

# **Derecho Procesal Civil**

## NUEVAS EXCEPCIONES EN EL PROCESALISMO CIVIL

Dr. Rubén Morán Sarmiento

La Ley de Mediación y Arbitraje ha introducido dos importantes EXCEPCIONES en el Procesalismo Civil: a) LA EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL; Y b) LA EXISTENCIA DEL CONVENIO DE MEDIACIÓN.

El convenio arbitral nace y vive para una jurisdicción autónoma, paralela a la judicial, que tiene sus normas propias, así como sus administradores, los árbitros. Las personas se someten libre y voluntariamente a esta jurisdicción que le auspicia un medio de solución a su conflicto diferente, probablemente más ágil, que lo que significa un lento proceso judicial. El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes (naturales o jurídicas) deciden someter a ARBITRAJE las controversias que hayan surgido o que pueda surgir a futuro respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, y siempre que sean asuntos que puedan ser susceptibles de transacción (contrato de transacción previsto en el Código Civil constituye la esencia del convenio arbitral). Convenio que en su forma y fondo supera la cláusula compromisoria de que hablaba en contrato de compromiso previsto en el Código Procesal Civil (hoy derogado). Pues este convenio en su parte formal exige la constancia necesaria de ser escrito y debe de contener los aspectos de fondo del acuerdo, a saber: si se someten a un arbitraje administrativo o a un arbitraje independiente. Para el primero se trata de Arbitros organizados en un centro que tiene sus propias normas y procedimiento; se supone que se trata de un órgano especializado; el otro es un arbitraje que no depende de un centro organizado; pueden normar sus propios árbitros su propio procedimiento; se evidencia la absoluta libertad con que pueden proceder las partes para el ejercicio de esta clase de jurisdicción. Por otro lado, además deberán pactar en el convenio si quieren un ARBITRAJE EN DERECHO o un ARBITRAJE EN EQUIDAD. Aspecto que se refiere a la conclusión del trámite arbitral y que se expresa en el llamado LAUDO ARBITRAL, Y que no es otra cosa que el fallo que expide el Arbitro, y que tiene fuerza de sentencia ejecutoriada. El arbitraje en derecho exige la intervención de expertos en el conoci-

miento jurídico y por eso es necesario que intervengan Abogados en ese papel; quienes deberán emitir entonces un laudo apegado a 'la ley, a la doctrina, a la jurisprudencia y a los principios universales del derecho. Para el caso del arbitraje en equidad no es necesario que el árbitro sea abogado, basta personas idóneas en la general manifestación de su conducta y su moral, quienes deberán emitir su laudo, en atención a los principios de la sana crítica y que seguramente estarán avalados por su espíritu de justicia y de equidad. Si las partes silencian esta parte del convenio el laudo deberá ser forzosamente en equidad. Nada se opone a que el convenio arbitral prevea un arbitraje en derecho, pero al mismo tiempo en equidad, para proporcionar al Juez- Arbitro un universo más amplio de acción para la decisión de su laudo; pues muchos conflictos se hacen reacios a la solución por el estrecho margen que da la norma legal; la equidad indudablemente va más lejos que la fría norma, siempre y cuando no se invada campos de ilegalidad.

El arbitraje promueve una JURISDICCIÓN CONVENCIONAL que tiene sus propios jueces -árbitros-, sus propias normas de procedimiento (procesal). Los árbitros en su calidad de jueces emiten sus propios fallos (laudos). Cabría acumulación de procesos para el caso de la existencia paralela de dos causas entre los mismos litigantes y por el mismo objeto (identidad objetiva y subjetiva) uno en la jurisdicción judicial y otra en la jurisdicción arbitral ¿NO, porque son dos jurisdicciones diferentes? Lo que podría producirse es un CONFLICTO DE JURISDICCIÓN, no previsto en nuestro sistema procesal. Si no cabe la acumulación de procesos, podrían producirse entonces fallos diferentes, ¿cuál de los dos procesos producirá el efecto de cosa juzgada? ¿cabría la posibilidad de alegar la Litis pendencia ¿será posible alegar la prevención, para el evento de haberse producido la citación con la demanda en la jurisdicción judicial antes que la jurisdicción arbitral ¿todas estas situaciones irregulares que se pudieron producir quedaron superadas por la incorporación al procesalismo civil de una EXCEPCIÓN que presume además proteger la autonomía e independencia de ambas jurisdicciones(.

Si se da el caso de que una de las partes comprometidas en un convenio arbitral olvidándose de su compromiso acude con su demanda, por los mismos motivos jurídicos que contienen el convenio arbitral ante un Juez de la jurisdicción ordinaria-civil, el demandado podrá excepcionarse invocando la existencia del convenio, que debió haber sido sus crito con antelación a la presentación de la demanda y presentando para el efecto el documento contentivo del convenio al Juez. Además esta

excepción tras toca la mecánica ordinaria que tiene el sistema procesal para el tratamiento de las excepciones, pues ellas son parte vital de la contestación a la demanda y reciben el tratamiento que esa procesal tiene en la ley de la materia. Según la ley de Mediación y Arbitraje esta excepción debe de tramitarse inmediatamente, de su presentación mediante un trámite sumarísimo. La parte contra quien va dirigida la excepción tiene el término de tres días para demostrar lo contrario al Juez; y sólo podrá hacerlo presentando un documento escrito en el que conste la renuncia del convenio suscrito por las partes ligadas en el convenio arbitral; por su parte el excepcionante deberá demostrar la existencia del convenio.

También puede operar el desvanecimiento de la excepción por el sometimiento voluntario tácito que la contraparte hace ante el Juez Civil, cuando acude a esa jurisdicción a ejercitar su derecho de defensa sin invocar la existencia del convenio arbitral; esto es, sin hacer uso de la excepción. La ley de mediación no prevé plazos, ni efectos para esta situación. ¿Podrá el afectado invocar en un aumento posterior a esta fase pre-contienda judicial la existencia del convenio? ¿Podrá acudir la parte perjudicada al centro de árbitros a reclamar el ejercicio de esa jurisdicción por la existencia de su convenio, no obstante la acción judicial en marcha, y su omisión de no haber invocado oportunamente la respectiva excepción? Parece que No, pero en todo caso existe un vacío legal al respecto que podría generar conflictos de jurisdicción.

El juez debe resolver (dictar un auto resolutorio) si procede o no la excepción invocada. Si la acepta, tendrá que inhibirse, de seguir tramitando la causa y ordenar el archivo de la misma, si la rechaza, confirma su plena competencia y podrá seguir sustanciando el juicio; en este caso, ya no podrá actuar la jurisdicción arbitral.

LA MEDIACION.- Otro medio para solucionar los conflictos legales, con antecedentes en nuestro sistema procesal a través de la fase de CONCILIACIÓN; es el instrumento de mediación que tienen los jueces, desgraciadamente esta fase se quedó rezagada en el tiempo por la poca entrega que en su favor han hecho los judiciales del país; la mediación no es nueva en el procesalismo, siempre estuvo en el ámbito de la jurisdicción judicial, a través de las juntas o audiencias de conciliación. Constituye un avance notable el hecho de que la mediación se constituya hoy, gracias a esta normatividad especial en un medio autónomo que posibilita la solución de los conflictos legales, al margen

de la jurisdicción judicial. Los mediadores no constituyen una jurisdicción propia y diferente, son valiosos auxiliares de la justicia, de cualquier jurisdicción; no son jueces como los árbitros; no tienen un procedimiento formal que permita agotar un trámite y 1. llegar a la solución final a través de un fallo. Esta mediación se constituye en la conciliación extrajudicial, pues al decir de la ley son términos sinónimos, persiguen el mismo propósito con lo cual además reafirma la existencia de dos clases de mediación: la que cumplen los jueces a través de la conciliación y que la ley especial de mediación se encarga de recordarla con vivida intención cuando señala: que los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados ni objeto de queja por el hecho de proponer fórmulas de arreglo a las partes en el decurso de la fase de conciliación; y la que cumplen los mediadores fuera de la contienda judicial y del ámbito de esa jurisdicción.

La ley define a la MEDIACION como aquel procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado MEDIADOR procuran un acuerdo voluntario, definitivo y de manera extrajudicial, para poner fin al litigio que mantienen sobre asuntos que son susceptibles de transacción.

EL MEDIADOR.- Puede ser independiente o pertenecer a un centro de mediación; en cualquier caso deberá ser una persona con la suficiente formación académica, encontrarse registrado en el consejo nacional de la judicatura y actuar previa autorización escrita de un centro de mediación. La mediación se fundamenta en tres principios fundamentales: LA CONFIDENCIALIDAD, situación que obliga a las partes y al mediador guardar absoluta reserva acerca de los asuntos que someten a su conocimiento e intervención. Las partes de común acuerdo pueden renunciar a la confidencialidad. LA NEUTRALIDAD supone al mediador ajeno totalmente a los intereses en disputa, lo que evidentemente genera confianza y seguridad en las partes' sus sugerencias o fórmulas de solución no pueden incursionar en apreciaciones subjetivas que pongan en duda su independencia frente a las partes. VOLUNTARIEDAD DE LAS PARTES, significa que las partes manejan libremente este procedimiento facilitado por un tercero mediador, y lo hacen hasta que su voluntad les permita sentirse cómodos y con la perspectiva de su solución a su conflicto; pues están en libertad de concluir la mediación cuando a bien tuvieren, pudiendo incluso suspenderla, o reanudarla con otro mediador, y con procedimientos distintos.

Para que la mediación se dinamice es necesario: a) la existencia de un convenio escrito por el cual las partes libremente aceptan someterse a un procedimiento de mediación, para el evento de surgir conflictos en la relajación jurídica existente entre ellos; b) por la solicitud para la mediación por una o ambas partes; y, c) por disposición judicial de oficio o a petición de parte, en cualquier estado de la causa, siempre y cuando las partes de consumo acepten la disposición. Esta última posibilidad evidencia la importancia que tiene la conciliación en cualquier controversia judicial, y destaca el papel de gran auxiliar de la justicia que tienen los mediadores.

La mediación concluye con una acta en la que deberán constar los acuerdos a que hubieran llegado las partes y las obligaciones a las que se someten, acta que tendrá el valor de sentencia ejecutoriada con los efectos de la cosa juzgada; igualmente puede concluir con una acta de imposibilidad de acuerdo o lo que es lo mismo, la inexistencia total de avenamiento de las partes o fórmulas conciliatorias que superen conflicto.

Si una de las partes sometida voluntariamente a un convenio de mediación acude con su demanda ante un Juez de la Jurisdicción ordinaria, desoyendo la existencia del convenio, la contraparte podrá deducir ante el Juez, inmediatamente de conocido la acción judicial, la excepción previa la existencia del convenio, para lo cual bastará que exhiba el documento. La parte afectada con la invocación de esta excepción podrá desvirtuarla demostrando que ambas partes, igualmente por escrito renunciaron voluntariamente al convenio, o que se dio la mediación pero con resultados negativos, esto es con una acta de **IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO**.

También podrá desvanecer esta excepción a través de una manifestación voluntaria tácita, de parte de aquel que pudo esgrimir la existencia de la excepción; pues este compareció a juicio y se allanó a su trámite sin invocar la referida excepción.

Son excepciones que deben tramitarse de manera suman, previo a la contienda judicial propiamente; pues, no se da la traba de la Litis, y tiene que producirse a través de un auto resolutorio con el cual se define quien deberá conocer la contienda: o la jurisdicción judicial, o este auxiliar de la justicia.

Naturaleza jurídica de esta excepción ¿son dilatorias o perentorias? Tienen que ver con la formalidad de un procedimiento por lo que estimo se trata de una dilatoria que por mandato de ley especial de mediación y arbitraje tiene un procedimiento previo, sin el cual y hasta tanto no se agote no se podrá trabar la Litis. Con estas excepciones no se discute la competencia de los jueces, se discute la autonomía de las jurisdicciones; para evitar la intromisión de la una con respecto de la otra.

Debemos aclarar que estas jurisdicciones no son excluyentes; así la actuación de los árbitros, concluida con el laudo, debe buscar al juez ordinario para la ejecución de los fallos, por las medidas de apremio que pudiera dictar; igualmente para las medidas cautelares previas. En cambio el mediador, si su acta contiene solamente soluciones parciales, por el saldo insoluto se deberá acudir a la justicia ordinaria para su solución, sin embargo, los efectos de esas excepciones difieren por la naturaleza de estos medios, así el arbitraje que comprende una verdadera jurisdicción, involucra desde la demanda hasta el fallo final; en cambio la mediación se agota con el acta de conciliación donde consten los acuerdos o en su caso la imposibilidad de alcanzar esos acuerdos; en ese momento las partes quedan en libertad de acudir a la justicia ordinaria; la jurisdicción arbitral excluye al juez ordinario, sólo participa como auxiliar para el caso de la ejecución del laudo; en cambio el mediador excluye al juez ordinario para el caso de que lleguen acuerdos los comprometidos con el convenio de mediación; si falla la mediación, la competencia de la jurisdicción judicial, queda abierta a su intervención.

**EXCEPCIÓN ALTERNA TIV A.** - Esta realidad (la existencia del convenio) puede promover otras excepciones: 1) Incompetencia del Juez por tratarse de asuntos de otra jurisdicción.- Excepción dilatoria que se produce por la presencia de nuevos ámbitos jurisdiccionales creador por leyes especiales (arbitraje-propiedad intelectual, etc.) si una persona sometida a un convenio arbitral es demandada ante un Juez Civil y presenta esta excepción y no la que se refiere a la existencia del convenio, merecerá el mismo tratamiento previo y sumarísimo para su evacuación?

Estimo que sí; para lograr que el Juez se inhiba de tramitar la causa y la remita a la jurisdicción arbitral. (Excepciones comunes en lo esencial y en sus efectos).

¿Qué pasa con los convenios celebrados antes de la vigencia de esta ley especial?

El arto 62 de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Arbitraje dice:

Las normas de la presente ley se aplicarán inclusive a aquellos convenios arbitrales suscritos con anterioridad a su vigencia, siempre que en procedimiento arbitral no haya comenzado.

En atención a esta disposición, los convenios celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley, deberán someterse a lo siguiente:

- 1) El Procedimiento arbitral previsto en la ley se aplicarán a los convenios celebrados con anterioridad, en caso de no haberse iniciado el procedimiento arbitral en atención a la anterior normatividad (antes de la vigencia de la ley).
  - 1-A) En este caso no es procedente la excepción; puesto que la normatividad anterior permitía, no obstante el convenio, acudir indistintamente al arbitraje o a la justicia ordinaria como parte esencial de la relación contractual.
  - 1-B) Si el Procedimiento arbitral se hubiera iniciado deberá aplicarse la regla 20 del Art. 7 del Código Civil; esto es lo relacionado estrictamente con la formalidad del procedimiento.
- 2) Si el procedimiento arbitral se inicia bajo el amparo de la nueva ley, obviamente involucra a los convenios celebrados antes o después de la vigencia de la ley; en este caso es absolutamente procedente la excepción.

El Código Procesal permitía a través del contrato de compromiso, someterse los contratantes a la actuación de árbitros pero con la opción libremente de acudir a la justicia ordinaria; no era en conclusión ley rigurosa para las partes la existencia de este tipo de contratos; hoy en cambio el convenio protege la autonomía de la jurisdicción arbitral y en consecuencia esta debe acatarse excluyendo la justicia ordinaria.

## LA EXCEPCIÓN: INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA LEGAL.

Art. 274 de la Constitución de la República: "Cualquier Juez o Tribunal en las causas que conozca podrá declarar inaplicable de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la constitución, o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el caso controvertido".

Un accionante puede plantear en su demanda como pretensión tutelada una norma que al amparo de la constitución de la República en actual vigencia sea contraria a su texto y significado, lo que quiere decir que el fundamento legal de la pretensión está divorciada de la constitución, bastando la invocación oportuna por parte del demandado, a través de la respectiva excepción, así por ejemplo reclamar contra una filiación paterna invocando una norma legal que prevea el necesario reconocimiento para los hijos nacidos fuera del matrimonio para alcanzar la filiación paterna, es en gran parte inconstitucional; pues hoy existe en la constitución, proclamada la presunción de filiación paterna para los hijos nacidos fuera del matrimonio que hayan sido concebidos en una relación de concubinato protegida por la ley; hoy solamente deben ser reconocidos los hijos productos de relaciones de concubinato complejos (un hombre con varias mujeres).

- 3) Normas legales de procedimiento que violan derechos constitucionales relacionados con el debido proceso, y la garantía de la defensa en juicio. Por ejemplo cuando se cita al demandado por un periódico de ninguna circulación; cuando se suspende el juicio indebidamente; las normas en que se haya amparado el juzgador para justificar estos procedimientos evidentes son inconstitucionales; y le permiten al agraviado excepcionarse por la aplicación indebida de normas violatorias de la constitución.
- 4) Bien puede la parte agraviada esgrimir estas excepciones de violación de normas constitucionales, por aplicación de normas de sustantivas o adjetivas contrarias a su espíritu. Como interpretación extensiva a la excepción que de manera general plantea la constitución y que se refiere a la inconstitucionalidad de la norma legal que a juicio del demandado respalda la pretensión del accionante; podría plantearse la inconstitucionalidad de la pretensión

(reclamar obligaciones por contratos contrarios a la moral pública); la violación de garantías constitucionales por procedimientos viciosos e irregulares.- En uno y otro caso podría además dar lugar al recurso de amparo, pues la violación constitucional del debido proceso que estaría dado por la violación de las garantías de la persona en el proceso judicial; por la admisión al trámite de un asunto evidentemente contrario a la constitución. En el primer caso, no se trata de que el recurso de amparo se pretenda contra las disposiciones del Juez, que por razón de su independencia, sus decisiones no pueden ser objeto de impugnación a través del ejercicio de este recurso, pues esto tiene sus propias instancias, aquí de lo que se trata es de oponerse a la violación de las normas de la constitución como aquello de propiciar una indefensión del recurrente en el juicio. En el segundo caso, bien podría el juez, inhibirse de seguir actuando por la clara violación de la norma suprema, en el asunto que es de su conocimiento. Seguir en el trámite de un asunto que no tiene sustento en la norma suprema, no podrá originar un fallo favorable, y mejor sería por economía procesal, y aliviar la carga de la administración de justicia archivar el asunto.

En este último caso procedería la excepción de incompetencia por razón de la materia. Todos los jueces deben encausar su ministerio por razones elementales, en el marco general de la ley suprema de la república; pues ningún ciudadano, ni menos autoridad alguna están exentos de esta obligación fundamental; más aún, si se trata de la administración de justicia, que se supone son conocedores de la ley. Si un juez llega a conocer un asunto que está fuera del marco constitucional, se coloca en evidente INCOMPETENCIA, en razón de la materia; ese asunto no es materia para ningún juez, de manera que igualmente por interpretación extensiva puede la parte perjudicada esgrimir esta excepción para lograr que el juez se inhiba de seguir conociendo del asunto y aún intentar la acción de competencia si fuere del caso.