

ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES DEL ESTADO, EN LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.

Autor: Juan Lorenzo Ruíz Quiroz
Fiscal Especializado de Asuntos Civiles, Agrarios y de Familia

El artículo titulado “*Rol del Ministerio Público en la defensa de los intereses del Estado, en la Jurisdicción Arbitral*”, tiene como objetivo principal introducir al lector en el análisis breve y conciso, sobre la intervención del Ministerio Público, en la defensa de los intereses del Estado, en aquellos casos que son tramitados en la jurisdicción arbitral.

Palabras Claves: *Ministerio Público, Arbitraje, Cláusula Compromisoria, Jurisdicción Arbitral, Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, CIADI, Convenio de Washington.*

I. Introducción

Antes de pasar a desarrollar el tema, conviene dejar establecido que el arbitraje es un método adversarial, por medio del cual dos o más partes convienen que un tercero neutral, sea el encargado de solucionar el conflicto que las partes no han podido dirimir.

Para el autor Roque J. Caivano, el arbitraje se define así:

“El arbitraje es - en una primera aproximación – un método, un sistema de resolución de conflictos. Es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales”.¹

En la doctrina, mucho se ha debatido sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, pues existen autores que apoyan la tesis contractualista y otro sector se inclina a defender la tesis que el arbitraje es jurisdiccional. En qué consisten una u otra teoría, lo analizamos a continuación.

Quienes apoyan la tesis contractualista del arbitraje, esgrimen que el mismo es producto de un acuerdo de voluntades de las partes, y éstos son quienes confieren poder a un tercero que se denomina árbitro, para que resuelva las diferencias sometidas a su decisión final.

Los que defienden la tesis contractualista del arbitraje, sostienen que:

“... el arbitraje es una institución del derecho privado, regido por la voluntad de las partes y no por la voluntad del estado. El laudo y el pacto arbitral son partes estructurales de un negocio jurídico complejo que por sus características hace poco conveniente la intervención del Estado directamente o por conducto de sus órganos jurisdiccionales. La parte positiva de una posición como la antes señalada, está en que los árbitros tendrían una mayor libertad y flexibilidad para determinar la forma de solucionar la controversia puesta a su consideración.”²

La tesis contractualista también sostiene que el árbitro no es juez, ya que se trata de un particular a quien se le ha encargado dirimir una controversia por voluntad manifiesta de las partes, por tanto, no es un funcionario público.

¹ CAIVANO, Roque. “Arbitraje”, Vilella Editor, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 47.

² SALCEDO FLOREZ, Álvaro. “En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje”, artículo publicado en la Revista Análisis Internacional editada por la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Número, 2, 2010, Colombia, p. 149.

Sin embargo, el argumento de mayor arraigo de la tesis contractualista consiste en que los árbitros carecen de *“imperium”*, que no es más que la potestad que tienen exclusivamente los jueces para juzgar y ejecutar sus decisiones.

En cambio, quienes sostienen la tesis jurisdiccional del arbitraje, estiman que el acuerdo privado de los particulares de someter sus controversias a la decisión de árbitros, una vez formalizado, da origen a relaciones de derecho público. Se destaca en esta tesis, la función jurisdiccional que ejercen los árbitros y no su designación, ya que una vez se les confiere dicha función, el Estado como titular de la jurisdicción, les reconoce la potestad de administrar justicia.

Para Enrique Sayagués Laso, la función jurisdiccional es la que *“tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva.”*³

De forma genérica, se puede decir que el objeto de la función jurisdiccional es la de impartir justicia. Esta función la desarrolla principalmente el Estado, enfocado en las diversas actividades que realizan sus asociados en sus relaciones cotidianas, encontrándonos de esta forma con tribunales para atender determinadas situaciones conflictivas.

En Panamá, tradicionalmente la función jurisdiccional ha sido ejercida por los Magistrados y Jueces que integran el Órgano Judicial, quienes son los encargados de resolver conflictos penales, de familia, civiles, comerciales, agrarios, laborales, marítimos, entre otros.

Resulta oportuno advertir, que la función jurisdiccional que ejerce el Estado, no se circunscribe de manera exclusiva al Órgano Judicial, pues el Órgano Legislativo, en determinadas circunstancias, también asume esta función jurisdiccional, al igual que el Municipio en la denominada justicia administrativa.

Vale aclarar, que no todos los asuntos litigiosos entre particulares; y entre particulares y el Estado, pueden ser sometidos a la jurisdicción arbitral, ya que la jurisdicción estatal no puede ceder a los árbitros, elementales materias de orden público como por ejemplo, los asuntos relativos a los derechos individuales, ni mucho menos los concernientes a los derechos políticos. Tampoco pueden someterse a arbitraje, asuntos fiscales o impositivos, o los que tratan sobre relaciones de familia, entre otros.

No obstante lo anterior, la función jurisdiccional que ejerce el Estado, no siempre es eficaz, ni oportuna, lo que en gran medida se debe a una multiplicidad de factores que inciden en la tramitación de los procesos que se desarrollan en la Administración Pública, lo que trae como consecuencia el rompimiento parcial del monopolio estatal, abriendo paso a que los particulares ejerzan esa función jurisdiccional, mediante los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (MARC), entre los que se encuentra el arbitraje.

Hecha la aproximación al tema, procedo al análisis del rol que asume el Ministerio Público, en su función de defensa de los intereses del Estado, en la jurisdicción arbitral.

II. La Jurisdicción Arbitral en el marco de la Constitución Política.

El artículo 202 de nuestra Constitución Política dispone lo siguiente:

“Artículo 202. El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. **La administración**

³ SAYAGUÉS LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Bianchi Antuna, Montevideo, Uruguay, 1953, p. 47.

de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.” (Lo resaltado es nuestro)

Si bien el Estado ejerce el monopolio del sistema de administración de justicia a través de sus órganos e instituciones, el artículo 202 de la Constitución Política luego de las reformas del 2004, viene a romper ese concepto de exclusividad del Estado en la resolución de conflictos, pues reconoce que esa potestad decisoria de controversias, también puede ser ejercida por personas que no tengan la característica de servidores públicos.

Lo anterior, debe ser complementado con lo que dispone el numeral 4 del artículo 200 del Estatuto Fundamental, que también fue reformado en 2004. Esta norma constitucional, luego de la reforma quedó así:

Artículo 200. “Son funciones del Consejo de Gabinete:

- 1.
- 2.
- 3.
4. Acordar con el Presidente de la República que este 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.**
Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos.”
- 5.
- 6.
- 7.
8. ...” (Lo resaltado es nuestro)

De la norma constitucional en referencia, podemos destacar lo siguiente:

- El Estado panameño, no puede someter a la jurisdicción arbitral, un asunto litigioso en que sea parte, si previamente no obtiene el concepto favorable del Procurador (a) General de la Nación.

Mediante este control constitucional, se confiere al Procurador (a) General de la Nación, la intervención obligatoria, a través de la emisión de concepto, en aquellos casos en que el Estado pretenda someter a arbitraje, algún asunto litigioso. Sin este concepto favorable, el Estado se vería imposibilitado de someter a arbitraje un asunto litigioso, fuera de la excepción que contempla el último párrafo del numeral 4 del artículo 200 del Texto Constitucional, que analizo seguidamente.

El último párrafo del numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política, establece una excepción, que ubica al Estado en varios escenarios para someterse a la jurisdicción arbitral.

- El primero, es estrictamente consensual, en el que previamente el Estado ha pactado mediante la “*cláusula compromisoria*”,⁴ someter todo litigio o diferendo, a la jurisdicción arbitral. En ese caso, no se requiere el concepto favorable del Procurador (a) General de la Nación.
- Un segundo escenario, es aquel en donde el Estado puede verse sometido a la jurisdicción arbitral, en virtud de un Tratado o Convenio Internacional suscrito por éste, y se establezca este método de solución de conflictos dentro del convenio. En este caso,

⁴ Cláusula Compromisoria: Es aquella que permite someter a arbitraje, todas las cuestiones que pudieran surgir de forma eventual, en una relación jurídica contractual que une a las partes.

no es necesario que el Estado haya pactado previamente la denominada cláusula compromisoria, tal y como ocurre con los denominados Tratados de Protección a la Inversión Extranjera, que analizaré más adelante.

- El tercer escenario, concurre cuando el Estado se somete a la jurisdicción arbitral de forma voluntaria, esto es, sin que previamente haya pactado una cláusula compromisoria, sin embargo, en este caso, constituye un requisito “*sine qua non*”, que el Procurador (a) General de la Nación emita un concepto favorable al Consejo de Gabinete.

En este último escenario, la aprobación para someter un asunto litigioso a la jurisdicción arbitral, es el que debe observarse con mayor reserva, por cuanto que no se ha producido una manifestación expresa de voluntad, por parte del Estado, para someterse a arbitraje.

Por tal motivo, el constituyente oportunamente incorporó un control cruzado, consistente en la manifestación expresa del Órgano Ejecutivo a través del Consejo de Gabinete, y el concepto favorable del Procurador (a) General de la Nación, para que el Estado someta a la jurisdicción arbitral, aquellos asuntos litigiosos en los que no se ha pactado previamente la cláusula compromisoria.

III. Rol constitucional del Ministerio Público, en la jurisdicción arbitral.

Como se ha visto hasta el momento, el Ministerio Público a través del Procurador (a) General de la Nación, asume un importante rol en lo que respecta a la sumisión del Estado de un asunto litigioso a la jurisdicción arbitral.

El artículo 220 de nuestra Constitución Política, establece que son atribuciones del Ministerio Público, las siguientes:

Artículo 220. “Son atribuciones del Ministerio Público:

1. **Defender los intereses del Estado o del Municipio.**
2. Promover el cumplimiento o ejecución de la Leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas.
3. Vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes.
4. Perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales.
5. Servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos.
6. Ejercer las demás funciones que determine la Ley.” (Lo subrayado es nuestro)

Como viene expuesto, la Constitución Política ha reservado para el Ministerio Público, una serie de atribuciones de manera exclusiva, siendo la más visible de ellas, la de perseguir el delito, lo que a la postre constituye, la función que tiene mayor proyección e impacto hacia la comunidad, no obstante, de acuerdo al orden constitucional, destaca en primer lugar, la función de defensa de los intereses del Estado o el Municipio.

Esta función constitucional, de defensa de los intereses estatales atribuida al Ministerio Público, si bien es poco conocida, tiene una gran trascendencia, pues en la medida que no se ejerza adecuadamente, la afectación económica al erario puede ser de grandes proporciones.

Debe tener de presente, que contra el Estado, los particulares (lo que comprende empresas nacionales y transnacionales), ensayan demandas millonarias en la jurisdicción arbitral, tanto en foros internos como externos, cuando éstos consideran que han sido conculcados sus derechos.

La República de Panamá, ha suscrito un número plural de convenios bilaterales y multilaterales, para atraer la inversión extranjera, entre los que destacan los denominados Tratados Bilaterales de Protección a la Inversión Extranjera.

Estos tratados internacionales ratificados por la República de Panamá en materia de protección a la inversión extranjera (bilaterales por lo general), contemplan mecanismos alternos de solución de conflictos, los cuales han cobrado vigencia recientemente, al ser invocados por inversionistas extranjeros, quienes amparados en dichos instrumentos jurídicos, han situado a nuestro país en sedes arbitrales fuera del territorio nacional para hacer valer sus reclamaciones.

Así las cosas, estos Tratados de Protección a la Inversión Extranjera, guardan una estrecha relación con el denominado “*Convenio de Washington*”, por medio del cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Cabe destacar, que el Convenio de Washington, fue ratificado por la República de Panamá, mediante Ley N°13 de 3 de enero de 1996, publicada en la Gaceta Oficial N°22947 de 8 de enero de 1996.

La importancia del Convenio de Washington, radica en que mediante este instrumento jurídico internacional (elaborado bajo los auspicios del Banco Mundial), se establece un marco de seguridad jurídica, para aquellos inversionistas extranjeros, en los países en vías desarrollo.

Para entender en su contexto, como surge este organismo internacional, estimo oportuno hacer mención de la siguiente cita:

“Con el advenimiento de los procesos de inversiones extranjeras a partir de la segunda mitad del siglo XX, principalmente entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, los Estados vislumbraron la necesidad de establecer un marco jurídico internacional que permitiera aglutinar los aspectos jurídicos comunes que se venían plasmando en los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones (APRI’s) o también denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI’s), firmados entre los Estados que procuraban incentivar el desarrollo de sus inversionistas.

Esto dio lugar en el marco del Banco Mundial, a la aprobación del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* de 1965 (denominado también Convenio de Washington) que estableció un mecanismo para la solución de las controversias que se suscitaban entre los Estados y los inversionistas, denominado *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI).⁵

Como se observa, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), es un organismo internacional de carácter público, que aglutina un importante número de árbitros y conciliadores, quienes son los que deciden las controversias que tienen origen en los supuestos de hecho contenidos en los Tratados Bilaterales de Protección a la Inversión Extranjera, ratificados por nuestro país.

Lo expuesto hasta este momento, permite hacer una pregunta obligatoria: ¿Quién representa los intereses del Estado panameño frente a este tipo de procesos arbitrales a nivel internacional?

⁵ SOMMER, Christian. “*EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?*”. Artículo publicado en la Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 1, N°1, Argentina, vía internet en <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/270/274>.

En mi opinión, la respuesta a esta interrogante la encontramos en lo que dispone el numeral 1 del artículo 220 de la Constitución Política, pues corresponde al Ministerio Público, ejercer la función de defensa de los intereses del Estado.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 220 de la Constitución Política, el Ministerio Público ha tenido la oportunidad de representar al Estado en procesos arbitrales internacionales a nivel de sede CIADI.

Por ejemplo, en sede CIADI, se tramitó el proceso arbitral identificado como el caso N°ARB/06/19 propuesto por Nations Energy Inc., y Electric Machinery Enterprises Inc., y Jaime Jurado contra la República de Panamá.
(Cfr. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/19>).

En este caso en particular (ARB/06/19), los demandantes pretendían que el Estado panameño fuese condenado al pago de Sesenta y dos Millones de Balboas (B/.62,000.000.00) en concepto de indemnización, sin embargo, el caso concluyó con un laudo favorable a los intereses del Estado, rompiendo el paradigma aquel de que la República de Panamá, siempre es vencida en los tribunales internacionales.

La representación del Estado, en este emblemático proceso arbitral, correspondió a la Procuraduría General de la Nación, la que a su vez delegó en la Fiscalía Especializada en Asuntos Civiles, coordinar el rol de defensa de los intereses estatales a nivel internacional, en asocio con expertos en la materia, cumpliendo de esta forma con el mandato constitucional.

Resulta importante destacar, que en la actualidad, se registran tres (3) casos activos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y en los que figura la República de Panamá como parte demandada. Esta información que puede ser consultada en el sitio web del CIADI. (<https://icsid.worldbank.org/>).

En estos casos, igualmente ha correspondido al Ministerio Público, coordinar acciones con el Órgano Ejecutivo, a efectos de asegurar el efectivo cumplimiento de defender los intereses del Estado, a nivel internacional.

IV. Conclusión.

Es importante destacar, que el reconocimiento expreso de la jurisdicción arbitral en nuestro país a nivel constitucional, se produce en el año 2004, cuando se aprueban una serie de reformas a la Constitución Política. En ese orden, corresponde al Ministerio Público, a través de las agencias que designe a tal efecto, asumir la defensa de los intereses del Estado en la jurisdicción arbitral, a efectos de cumplir con este mandato constitucional.

La jurisdicción arbitral regulada en propiedad mediante el Decreto Ley N°5 de 1999, y posteriormente reconocida a nivel constitucional, luego del proceso de reformas constitucionales de 2004, cuenta en la actualidad con una moderna legislación, por vía de lo dispuesto en la Ley N°131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional.

Al existir un reconocimiento expreso a nivel constitucional y legal de la jurisdicción arbitral en nuestro país, los servidores públicos deben ser conscientes que al celebrar contratos administrativos en los que se incluye la cláusula compromisoria, trae como consecuencias que el Estado dirima sus conflictos en foros internacionales.

Recordemos que las instituciones del Estado operan bajo un sistema presupuestario anual, en el que la relación de gastos ha sido establecida previamente, y en la medida que no se contemplen los costos que conlleva un arbitraje internacional, el Estado pudiera verse comprometido, al no poder sufragar los costos que encierra un proceso ante la jurisdicción arbitral, tales como los gastos propios del foro arbitral, y los honorarios de los árbitros.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CAIVANO, Roque. “Arbitraje”, Villela Editor, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Constitución Política de la Republica de Panamá. Editada por la Defensoría del Pueblo, Panamá, 2014.

Ley N°131 de 31 de diciembre de 2013.

SALCEDO FLOREZ, Álvaro. “En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje”, artículo publicado en la Revista Análisis Internacional editada por la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Número, 2, 2010, Colombia.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Bianchi Antuna, Montevideo, Uruguay, 1953.

SOMMER, Christian. “*EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?*”. Artículo publicado en la Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 1, N°1, Argentina, vía internet en <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/270/274>.