



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 26 de agosto de 2021
C-131-21

Doctor
Harley J. Mitchell D.
Secretario Ejecutivo de Asuntos Jurídicos
del Ministerio de la Presidencia
Ciudad.

Ref.: Proyecto de Decreto Ejecutivo, “Que crea la Oficina de Arbitraje de Inversiones adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, en el cual se establece un procedimiento general de coordinación y respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión y se dictan otras disposiciones.”

Señor Secretario Ejecutivo:

Por este medio damos respuesta a la nota No. SAJ-41-2021 de 14 de julio de 2021, por la cual se solicita a esta Procuraduría que emita su opinión y observaciones, respecto al Proyecto de Decreto Ejecutivo, “*Que crea la Oficina de Arbitraje de Inversiones adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, en el cual se establece un procedimiento general de coordinación y respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión y se dictan otras disposiciones*”.

I. Alcance del Anteproyecto.

La solicitud de opinión jurídica formulada recae sobre el Proyecto de Decreto Ejecutivo, “*Que crea la Oficina de Arbitraje de Inversiones adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, en el cual se establece un procedimiento general de coordinación y respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión y se dictan otras disposiciones*”, cuyo objetivo general, según se infiere de su considerando, se resume en fortalecer la capacidad de respuesta del Estado, para enfrentar de manera oportuna, eficaz y coordinada las posibles controversias que surjan de la implementación de acuerdos internacionales de inversión y demás tratados y convenios internacionales que establezcan como mecanismo de solución de diferencias internacionales, los arbitrajes de inversión.

Lo anterior, ante el incremento de casos de arbitraje internacional en materia de inversiones contra la República de Panamá, contexto que según se indica en el considerando del Proyecto sometido a nuestra consideración, hace imperante la creación de una Oficina especializada que atienda de manera oportuna y coordinada, los esfuerzos conducentes a la mejor defensa de los intereses del Estado en materia de arbitraje de inversiones.

II. Consideraciones previas.

A. Antecedentes generales de la temática, objeto del Proyecto de Decreto Ejecutivo sometido a nuestra consideración.

Con el propósito de atraer inversiones directas extranjeras y promover su imagen internacional como país receptor de las mismas, la República de Panamá ha mantenido una política comercial orientada a la suscripción de acuerdos de promoción y protección de inversiones extranjeras bilaterales o multilaterales. También ha impulsado la suscripción de tratados de libre comercio y otros (v.g., tratados de promoción comercial), como herramientas de política comercial para la promoción del comercio transfronterizo de bienes y servicios, el incremento de la inversión y el crecimiento económico en general.

Estos instrumentos internacionales contemplan, entre sus capítulos, un apartado dedicado a la protección de inversiones, el cual, en lo sustantivo, contempla normas de tratamiento basadas en estándares internacionales, tales como la cláusula de trato nacional¹; cláusula de la nación más favorecida².

De igual modo, los tratados o capítulos sobre inversiones contienen una cláusula arbitral en virtud de la cual los Estados contratantes aceptan la competencia de uno o varios foros arbitrales, a elección del inversionista que considere que su inversión ha sido afectada por actos o medidas adoptados por el Estado receptor de la inversión. Incluso existen tratados de promoción y protección de inversiones que contienen cláusulas que permiten amparar dentro del mecanismo de solución de diferencias *Inversionista-Estado*, la violación de obligaciones contractuales que impliquen violación del tratado (las denominadas “cláusulas paraguas”).

Un hito relevante dentro de este proceso fue la adopción, mediante la Ley N.º13 de 3 de enero de 1996, de la Convención de Washington de 1965, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI); organización internacional de carácter público, creada a iniciativa del Banco Mundial para fomentar las inversiones de países industrializados en países en desarrollo; cuyo ámbito de actividad comprende la administración de procedimientos de arbitraje y de conciliación, realización de publicaciones y la prestación de servicios de asesoría.

Cabe agregar que el inicio de un arbitraje internacional contra el Estado en materia de inversiones, también puede sustentarse en cláusulas compromisorias contenidas en un contrato público (suscrito por la nación, cualquier entidad autónoma o incluso los municipios).

¹ Obligación de las partes de otorgar a los inversionistas e inversiones de la contraparte, un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a sus inversionistas e inversiones, en aspectos como su establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición relativa a la inversión.

² Obligación de otorgar a los inversionistas e inversiones de la contraparte un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de cualquier otra parte o país no parte del acuerdo, en los aspectos ya mencionados para efectos del estándar de trato nacional

Igualmente, estas acciones pueden fundamentarse en disposiciones de derecho interno del Estado receptor de la inversión, que contemplen la posibilidad de que las controversias que surjan con un inversionista sean solventadas por la vía arbitral, en instituciones como el CIADI u otros foros arbitrales con competencia en la materia, o bien mediante arbitraje ad hoc, y contemplar asimismo que el procedimiento se rijan por determinadas reglas de arbitraje de una determinada institución arbitral o ad hoc.

Esta gran variedad de fuentes jurídicas, habilitantes de la competencia arbitral en materia de inversiones, pone de manifiesto la imperante necesidad de que el Estado panameño, en tanto receptor de inversiones extranjeras y por claros motivos de interés público, desarrolle una política de prevención y manejo de controversias relativas a inversiones.

En este sentido, en su obra: “*Arbitraje en materia de inversiones y defensa del Estado panameño*”, la Doctora Margie-Lys Jaime R., al referirse a las consecuencias de la inclusión de cláusulas de arbitraje transnacional en los tratados de inversiones, manifiesta lo siguiente:

“(…)

La suscripción de APPRIs, así como la inclusión de Capítulos de inversión dentro de los TLC negociados por Panamá, forma parte de una estrategia del gobierno panameño para crear un marco jurídico que fortalezca la protección a la inversión extranjera en Panamá; así como la inversión panameña en el exterior.

Por otro lado, el andamiaje institucional relacionado con los acuerdos comerciales (fundamentalmente TLCs) y en materia de inversión (a través de los APPRISs) brinda certeza jurídica a las empresas que deciden localizar sus operaciones en el territorio nacional. Lo cierto es que aún estamos lejos de saber el impacto que pueden tener dentro de la economía nacional, por lo que se hace necesaria una revisión integral de los compromisos adquiridos por nuestro país, además de crear una estrategia institucional que debemos seguir para la mejor protección de los intereses nacionales en caso de una demanda contra del Estado panameño y de los inversionistas nacionales que eventualmente puedan verse afectados por acciones u omisiones de los Estados con los que hemos negociado estos instrumentos.

(…)

Ahora bien, en *(sic)* arbitraje en materia de inversiones puede constituirse un *(sic)* arma de doble filo, sobre todo, para estados en vías de desarrollo. En efecto, grandes multinacionales extranjeras pueden tratar de aprovecharse de las bondades del comercio internacional para introducir demandas millonarias en contra del Estado.

En consecuencia, se hace necesario que el Estado panameño se encuentre preparado a través de un programa eficaz de prevención y

de tratamiento de las controversias internacionales en las que se pueda ver involucrado con ocasión de una inversión internacional.”³

Sobre el particular, algunos autores sostienen que, aun cuando la existencia de una adecuada regulación del arbitraje internacional de inversiones contribuye al robustecimiento del clima de seguridad jurídica de los países y coadyuva al fortalecimiento del Estado de Derecho; dado el elevado costo financiero que acarrearán estos procesos y la incidencia de la forma en que se toman las decisiones a nivel gubernamental en el surgimiento de situaciones de conflicto *Inversionista-Estado*; resulta imperante que la política comercial de atracción y protección de inversiones de los países receptores empiece a privilegiar la prevención y en ese sentido incorpore mecanismos de colaboración y transparencia que involucren a las instituciones públicas con incidencia en el tema, la comunidad y la empresa privada. En este sentido, en su artículo académico titulado: “*Prevención de las Disputas Internacionales de Inversión*”, el autor Luis A. González García, señala lo siguiente:

“(…)

El costo de los arbitrajes de inversión para la mayoría de los países Latinoamericanos es alarmantemente alto. En el aspecto financiero, los costos de procedimiento ascienden los millones de dólares y el riesgo de tener que pagar cientos de millones e incluso billones de dólares en materia de daños compensatorios. En el aspecto regulatorio el arbitraje de inversión no ha funcionado como instrumento de corrección en la toma de decisiones gubernamentales. Por estas razones, es tiempo para los países de la región de re-direccionar su política de atracción y protección a la inversión extranjera hacia la prevención de disputas internacionales en materia de inversión. El presente artículo propone una serie de mecanismos de colaboración y transparencia en las instituciones públicas. Estos mecanismos de prevención no deben ser sustitutos del arbitraje de inversión. El arbitraje inversionista-Estado debe verse como una herramienta más-y no la solución- de los gobiernos latinoamericanos en el fortalecimiento del estado de derecho y la seguridad jurídica en las relaciones económicas de los países.”⁴

Es clara así, la necesidad de contar con un sistema institucional para la prevención y manejo de controversias relativas a inversiones que involucren al Estado panameño; lo cual precisaría el establecimiento y regulación de una organización y procedimientos administrativos adecuados a las particularidades de estos mecanismos de solución de disputas, que permitan la gestión eficiente y eficaz de los compromisos adquiridos en materia de solución de diferencias relativas a inversiones y el fortalecimiento de las capacidades institucionales para la defensa de los intereses nacionales.

³ Jaime Ramírez, Margie_Lys. “Arbitraje en materia de inversiones y defensa del Estado panameño”. Cultural Portobelo, Biblioteca de autores panameños (198), 2013, pags. 95 y 97.

⁴ González García, Luis A. “Prevención de las Disputas Internacionales de Inversión”. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 3, N.º5, marzo 2015.

B. Modelos de gestión en materia de alerta temprana y defensa del Estado en materia de arbitraje internacional de inversiones.

Diversas fuentes bibliográficas consultadas por este Despacho, coinciden en que la experiencia acumulada por los países receptores de inversión desde la década de 1990 a la fecha, dan cuenta de la importancia de una oportuna organización de los medios y recursos disponibles para la adecuada gestión institucional, de la defensa de los intereses del Estado frente a posibles demandas internacionales, en materia de inversiones.

En este sentido la autora Margie-Lys Jaime, ya citada, hace referencia a los principales modelos de gestión en materia de prevención y/o gestión de litigios internacionales en materia de inversiones, implementados en el ámbito internacional (particularmente, a nivel de las Américas) los cuales resumimos, en los párrafos siguientes⁵.

1. **Argentina.** El modelo de defensa arbitral argentino comenzó a delinearse en el año 2000, con la promulgación de la Ley de Emergencia Económica Financiera, instrumento jurídico que atribuyó a la Procuración del Tesoro la defensa del Estado en arbitrajes internacionales; ello, luego de la experiencia vivida en la década de los años 90, período en el cual se enfrentó a múltiples demandas arbitrales por disputas relativas inversiones extranjeras. Un hito importante en la evolución de este modelo fue la creación en 2003 de la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral, cuya principal función es la elaboración de estrategias y lineamientos a implementar en la etapa de negociación amistosa y en los procesos arbitrales fundamentados en tratados bilaterales.
2. **Perú.** El marco jurídico del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión del Perú, contempla un sistema de información que permite a las autoridades y organismos estatales mantenerse al tanto sobre los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en materia de inversiones, e igualmente, en cuanto a las dificultades que pudiesen estar confrontando las autoridades regionales o locales con inversionistas extranjeros. Este sistema de alerta temprana hace posible que la Comisión encargada de la defensa del Estado adopte medidas de manera oportuna, desde las fases más tempranas del conflicto.
3. **Colombia.** El Estado colombiano ha instituido un sistema institucional centralizado en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el cual comprende tres etapas: Una primera etapa de conocimiento de la controversia, en la cual la aludida entidad ministerial sistematiza y gestiona de manera centralizada las notificaciones y respuestas; una segunda etapa en la cual coordina con los demás organismos públicos intervinientes lo relativo a las consultas inversionista-Estado y la tercera etapa, referida al procedimiento arbitral propiamente tal, en la cual participa una comisión interinstitucional.

⁵ *Ibidem*, págs.59 y ss.

4. **México.** La coordinación de la defensa del Estado en los procedimientos de solución de diferencias relativas a inversiones está a cargo de la Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones de la Secretaría de Economía, con la participación de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales también adscrita a esta Secretaría, de la Secretaría de Relaciones Exteriores y otras dependencias y entidades del Estado. En el marco del NAFTA, México implementó un sistema de información a nivel federal y provincial, que permite a las partes interesadas conocer sobre las consecuencias del incumplimiento de las decisiones relativas a permisos, autorizaciones y contratos de inversión. Esta práctica ha sido seguida por los países que conforman el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos.
5. Cabe mencionar, por último, como un modelo interesante a nivel internacional, la creación de organismos de promoción y seguimiento de la inversión extranjera, que ofrecen servicios de mediación o defensoría a los inversionistas, para atender tempranamente las reclamaciones que éstos tengan a bien formular contra medidas administrativas y judiciales. Tal es el caso de la oficina del “Ombustman”, creada en 1998 en la República de Korea (conocida por sus siglas como KOTRA), organismo adscrito a la oficina de promoción de las inversiones, con competencia para requerir la cooperación de las agencias involucradas, para resolver la situación planteada por el inversionista.

C. Instituciones del Estado panameño, con competencias en materia de solución de diferencias relativas a inversiones.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 220 de la Constitución Política, corresponde al **Ministerio Público** “*1. Defender los intereses del Estado o del municipio*”; atribución que en lo concerniente a las demandas de naturaleza civil, es ejercida por conducto de la Fiscalía Especializada en Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación, creada mediante Resolución N.º17 de marzo de 2006, como quedó modificada por la Resolución N.º6 de 30 de enero de 2013.

En cuanto a las competencias del Ministerio de Comercio e Industrias en la materia, los numerales 2, 9, 15, 16 y 18 del artículo 104 del Decreto Ejecutivo N.º46 de 14 de julio de 2008, “Por el cual se reglamenta el Decreto Ley N.º6 de 15 de febrero de 2006, que reorganiza el Ministerio de Comercio e Industrias y dicta otras disposiciones”, establecen algunas funciones de la Dirección Nacional de Administración de Tratados Comerciales Internacionales y de Defensa Comercial (DINATREC), que guardan relación con la prevención de conflictos en materia de inversiones y, la defensa de los intereses nacionales en el marco de los procedimientos de solución de diferencias relativas a inversiones.

Dicha norma reglamentaria dispone lo siguiente:

“Artículo 104: La Dirección Nacional de Administración de Tratados Comerciales Internacionales y de Defensa Comercial tendrá las siguientes funciones:

1. (...)
2. Velar por la adecuada ejecución y cumplimiento de los tratados y acuerdos comerciales en materia comercial.
3. (...)
9. Defender los intereses comerciales panameños en el ámbito internacional a la luz de los acuerdos comerciales suscritos.
10. (...)
15. Velar por el cumplimiento de los tratados y acuerdos en materia comercial.
16. Coordinar con todas las instituciones competentes, a fin de que se ejecuten las obligaciones y derechos adquiridos en virtud de acuerdos, tratados, convenios o cualquier otro instrumento legal internacional de comercio exterior, ratificados por la República de Panamá.
17. (...)
18. Defender, según sea el caso y bajo las instrucciones del Jefe o Jefa de la Oficina de Negociaciones Comerciales Internacionales, la posición panameña cuando se requiera la intervención de los órganos de resolución de conflictos, constituidos en el marco de los acuerdos comerciales respectivos de los que Panamá sea Parte.”

Importa igualmente destacar la función que desempeña la Dirección Nacional de Negociaciones Comerciales Internacionales (DINECI) del Ministerio de Comercio e Industrias, en cuanto a la defensa de la posición panameña, cuando así le sea requerido por los órganos de solución de diferencias constituidos en virtud de los acuerdos comerciales de los que Panamá es parte. En este sentido e igualmente, a través de su Dirección General de Asuntos Económicos de Negociación y de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de Negociación, realizan investigaciones económicas y jurídicas y brindan asesoría especializada. (Cfr., numeral 7 del artículo 97; numeral 8 del artículo 100 y numeral 8 del artículo 102 del Decreto Ejecutivo N.º46 de 14 de julio de 2008).

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N.º86 de 30 de marzo de 2011, *“Que aprueba el reglamento para la selección de árbitros que integrarán las listas de árbitros elegibles en los acuerdos comerciales internacionales ratificados por la República de Panamá”*, corresponde a la Comisión Administradora del Registro de Elegibles, de la cual forman parte el Director de la DINATREC y dos funcionarios de la DINECI, designados por el Jefe de Negociaciones Comerciales Internacionales o el Viceministerio de Negociaciones Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio e Industrias, recomendar a los postulantes que podrían ser nominados para formar parte de las Listas de árbitros para cada acuerdo comercial internacional. (Cfr., artículo 4 y acápite “e” del artículo 5).

Es menester también anotar que de conformidad con el acápite “j” del artículo 13 del Decreto N.º131 de 13 de junio de 2001, el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Dirección

General de Relaciones Económicas Internacionales, tiene la función de “Participar y apoyar, cuando se haga necesario, en la formulación de posiciones, defensa y/o negociación de intereses emanados o relacionados a las políticas económicas, generadas y ejecutadas por las diferentes entidades gubernamentales responsables de la materia”. Es precisamente esta entidad ministerial, la que negocia los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Por último, el Ministerio de Economía y Finanzas en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N.º97 de 21 de diciembre de 1998, orgánica de dicha entidad ministerial y sus modificaciones, en concordancia con el Convenio Constitutivo del Banco Mundial (BM), pertenece a la Junta de Gobernadores de dicha institución financiera internacional. Siendo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) un órgano permanente del BM, es claro que corresponde al titular de esa cartera ministerial, en principio y salvo que se indique lo contrario, ejercer la representación del país en el Consejo Administrativo del CIADI.⁶

Vale destacar asimismo la función que ejerce el Ministerio de Economía y Finanzas, en cuanto a la gestión presupuestaria y de la pagaduría de las obligaciones del Estado; la cual es determinante no solo para efectos del cumplimiento de laudos arbitrales condenatorios que pudiesen dictarse en contra del Estado panameño, sino también para satisfacer otros costos asociados a la implementación de medios alternativos de solución de controversias en materia de inversiones (v.g., pagos en concepto de abogados, árbitros, sumas adeudadas por obligaciones adquiridas vía negociación y trato directo, o como resultado de procesos de mediación o conciliación).

En el sentido anotado, el artículo 293 de la Ley N.º176 de 13 de noviembre de 2020, “Que dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 2021”, dispone lo siguiente:

“Artículo 293. Indemnizaciones ordenadas por los tribunales ordinarios y de arbitrajes. Las sentencias ejecutoriadas de los tribunales que ordenen indemnizaciones son de obligatorio cumplimiento para las instituciones públicas. Para cumplir esta obligación, la respectiva institución podrá solicitar una transferencia de partida o un crédito adicional para cubrir tal erogación si no hubiera asignación para ese propósito. Cuando estas indemnizaciones causen erogación en más de un ejercicio fiscal las partidas correspondientes deberán consignarse anualmente en el presupuesto de la institución pública respectiva hasta su cancelación.
(...)

El Ministerio de Economía y Finanzas para hacerle frente a los fallos judiciales y de arbitrajes contra la nación podrá usar partidas presupuestarias de la entidad pública que dio origen a la demanda. En este sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas transferirá mediante el procedimiento de traslados de partidas las asignaciones

⁶ <https://www.bancomundial.org/es/about/leadership/governors>.

presupuestarias correspondientes, para que en nombre de la nación honre la obligación del fallo.”

Como es posible advertir, coexisten en la Administración Pública panameña una diversidad de entidades con competencias en el ámbito de los procesos de solución de diferencias relativas a inversiones, lo que pone de manifiesto la carencia de un sistema institucionalizado que articule coordinadamente sus esfuerzos y contemple la organización y el procedimiento administrativo a seguir, para atender las controversias *Inversionista-Estado*, desde sus etapas más tempranas para la mejor defensa de los intereses del nacionales.

III. Articulado del proyecto.

El proyecto de Decreto Ejecutivo sometido a nuestra consideración está integrado por cuatro capítulos, así:

- El **Capítulo I**, titulado “*Disposiciones Generales*”, regula en su artículo 1 lo concerniente al objeto del Decreto, consistente en la creación de la Oficina de Arbitraje de Inversiones, bajo la competencia directa del Ministro de Economía y Finanzas, así como el establecimiento del procedimiento para la atención de las controversias internacionales en materia de inversión del Estado panameño, en cualquiera de sus etapas.

También contempla este apartado, lo referente al alcance y ámbito de aplicación del Decreto, mismo que según se infiere de su artículo 2, se circunscribe a las controversias internacionales en materia de inversión, que puedan surgir entre inversionistas extranjeros y el Estado panameño, en el marco de los diversos acuerdos internacionales, que dispongan como mecanismo de solución de diferencias los arbitrajes de inversión.

- Por su parte, el **Capítulo II**, sobre “*la Oficina de Arbitraje de Inversiones*”, comprende los artículos del 3 al 7. Su articulado aborda la creación de dicha Oficina como una unidad organizativa adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas e igualmente desarrolla el régimen funcional de dicha dependencia ministerial, precisando también las competencias generales y específicas atribuidas a su titular.
- El **Capítulo III**, referente al “*Procedimiento general de información, coordinación y de respuesta*”, establece en su artículo 8 el procedimiento a seguir por cualquier entidad pública que suscriba o que haya suscrito un acuerdo en materia de inversión o represente al Estado panameño en la suscripción de un tratado que estipule un mecanismo internacional de solución de controversias que involucre un posible arbitraje internacional en materia de inversión, a fin de mantener informado al Jefe de la Oficina de Arbitraje de Inversiones sobre estos compromisos.

También, en su artículo 9 establece el procedimiento general de respuesta a seguir por cualquier entidad, que sea notificada por un inversionista de su intención de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias, a efecto de facilitar la información correspondiente a la Oficina de Arbitraje de Inversiones,

de manera oportuna; trámite que igualmente es aplicable a las entidades que tengan la intención de someter una controversia a estos mecanismos.

Los procedimientos a seguir para la activación del mecanismo de solución de controversias, la presentación de la notificación de la controversia internacional y la verificación de dicha notificación, son también regulados en los artículos 10, 11 y 12 de este Capítulo.

- Por último, el **Capítulo IV**, que contempla “*Disposiciones varias*”, establece en su artículo 13 los parámetros de observancia obligatoria a seguir para la redacción de cláusulas de solución de controversias en materia de Arbitraje de Inversión. Además prevé en su artículo 14, las reglas sobre asignación de gastos derivados de la defensa del Estado en estos procesos, así como lo relativo a la transferencia a la Oficina de Arbitraje de Inversiones de las solicitudes de negociación presentadas con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley y la asunción gradual de los nuevos casos, lo cual se regula en su artículo 15.

Los artículos 16 y 17 contemplan también, normas modificatorias del Decreto Ejecutivo N.º189 de 5 de octubre de 2007, sobre organización y funciones del Ministerio de Economía y Finanzas, por las cuales se incorpora la Oficina de Arbitraje de Inversiones a la estructura organizacional de dicho ente ministerial, como una unidad del nivel asesor, bajo la dirección exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas.

Finalmente, en su artículo 18 modifica el Decreto Ejecutivo N.º243 de 18 de julio de 2018, “*Que reglamenta la Ley 15 de 10 de abril de 2017, modificada por la Ley 60 de 27 de septiembre de 2017, que ordena el pago de la segunda partida del Décimo Tercer Mes de los años 1972 a 1983 a los servidores públicos y trabajadores del sector privado que laboraron durante este período*”, específicamente su artículo 2, por el cual se crea (con carácter transitorio) dentro de la estructura del Ministerio de Economía y Finanzas la Oficina de Atención y Entrega de CEPADEM, bajo la dependencia presupuestaria y financiera de la Dirección de Programación de Inversiones.

IV. Observaciones y recomendaciones.

La creación de un ente administrativo que coordine la actividad a desplegar por el Estado ante las Controversias Internacionales de Inversión, así como la adopción de un procedimiento que regule esta materia ha sido una deuda pendiente y de imperante necesidad, para el fortalecimiento de la capacidad del Estado, de enfrentar de manera oportuna, eficaz y armonizada las controversias que surjan de la implementación de acuerdos internacionales de inversión y, demás tratados y convenios internacionales que establezcan como mecanismo de solución de diferencias, los arbitrajes de inversión.

Se observa así, que el Proyecto de Decreto Ejecutivo sometido a nuestra consideración, procura cumplir este importante cometido, al adoptar un enfoque orientado a la prevención del litigio arbitral, mediante el fortalecimiento de la intervención y capacidad de respuesta del Estado en las etapas más tempranas del mecanismo de solución de diferencias, entendiéndose,

en la fase de consultas y/o arreglo o negociación directa y/o conciliación y/o mediación; de modo tal que se haga viable procurar un acuerdo extrajudicial, fuera del ámbito del arbitraje, que prevenga incurrir en los altísimos costos y compensaciones asociados a los procesos arbitrales.

Asimismo, se aprecia que el sistema de gestión propuesto guarda similitud con el modelo mexicano, pues radica la coordinación de la defensa del Estado en los procedimientos de solución de diferencias relativas a inversiones en el Ministerio de Economía y Finanzas, con la participación de otras entidades y organismos oficiales ajenos a la estructura de dicho ente ministerial, como es el caso el Jefe Negociador del Ministerio de Comercio e Industrias, la Oficina de Tratados Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá y aquellas otras entidades o dependencias estatales involucradas en estos procesos.

En este orden de ideas, el artículo 4 del Proyecto inviste al Ministerio de Economía y Finanzas, por conducto de la Oficina de Arbitraje de Inversiones, del carácter de "*Ente Coordinador del Estado Panameño en Materia de Arbitrajes de Inversión*"; lo que dota al sistema de la capacidad y autoridad necesarias para viabilizar la efectiva aplicación de los procedimientos establecidos, lo cual a su vez exigiría la efectiva asignación o delegación al Jefe de la aludida oficina, de las facultades necesarias para la oportuna disposición de los recursos presupuestarios que se precisen para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

Un aspecto destacable del proyecto lo es la inclusión de parámetros de observancia obligatoria para la redacción de cláusulas de solución de controversias en materia de arbitraje de inversión, lo que aunado a la función de coordinación y acompañamiento técnico del sector público que le correspondería ofrecer a la Oficina de Arbitraje de Inversiones, constituye una importante medida de prevención de riesgos asociados a redacción del mecanismo de solución de controversias, tales como cláusulas arbitrales lesivas a los intereses nacionales, la imposibilidad de agotar todos los medios alternativos disponibles para la prevención del litigio arbitral; la indefinición de las responsabilidades por gastos atribuibles a cada parte, derivados de la aplicación de estos procedimientos o lo referente a los canales de comunicación para la activación del mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado.

No obstante y al margen de las bondades que podrían atribuirse al proyecto, estimamos pertinente formular las siguientes recomendaciones:

1. **Objeto y ámbito de aplicación.** La redacción del artículo 1, referente al "*objeto*" del Decreto, abarca aspectos que atañen a su "*ámbito de aplicación*"; de allí que resulte recomendable, simplificar la redacción del mismo, para lo cual podría integrarse al texto del artículo 2, lo concerniente al tipo específico de conflictos en materia de inversiones, sobre los cuales recae el ámbito de actuación de la Oficina de Arbitraje de Inversiones y el procedimiento establecido en el Proyecto de Decreto.

Del mismo modo se aprecia que el texto del aludido artículo 2, hace referencia a algunas atribuciones de la Oficina de Arbitraje de Inversiones, que podrían estar

listadas únicamente en el artículo 7, sobre “Funciones específicas”. Nos referimos a lo concerniente al *“diseño, coordinación y ejecución de acciones para la defensa jurídica del Estado en las etapas de consultas y arreglo o negociación directa o amistosa y/o procedimientos de mediación y/o conciliación y/o arbitraje de inversiones”* y lo referente a su función de facilitar *“la coordinación con las entidades públicas del ámbito nacional cuando sea necesario para la atención de las controversias internacionales en materia de inversión”*.

2. **Creación de la Oficina de Arbitraje de Inversiones.** El último párrafo del artículo 3 dispone: *“La asistencia técnica administrativa de la Oficina de Arbitraje de Inversiones será prestada por el personal que, a requerimiento del su titular, asigne el Ministro de Economía y finanzas, de tiempo en tiempo y en cumplimiento de las medidas de eficiencia administrativa de la Institución”* (Cursiva y subraya del Despacho). La expresión *“de tiempo en tiempo”*, como ha sido empleada en la redacción propuesta, podría entenderse en el sentido que dicha unidad organizativa no contará con personal técnico y administrativo permanente; situación que, dada la delicada y especializada función que estaría llamada a ejercer, constituiría una debilidad institucional que podría poner en riesgo su correcto y continuo funcionamiento.

Por tanto, sería recomendable establecer con mayor claridad la conformación mínima de su planta de personal (permanente); sin perjuicio de que en base a criterios de necesidad y viabilidad presupuestaria, ésta pueda ser complementada con el personal que *“de tiempo en tiempo”* se le asigne.

3. **Competencias y funciones de la Oficina de Arbitraje de Inversiones.**

- Dados los elevados intereses nacionales que resguarda la correcta aplicación del procedimiento de coordinación establecido en el Proyecto de Decreto, estimamos sería recomendable que la competencia establecida en el literal “g” del artículo 5, de *“Velar por el cumplimiento del procedimiento de coordinación entre las Entidades del Sector Público involucradas en una controversia de protección de inversiones extranjeras”*, atribuida a la Oficina de Arbitraje de Inversiones, eventualmente pueda complementarse con disposiciones (de rango legal) que establezcan el deber jurídico de aquellos funcionarios que por razón de su cargo han de intervenir en estos procesos, de aplicar el procedimiento en cuestión, como una función propia de su cargo; así como el procedimiento a seguir y el ente competente para investigar y sancionar las posibles omisiones o incumplimientos.
- La competencia para *“Centralizar la información respecto a las Controversias Internacionales en Materia de Inversión que se susciten contra el Estado panameño”*, contemplada en el literal “c” del artículo 5 debería asimismo contemplar mecanismos tendientes a hacer de acceso público, de manera fácil, comprensible y sistematizada, toda aquella información que por motivos de interés público deba ser del conocimiento general.

- Por razones de transparencia, la facultades de *recomendar la contratación de abogados externos y llevar a cabo su contratación*, señaladas en los literales “h” y “o” del artículo 5, deberían complementarse con la clara indicación del procedimiento a seguir para la selección de contratistas en los arbitrajes de inversión; así como la adopción de estándares de transparencia que, en atención al interés público involucrado, permitan conocer el resultado de estos procesos de selección y de la gestión realizada.
- En lo referente a la función establecida en el literal “j” del artículo 7, de *“Establecer un registro de carácter informativo y público de los procesos arbitrales de inversiones incoados contra el Estado panameño”*, sería recomendable que el diseño de este registro (que es la forma como se hará pública la información concerniente a estos procesos arbitrales), se incorporen los mejores estándares y prácticas en la materia.

De allí que, a juicio de este Despacho, resulte pertinente recomendar se analice la posibilidad de que la República de Panamá, suscriba y ratifique la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, adoptada el 10 de diciembre de 2014 (Convención de Mauricio sobre Transparencia); instrumento por el cual las partes en los tratados de inversiones aprobados antes del 1 de abril de 2014, expresan su consentimiento a la aplicación del Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estado en el Marco de un Tratado.⁷

Dicho Reglamento sobre Transparencia, vigente desde el 1 de abril de 2014, contempla un conjunto de normas procesales que garantiza el acceso público a la información relativa a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado de inversiones; y, en el caso de aquellos tratados de inversiones aprobados antes de esa fecha, el Reglamento se aplicará, cuando las partes del tratado respectivo así lo acuerden, entre otros casos.

Entre los lineamientos sobre transparencia contemplados en el aludido Reglamento, destacan: 1) El acceso a los instrumentos probatorios o documentales dentro del proceso arbitral y 2) La posibilidad de que terceros “no contendientes” (v.g., representantes de la sociedad civil, organismos internacionales u otros Estados Parte) puedan intervenir en el proceso en calidad de “*amicus curiae*” y aportar escritos de carácter orientativo que ayuden a formar el criterio del tribunal arbitral sobre un aspecto del litigio respecto al cual tienen un interés legítimo.

4. Procedimiento general de información, coordinación y respuesta.

⁷ <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency>

- El tercer párrafo del artículo 9 contempla un mecanismo de *respuesta inmediata* de rango *reglamentario* que, aunque justificado en un estado de urgencia o necesidad, podría incidir en las competencias o deberes *legales* de autoridades de otros Ministerios o Entidades públicas, ya sea del nivel central o local. De allí que, lo óptimo sería que este tipo de norma estuviera contemplada en disposiciones de rango *legal* y además contemple, el previo aviso a la autoridad competente de la entidad responsable de su deber de contestar la solicitud oportunamente, de modo tal que la intervención directa del Jefe de la Oficina de Arbitraje de Inversiones se justifique en su incumplimiento y se articule con la función de vigilancia del cumplimiento de estos procedimientos, que le ha sido atribuida a esta Oficina.

5. Entidad ante quien debe presentarse la notificación de la controversia internacional.

- El artículo 11 podría indicar con mayor claridad el funcionario al cual debe *dirigirse* el escrito de notificación y la oficina ante la cual se deberá *presentar* el mismo, así como la documentación respectiva.

6. Otras disposiciones.

- El artículo 18 del Proyecto, modifica el artículo 2 del Decreto Ejecutivo N.º243 de 18 de julio de 2018, que crea dentro de la estructura del Ministerio de Economía y Finanzas la Oficina de Atención y Entrega de CEPADEM, la cual depende presupuestaria y financieramente de la Dirección de Programación de Inversiones. Esta disposición, de acuerdo a su propio texto, reviste carácter temporal o transitorio, en tanto señala que “(...) *la misma dejará de existir cuando haya culminado el objeto por el cual fue creada*”.

Nótese que la modificación introducida a dicha norma, incorpora al segundo párrafo de dicho artículo 18, referente a las funciones de la aludida Oficina de Atención y Entrega de CEPADEM, la atribución de “9. *Atender los reclamos sobre el cumplimiento de sentencias de los tribunales ordinarios de justicia nacionales, relativos a pasivos y otras indemnizaciones que el estado panameño deba honrar por disposición judicial. (...)*”; atribución que no guarda relación alguna con el pago de los CEPADEM, ni atañe a un deber jurídico del Estado de carácter residual o temporal. Sería recomendable en consecuencia, que esta atribución de competencias esté contemplada en una norma jurídica cónsona con la naturaleza de esta función, que revista carácter permanente.

Esperamos de esta manera haber contribuido objetivamente con nuestra opinión, al fortalecimiento y enriquecimiento del Proyecto de Decreto Ejecutivo, que tuvieron a bien someter a nuestra consideración.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración.

RGM/dc



La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa*