

Panamá, 14 de noviembre de 2000.

Ingeniero

**ALEX ANEL ARROYO**

Director Presidente

Ente Regulador de Los Servicios Públicos

E. S. D.

Estimado Director Presidente:

Damos respuesta a su Nota N°DPER-1921 de fecha 20 de septiembre del 2000, mediante la cual solicita nuestra opinión referente a si la entidad que Usted dirige tiene facultades para arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios que regulan y los otros organismos del Estado, los Municipios o los clientes y si las normas contenidas en el Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999 alcanzan al Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Luego de revisar la Ley 26 de 1996, creadora del Ente Regulador de los Servicios Públicos, podemos afirmar que la misma le confiere a esta entidad del Estado la facultad de "...**arbitrar conflictos** entre las empresas prestadoras de los servicios y los otros organismos del Estado, los Municipios o los clientes, en las áreas de su competencia..."

No obstante, usted señala, que la duda sobre la reglamentación del arbitraje surge por efectos de la expedición del Decreto Ley N° 5 de 1999, mediante el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación en la República de Panamá.

Observamos que la Dirección de Asesoría Legal afirma que el Ente Regulador de los Servicios Públicos tiene la facultad arbitradora, y, aunque se limita a confrontar lo establecido en el Decreto Ley N°5 de 1999 con el contenido de algunas normas de la Ley 26 de 1996, que crea el Ente Regulador, no expresar su opinión sobre el punto consultado.

Procederemos a absolver su inquietud, dada la importancia del tema, exponiendo nuestras consideraciones y opinión sobre este asunto.

Las dudas expuestas en su Nota, contenidas en siete (7) puntos, reflejan, a nuestro juicio, la seriedad con que el Ente Regulador, dirigido por Usted, concibe la Institución del Arbitraje.

Empero, consideramos que los puntos en cuestión deben aclararse en el siguiente contexto:

En primer lugar, somos del criterio que el Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, no alcanza al Ente Regulador de los Servicios Públicos al ejercer su facultad arbitradora que le otorga la Ley, por las razones que seguidamente pasamos a exponer.

A pesar de que su título lo denomina "**Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación en la República de Panamá**", lo cierto es que el Decreto Ley N°5 de 1999, no alcanza a las entidades públicas que por Ley tienen facultades arbitrales, por ello su ámbito de competencia es restrictivo.

El Decreto Ley en mención no es un instrumento que regula la Institución del Arbitraje; es decir, contiene algunos elementos aplicables a todo arbitraje, más, sin embargo, se limita a regular el así denominado "arbitraje institucionalizado", que es aquel ejercido por asociaciones jurídicas de carácter privado.

En ese sentido, el Decreto Ley hace mención del Arbitraje Ad-hoc, indicando que es aquel practicado según las reglas de procedimientos establecidas por las partes para el caso concreto, sin la necesidad de un reglamento preestablecido.

adopten las Asociaciones dedicadas al Arbitraje Institucionalizado todo lo concerniente a la designación de los árbitros y la calidad de los mismos, entre otros aspectos.

Es importante señalar que, a nuestro juicio, el Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, no es una norma supletoria que deban aplicar las entidades públicas que tienen entre sus funciones el arbitraje, pues, como ya lo hemos indicado, éste sólo regula el Arbitraje Institucionalizado, ejercido por las asociaciones privadas dedicadas al ejercicio del Arbitraje de manera lucrativa.

Es importante tener claro que el Arbitraje es una institución de solución alterna de conflictos, mediante el cual las personas con capacidad jurídica para obligarse someten de manera voluntaria las controversias surgidas o que puedan surgir, a la decisión de una o más personas denominadas árbitros, dictamen que será definitivo con eficacia de cosa juzgada.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos debe dictar su propio reglamento, en el cual contemple todo lo concerniente al Arbitraje a que le autoriza y confiere la Ley. En nuestra opinión, puede adoptar algunos elementos contenidos en este Decreto Ley, debido al principio de integración del derecho, ya que es la única normativa existente en materia de arbitraje, por haber sido derogadas las normas contenidas en el Código Judicial relativas a esta materia.

En cuanto a las inquietudes plasmadas en su Consulta, respecto al arbitramento en equidad o en derecho, relacionado con la formación académica de los Directores, quienes no necesariamente deben ser abogados, pareciera que no tendría lugar la aplicación del arbitraje en derecho por el Ente Regulador, ya que una de las características esenciales del arbitraje en derecho es que los árbitros deben ser abogados. Por tanto, a nuestro juicio, únicamente les compete el ejercicio de la facultad arbitral basada en la equidad, para lo cual sólo requieren de los conocimientos especializados en las diversas actividades que constituyen los servicios propios de la competencia del Ente Regulador, tales como telecomunicaciones, energía

televisión.

En cuanto a los árbitros, la Ley 26 de 1996, creadora del Ente Regulador, habla de "arbitrar" que pudiera significar la designación de un solo árbitro. No obstante, para efectos de una decisión democrática, el Ente regulador debe conformar el arbitraje de tres árbitros de manera que el fallo que se emita sea producto del mejor análisis posible, es decir deberá estar conformado por los tres (3) Directores que son los que toman las decisiones del Ente Regulador.

Con relación al procedimiento impugnativo del Laudo que dicte el Ente Regulador se nos presenta el siguiente problema:

Por un lado observamos, que el recurso de anulación contemplado en el Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, el cual se surte ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a nuestro entender es solo aplicable al Arbitraje Institucionalizado o al Ad-hoc contemplado en dicha excerta, el cual, por esa misma razón, no es extensivo a las entidades que tienen la facultad de arbitrar conflictos.

Sobre estos tipos de arbitrajes, muy específicos, que regula el Decreto Ley en estudio, es oportuno mencionar los comentarios del Dr. Ulises Pittí, uno de los redactores de dicho Decreto Ley, quien en una ponencia presentada ante el Primer Congreso Mundial de Arbitraje, manifestó lo siguiente:

"...El arbitraje "ad hoc" es el arbitraje que cae, en nuestro medio bajo otra u otras denominaciones, que tradicionalmente hemos conocido (juicio entre árbitros y arbitradores). El mismo venía sugerido en el Código Judicial, siguiendo la orientación de la legislación española del Siglo pasado, que sentaba las bases del casuismo arbitral, estructurado bajo el desarrollo de las concepciones de las relaciones privadas de su época.

...

**El arbitraje institucionalizado, en contraprestación al arbitraje "ad hoc", es un arbitraje en donde todo o casi todo está previsto.** Estos arbitrajes son los que se desarrollan en los centros arbitrales, como el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá." (negritas nuestras)<sup>1</sup>

Se desprende, pues, que la intención del Decreto Ley N°5 de 1999 se limitó a regular el ejercicio del arbitraje por Asociaciones Jurídicas dedicadas al ejercicio privado del mismo, más no así a las entidades de derecho público que tienen entre sus funciones el arbitramento.

Por otro lado, es evidente que existe un vacío en la legislación, producto de la derogatoria de la normativa contenida en el Código Judicial relativa al Arbitraje por el Decreto Ley N°5 de 1999, toda vez que el Código Judicial en materia de procedimiento es la fuente supletoria por excelencia, aplicable, incluso, para los procedimientos administrativos del Estado.

No obstante, pese al problema jurídico planteado, sugerimos que el Ente Regulador en su reglamentación establezca el procedimiento impugnativo de la forma más expedita posible, designando a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, como instancia para conocer de la anulación de los laudos arbitrales que dicte, dada la función pública que ejerce dicha entidad, cuyos actos que emita no pierden la naturaleza de ser actos administrativos.

Sin embargo, por la naturaleza de la institución del arbitraje, la cual le ha sido conferida por Ley, dichos actos administrativos no pueden recibir el mismo tratamiento que el resto de los actos administrativos que emite el Ente Regulador en el ejercicio de sus funciones, ya que precisamente lo que se requiere con un acto de naturaleza arbitral es que la solución del conflicto se produzca de

---

<sup>1</sup> La regulación del arbitraje, la conciliación y la mediación en la legislación panameña. Primer Congreso Mundial de Arbitraje. Ponencias y Ejes Temáticos. Centro de Convenciones Atlapa- 18 al 22 de octubre de 1999. Panamá. Pág. 6

una manera...  
admitiendo como medio impugnativo el recurso de anulación.

Decimos que es el recurso de anulación, ya que es el recurso invocado por la Doctrina para los laudos arbitrales, el cual es recogido por el Decreto Ley 5 de 1999 para los laudos arbitrales que dicten las Asociaciones Jurídicas dedicadas al ejercicio privado del arbitraje. En el caso de los laudos arbitrales que dicten las entidades públicas, como ya hemos señalado, el recurso de anulación debe ser de conocimiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ya que es la instancia facultada para revisar las actuaciones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Sobre este tema de la anulabilidad del laudo arbitral, es oportuno señalar que la legislación colombiana ha sido mucho más amplia al incluir como conocimiento del Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, en única instancia, los laudos proferidos en conflictos originados en contratos estatales.(art.162, del Decreto Número 1818 de 1998 -septiembre 7-, por medio del cual se expide el **Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos**).<sup>2</sup>

Sobre esta facultad revisora concedida al Consejo de Estado Colombiano, nos permitimos compartir con Ustedes los comentarios que nos ofrece el jurista **Daniel Suárez Hernández** en su artículo "**El Proceso Administrativo en Colombia**". Veamos:

"El Estado, al contratar, puede pactar que la definición de los conflictos que surjan de tales contratos corresponda a un Tribunal de Arbitramento. La decisión de los árbitros sólo es susceptible del recurso extraordinario de anulación, el cual se tramita en única instancia ante el Consejo de Estado. El **recurso de anulación sólo procede por errores in procediendo**.

...

Es **breve el trámite** que sigue el Consejo de Estado para decidir el recurso. Una vez

---

<sup>2</sup> Ministerio de Justicia y del Derecho. <http://www.minjusticia.gov.co:9090/ows-do/43380/433802.htm>

garantizar el pago de los perjuicios que pueda causar, se corre traslado sucesivo por cinco días, primero al recurrente y luego al opositor, a fin de que el primero sustente el recurso y el segundo lo replique. Vencido ese término. **se dicta la sentencia, en la cual no puede entrarse a decidir sobre el fondo del litigio debatido entre los árbitros.**

**Si la causal invocada prospera se anula la decisión arbitral y el Consejo de Estado carece de competencia para dictar una que la sustituya.**<sup>3</sup> (negritas nuestras)

En cuanto al artículo 11 del Decreto Ley 5 de 1999 consideramos que el mismo sí alcanza al Ente Regulador, sólo y únicamente en la circunstancia de que exista un Convenio Arbitral suscrito previamente entre las partes. Si no existiere tal Convenio Arbitral previo, entonces el Ente Regulador debe ejercer la facultad de arbitrar, si ese fuese el caso.

Este tema del Arbitraje, ya ha sido objeto de análisis por este Despacho, por razón de Consulta que nos remitiera el Ministro de Gobierno y Justicia, respecto a la naturaleza de la Institución de Arbitraje que contempla el Decreto Ley ya comentado, así como las facultades conferidas a ese Ministerio para el reconocimiento de las Asociaciones Jurídicas que califiquen para el ejercicio del Arbitraje.

En aquella ocasión nos permitimos hacer una serie de observaciones y críticas a dicho Decreto Ley, planteando la necesidad de una reforma legislativa que subsanara los posibles vicios de inconstitucionalidad que el mismo pudiera tener.

Consideramos oportuna la ocasión para reiterar nuestras sugerencias, en el sentido que se emita una nueva ley que regule el Instituto del Arbitraje como tal, cuyas normas sean aplicables al

---

<sup>3</sup> XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Primera Edición, agosto de 1996. Impreandes Presencia, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Páginas 826 y 827.

arbitraje privado como al arbitraje público, definiendo claramente las instancias ante las cuales puedan ser presentados los recursos impugnativos contra los laudos arbitrales proferidos por las asociaciones jurídicas de derecho privado, como los precedentes contra los emitidos por entidades de derecho público.

Esperando que nuestra opinión sirva a los propósitos que le motivaron a elevar la Consulta sobre tan interesante tema, me suscribo,

Atentamente,

Original  
Firmado

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración

**ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER**

Procuradora de la Administración

AMdeF/12/cch.