

,31 de julio de 1996,

Licenciado
Aristides Romero Jr.
Contralor General de la República
E. S. D.

Señor Contralor General:

A continuación me permito absolver la Consulta que tuvo a bien someter a la consideración de este Despacho, de conformidad a lo establecido en el artículo 217 de la Constitución Política de la República, a través de su atenta Nota No. 2178-Leg., fechada 4 de julio del año en curso y recibida en esta Procuraduría de la Administración el 10 del mismo mes.

Concretamente la interrogante que nos formula es la siguiente:

"¿Es procedente estipular dentro del clausulado de un Contrato-Ley que cualquier controversia relacionada con la validez del mismo, pueda dirimirse mediante arbitraje?".

En primer lugar, antes de absolver su interesante Consulta, debemos tener claro los conceptos de Contrato-Ley, validez y arbitraje; para de esta forma comprender mejor el tema in-examine.

Me permito indicar, que Contrato-Ley "es un acuerdo mutuo entre las partes contratantes, en el que la voluntad constitutiva de los sujetos de derecho signatarios del mismo, sean estos de derecho público o de derecho privado (naturales o jurídicas), queda consagrada como Ley de la República. Es aquel contrato por excelencia, en el cual sus cláusulas son de obligatorio cumplimiento, por el hecho de que el mismo fue aprobado por una Ley, por lo que se le exime de cumplir con las demás normas jurídicas vigentes".

Siguiendo el orden de ideas, citamos al jurista Guillermo Cabanellas, quien sobre validez en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, al respecto dice:

"VALIDEZ: Cualidad de un acto o contrato jurídico para surtir los efectos legales propios, según su naturaleza y la voluntad constitutiva. Legalidad de los negocios jurídicos. Producción de efectos. Firmeza. Subsistencia. Indole de lo legal en la forma y eficaz en el fondo.

La validez requiere un conjunto de cualidades jurídicas, determinadas por la capacidad de las partes, lícitud en cuanto al fondo, respeto de las formas y observancia de cualesquiera otros requisitos que el acto imponga o exija". (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII T-Z, 21a. Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1989, pág. 305).

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo de 29 de octubre de 1992 al referirse sobre arbitraje, manifestó:

"Por lo que respecta al arbitraje, es importante dejar establecido que el mismo es un mecanismo ideado con la finalidad de resolver conflictos entre sujetos de derecho, sean antes de derecho público o personas jurídicas de derecho privado, que sin recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas por el Estado conceden a un tercero, unipersonal o pluripersonal, la facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes.

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

Aunque árbitros y arbitradores no ostentan la misma potestad jurisdiccional que la Ley otorga a Jueces y Magistrados, sí tienen facultad legal para decidir una cuestión sometida a su consideración y ello

implica, en alguna medida, ejercer la jurisdicción que por autorización de la Ley los sujetos que recurren al arbitraje le reconocen a árbitros y arbitradores en el caso particular que los enfrenta como sujetos de derechos.

No en vano el propio Código Judicial regula el proceso arbitral en sus aspectos fundamentales, de modo que el "tribunal arbitral" se constituya y funcione dentro de un esquema general, pues de lo contrario la inexistencia de normas al respecto propiciaría la anarquía o incertidumbre que tal vacío podría producir, con lo que la decisión del tribunal arbitral tendrá pleno valor y validez si se ajusta al esquema general que el Código consagra al respecto.

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

En este orden de ideas, por tanto, debe quedar establecido que el arbitraje es un medio privado para ejercer la jurisdicción, pero no la que imparte el Estado por medio de las autoridades legalmente constituidas para tal fin". (Registro Judicial de octubre de 1992, Publicación del órgano Judicial de la República de Panamá, pág. 39).

- o - o -

Luego de estas anotaciones, absolvemos el fondo de su Consulta de la siguiente forma:

Primero debemos tener en cuenta las diferencias existentes cuando el Estado contrata como ente público y como ente privado. Es decir, las diferencias entre los contratos administrativos y contratos civiles, celebrados o en donde el Estado sea parte.

Lo que establece la diferencia sustantiva entre un contrato administrativo o de derecho público y un contrato privado, o de

derecho civil, es el objeto. Al respecto, si se considera no la sustancia sino las circunstancias que acompañan a los contratos administrativos, no hay razón para dudar de que su especialidad está en el objeto (obra o servicio público) que es, en definitiva, el interés social. Para dejar a salvo este interés se determinan formas requisitos y efectos especiales, a los cuales han de someterse tanto los particulares como la administración.

Es pues, requisito esencial de un contrato administrativo que tenga como objeto un servicio público o una obra pública y como fin el interés social y general. No basta la forma por si sola ni el hecho de que sea celebrado por la Nación; pues un contrato celebrado por ésta puede ser público o privado, es decir, contrato administrativo o contrato civil; lo primero si la Nación obra dentro de las normas especiales y para que una obra o servicio público sea de interés general, y privado si obra como simple particular.

Con lo manifestado, queda claro que el Estado puede contratar como ente público y como ente privado. Respecto a los contratos administrativos, cuando en los mismos el Estado pacte como ente particular procede el arbitraje, esta vía arbitral está autorizada por una ley formal, tal como lo es en los casos de los Contratos-Leyes, ya que esta es la forma idónea para que el Estado renuncie a su entorno jurisdiccional y acepte el entorno arbitral.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en Pleno, manifestó a través del Fallo de 19 de febrero de 1976, lo siguiente:

"1- Que no se renunciaba al pactar la cláusula de sumisión arbitral, a sus atributos soberanos de administración de justicia, porque la Ley 61 de 1946 en el artículo 1° establece que la administración se ejerce, también mediante arbitradores o árbitros.

2- Que son válidos los convenios arbitrales, pactados por el Estado o entes autónomos, en Contratos Ley, para dirimir conflictos futuros". (El Subrayado es nuestro).

- o - o -

Del Fallo del Pleno de la Corte citado, se colige que si es procedente estipular dentro del clausulado de un Contrato-Ley que cualquier controversia relacionada con la validez del mismo, se ventile a través o mediante un arbitraje, siempre y cuando no se afecte el orden público.

Sobre Orden Público el Doctor Gilberto Boutin Icaza, lo define como "la reserva, autodefensa que tiene todo Estado para rechazar la aplicación de un derecho extranjero, cuando siendo competente dicho derecho, su aplicación en el territorio del Juez viola principios fundamentales de derecho que impiden su aplicación". (BOUTIN I., Gilberto. Reflexión en Torno al Arbitraje Comercial Internacional y Reglamento de Conciliación y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, (CCI). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, República de Panamá 1991, pág. 21).

Por todo lo anteriormente vertido, y fundamentándonos en los normas jurídicas citadas esta Procuraduría de la Administración reitera su criterio de que sí es procedente pactar una cláusula compromisoria de arbitraje dentro del contenido de un Contrato-Ley.

No obstante lo anterior, este Despacho comparte el mismo razonamiento del Departamento de Asesoría Legal de la Institución a su digno cargo, en la acepción de que sobre la validez de los actos administrativos y en este caso, sobre la validez de una cláusula compromisoria de arbitraje de un Contrato Ley, corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ya que esta facultad privativa de esa Máxima Corporación de Justicia, se encuentra dentro de sus atribuciones Constitucionales y legales, tal como se encuentra consagrado en el numeral 1 del artículo 203 de la Constitución Política.

Sobre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, el artículo antes mencionado es del tenor siguiente:

"ARTÍCULO 203: La Corte Suprema de Justicia tendrá entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. La guarda de la inconstitucionalidad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona. Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advierte o se lo advierte alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que

la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

.....".
(El Subrayado es nuestro).

- o - o -

De esta forma absolvemos su Consulta y nos suscribimos de Usted con la seguridad de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher.
Procuradora de la Administración.

9/AMdeF/cav