delimitación del ámbito de aplicación de los Convenios Internacionales como el de New York de 1958, o el de Panamá de 1975, podemos estudiarlo tomando como referencia cinco elementos básicos: *La naturaleza arbitral de la sentencia, la extranjería de la sentencia, límites ratione personae, límites ratione materiae, y la forma del acuerdo arbitral.*

1. LA NATURALEZA DE LA SENTENCIA

El Convenio de Panamá, a diferencia del de New York, además de aplicarse al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales en materia comercial (art. 5), también organiza el arbitraje. Así lo estatuye el artículo 3 que al respecto expresa: "A falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial".

Sin duda, la operación calificadora del órgano encargado de exequaturar la sentencia arbitral, en nuestro caso, la Sala IV, de la Corte Suprema de Justicia, para considerarla como tal, puede ocasionar inconvenientes si se mantienen criterios exclusivamente internistas. No obstante, el Convenio de Panamá no establece explícitamente, qué es lo que se entiende por sentencia arbitral, tal como lo preceptúa el Convenio de Nueva York en el artículo 1,2

que al respecto señala: "La expresión sentencia arbitral no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido".

Aunque, ciertamente, la Convención en Panamá, no nos proporcione dicha definición, la misma, a nuestro criterio, podemos inferirla del artículo 2, del aludido Convenio, en los siguientes términos: *Entendemos por sentencia arbitral el fallo dictado por un tercero o (terceros) nacionales o extranjeros nombrados por las partes, ya sea persona natural o jurídica.*

De otro lado, si confrontamos además el artículo 1,2 de la Convención de New York que nos aproxima a una definición de lo que se entiende por sentencia arbitral con el artículo 2 de la Convención de Panamá, se observa que esta última introduce una variante muy importante, cual es, la de permitir que los árbitros sean o no nacionales.

Ello tiene importancia en aquellos supuestos en que la legislación interna exige que los árbitros sean nacionales, tal como pareciera desprenderse de la lectura del artículo 1432 del Nuevo Código Judicial de Panamá. Sin embargo, consideramos que si nos adentramos más allá de la superficie del artículo aludido, el mismo no apunta exclusivamente en esa dirección, ya que la referencia sólo podría guardar relación estricta cuando los árbitros designados deban tener la cualidad de letrados, es decir, profesionales del derecho, cuyo ejercicio está regulado por leyes especiales, las cuales, naturalmente, hay que acatar.

Sin embargo, cuando se trata de sentencias arbitrales de equidad pueden ser árbitros todas aquellas personas con capacidad para disponer de sus bienes por sí mismos, sin más.

Además de lo expuesto, y sin ánimos reiterativos, la función arbitral en la vertiente internacional no sólo se circunscribe a dirimir conflictos, ya que éstos puedan verse obligados a llenar vacíos o lagunas contractuales, particularmente en aquellos contratos que por su naturaleza se prolongan en el tiempo, tales como, la contratación en Panamá para la construcción de un canal a nivel, etc. Problemas de esta índole pueden dar lugar a contradicciones con la legislación interna del Estado receptor del exequátur si a los árbitros les está vedado suplir dichas lagunas.

Panamá no escapa de esos escollos a pesar de que para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la nueva legislación judicial, adopta como régimen supletorio las mismas reglas consagradas en los Convenios neoyorkino y panameño. Decimos que no escapamos en nuestro país a esas dificultades, antes apuntadas, porque la legislación doméstica en materia arbitral tiene que adecuarse al régimen de los tratados que ya hemos ratificado, toda vez que las normas referentes al arbitraje interno consagrado en el Código Judicial ignoran el arbitraje internacional. El fenómeno se repite muy similarmente en todos los países de América Latina, ya que la fuente originaria lo fue España, cuya legislación obedecía a una concepción del arbitraje del siglo pasado, cuando la institución arbitral era de corte doméstico.

2. EXTRANJERÍA DE LA SENTENCIA

El Convenio de Panamá de 1975 no contiene cláusula de reserva, tal como lo estatuye el Convenio de Nueva York en el artículo 1,3 que sobre el particular señala: "En el momento de firmar o ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado

podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención, al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la presente Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas,

sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno".

El Convenio de Nueva York abre un marco de posibilidades para los Estados ratificantes, las cuales van desde reservarse el derecho a aplicar el Convenio para aquellas sentencias que provengan de otro Estado, también, parte del de dicho Convenio, e inclusive puede limitar además su ámbito de aplicación por razón de materia; o bien adoptar una posición abierta que permita amparar sentencias civiles, mercantiles que provengan de cualquier Estado, con independencia a su vinculación o no al Convenio. La Convención de Panamá sigue esta última orientación, con la excepción de que la misma sólo hace referencia a materia mercantil.

Lo anterior tiene soporte jurídico en los artículos 1, 5 y 9 del aludido Convenio de Panamá. El artículo 1, establece que: "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil..."

Obsérvese, que el artículo establece la validez del Convenio arbitral en forma amplia, alcanzando las personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras que decidan someter a arbitraje cuestiones de índole mercantil.

En congruencia con el artículo 1, el artículo 5 referente a las causas de inejecución de las sentencias arbitrales, apreciables tanto de oficio como a instancias de parte, son de aplicación genérica, porque comprenden tanto las sentencias nacionales como extranjeras, ya sea que provengan de Estados ratificantes o no del Convenio. Y, nos da mayor fuerza a esta tesis el artículo 9 que faculta la ratificación del mismo, por cualquier Estado dentro o fuera del Continente. Obviamente, este tratado no tiene un carácter exclusivamente regional o geográfico como el europeo de 1961.

Por otra parte el Convenio de Panamá a diferencia del de New York versa sobre *arbitraje comercial internacional* exclusivamente, y de otro lado sigue textualmente las mismas nor-

mas referentes a la inejecución de las sentencias arbitrales consagradas en ambos en el artículo 5.

Si el Convenio de Panamá se propone regular el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales consideradas como internacionales, como su título pareciera indicar, nos encontramos frente a la desnacionalización de los laudos o sentencias arbitrales; cuya calificación ofrece cierta complejidad, si tratamos de determinar su internacionalidad tomando en cuenta los siguientes elementos: el objeto del litigio, la nacionalidad de los árbitros y las normas de procedimiento de la CIAC, estatuidas supletoriamente en el artículo 3 del Convenio.

Las tendencias y perspectivas del arbitraje han ido quebrando con las concepciones estrictamente geográficas para la determinación de la extranjería de los laudos o sentencias arbitrales, tal como es entendido por el Código de Bustamante y los Convenios ginebrinos de 1927.

Hoy, sin embargo, hay quienes trasladan mecánicamente las normas determinantes de la nacionalidad de las sentencias que emanan de los órganos estatales de la administración de justicia. Los laudos o sentencias arbitrales, quizás, por desconocimiento de que la nacionalidad de éstos no está determinada exclusivamente por el lugar que les sirve de soporte físico para dictarlos. En este sentido, el Convenio de Nueva York, en su artículo primero numeral 1, precisa que el Convenio se aplica al reconocimiento y ejecución no sólo de las sentencias que provengan de otro Estado distinto de aquél que se pide el exequátur sino también a las sentencias consideradas anacionales.

Conviene reiterar que las normas de procedimiento aplicadas a los arbitrajes pueden determinar su nacionalidad, e inclusive las de las sentencias judiciales. Así acontecía en nuestro país cuando en la Franja Canalera sometida a la jurisdicción de los Estados Unidos, existían Tribunales de ese país que aplicaban sus leyes. Las sentencias que amanaron de dichos Tribunales, fueron consideradas extranjeras por nuestra Corte Suprema de Justicia, al otorgárseles los respectivos exequátur. Eviden-

temente, la nacionalidad de las mismas estaba determinada por las normas de procedimientos aplicadas y no por el lugar en que se dictaban. En los arbitrajes ello no ocurre por excepción sino que está patrocinado por el régimen convencional y las leyes internas, tal como sucede en nuestro país. (Véanse los artículos 1409 y ss. del Código Judicial). Por vía de ejemplo podemos sustentar que una sentencia arbitral dictada fuera de Panamá, aplicando normas de procedimiento estatuidas en nuestra legislación, está más vinculada a nuestro país que aquél donde se dicta, en consecuencia el trámi-

te de exequátur debiera obviarse y proceder a su ejecución directa.

También, convenimos con aquéllos que, como en España, opinan que el criterio geográfico de localización del laudo o sentencia arbitral, sigue siendo de indiscutible importancia, aunque se abran paso otras alternativas, como las arriba expuestas, impulsadas por las instituciones arbitrales permanentes como la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, etc. Al respecto véase el artículo 16 de dicha Comisión.

3. LÍMITES RATIONE PERSONAE

El Convenio de Panamá, en forma similar al de Nueva York, no fija límites en su ámbito de aplicación por razón de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual ya se trate de personas naturales o jurídicas de conformidad con lo que estatuye el artículo 1 en su parte primera; pues, determina, que es válido el acuerdo de las partes (personas naturales o jurídicas) en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. Obviamente, ello hace que dicho Convenio no esté limitado, únicamente, en su ámbito de aplicación, a las sentencias dictadas con motivo de diferencias surgidas entre personas sometidas a la jurisdicción de una de las altas partes contratantes, tal como lo preceptúa el artículo 1, párrafo primero del Convenio de Ginebra de 1927.

Como se observa, el Convenio de Panamá no restringe su ámbito de aplicación a las sen-

tencias, proferidas entre personas sometidas a la jurisdicción del tratado, de tal suerte que todo aquel país que ratifique dicho tratado, queda obligado a conceder el exequátur a cualquier sentencia arbitral, siempre que cumpla con los requisitos estatuidos en el artículo 5, apreciables tanto de oficio como a instancias de parte.

Para quienes defienden la tesis de la necesaria reciprocidad convencional, no cabe duda que constituye una ventaja para aquél que pacta un arbitraje y su país no sea ratificante del Convenio, si la sentencia que se pretendiese exequaturar allí, le fuere adversa. Pero, recuérdese, que la sentencia arbitral puede ser utilizada como excepción de cosa juzgada, en cuyo caso el aparente "beneficiado" por su reconocimiento, le está impedido hacer palanca con ella, en su defensa, si contra él se instaurase una nueva demanda, en su propio país, sobre la misma materia ya decidida. La ventaja, más que real, puede resultar sólo aparente.

4. LÍMITES RATIONE MATERIAE

El Convenio de Panamá fija sus *límites ratione materiae* dado que así lo estatuye en su título y en el artículo 1 cuando expresa, que se

aplica exclusivamente, a las decisiones relativas a diferencias emanadas de asuntos comerciales. La calificación de la comerciabilidad del

objeto, obviamente corresponde al Estado receptor conforme al artículo 5 del mismo Convenio.

Sobre este aspecto, referente a la materia susceptible de arbitraje la Convención panameña difiere de la Convención neoyorkina, ya que como hemos visto, la misma puede aplicarse tanto a materia civil como mercantil. Ello resulta así, si el Estado ratificante no hace uso del derecho de reserva que prevé la propia Convención en el artículo 1,3 cuando nos dice: "En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado, contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales considerados *comerciales* por su derecho interno". El subrayado es nuestro.

Por otra parte, téngase presente que para pactar un acuerdo arbitral el artículo 1 del Convenio de Panamá no presupone la existencia de un contrato. Similarmente aparece así esta-

tuido en su homólogo en el artículo II,1. Estas analogías cobran mayor importancia para aquellos Estados que como Panamá, tuvo el cuidado de ratificar el Convenio de Nueva York sin hacer uso del derecho de reserva; lo cual amplía el horizonte arbitral, haciéndolo extensivo a cuestiones civiles provenientes o no de Estados ratificantes de dicho Convenio. Ahora bien, ¿cuáles serían las consecuencias si Panamá hubiese hecho uso al derecho de reserva estatuido en el Convenio de Nueva York en el artículo 1,3? La respuesta es sencilla, sólo se aplicaría a materia mercantil, sin poder impedir que dichas sentencias pudieran exequaturarse aunque provengan de otro Estado no ratificante, toda vez que el Convenio de Panamá es un Convenio abierto, sin cláusula de reserva, y a su amparo, naturalmente pueden reconocerse y ejecutarse sentencias arbitrales extranjeras de naturaleza mercantil, sin que tenga importancia el país de procedencia de las mismas.

Lo expresado en el párrafo anterior podemos sintetizarlo así: Aquellos Estados que ratifican el Convenio de Panamá y Nueva York haciendo uso de la reserva que este prevé, por razón de reciprocidad y materia, para efectos prácticos, solamente alcanza las de índole civil.

5. LÍMITES RELATIVOS A LA FORMA DE ACUERDO ARBITRAL

Con el examen de los puntos anteriores que se refieren a los elementos que delimitan el espacio o ámbito de aplicación del Convenio de Panamá, referente a la naturaleza arbitral de la sentencia; extranjería de las mismas, personas y materia, nos avocamos al examen de la forma del acuerdo arbitral, como el último de dichos elementos.

El Convenio precisa en el artículo 1 que el acuerdo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. En este sentido se ha adoptado una norma material uniforme, que exige que el acuerdo arbitral además de constar por escrito debe ser firmado por las partes,

o bien mediante el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

Los Estados ratificantes, se obligan de acuerdo con el texto legal en estudio, a reconocer aquellos acuerdos arbitrales mediante los cuales las partes (personas naturales o jurídicas) se obligan a dirimir sus controversias comerciales presentes o futuras por árbitros. La Convención de Nueva York, que sirvió de base a la de Panamá, mantiene esta orientación en el artículo II,1.

Ambas convenciones adoptan una forma más liberal relativa al acuerdo arbitral que la legislación interna de algunos de nuestros países en Latinoamérica, que exigen que éste

conste además de escrito, en documentos públicos. Ello implica que ante un supuesto de divergencia entre el Convenio y la legislación doméstica, no le queda otra vía al juzgador que aplicar lo dispuesto en el Convenio, siempre y cuando no se refiera a sentencias arbitrales domésticas.

Por otra parte, la precisión y técnica empleada en la redacción del artículo 1 en cuanto a la forma del acuerdo arbitral, como elemento que nos ayuda a delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, hace pensar que no da lugar a dudas. Sin embargo, el tráfico mercantil como realidad práctica nos lleva a límites fronterizos donde pueden aflorar algunas interrogantes. Puede cuestionarse por ejemplo, si los Estados contratantes deben reconocerle validez a un acuerdo arbitral no firmado por las partes, cuando las mismas en un contrato de compra-venta, han estipulado la sujeción de este a las condiciones generales preparadas por una organización profesional, adscritas al contrato, sin estar firmadas por ellas, y en las mismas figura una cláusula arbitral.

Con fines ilustrativos, veamos otro supuesto que constituye prácticas cotidianas de los comerciantes. Se suele comprar y vender utilizando comunicaciones por télex o fax y en los mismos se hace referencia a los términos y condiciones anteriormente convenidos y en los cuales puede figurar o no cláusulas arbitrales. Nos atrevemos a afirmar que de mediar una cláusula arbitral, esta debe considerarse válida.

En nuestro país no existen precedentes que al respecto ofrezcan solución, pero por la

naturaleza propia de nuestras relaciones comerciales, y la natural predisposición psicológica del juzgador, estimamos se inclinaría por una posición abierta, es decir, flexible al examinar los documentos que referentes al acuerdo arbitral hay que acompañar con la solicitud del exequátur. Exigencia que literalmente no la estatuye el Convenio de Panamá, tal como figura en el Convenio de Nueva York en el artículo IV.

Conviene precisar, también, que ambos Convenios no admiten una interpretación extensiva a formas verbales en la concertación de acuerdos arbitrales, aunque dentro de la forma escrita sí aceptan varias modalidades sin la exigencia de la necesaria autografía de los contratantes para todos los supuestos.

Finalmente, para concluir, debo indicar que el Convenio de Panamá ha sido poco estudiado y ello se justifica porque le sirvió de modelo el Convenio de Nueva York, el cual es ampliamente difundido; pero si no nos conformamos con un simple paralelo se transparentan diferencias que no deben soslayarse, como en el presente trabajo queda acotado, a excepción de la solución a la colisión de tratados que tampoco prevé el Convenio de Panamá y la cual puede aflorar si el Estado ratificante concerta Convenios bi o multilaterales, verbigracia, para ejecución directa de las sentencias arbitrales. Esto constituye otro punto de vista a considerar en el análisis del ámbito de aplicación de los Convenios, cuya solución a mi juicio es la de aplicar el Convenio que más favorezca el cumplimiento de lo convenido por las partes.