

Los poderes de los árbitros frente a la teoría del abuso del Derecho, en el plano del Derecho internacional privado arbitral panameño y comparado

Gilberto BOUTIN I. *

Sumario: I. Introducción. II. La esfera de poder de los árbitros y su incidencia en la teoría del abuso de poder en su juzgamiento. 1. La competencia arbitral. 2. Del poder de extralimitación dentro del proceso arbitral. 3. Sobre la extralimitación de poderes en la aplicación del Derecho escogido por las partes. III. Sobre las sanciones en caso de extralimitación y desviación de poder de los árbitros. 1. Exclusión de la competencia arbitral. 2. Sanción respecto a la prueba y su valoración. 3. Sanciones convencionales y legales derivadas de la violación del Derecho aplicable. IV. El abuso del poder de los árbitros en la jurisprudencia panameña reciente. 1. Asunto *De Lesseps Holding Corporation*. 2. Esquema del proceso arbitral *chez Parienti*. V. Conclusión.

RESUMEN: *Los poderes de los árbitros frente a la teoría del abuso del Derecho, en el plano del Derecho internacional privado arbitral panameño y comparado*

El estudio en torno a los poderes de los árbitros frente a la *teoría del abuso del derecho*, en el Derecho internacional privado, va dirigido al análisis de la extralimitación del ejercicio del juzgador *ad hoc*, en este caso del árbitro, que obliga a examinar el poder jurisdiccional y su ejercicio como figura central. Por ello, el presente estudio se concentrará en los casos de extralimitación de la competencia arbitral, así como al estudio de los poderes de los árbitros, en la administración del proceso arbitral y por último, el análisis del poder de interpretación y de la aplicación del Derecho de fondo por el árbitro en el plano internacional.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – PROCESO ARBITRAL – ABUSO DE PODER – DERECHO APLICABLE.

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y Catedrático de Derecho internacional privado.

ABSTRACT: The Powers of the Arbitrators Against the Theory of Abuse of Law in the Comparative and Panamanian Arbitral Private International Law

The study about the powers of the arbitrators and the theory of abuse of rights in Private International Law aims at analysing the excess of the exercise of the judge ad hoc, in this case the arbitrator, which requires an examination of the judicial power and the exercise of its central figure. Therefore, this study will focus on cases of overreaching of the arbitrator's power, as well as in the study of the powers of the arbitrators in the administration of the arbitration process and, finally, in the power of analysis and interpretation of the Law applicable to the substance of the matter at the international level

KEYWORDS: ARBITRATION – ARBITRAL PROCEEDINGS – ABUSE OF POWER – LAW APPLICABLE.

I. Introducción

La noción de la doctrina del *abuso del derecho*, surge a los inicios del siglo pasado, cuya teoría la encontramos diseminada, en las diversas ramas del Derecho positivo con aplicaciones propias. De esta forma, la encontramos en el Derecho civil en la obra de Louis Josserand¹. En el Derecho público, con el autor Maurice Hauriou, en cuyo caso se denomina “desviación del poder”. La desviación de poder se caracteriza por ser un acto conforme a la legalidad expresa y positiva pero contrario a principios comerciales jurídicos o de la buena administración².

Por otra parte, el tema del abuso del poder de los árbitros va asociada a una larga tradición latinoamericana la cual es introducida por el autor sudamericano A. Álvarez³, el cual denuncia la prohibición de *l'abus de droit* en el plano de las relaciones internacionales. A falta de una definición, todas la categoría jurídicas son susceptible de entrar en la prohibición del abuso del derecho, con lo cual cabrá examinarlo a la luz de un reglón propio de la actividad profesional de los árbitros que delimitaremos más adelante. Evidentemente, el abuso de los poderes arbitrales se perfila cuando se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero en realidad se sale de los límites que imponen la justicia, la equidad, la ley y la razón⁴.

¹ L. de Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, París, Dalloz, 1939, p 454.

² B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, París, Edition Panthéon Assas, 2003, p 708.

³ A.Ch. Kiss, *L'abus de droit en droit international*, París, LGDJ, 1953, p. 9.

⁴ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bibliografía Argentina, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 113.

De igual manera, abordaremos en este escrito, si en el interior del Derecho arbitral, tanto en sus fuente internas como internacionales positivas, es previsible el establecimiento de sanciones derivadas de dicho comportamiento que permitan elaborar una causal de anulación. Y finalmente, se señalará brevemente, la postura de la jurisprudencia panameña en el ámbito del desbordamiento de la función jurisdiccional de los árbitros como es el caso del *affaire Parienti* y sus consecuencias.

El estudio actual, tiene por objeto examinar cómo la *lex arbitri* puede ser desnaturalizada o desvirtuada en función del ejercicio del poder abusivo del árbitro, en el plano internacional del *jus controversum*, dando lugar a la invocación a título de *lege ferenda*, la tesis del abuso del poder, como una modalidad de anulación del acto arbitral jurisdiccional final –laudo–.

En este estudio nos centraremos en la esfera en que el árbitro, en tanto que instrumento generador de una justicia privada, puede en su ejercicio incurrir en abuso del derecho de su poder arbitral. Y luego desarrollar la casuística jurisprudencial en torno al examen de fallos que delimiten el síndrome del abuso de los poderes de los árbitros evacuados en la jurisdicción panameña⁵.

II. La esfera de poder de los árbitros y su incidencia en la teoría del abuso de poder en su juzgamiento

La localización de una doctrina sancionadora de los poderes abusivos en la investidura arbitral la encontramos en tres aspectos vitales del proceso arbitral a señalar ya evocada en nuestra introducción: en la esfera de la competencia arbitral, en la administración del proceso a evacuar y en la aplicación del Derecho como fundamento de solución.

1. La competencia arbitral

La línea de demarcación del foro de competencia en materia de arbitraje la resuelve el propio tribunal. La dificultad reside en el juzgador institucional como bien lo esboza D. Foussard, pero a nuestro juicio dicho razonamiento también es extensible a los árbitros en poder incurrir en un momento dado en la causales de impugnación loca-

⁵ G. Boutin, *Jurisprudencia de Derecho internacional privado panameña*, Panamá, Imprenta Universitaria, 2008, p. 286

lizables entre exceso de poder e incompetencia, las cuales escapa normalmente a esta sutil diferenciación por parte de jueces y árbitros⁶. Al fin y al cabo se trata de juzgadores humanos con virtudes y debilidades.

Por ello el principio atribuido a una regla pretoriana alemana *kompetenz-kompetenz* designa el poder de los árbitros en poder confirmar su competencia como su declinación de la causa⁷. A pesar de esta regla, la misma no la encontramos en la Convención de Nueva York de 1958 ni en la Convención de Panamá de 1975. Su aparición está verdaderamente representada en la Convención de Washington de 1965 en su art. 41⁸.

Es a partir del Decreto Ley No. 5 de 1999, cuando realmente, comienza la vigencia de todo un sistema arbitral transnacional en el derecho interno panameño que reproduce la “bicefalidad” entre arbitraje interno e internacional e introduce el principio normativo de competencia–competencia en su art. 17. Un país como Panamá organizado bajo un concepto secular, centralista y republicano factores que definen la justicia estatal se siente alterado por la concurrencia de un foro privado arbitral, alejado de la tradicional justicia gratuita, tuitiva y socializada propio de la justicia común. El primer escollo surge con el fallo de *Exxon*⁹ que se decreta que el foro arbitral riñe con el concepto de acceso a la justicia gratuita estatal que decreta inconstitucional el principio de competencia autónoma del panel arbitral.

Con la reforma constitucional de 2004¹⁰, que se elevó el principio de competencia sobre competencia a categoría de norma constitucional a fin de blindarla de cualquier acción anticonstitucional propia de nuestro *habitat judicial*. Es menester precisar que el principio de competencia arbitral es prioritario y provisional como lo discute la doctrina helvética¹¹ y ello pues su competencia material va depender de la ley sustancial de la sede *ou siege* arbitral en juego.

i) *Lex arbitri* y extralimitación de la competencia. Puede ser sorprendente que, una materia sujeta a un arbitraje, el panel arbitral con base en los poderes legales y constitucionales asienta el conocimiento

⁶ D. Foussard, “Retour sur l’excès de pouvoir en matière d’arbitrage: vers une consolidation des règles?”, *Rev. arb.*, 2004, n° 4, p. 803.

⁷ Art. 17 Decreto Ley No. 5 de 1999.

⁸ Ley 13 de 3 de enero de 1996.

⁹ G. Boutin, *Del arbitraje comercial*, Panamá, Mizrahi Pujol, 2001, p. 177.

¹⁰ Art. 202 de la Constitución de la República de Panamá.

¹¹ J.F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Zúrich, Schulthess, 2002, p 457.

de la causa cuando por la naturaleza jurídica causa ésta repugna al foro arbitral. En la evolución del foro arbitral se sostiene que es arbitrable todo Derecho patrimonial o patrimonializable. Veamos que en el dominio del derecho de familia en Panamá es perfectamente válido someter a interpretación y liquidación el régimen matrimonial de los cónyuges escapando a la justicia ordinaria estatal. Sería el caso de extralimitación de la competencia de retener la competencia sobre un contencioso que recae sobre bienes culturales de la Nación cuyo foro habilitado es la Cámara de Arbitraje de Bogotá. Se trata de una extralimitación de la competencia por razones que dichos bienes se encuentran fuera del comercio y no son susceptibles de transigir por su condición de bienes culturales del Estado panameño. De igual censura procedería en la ocurrencia de retener la competencia en virtud de dicho principio constitucional sobre derechos extra-patrimoniales como la modificación del estatuto personal. Una pareja de buena posición económica de nacionalidad dominicana decide establecerse en Panamá bajo el espectro de residencia de conveniencia y establecen un proceso de disolución del estado civil y liquidación patrimonial. Dicha decisión que incide sobre el estatuto personal violenta el art. 2 del Decreto ley No 5 de 1999 que solo los derechos subjetivos o alienables son susceptibles de ser sometido al foro arbitral.

ii) *Lex arbitri y desviación de poder.* La desviación de poder es un vicio de los actos y potestades administrativas pero que en el devenir de los poderes arbitrales nada impide la desnaturalización por analogía de la función arbitral la cual degenere en un hecho manifiestamente abusivo en detrimento de la finalidad de impartir justicia, como fuese el asunto *Parianti*. Tal sería el supuesto de foros arbitrales falsamente invocados o la elasticidad de la doctrina de la *deslocalización* de los foros arbitrales en detrimento del sistema arbitral en general. Desafortunadamente dichos vicios no están normados en convención alguna, habrá en todo caso que examinar el derecho objetivo en donde gravita la *lex arbitri*.

2. Del poder de extralimitación dentro del proceso arbitral

La potestad de los árbitros de guiar el proceso en todas sus fases puede dar lugar a un exceso de poder o interpretaciones arbitrarias como es el caso de la conducta nugatoria de toda defensa en detrimento de una de las partes o bien, el hecho de descartar el tipo de procedimiento acordado por las partes.

Así resulta que en los orígenes de la codificación del derecho arbitral antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley No. 5 de 1999, se entendía la posibilidad de integrar la voluntad de las partes en cuanto al procedimiento al régimen procesal del Código Judicial Panameño, Libro II.

Tal fase integratoria no era muy cónsona con la dinámica procesal arbitral moderna, pues el sistema judicial ordinario panameño mantiene ciertos rípos que generan una lentitud en el desarrollo de la dinámica de la evacuación de los trámites probatorios que conducían a una dilación que excedía de los 60 días previsto en la propia disposición arbitral de 1986.

Resulta del art. 2 de la Convención de Panamá de 1975 que a falta de elección de un determinado procedimiento, el silencio de las partes permite *ex officio* la aplicación subsidiaria por parte de los árbitros del Reglamento de la CIAC. Se trata de una normativa complementaria a la voluntad de las partes que coadyuve el desenlace y evolución. Se presume que se trata del reglamento vigente de la CIAC. Pero lo fundamental además del estricto apego al régimen procedimental electo o en su defecto al procedimiento coordinado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial con sede en Washington, tiene por virtud de garantizar un tipo de procedimiento que sea congruente con la naturaleza del litigio arbitral.

i) *Administración de la prueba*. La técnica de la administración de la prueba en el árbitro es decisiva. Ella dependerá de lo establecido en parte en el acta de misión que permitirá la aplicación de un sistema frente al otro o la individualización del sistema escogido y en poder inclinarse por un sistema adversarial del *common law*¹² o bien, darle seguimiento al sistema probatorio continental o buscar un punto intermedio¹³. En gran medida la implementación del sistema dependerá la preservación del principio de igualdad de las partes y la clásica noción de la búsqueda de la verdad material. De ello, de igual suerte, se distinguirá entre la valoración de la prueba testimonial y la prueba documentaria que veremos acto seguido. En el plano de la prueba testimonial observamos el valor de los testigos y la prueba cruzada o el denominado *cross-examination*. La noción de testigo es amplia en

¹² M. Taruffo, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 281.

¹³ *The American Law Institute /Unidroit. Principles and Rules of Transnational Civil Procedure Discussion Draft* No. 3, 2002, p. 194.

el Derecho de la *common law*¹⁴. Para el sistema continental el testigo está vinculado con la materia objeto de la controversia en el sentido restrictivo. Es decir la persona que *vio, sintió, o presenció*. En cambio, el testigo y el testimonio pueden verter sobre el perfil del demandado y no sobre un hecho a probar directamente. Hay que resaltar que tampoco existe en este sistema un orden limitativo testimonial sobre los hechos a debatir. Como si opera en el código judicial panameño¹⁵ que cada hecho incoado puede conllevar hasta cinco testigos por cada cargo. En cuanto al *cross-examination*, observamos que se trata de contra interrogatorio de los testigos de la contra parte lo cual es una ceremonia incomensurable de tiempo acerca de la veracidad de las deposición de los referidos testigos. Es muy probable que la prueba documental no sea irrelevante en las audiencias pues las partes se inclinaron por un sistema anglosajón cuyo valor sobre la fuente probatoria es tímido y descartable por decir lo menos. Se trata pues de verificar si en este sistema adversarial las partes se encuentran en un *verdadero faire play judicial*.

ii) *Inserción del sistema conflictual en materia de prueba*. Es sabido que en materia de pruebas los principios probatorios se inspiran en reglas diseñadas por él IBA o bien, por normas muy lacónicas de las diversas cámaras de comercio las cuales van ligadas al tipo de arbitraje salvo que sea un proceso arbitral abosolutamente *ad hoc*. Estas reglas no pueden todo prever como si lo hacen algunos códigos que regulan las reglas conflictivas relativas a la calificación de los sistemas como procede en el Código Bustamante¹⁶. Subsisten algunos principios claves en el régimen probatorio que no deben ser desconocidos, como la carga de probatorio resulta del derecho objetivo a probar¹⁷. El principio de clasificación de los medios de prueba está subordinado al derecho material aplicable, salvo limitación que la ley procesal del foro observe¹⁸ y, finalmente, la forma donde debe practicarse la prueba se somete a la ley del lugar donde se verifica la misma¹⁹. Tales principios de la lógica procesal y material son desatendidos por los juzgadores arbitrales bajo el imperio del antiformalismo lo cual puede

¹⁴ A. Mourre, "L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international: état des lieux et perspectives d'évolution", en J. Rosell (dir.), *Les arbitres internationaux*, Société de Législation comparée, 2005, p. 153 ss, esp. p. 152.

¹⁵ Código Judicial, art. 948

¹⁶ Art. 398 al 407 del Libro IV de Derecho procesal internacional.

¹⁷ Art. 398 Libro IV de Derecho procesal internacional.

¹⁸ Art 399 Libro IV de Derecho procesal internacional.

¹⁹ Art. 400 Libro IV de Derecho procesal internacional.

sucedir que se incurra en una desnaturalización de la prueba. De ahí, podemos deducir que no todos los hechos probatorios se sujetan necesariamente a un solo sistema pues los datos procesales se encuentran entre mezclados y diseminados en jurisdicciones con cultura jurídicas diversas. Así a modo de ejemplo: una demanda contra una sociedad organizada en Panamá su sistema de Derecho comercial presenta una valoración distinta frente al derecho del Grand Ducado de Luxemburgo, cuya corporación que demanda es de nacionalidad comunitaria. Así la regla de oro en el sistema panameño consiste en que los libros de contabilidad de comercio de todo empresario hacen prueba en contra²⁰. Sería el caso, que habiéndose practicado una acción exhibitoria sobre los libros de contabilidad de una sociedad offshore panameña, con sede en el Gran Ducado, arrojara la ausencia de toda obligación dando de esta manera probada la ausencia de obligación por parte de la corporación panameña. Valoración que es ciertamente de carácter *contra legem*. Y que dicha valoración se somete al régimen de la libre convicción de los árbitros y no al de la prueba tasada, tal interpretación sería abusiva y conduciría en un momento dado, a una solución jurídica manifiestamente contraria al Derecho corporativo aplicable.

3. Sobre la extralimitación de poderes en la aplicación del Derecho escogido por las partes

La controversia que se nos presenta es el de saber si, el árbitro puede escoger o estatuir conforme a un Derecho material no elegido por las partes del punto de vista de razonabilidad de la materia o bien, el árbitro como tribunal está obligado a pronunciarse en función del derecho pactado dentro del proceso arbitral. Existen tendencias encontradas a este respecto, que puede ser tesis inconciliables e insalvables entre los diversos sistemas legales implicados ya que, convalidarse al convalidarse dicha práctica, se cercenan de esta manera principios de congruencia y del contradictorio procesal que veremos más adelante. Dentro de un determinado negocio jurídico de orden internacional, encontramos una postura poco ortodoxa que señala que los árbitros pueden *ex officio* aplicar un determinado derecho sin tener que dar explicación a las partes, tal es el caso en Bélgica y Alemania²¹. En otras latitudes legales como en el Derecho inglés el pronunciamiento del árbitro basado en un derecho no sujeto a discusión es cau-

²⁰ Art. 68 del Código de Comercio.

²¹ T. Giovannini, "Qui controle les pouvoirs des arbitres: les parties, les arbitres ou la Cour d'arbitrage?", *Les arbitres internationaux...*, *op. cit.*, p. 144.

sal de anulación; igual razonamiento arriba en el Derecho arbitral helvético pues en tales circunstancias se viola el derecho del contradictorio, ya que al producirse basado en un derecho no debatido vicia el propio Derecho arbitral.

Lo que es a todas luces inconsistente es que la búsqueda de la ley aplicable a un contrato internacional pueda conducir a un “Derecho ajeno” a la economía del contrato. En el ordenamiento jurídico arbitral panameño se permite a los árbitros la aplicación de reglas no positivas como los usos del comercio y principios de Unidroit²² y por deducción cualquier normativa vinculante a título de *ratio scripta*²³.

La disociación entre el Derecho debatido y el Derecho aplicable producido por un exceso de poder de los árbitros, rompe con el equilibrio y congruencia de toda justicia material internacional ruptura que no se compadece con la doctrina *without privity*²⁴.

III. Sobre las sanciones en caso de extralimitación y desviación de poder de los árbitros

En verdad encuadrar causales típicas sobre la desnaturalización²⁵, o desviación del poder de los árbitros con ocasión del ejercicio de sus funciones generando la responsabilidad en el plano de la extralimitación del poder de los árbitros, solo puede concebirse mediante un proceso de adaptación y de aplicación de reglas subsidiarias concierne a tales comportamiento. Por ejemplo, las causales de impugnación de Derecho civil en los Convenios de Panamá²⁶ establecen la justa dimensión de la conducta irregular en complemento con la *lex fori* afectada en un momento dado.

Tanto en la esfera interamericana del arbitraje como en la esfera mundial del arbitraje, las causales son prácticamente homogéneas y tasadas²⁷. Es decir, ellas se fundamentan en presupuesto netamente

²² Art. 27: El tribunal arbitral apreciara las estipulaciones del contra para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de Unidroit.

²³ Convención de México sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, 1994.

²⁴ M.L. Jaime, *El arbitraje sin lazo contractual*, Panamá, Cultural Portobelo 150, 2010, p. 7.

²⁵ G. Boutin, “La anulación del laudo arbitral por desnaturalización de su carácter internacional”, *DeCITA*, n^{os} 7/8, 2007, p. 436.

²⁶ Ley 11 de 23 de octubre de 1975 y de Nueva York; Ley No 5 de 25 de octubre de 1983.

²⁷ M.L. La Cruz Mantecón, *La impugnación del arbitraje. Derecho español contemporáneo*, Madrid, Reus, 2011, p. 73.

personal, material, procesal y de orden político. Respecto a los primeros son de orden precontractual la falta de capacidad de quien se obliga en una cláusula arbitral. Las materiales, se refieren al objeto mismo de la controversia cuya disciplina ha sido excluida por la categoría legal de la controversia. Procesal, cuando las reglas previstas del procedimiento y el derecho de defensa hayan sido conculcados y políticas cuando se refieren a la excepción del orden público internacional de cada Estado que enerva la eficacia del laudo extranjero.

Evidentemente, ellas no recogen la responsabilidad extracontractual derivada del poder de los árbitros ni mucho menos delictual que cubriría lo concerniente al abuso de los poderes o extralimitación o bien de conductas fraudulentas. Tal vez las razones de peso podrían descansar que el cúmulo de causas de impugnación de orden extracontractual no hacen parte necesariamente del giro de la justicia arbitral, sino que constituyen causas incidentales sobre el plano natural del arbitraje.

Haremos un pequeño *tour* sobre las dificultades a este respecto.

1. Exclusión de la competencia arbitral

La zona de exclusión del arbitraje concerniente al conocimiento de la causa no son claras en algunas materias pues hay zonas de transición o recomposición del terreno arbitral que veremos en algunas materias que no fáciles a determinar. La competencia arbitral va asociado a su reconocimiento cuya delimitación se produce en función de la intensidad de la participación de leyes de policía o del control *a posteriori* en la instancia del proceso de reconocimiento en cada legislación concernida. Un recorrido comparatista permite establecer que cada país prevé y matiza la exclusión del foro arbitral como sucede en el: Derecho norteamericano, europeo y panameño.

i) El Derecho norteamericano: En efecto, el Derecho angloamericano considera que las controversias derivadas del Derecho a la competencia y todo lo que conlleva la práctica restrictiva o desleal son competencia de la justicia estatal. El sistema de anti-trust que constituye el pilar del Derecho económico moderno se inspira en la fuente represiva y reparadora basado en la doctrina *treble damages*. Ella constituye un medio de reparación a la vez penal y civil en contra de la conducta desleal en materia de mercado concurrencial. Esta competencia exclusiva y por ende excluyen, sufre un viraje en el asunto *Mit-*

subishi v. Soler a mediados de la década de los ochenta²⁸ permite la intromisión de una cláusula arbitral en materia de competencia desleal. Fundamento que se orienta a señalar que los árbitros le son permitidos aplicar la doctrina del *treble damages* en la esfera del derecho de la concurrencia. El surgimiento de la arbitrabilidad en el dominio del anti-trust angloamericano con la singularidad del derecho de la *common law* americano abrió la otra posibilidad de fijar luego entonces, la doctrina del *second look*. La postura de la corte suprema norteamericana consiste: en recurrir al control siempre de la decisión arbitral para revocar cualquier decisión que pudiese desdeñar la doctrina de la triple indemnización en detrimento de quienes recurren a demandar justicia en esta esfera y que dicha decisión ignore o soslaye el sistema punitivo originado por el régimen previsto del *Clayton Act de los Estados Unidos de América*.

ii) Derecho comunitario europeo. En el Derecho comunitario subsiste una dicotomía sobre el tema de la competencia exclusiva en el dominio de prácticas desleales que habría que distinguir las zonas permisivas de los arbitrajes y las zonas excluyentes de la competencia del foro arbitral. Bajo cierto grado de aproximación al sentido práctico norteamericano. El Derecho europeo mantiene la competencia exclusivo en beneficio de la Comisión europeo sobre la competencia. Criterio autónomo y excluyente de los tribunales europeos. La doctrina sostiene que el Derecho de la competencia admite: consecuencias de orden comercial y económico que se diferencian de las causales concernientes a las causas anulación de contrato por prácticas desleales cuyas causales son netamente de competencia de las Autoridades de la Comunidad Europea²⁹. Pero en lo atinente a las consecuencias de carácter comercial y económico, la solución arbitral es perfectamente viable. Al parecer en el asunto *Mors v. Wesland et Labinal*, la Corte de Apelaciones de París, reconoce una cláusula compromisoria anulada por el juez *a quo* en donde en un contrato de *join-venture* entre una sociedad francesa y una corporación inglesa se pacta cláusula arbitral cuyo objeto era resolver una disputa relativa a una práctica desleal generada por Wesland y Labinal en contra de Mors dentro del proceso de licitación en Londres, en la licitación propuesta por la empresa British Aerospace, en cuyas circunstancias, la sociedad francesa había sido víctima de una cláusula

²⁸ W.F. Fox Jr, "Mistusibishi v. Soler and its impact on international Commercial Arbitrations", *J. World Trade L.*, 1985, p. 579.

²⁹ J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, p. 106.

confidencia de intereses entre Wesland y Labinal ésta última de nacionalidad Suiza en detrimento de los intereses de Mors. La sociedad Wesland fue demandada ante las cortes francesas invocando la contraparte excepción de competencia en virtud de cláusula compromisoria. La Corte de apelaciones revocó la competencia del juez de primer grado, accediendo al reconocimiento de la competencia del foro arbitral en lo atinente tan solo a los efectos de Derecho privado mercantil. En el caso de la jurisprudencia en comento, realmente, subsiste una zona tenue entre las autoridades de la Comisión y el foro arbitral para establecer la competencia o no de los tribunales privados arbitrales. Tal cohabitación accidental puede ser objeto de una verdadera fuente de controversia por la flexibilidad promiscua que se abre en este contexto para el derecho económico de la competencia desleal en el viejo continente.

iii) El Derecho panameño frente al dominio anticoncurrencial. El régimen instaurado en el art. 2 del Decreto Ley No 5 de 1999, introduce el principio que solo son objetos de arbitraje los derechos subjetivos disponibles. Es decir, los derechos susceptibles de alineación. No son susceptibles de alineación los derechos personalísimo o los derechos considerados fuera del comercio o extra-comerciales. En el dominio de las reglas de competencia desleal en el caso *J.V. Decaux v. Eupan*³⁰. Dentro de este negocio jurídico la justicia ordinaria especializada en el dominio de los conflictos de competencia descarta la cláusula compromisoria sino también la viabilidad de poder recurrir al foro de la sociedad demandante y demandada por ser ambas europeas. Se trataba de una licitación para la iluminación de paradas y estaciones de buses y metro buses organizada por el Municipio Capitalino. En donde la sociedad mexicano-española Eupan, denuncia en la fase de licitación pública, que la sociedad francesa había sido condenada en el tribunal de Liege por un caso de corrupción. Declaración que motivo la exclusión del concurso a la sociedad francesa. Sin embargo, la sociedad gala excluida formaliza demanda por conducta desleal ya que dicha decisión en Liege había sido revocada por el tribunal de apelaciones de Bruselas. Mientras tanto un incidente de falta de competencia por mediar un estatuto común europeo fue invocado. Sobre esta causa, la Sala Tercera de lo Contencioso, estatuye que en materia de competencia desleal la nacionalidad común ni la voluntad común de recurrir a un foro arbitral privado son viables por virtud de la materia de orden público que excluye del arbitraje la materia de

³⁰ Tribunal de Comercio 10 de octubre 2005.

competencia desleal. Dentro de este precedente se observa que la materia no es susceptible de prorrogar la jurisdicción a favor de la justicia arbitral, en virtud de que la competencia es exclusiva de las autoridades administrativas panameñas donde se establecía las condiciones y el procedimiento de la licitación sobre la estética e iluminación de la ciudad de Panamá. Las sanciones por actos de extralimitación en materia de competencia, pueden ser analizadas por la fuente convencional arbitral por un lado y por la fuente nacional ligada al ejercicio del poder arbitral.

Sin embargo, la fuente convencional arbitral por excelencia tiene como base la propia Convención de New York de 1958. En ella se enfoca dentro del literal a. del numeral 2 del art. V la causal impugnatoria de pedir la anulación del laudo en virtud que el objeto de la controversia no sea arbitrable. En suma, la causal de anulación por extralimitación de competencia está vigente como fundamento de anulación. De igual manera la Convención Interamericana de 1975 introduce como causal de impugnación y por ende de anulación como causal directa la no arbitrabilidad del pleito en el artículo V de dicha convención la cual también es signataria y por ende vinculante en el ordenamiento comercial internacional norteamericano.

La competencia arbitral cuyo objeto no sea arbitrable es sujeta a la acciones de impugnación contenida en el art. 5 de la Convención de Panamá de 1975. Dicha impugnación se traduce en una acción de anulación. Anulación que es decretada por la justicia del foro ligada a la sede social.

Cabe remarcar que la Convención de Panamá de 1975 mejor conocida como la CIDIP I parte de su éxito se sustenta en el hecho que el régimen impugnatorio de las sentencias arbitrales se inspira en las mismas causales de impugnación de la Convención de New York de 1958.

2. Sanción respecto a la prueba y su valoración

En el dominio real de la valoración de la prueba el desconocimiento del principio de defensa marco del contradictorio en poder cercenar la defensa de una de las partes puede encontrarse visos de carencia de imparcialidad y de independencia del árbitro dentro de la fase de la práctica probatoria.

La función valorativa de la prueba es poco manejada en el Derecho arbitral comparado. La referencia hacia un sistema u otro, lo marca

en todo caso el sistema del IBA³¹. Pero la función de admisión y admisibilidad de la prueba puede tropezar con la posible deformación que se tenga sobre el sistema de adecuación y origen de la prueba.

No deja de indagarse o excluirse la problemática del Derecho material que rija la prueba. Ello puede evidenciarse de dos maneras. Cuando las reglas de la autonomía contractual son claras y los árbitros se ciñen al derecho electo por las partes en el contrato o designado en la propia cláusula arbitral.

Pero puede suceder en una segunda hipótesis, que la deformación tenga lugar, cuando para determinar el derecho relativo a la validez se tropiece con una regla de conflicto que incida sobre la forma o la naturaleza pública del documento y que se descarte dicho razonamiento conflictual para desembocar en una deformación del derecho apto para gobernar la prueba.

3. Sanciones convencionales y legales derivadas de la violación del Derecho aplicable

En el plano del Derecho convencional algunos autores de manera estricta señalan que los convenios guardan silencio sobre la aplicación de una causal autónoma como la del abuso de la aplicación de un Derecho distinto al pactado pues como causal de impugnación no está prevista en la Convención de Naciones Unidas de Nueva York de 1958³².

Las causales de abuso del poder o de extralimitaciones solo pueden ser encauzada bajo dos parámetros: cuando el vicio de dicho comportamiento se encuadra en los recursos impugnatorios previsto en el derecho convencional que anteriormente describimos y la segunda opción es el recurso a leyes territorial de aplicación inmediata que permitan el recurso de anulación o acciones paralelas propias del giro del sistema del Derecho interno como es el caso de la responsabilidad penal del panel arbitral por de razones de prevaricación contemplada en el proyecto del Código de Derecho Internacional Privado Panameño No 141 de 2012³³.

³¹ F. González de Cossio, *El árbitro*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 28.

³² T. Giovannini, *loc. cit.*, p. 144.

³³ Asamblea Nacional de la República de Panamá.

IV. El abuso del poder de los árbitros en la jurisprudencia panameña reciente

1. Asunto De Lesseps Holding Corporation

En el examen detallado precedente basado entre la concepción *lege ferenda* de la teoría del abuso del derecho en el escenario del arbitraje internacional y las reglas convencionales o internas arbitrales susceptibles de intervenir frente al fenómeno que en este estudio incurrimos es concluyente que la figura del abuso del derecho con ocasión del poder de los árbitros es sancionada, al menos en la esfera de la competencia abusiva, administración procesal arbitraria y apreciación infundada del Derecho, limitándose la pena civil a la anulación del laudo.

En el caso que abordamos se trata de un precedente singular que recoge la confluencia de vicios del proceso arbitral y de sus actores vis a vis de la parte más débil el Estado panameño.

La sociedad *De Lesseps Holding Corporation*, de nacionalidad panameña, participa en un proceso de licitación para la construcción de la Grand Terminal de la Ciudad de Colón. Licitación organizada por la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre de Panamá mejor conocida por sus siglas ATTT. Transcurrido más del periodo acordado para la iniciación de la obra previa maqueta a incorporar por parte de la sociedad De Lesseps Holding Corporation, ella incurre en una verdadera morosidad en el proyecto, que faculta al Gobierno de Doña Mireya Moscoso, en poder revocar la concesión provisional, dando lugar a un recurso de reconsideración y agotar el contencioso administrativo ante la Sala III de lo Contencioso Administrativo.

Pero resulta que dentro de la conformación accionaría de la sociedad Lesseps, el socio mayoritario o bien, único era el señor Laurent Jean Marc Parienti de nacionalidad corso francesa. El accionista se informa de la existencia de un tratado panameño francés de protección de inversión³⁴ que el mismo es regulado por el régimen arbitral del CIADI y por el reglamento de Naciones Unidas de 1985.

El demandante reorganiza su acción en contra no solo de la entidad autónoma y descentralizada de la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre sino que extiende su demanda a la Nación de manera solidaria.

³⁴ Ley No. 2 de 25 de octubre de 1983.

El régimen de protección exige determinado presupuesto que el recurrente de nacionalidad francesa por simple oportunidad obvia.

2. Esquema del proceso arbitral chez Parienti

Habiendo constatado la existencia del tratado panameño francés de protección de la inversión, el cual protege no solo las personas jurídicas, sino los accionistas lo cual es desbordante luego del precedente de La Haya sobre el asunto de la *Barcelona Traction*, el corso francés incoa la demanda arbitral ante el centro de arbitraje de la CAPAC, cámara panameña de la construcción cuyo subcentro de arbitraje doméstico o nacional se denomina CIPAC.

En contravención a las reglas de procedimiento del CIADI, recurre Laurent Jean Marc Parienti, a efecto de formalizar demanda en contra la Entidad descentralizada al centro arbitral domestico del CEPAC, designando no solo el árbitro dirimente sino al árbitro de la empresa de servicio público de la ATTT partiendo de la premisa de la rebeldía procesal de dicha entidad. Luego sin que mediara contradictorio, ausencia de notificación— el tribunal constituido por tres árbitros residentes y de nacionalidad panameña emiten un fallo en contra de la ATTT y de la Nación como entidad solidaria en materia de revocatoria de la concesión del contrato administrativo provisional, condenando en 32.521.683,00 –Treinta y Dos Millones Quinientos Veintitún Mil Seiscientos Ochenta y Tres Dólares—, con base al procedimiento local en detrimento del reglamento de Naciones Unidas a la entidad descentralizada y a la Nación.

La decisión se practica sin tomar el reglamento de naciones unidas vigente. Ni apuntar a las consideraciones de la Convención de Washington el de poder escoger cada parte implicada su árbitro es decir, el inversionista francés y la entidad panameña designaran cada uno su propio árbitro. De igualmente, se desconoció el carácter internacional *a priori* de la sede de arbitraje en Washington en el sentido que todos los actos se concentraron en la avenida Aquilino de la Guardia ciudad de Panamá lugar de la sede arbitral.

Como quiera que en nuestro sistema los laudos arbitrales se dividen en nacionales e internacionales³⁵, en este sentido la ley de arbitraje prevé que los laudos extranjeros no son susceptibles de recurso de

³⁵ G. Boutin, "Distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional en la legislación panameña", Primer ciclo de conferencias de arbitraje comercial transnacional: "Un encuentro de alto nivel que traspasa fronteras", Estudio Jurídico Arauz, Panamá, 25 de junio 2010, p. 6.

anulación no así los laudos nacionales. La Procuraduría y los abogados del Estado interpusieron recurso de anulación en contra de la sentencia arbitral por ser manifiestamente de naturaleza doméstica ante la Sala IV de Negocios Generales, como instancia final y definitiva en virtud de su carácter meramente interno.

El 20 de septiembre de 2006, la Corte Suprema de Panamá, es decir, la Sala IV de Negocios Generales, decreto la anulación pues, en dicho proceso no se practicó notificación alguna a la Nación panameña generando una indefensión y en franca violación al principio del contradictorio. De igual suerte, la escogencia del lugar de arbitraje, no se compadece con el carácter internacional del reglamento de Naciones Unidas y del Convenio de Washington; habiéndose practicado dicho proceso en fraude al derecho convencional vigente y a las leyes de arbitraje panameña. Y finalmente, se trata de tres árbitros, no especializados en el plano de la inversión internacional escogido por el centro de arbitraje de la construcción panameña que no se sustenta su calidad de expertos sobre el dominio de aplicación de las fuentes de solución de dicho *differendum*.

V. Conclusión

Solo podemos considerar que los poderes de los árbitros con ocasión de su ejercicio son susceptible de sanción cuando los mismos incurran en abuso de su gestión jurisdiccional, siempre y cuando dicha conducta pueda adecuarse al régimen convencional de *anulación* internacional o bien, obedezca la sanción a una normativa interna que censure los actos de abuso del poder de los árbitros a título de *lex fori* de naturaleza imperativa.