

Panamá, 19 de agosto de 2004.

Licenciado
Alfredo Arias Grimaldo
Administrador General de la
Autoridad Marítima de Panamá
E. S. D.

Señor Administrador General:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales, y en especial por la contenida en la Ley N°38 de 2000, en su artículo 6, numeral 1 de servir de asesores jurídicos de la administración pública, procedemos a dar contestación a la nota N°ARI-AG-DAL-2248-04, calendada 8 de julio de 2004 y recibida en esta Procuraduría el 19 del mismo mes y año, mediante la cual nos formula dos preguntas relacionadas con el efecto de aquellas cláusulas contractuales que son objeto de controversias, y se pretende resolverla por un arbitraje.

Concretamente nos formula las siguientes interrogantes:

- “1. Si la ARI puede mientras está en el trámite de obtener las autorizaciones para participar en un proceso de Arbitraje, a efecto de resolver algunas discrepancias con respecto a las cláusulas contractuales, realizar diligencias o requerimientos para el pago de saldos morosos que la empresa mantiene en la Institución, siendo esto parte del tema invocado para el Arbitraje?
2. Si la ARI puede mientras está en el trámite de obtener las autorizaciones para participar en nuestro proceso de Arbitraje

celebrar arreglos de pago sobre los saldos morosos, siendo este tema parte del Arbitraje?”

Criterio de la entidad consultante

Se es de la opinión jurídica, que el Administrador de la Región Interoceánica en uso de las facultades legales contenidas en la Ley 5 de 1993, para custodiar, administrar, arrendar, vender y dar en concesión los bienes revertidos, en concordancia con el Código Fiscal y la Ley 56 de 1995, le corresponde dar seguimiento a los compromisos contractuales, y por tanto, está plenamente facultado para cobrar o establecer arreglos de pagos sobre aquellos montos pactados en los contratos respectivos, independientemente que la situación, se encuentre pendiente la autorización del Consejo de Gabinete, y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, para someterlo a un proceso de arbitraje.

Criterio de la Procuraduría de la Administración

Antes de adentrarnos al tema de su consulta, estimamos oportuno exponer algunas precisiones sobre la figura del contrato y arbitraje para mejor comprensión del punto consultado.

El contrato en sentido estricto es un negocio jurídico, fundamentado esencialmente en un acuerdo de voluntades de quienes lo celebren, el cual recoge los derechos y obligaciones de ambas partes.

En efecto, respecto a los contratos nuestro Código Civil en su artículo 1109, estipula que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan al cumplimiento de lo pactado, como también de las consecuencias que se deriven de éste.

En el caso particular de su consulta, nos encontramos frente a contratos administrativos, por lo cual el acuerdo de voluntades es entre la administración pública y un particular, con el que se crean derechos y obligaciones para satisfacción del interés colectivo, y por tanto está sometido a un régimen especial.

El ámbito de aplicación de los contratos administrativos que se realicen, a través de las distintas instancias públicas, es la Ley 56 de 1995, así queda precisado en su artículo 1 que dispone concretamente lo siguiente:

“Artículo 1: Ámbito de aplicación

La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, para:

1. La ejecución de obras públicas.
2. Adquisición de arrendamiento de bienes.
3. Prestación de servicios.
4. Operación o administración de bienes.
5. Gestión de funciones administrativas.

PARÁGRAFO: En las contrataciones que realicen los municipios, juntas comunales y locales y, en general, en aquellas que se rigen por leyes especiales, se aplicará esta Ley de forma supletoria.”

Luego entonces, que la normativa aplicable en aquellos contratos en que sea parte el Estado, se deberá desarrollar de conformidad con los parámetros establecidos en la Ley de Contratación Pública, salvo que existe una ley especial que lo regule, en cuyo caso la Ley 56 de 1995, se aplica supletoriamente.

En los contratos administrativos, como en cualquier contrato surgen derechos y obligaciones, y en esto cabe resaltar lo dispuesto en el artículo 976 del Código Civil, que expresa que las obligaciones que nacen de los contratos son ley entre las partes, lo cual quiere decir, que las obligaciones contraídas, se hacen de forzoso cumplimiento.

La Ley 56 de 1995, de Contratación Pública, recoge de forma clara en sus artículos del 9 al 10, los derechos y obligaciones generales para las partes en los contratos administrativos, entiéndase que quién tenga competencia para contratar en nombre del Estado, deberá sujetarse a las reglas que el cuerpo legal mencionado establece, y las disposiciones del Código Civil o Código de

Comercio que sean compatibles con la misma, tal y como queda dispuesto en el artículo 68 del mismo.

El cuerpo legal, comentado establece varias clases de contratos administrativos, estableciendo formalidades específicas y generales para los mismos. En el caso de su solicitud se observa, se refiere concretamente a contratos de arrendamiento sobre bienes revertidos, suscrito entre un particular y la Autoridad de la Región Interoceánica (ARI), en virtud de la facultad legal privativa que se le asigna para custodiar, aprovechar y administrar los bienes revertidos, y en ello arrendarlos, asimismo para expedir su reglamentación, tal y cual queda establecido en los artículos 3 y 5 de la Ley 5 de 1993, con sus respectivas modificaciones.

El contrato de arrendamiento, según y dispone el artículo 1294 del Código Civil, puede ser de cosas, o de obras o servicios, e igualmente como otra clase de contrato, se encuentran elementos como la voluntad, el objeto y forma.

Cabe decir, que en atención a la facultad asignada a la ARI, para expedir la reglamentación, la Junta Directiva de la misma aprobó, a través de la Resolución N°029-96 de 23 de mayo de 1996, el reglamento de arrendamiento de bienes inmuebles patrimoniales, en las áreas revertidas, en la cual se dispone que los arrendamientos se sujetarán al procedimiento de la Ley 56 de 1996, de Contratación Pública.

La Ley 56 de 1996, en su Capítulo XVI, de la Adquisición y Disposición de Bienes, que va desde los artículos 95 hasta el 103, alude en varios de ellos al contrato de arrendamiento, y en los artículo 100 y 101, se refiere de forma específica al arrendamiento de bienes muebles e inmuebles del Estado, asimismo, que las reglas y procedimientos a que se deberá estar sujeto.

En otro orden de ideas, el jurista panameño Ulises Pittí, define Arbitraje como “un proceso adversarial de solución de disputas que se origina de común acuerdo entre las partes, ya que éstas al momento de celebrar un contrato establecen a través de una cláusula arbitral, someter cualquier litigio o conflicto que surja a un procedimiento”.

El Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación, en su artículo 1, define arbitraje de la siguiente forma:

“Artículo 1: El arbitraje es una institución de solución de conflictos mediante el cual cualquier persona con capacidad jurídica para obligarse, somete las controversias surgidas o que pueden surgir con otra persona, al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada, de conformidad a lo establecido en el presente decreto Ley”.

Luego entonces, el arbitraje es una modalidad para resolver las controversias que puedan surgir de una relación jurídica, sin tener que recurrir a la jurisdicción ordinaria, para lo cual, igual que un contrato se requiere la manifestación de la voluntad de las partes involucradas, en donde la decisión la toma un árbitro, y tiene efecto de cosa juzgada.

El acto de manifestación de voluntad para el arbitraje, lo denomina nuestro sistema jurídico en el Decreto Ley N°5 de 1999, “convenio arbitral”, definiéndolo como “el medio mediante el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no”.

Así, se puede colegir que aquellos convenios arbitrales establecidos en un contrato, como cláusula contractual se hacen de forzoso cumplimiento para las partes contratantes, en el momento que surja la disputa que se pacte.

Queda claro, que es un factor fundamental, que las partes involucradas en una relación jurídica, decidan someter las controversias que surjan de ésta, al proceso de arbitraje.

La figura de arbitraje tiene rango constitucional, al disponerse en el artículo 195 de la Carta fundamental, lo siguiente:

“Artículo 195: Son funciones del Consejo de Gabinete:

...

4. Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación”.

Como puede apreciarse, por orden constitucional los pleitos en que sea parte el Estado, pueden ser sometidos al método alternativo de solución de conflicto, como lo es el arbitraje, pero para ello se requiere un aval del Consejo de Gabinete, en su acuerdo con el Presidente de la República, y contar con el concepto favorable del Procurador General de la Nación, sin olvidar también, que se requiere el acto de manifestación de voluntad del particular.

La norma constitucional, citada viene a ser desarrollada de alguna manera el artículo 7 del Decreto Ley N°5 de 1999, que expresa:

“Artículo 7:

El convenio arbitral, es el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no.

Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, las entidades autónomas, semiautónomas, incluso la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo.

Igualmente podrán acudir al arbitraje internacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por tratado o convención internacional.

En los casos en que no haya pactado el convenio arbitral en los contratos suscritos por el Estado y surja el litigio (es decir pleito en tribunal) se requerirá para someter a arbitraje, la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

No obstante, en los casos en que no se haya pactado convenio arbitral y surja una controversia y no haya litigio aún, éste podrá convenirse por el acuerdo de las partes. Para éstos efectos cualquiera de ellas se remitirá notificación escrita a la otra expresando su voluntad de someterse a arbitraje el conflicto. La parte requerida tendrá siete días hábiles para responder la solicitud. De aceptar la propuesta de arbitraje, las partes dispondrán de un plazo común de cinco días hábiles para designar sus arbitras”.

Sobre el tema, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia, con fecha de 25 de noviembre de 2002, de la Sala Tercera, lo siguiente:

“La Sala observa que según norma constitucional, que habrá de ser observada de manera preferente para someter a arbitraje los asuntos litigiosos en los que el Estado sea parte, se requiere la autorización del Consejo de Gabinete con el concepto favorable del Procurador General de la Nación, claro está, cuando en el contrato no se hubiese pactado de manera expresa un convenio arbitral.”

Queda establecido, que el aval del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, no se requieren cuando en el proceso de arbitraje se haya establecido una cláusula contractual, lo cual tiene su fundamento en la disposición legal ya aludida, que dispone que las obligaciones que surgen de los contratos se hacen ley entre las partes.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa en su consulta, se entiende que no existe cláusula contractual, y por ende se requiere la autorización del Consejo de Gabinete, y el concepto favorable del Procurador General, para someter a un arbitraje las controversias surgidas de los contratos de arrendamientos de las áreas revertidas.

Queda claro que en ningún contrato administrativo, en que surja una controversia, puede esta solucionarse por la figura del arbitraje, sin que se cuente con las autorizaciones antes aludidas, salvo que exista una cláusula contractual en que se haya convenido el arbitraje, entendido que lo pactado es ley entre las partes.

A lo anterior, cabe añadir que ni en la Constitución, ni el cuerpo legal especial, en que se establece el arbitraje para asuntos litigiosos del Estado, y

asimismo los requerimientos para ello, se dispone que al cumplimiento de los mismos, entíendase la solicitud de autorización del Consejo de Gabinete y la opinión del Procurador General de la Nación, se suspenden los efectos que tenga la relación jurídica correspondiente, a esto debemos recordar que en nuestro sistema rige el principio de legalidad que establece que los servidores públicos sólo pueden hacer lo que la Ley les autoriza.

Así interpretamos que en el caso los contratos administrativos, al momento de cumplirse con los requisitos constitucionales y legales para realizarse un proceso de arbitraje, en virtud de las controversias que surjan, continúa prevaleciendo la voluntad de las partes, es decir, todos los derechos y obligaciones que pactó el Estado con el particular, surten sus efectos jurídicos.

Aunado a lo anterior, es oportuno citar el artículo 79 de la Ley 56 de 1995, de Contratación Pública, que sobre las controversias de los contratos administrativos y su resolución por arbitraje, señala lo siguiente:

“Artículo 79: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, las controversias podrán ser resueltas mediante arbitraje, de conformidad con las normas de procedimiento contempladas en el Código Judicial y con sujeción a lo previsto en la Constitución Política.

Serán susceptibles de arbitraje, conforme a lo dispuesto en éste artículo, las controversias que surjan entre las partes relacionadas con el objeto, la aplicación, ejecución o la interpretación del contrato, así como aquellas relacionadas con su validez, el cumplimiento de la terminación del contrato.

El arbitraje se circunscribirá al tema objeto de la controversia y pendiente de su resolución, no tendrá el efecto de suspender o retardar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato”.(el subrayado es nuestro)

La norma descrita autoriza expresamente que las controversias surgidas de los contratos administrativos, sean resueltas a través de la modalidad de arbitraje,

no obstante, deberá sujetarse a los requerimientos del Código Judicial y la Constitución, de esta última, ya nos hemos referido anteriormente, además de señalar qué asuntos pueden ser sometidos arbitraje.

Con relación al tema controvertido y las obligaciones procedentes de éste, queda claramente establecido que durante el desarrollo del proceso de arbitraje, también prevalece la voluntad de las partes, toda vez que, dicho proceso ni suspende ni retarda, el cumplimiento de las obligaciones que se hayan pactado en el respectivo contrato.

Queda claro, que ni la solicitud de autorización del Consejo de Gabinete y la opinión del Procurador General de la Nación, para resolver las controversias del Estado por Arbitraje, ni la ejecución propiamente del proceso, surten efectos suspensivos del contrato.

Ante lo expuesto consideramos, que los contratos de arrendamientos de áreas revertidas, suscritos por la ARI, sobre los cuales han surgido conflictos, y por voluntad de las partes contratantes, se pretenden resolver por un arbitraje, el desarrollo de este proceso, no debe suspender en ninguna de sus partes lo pactado o convenido en el contrato.

En conclusión, es nuestro criterio jurídico, que las cláusulas de los contratos de arrendamientos de la áreas revertidas, sobre la cual surgió la disputa, y dentro de ésta, existe una obligación convenida, la cual será cumplida de conformidad con lo establecido en el propio contrato, independientemente de los trámites que se llevan para resolver los asuntos controvertidos por arbitraje.

Esperamos de esta forma haber colaborado atinadamente con su solicitud.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/21/hf.