

Panamá, 15 de diciembre de 1999.

Su Excelencia  
WINSTON SPADAFORA F.  
Ministro de Gobierno y Justicia.  
E. S. D.

Señor Ministro:

Acusamos recibo de su Nota N°2105 D.L.-99, fechada el 11 de octubre del presente año y recibida en este Despacho el 20 del mismo mes, mediante la cual consulta ciertos aspectos de la Ley N°5 de 8 de julio de 1999, mediante la cual se establece el régimen de arbitraje, de la conciliación y de la mediación.

Antes de contestar las interrogantes que nos plantea en su interesante Consulta, nos permitimos compartir algunas consideraciones generales referentes a este tema tan novedoso en nuestra legislación.

Consideraciones Previas:

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, es a nuestro juicio, un serio intento de constituir a la República de Panamá como un Centro Internacional de Arbitraje, Conciliación y Mediación.

En el plano nacional, el arbitraje, la conciliación y la mediación son fórmulas de solución de conflictos jurídicos paralelos al sistema judicial, circunstancia que, per sé, contribuiría a la satisfacción de una necesidad de la sociedad panameña.

En el plano internacional, al tener Panamá un marco marítimo de enorme trascendencia en el cual participan los usuarios de los Puertos, la flota registrada bajo la bandera panameña, etc., esta excerta legal puede jugar un papel importante en la solución rápida y eficaz de los conflictos jurídicos que se susciten en el desarrollo de tales actividades.

Igual situación puede comprender las actividades de la Zona Libre, el Centro Financiero Internacional, los Fideicomisos, etc.

No obstante, el Decreto Ley N°5, en comento, contiene, a nuestro entender, algunas imprecisiones y lagunas que pueden impedir su inmediata ejecución, tal como lo veremos más adelante.

La redacción del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999 es confusa, lo cual genera serias dudas sobre su aplicación. Por ejemplo, se confunde la naturaleza del arbitraje con la forma de realizar el mismo. El artículo 3 comprende dos (2) clases de arbitrajes que son propios de la naturaleza de esta Institución, cuales son el arbitraje en Derecho o en Equidad. A renglón seguido el artículo 4 asimila dos (2) clases de arbitrajes más, el Institucionalizado y el Ad-hoc, cuando en realidad éstas (2) últimas figuras constituyen la forma de realizar los arbitrajes.

Por otro lado, el mismo artículo 3 establece que el Arbitraje Institucionalizado es el arbitraje practicado por una Institución de arbitraje. Si ello es así, se debe entender que el arbitraje será ejecutado por una persona jurídica, la cual designará a una persona natural para que lleve a cabo el arbitraje, en su nombre y representación, de acuerdo con el Reglamento de la Institución de Arbitraje. Es decir, que el arbitraje es ejercido y realizado por una persona jurídica.

Sin embargo, el Decreto Ley N°5 en referencia no desarrolla claramente la forma en que se realizará el Arbitraje Institucionalizado, o sea el ejercido por una persona jurídica; sin embargo, contiene normas que regulan la forma en que las personas naturales ejercerán el arbitraje (Ad-hoc o independiente), por ejemplo, cuando se señala la forma en que las partes escogerán los árbitros.

Otro aspecto que no contempla el Decreto Ley N°5, es lo referente a los parámetros de las responsabilidades de estas personas jurídicas frente a terceros, por concepto de las actuaciones negligentes o dolosas que desarrollen en el ejercicio de los mandatos a ellas conferidas. Consideramos este aspecto de suma importancia, ya que incluso los jueces en las jurisdicciones ordinarias son responsables por sus actuaciones.

De igual forma dicho Decreto Ley no contiene las condiciones en que se debe celebrar el Convenio Arbitral cuando es Institucionalizado o cuando es Ad-hoc.

Este marco es el que crea la gran confusión en la interpretación del Decreto Ley en referencia.

Los comentarios aquí planteados los ofrecemos independientemente de los posibles visos de inconstitucionalidad que pueda tener la excerta en estudio, los cuales analizaremos al momento de que nos sea dada en traslado la demanda que, según tenemos conocimiento, ha sido presentada ante la Corte Suprema de Justicia. Ello, si en el reparto le correspondiese a este Despacho emitir concepto.

Absolución de la Consulta:

Las interrogantes planteadas las contestaremos en el mismo orden en que han sido planteadas.

Veamos:

1. ¿Debe el Ministerio de Gobierno y Justicia reconocer como asociaciones sin fines de lucro las instituciones que se dediquen al arbitraje, conciliación y de la mediación, y paralelamente autorizarlos por medio de resuelto para el desempeño de dichas funciones?

En primer lugar, el numeral 4 del artículo 4 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999 establece, por deducción, que las Instituciones de Arbitrajes son Instituciones sin fines de lucro, por lo que su reconocimiento como tal debe ser efectuado por el Ministerio de Gobierno y Justicia.

Lo expuesto anteriormente nos obliga a hacer los siguientes comentarios:

a) El Decreto Ejecutivo N°26 de 28 de marzo de 1988 al cual se remite el numeral 4, ya precitado, para los efectos de otorgar a las Instituciones de Arbitraje el reconocimiento como asociaciones sin fines de lucro no está vigente, toda vez que fue derogado mediante el Decreto N°67 de 12 de febrero de 1990. Con relación a esta circunstancia es conveniente recordar lo que taxativamente preceptúa el artículo 37 del Código Civil:

¿Artículo 37: Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva, o en el caso de que la ley posterior a la derogatoria establezca de modo expreso que recobra su vigencia. En este último caso será indispensable que se promulgue la ley que recobra su vigencia junto con la que la pone en vigor.¿

Este hecho obliga al Organo Ejecutivo a través del Ministerio de Gobierno y Justicia a fijar la norma aplicable para el reconocimiento de las Instituciones de Arbitraje como Asociaciones sin fines de lucro.

En este caso específico, la situación no es sencilla por lo que trataremos de abordar el punto sin pretender que nuestra opinión sea definitiva y concluyente.

Veamos:

La actividad del arbitraje, generada por la actividad del mundo del comercio es de naturaleza lucrativa; es decir, los que se dedican a tal actividad perciben honorarios por la prestación de sus servicios.

Sin embargo, el Decreto ley N°5, en comento, otorga el carácter de Asociaciones sin fines de lucro a las Instituciones de Arbitraje, lo cual es una contradicción, observación hecha por Usted en la página 3 y la cual compartimos en su totalidad.

A nuestro juicio, por las contradicciones, inexactitudes y lagunas que presenta el Decreto Ley N°5, las cuales hemos señalado de manera previa, la solución más efectiva debiera ser una reforma integral de la Ley que contemple una aclaración detallada de los puntos confusos o contradictorios aquí señalados. La nueva Ley deberá despejar de una vez por todas la naturaleza de estas Instituciones de Arbitraje, Conciliación o Mediación es decir, si son lucrativas o sin ánimo de lucro.

Luego de la reforma el Ministerio de Gobierno y Justicia deberá expedir, en desarrollo de la Ley, el Reglamento respectivo para cualificar a las instituciones de arbitrajes, mediación y conciliación. Debiendo otorgar el reconocimiento a dichas Instituciones como asociaciones sin fines de lucro, si ese fuese el caso.

De igual forma es oportuna la ocasión para hacerle un llamado en el sentido que promueva los esfuerzos necesarios a fin de que se expida la reglamentación concerniente a las Personas Jurídicas sin fines de lucro, ya que, como lo hemos indicado previamente, el Decreto Ejecutivo que reglamentaba esta materia fue derogada en febrero de 1990.

2. ¿Los árbitros institucionalizados deben ser funcionarios públicos, escogidos mediante un procedimiento, o miembros de una asociación sin fines de lucro?

En esta interrogante se plantea el punto medular del problema: ¿Quién es el árbitro de conformidad con el Decreto Ley N°5?. El árbitro institucionalizado no es una persona natural; es la persona jurídica denominada ¿Institución de Arbitraje¿, las cuales, como toda persona jurídica, ejercerán sus funciones a través de personas naturales.

3. ¿Quién certifica las cualidades de las instituciones de arbitraje?

Las cualidades de las Instituciones de Arbitraje, según nuestro criterio, deben ser calificadas por el Ministerio de Gobierno y Justicia, en virtud del Decreto Ley N°5, al momento de decidir sobre su reconocimiento o no como Asociación sin fines de lucro.

4. ¿Qué requisitos se deben tomar en cuenta para cualificar a un mediador?

La pregunta anterior la realiza Usted tomando en cuenta lo preceptuado en el artículo 45 que taxativamente señala lo siguiente:

¿Artículo 45. La conciliación es un método de solución pacífica de conflictos, a través del cual las partes gestionan la solución de sus propios conflictos con la intervención de un facilitador imparcial, llamado conciliador, cualificado mediante reglamento expedido por el Ministerio de Gobierno y Justicia.¿

Entendemos que, en su pregunta, si bien hace mención al mediador, por el contenido del artículo citado como fundamento de la misma, deducimos que se refiere al conciliador, el cual deberá ser cualificado por el Ministerio de Gobierno y Justicia mediante reglamento.

En este sentido, consideramos que debe tomarse en cuenta el contenido del numeral 1 del artículo 59 del Decreto Ley en estudio, que establece claramente que para ejercer la conciliación y la mediación se requiere: ¿Haber recibido capacitación que lo califique como conciliador o mediador por un centro especializado o institución educativa debidamente reconocida, las cuales expedirán las certificaciones correspondientes.¿

De igual manera se deberán tener en cuenta para la cualificación los requisitos contemplados en el artículo 60 del Decreto Ley en comento, referentes a no haber sido declaradas responsables penalmente por delitos de prevaricación, falsedad o estafa y que no hayan violado el principio de confidencialidad, dentro de un proceso de conciliación o mediación. También consideramos que el Ministerio de Gobierno y Justicia puede exigir cualquier otro requisito propio o inherente a la naturaleza de esta figura.

En este tema de la conciliación, consideramos importante hacer mención a ciertos aspectos que contempla el Decreto Ley N°5, los cuales en nuestro saber, son contradictorios.

Veamos:

La conciliación puede darse de dos (2) formas: la institucional y la ad-hoc o independiente.

La conciliación es institucional cuando es desarrollada o ejercida a través de centros de arbitraje, conciliación y mediación privados, debidamente autorizados por el Ministerio de Gobierno y Justicia.

También será institucional la conciliación que se realice a través de las instituciones estatales. Señala el Decreto Ley que dicha práctica será gratuita, desprendiéndose, pues, que la realizada por los centros o instituciones privadas será onerosa.

Se señala que la conciliación será ad-hoc o independiente cuando es realizada por personas independientes, cualificadas y debidamente designadas por las partes.

No obstante, el artículo 48 establece que la calidad del conciliador institucional o independiente será cualificada por la institución reconocida como centro de arbitraje, conciliación y mediación, quienes determinarán los procedimientos para dicha cualificación, circunstancia que a todas luces, es totalmente contradictoria con lo dispuesto en el artículo 45, porque este último le confiere dicha potestad al Ministerio de Gobierno y Justicia.

También el artículo 48 introduce otro elemento y es la cualificación del conciliador independiente, cuando el mismo, como bien lo indica su denominación, no está sujeto a institución o centro privado de conciliación, por lo que los requisitos que debe cumplir deben ser fijados por el Ministerio de Gobierno y Justicia.

5. ¿El registro a que hace alusión el artículo 59, no incluye a los árbitros. ¿Significa esto que no es obligante registrarse como tal?

Según el Decreto Ley N°5 no es obligante, porque el árbitro institucionalizado es la persona jurídica denominada ¿Institución de Arbitraje¿ y estas personas jurídicas tendrán a su haber una lista de personas, a quienes, por sus especialidades, podrán recurrir para las dirimencias sometidas a su consideración.

6. ¿Para ser conciliador o mediador, debe ser requisito indispensable ser abogado?

De conformidad con el Decreto Ley N°5 en estudio, no es indispensable ser abogado, porque la naturaleza de ambas figuras es la de ser facilitadores imparciales, lo cual puede ser llevado a cabo por sujetos de diferentes especialidades.

7. ¿Puede el Ministerio otorgar Personería Jurídica a las instituciones de arbitraje cuando éstas en el ejercicio de sus funciones cobrarán por los servicios prestados, cuando el objetivo de este reconocimiento es para asociaciones sin fines de lucro?

El Decreto Ley N°5 conceptúa a las Instituciones de Arbitraje como Asociaciones sin fines de lucro y no le es permitido al Ministerio de Gobierno y Justicia evadir esta obligación por efectos de interpretación de la naturaleza que prestan estas entidades.

Nosotros estamos de acuerdo en que estas entidades son privadas y con fines lucrativos, por lo que el Decreto Ley N°5 en referencia contiene una inexactitud que trastoca la naturaleza de las asociaciones sin fines de lucro, circunstancia que debe obligar a una reforma de dicha excerta legal.

De esta forma damos respuesta a su interesante consulta, esperando que nuestra opinión le sea de utilidad en la solución de tan delicado tema.

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/12/cch.