



## Revista Jurídica de Banco Nacional de Panamá



### NUEVA SUCURSAL LOS POZOS

Provincia de Herrera

Diseño y construcción:  
Gerencia Ejecutiva de Obras,  
Proyectos y Mantenimiento  
del Banco Nacional de Panamá.



MAYO - 2020

# **PILAR**

## **FINANCIERO**

Revista Jurídica  
de Banco Nacional de Panamá



Grande como tú

 [banconalpa www.banconal.com.pa](https://www.banconal.com.pa)



Revista Jurídica de Banco Nacional de Panamá  
2020 - Vol. 2

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

Javier E. Carrizo Esquivel  
Gerente General

José Antonio Carrasco A.  
Gerente Ejecutivo de Asesoría Legal

Edición de la Revista Jurídica de  
Banco Nacional de Panamá

PILAR FINANCIERO

Consejo Editorial

Kathia Blandón de Ayala  
Karolina González O.  
Isis M. Pérez Samaniego  
Luis Fernando Berrocal  
Anthony D. Martínez R.

Dirigida y revisada por:  
Marian Quiroz Pitti

Diseño  
Departamento de Diseño y Estrategia de Medios

Impresión  
Imprenta de Banco Nacional de Panamá

# Índice

Nota Editorial 4

## ARTÍCULOS

Análisis de la Ley No. 12 de 19 de mayo de 2016 y las  
nuevas regulaciones en cuanto a los temas  
concursales  
Por: Doris Salvatierra 5

Guía aplicable a iniciativas legislativas que  
aprueben la constitución de Fideicomisos Públicos  
cuyo fiduciario es Banco Nacional de Panamá.  
Por: Marlene Olivares 15

Figuras jurídicas que introduce la Ley 55 de 2011  
en la actividad agropecuaria.  
Por: Viena Alonso Ábrego 25

## PLUMA INVITADA

La participación de Entidades Públicas panameñas en  
Procesos Arbitrales  
Por: Juan Pablo Fábrega Polleri 35

## ENSAYO REFLEXIVO

La necesidad de un enfoque constitucional  
para el Sistema Financiero Nacional  
Por: Anthony D. Martínez R. 65

## ACTIVIDADES JURÍDICAS

Lanzamiento de la Revista Pilar Financiero 69

Innovación tecnológica al servicio del cliente 70



**E**n esta ocasión nos complace en presentarles la segunda edición de la revista Pilar Financiero que cuenta con destacadas participaciones de asesores legales del Banco Nacional de Panamá y con una pluma invitada de primer nivel como lo es el Dr. Juan Pablo Fábrega Pollieri.

Como proyecto institucional, la revista Pilar Financiero busca ser el punto en el que converjan discusiones académicas de interés para el sector financiero desde una perspectiva de quienes de una y otra forma estamos ligados al sector oficial. Es importante destacar que las actividades financieras son complejas per se y esta complejidad es aún mayor cuando se ejercen dichas actividades desde el sector oficial.

Es por ello que la actualización constante de los abogados y el debate de ideas resultan de provecho para las instituciones, ya que nos permite emitir conceptos y criterios acordes con las nuevas tendencias, y observando siempre el complejo entramado de normas jurídicas que deben cumplir aquellas instituciones públicas relacionadas al sector financiero.

Esperamos que los artículos presentados contribuyan significativamente a la mejora del servicio público que nos ofrecen los abogados en las diversas entidades del Estado, y les exhortamos a fomentar el debate jurídico sobre los temas de actualidad abordados por los distinguidos profesionales del derecho en esta edición.

**Javier E. Carrizo Esquivel**

Gerente General de Banco Nacional de Panamá



# ANÁLISIS DE LA LEY No. 12 DE 19 DE MAYO DE 2016 Y LAS NUEVAS REGULACIONES EN CUANTO A LOS TEMAS CONCURSALES

*Por: Doris Salvatierra*

SUMARIO: I. Resumen II. Introducción. III. Descripción de la Ley. IV. Proceso concursal de reorganización. V. Efectos de la apertura del proceso de reorganización. VI. Sujetos que pueden acogerse al régimen de insolvencia. VII. Requisitos que debe cumplir el deudor para iniciar el proceso de reorganización. VIII. Liquidación Judicial. IX. Procedimiento de reorganización concursal. X. Proceso de liquidación. XI. Contenido y efectos de liquidación. XII. Conclusiones. XIII. Bibliografía.

## **I. Resumen**

Como parte de mi colaboración a la Revista Jurídica del Banco Nacional de Panamá, me pareció interesante realizar un breve análisis a la Ley 12 de 19 de mayo de 2016 mediante la cual se adoptaron nuevas regulaciones dirigidas a salvaguardar los derechos de los Acreedores, la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. En esta Ley, se introducen dos procesos a saber: reorganización y liquidación judicial, con la finalidad de ofrecer opciones a empresas en quiebra inmediata, sino también a aquellas que aun manteniendo operaciones viables, se encuentran en crisis transitorias por lo que deben ser sometidas a procesos de reorganización financiera y/u operacional y de igual manera a personas naturales comerciantes.

Asimismo, quise visualizar de una manera sencilla las etapas de cada proceso para que sirvan como guía a los juristas que deseen utilizar estas figuras en su práctica como litigantes.

## **II. Introducción**

Panamá ha tenido avances importantes dentro de la legislación que regula el derecho mercantil, a través de una serie de instrumentos legales que han sustituido las derogadas normas de quiebra del Código de Comercio de Panamá de 1916 y que tenían como propósito sancionar al deudor por incumplir sus obligaciones, distribuyendo los bienes de la empresa entre los diversos acreedores. En la actualidad, nuestro sistema financiero ha evolucionado y la normativa en materia de quiebra, por lo tanto, se ha contemplado otras posibilidades de actuación jurídica y es así como entra en vigencia la Ley 12, promulgada el 19 de mayo de 2016 que, en términos generales procura salvar aquellas empresas en crisis económica con la protección del crédito y, de los acreedores, que da lugar a la Ley 12 de 19 de mayo de 2016, dirigida a salvaguardar los derechos de los acreedores, la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de la introducción de dos procesos a saber: reorganización y liquidación judicial, los cuales estudiaremos a continuación.

---

En Panamá, el Código de Comercio de 1917, en su Libro Tercero, denominado La Quiebra regula de manera particular esta materia con un carácter punitivo al sancionar al empresario deudor cuyos negocios se encontraban en la situación de quiebra, tratándose el tema de insolvencia y quiebra como un mismo concepto; abarcando a las dos figuras en una misma situación, cuando cada una se relaciona legalmente con sujetos diferentes, ciertamente, ***“la insolvencia trata sobre una situación jurídica en la que se encuentra una persona física o empresa cuando no puede hacer frente al pago de sus deudas”***; no obstante, la quiebra ***“es una realidad regulada jurídicamente, en la que una persona o empresa no puede hacer frente a los pagos que debe realizar a sus acreedores, dado que estos son mayores que los recursos económicos que posee, por tanto cesa su actividad al no tener liquidez para pagar sus deudas”***; en cambio se entiende como concurso de acreedores al procedimiento legal que se origina cuando una persona física o jurídica deviene en una situación de insolvencia en la que no puede hacer frente a la totalidad de los pagos que adeuda. El concurso de acreedores abarca las situaciones de quiebra y las de suspensión de pagos.<sup>1</sup>

La ley de quiebra, surgida del Código de Comercio, es una legislación muy antigua, que no se acoplaba a la realidad actual de una empresa, considerando que en la actualidad no es anómalo que una compañía pase por un estado de crisis económica, entrando en un proceso de iliquidez del cual no sale nunca y, en la cual sus acreedores solo tienen la posibilidad de solicitar la quiebra por los incumplimientos de sus obligaciones.

El régimen de los procesos concursales de insolvencia se adopta mediante la Ley 12 de 19 de mayo de 2016, la cual comenzó a regir el 2 de enero de 2017 y aporta innovaciones jurídicas tales como no solo procurar la protección del crédito de los acreedores, sino también lograr una diferenciación entre empresa “eficiente” y “no eficiente”, dependiendo de las razones y circunstancias que han dado lugar a su estado de insolvencia, estableciendo así para las “empresas eficientes”, el proceso de reorganización, cuyo objeto principal es la recuperación y conservación de la empresa, y así que la misma pueda permanecer siendo esa unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo; de igual manera, se instituye el proceso de liquidación judicial, el cual, se centra en liquidar de una forma pronta y ordenada aquellas empresas “ineficientes”, lo que a su vez conllevaría la creación de los nuevos Juzgados de Circuito de Insolvencia, así como del Cuarto Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, conformado por tres magistrados elegidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con competencia privativa para conocer de estos procesos Concursales de Insolvencia, innovaciones que dejan de lado el régimen de quiebra existente desde hace un siglo y el cual se encuentra amparado en las disposiciones del Código de Comercio.

En la nueva ley son introducidos conceptos tales como la protección financiera concursal, que es el plazo que se le otorga al deudor bajo proceso concursal de reorganización, durante el cual no se podrá solicitar y declarar su liquidación, ni podrán iniciarse en su contra procesos ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase, restitución de bienes o lanzamiento y la insolvencia transfronteriza que podrá ser solicitada, entre otros, por tribunal extranjero o por un representante extranjero con relación a un proceso extranjero, o cuando estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso concursal de insolvencia en la República de Panamá.

---

<sup>1</sup> SALABARRIA, XENIA. (1999). Análisis crítico de la institución de la quiebra en el derecho panameño. Trabajo de grado. Universidad de Panamá.pág.22.

---

Toda vez que nuestro país está atravesando enormes cambios sociales que impactan nuestra economía, se hace imprescindible para los ciudadanos, comerciantes y sociedades mercantiles en Panamá, conocer sobre esta importante legislación.

La Ley cuenta con 269 artículos que aportan disposiciones generales, las cuales cuentan con un glosario extenso sobre la materia en estudio, de igual manera se establece la jurisdicción y competencia para conocer de estos procesos, describe de manera amplia lo concerniente a los procesos concursales de reorganización, apertura, efectos, administración concursal, calificación y graduación de créditos, derecho a voto, lo inherente a la junta general de acreedores, acuerdo de reorganización, como el proceso concursal de liquidación y de igual manera inserta normas que tratan sobre la insolvencia transfronteriza y realiza importantes reformas al Código Penal en relación a la apertura de procesos concursales de reorganización o de liquidación en fraude de acreedores.

### **III. Descripción de la Ley**

Mediante la Ley 12 de 19 de mayo de 2016 se adoptaron nuevas regulaciones dirigidas a salvaguardar los derechos de los acreedores, la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de la introducción de dos procesos a saber: reorganización y liquidación judicial, mismos que analizaremos más adelante; así como también dicta normas sobre la insolvencia transfronteriza y reforma el Código Penal en relación a la apertura de procesos concursales de reorganización o de liquidación en fraude de acreedores.

Este novedoso régimen es aplicable a todas las personas naturales, comerciales y sociedades mercantiles inscritas o no en el Registro Público de Panamá, cuyo domicilio comercial, sucursal, agencia o establecimiento descansa en la República de Panamá.

### **IV. Proceso Concursal de Reorganización**

La nueva legislación, tiene entre sus mayores aportes el establecimiento del proceso de reorganización concursal, el cual tiene como principal objetivo ofrecer al Deudor, la oportunidad de superar sus compromisos financieros y así poder continuar el funcionamiento operacional y comercial de su empresa, es decir cuando un empresario insolvente, pero proactivo, puede ser beneficiado con normas que le permitan, bajo supervisión judicial, que colabore ya sea tanto para salvar su empresa con propuestas de reorganización, o para la liquidación de la misma, negociando acuerdos con los acreedores; así como para preservar las fuentes de empleo de las empresas que se encuentren en esta situación.<sup>2</sup>

Tal como destaca el Licenciado Arístides G. Anguizola, en su artículo Proceso Concursal de Reorganización, una realidad en Panamá, a partir del 2017, publicado en El Capital Financiero.com, que es mediante el Proceso de Reorganización Concursal, que se estima que los acreedores recibirán mayor satisfacción de sus créditos,

---

<sup>2</sup> Ley N° 12 de 19 de mayo de 2016: Que establece el Régimen de los Procesos Concuriales de Insolvencia y dicta otras disposiciones. Gaceta Oficial No. 28036-B del 23 de mayo de 2016.

mediante la condonación, reestructuración o capitalización de la deuda; la fusión o escisión de la sociedad deudora y la venta de la empresa o partes de ella, por lo que se requiere la preparación de un plan de reorganización que no es más que una propuesta para devolver la prosperidad financiera de la empresa y dicha propuesta debe ser presentada ante la Junta General de Acreedores, y de ser aceptada por la junta y el juez concursal de la causa, será concretado en el acuerdo de reorganización.<sup>3</sup>

Para el jurista, uno de los efectos de este proceso de reorganización se deviene en la reducción en la capacidad de ejecución de la empresa y en la posibilidad, algunas veces de no poder solucionar las dificultades financieras presentadas, concluyendo en un proceso de liquidación judicial.

## **V. Efectos de la Apertura del Proceso de Reorganización**

Dentro de las enmiendas que establece esta Ley, podemos resaltar una serie de beneficios producto de la protección financiera concursal que durará mientras esté vigente el proceso de reorganización y cuyo principal objetivo es el de salvaguardar la capacidad operativa de la empresa que se adhiere a este régimen:

- Imposibilita que contra el deudor pueda iniciarse proceso ejecutivo, ejecución de cualquier clase, restitución de bienes o lanzamiento, salvo lo dispuesto en esta Ley en su artículo 40 en lo que respecta a los procesos laborales con excepción de los procesos laborales a favor de los cónyuges, parientes, directores, administradores, etc., para tal efecto, quedarán suspendidos los términos de prescripción.

- No podrán terminarse anticipadamente de forma unilateral los contratos suscritos por el deudor, y los mismos mantendrán su vigencia y condiciones de pago. En consecuencia, no podrá exigirse anticipadamente su cumplimiento o hacerse efectivas las garantías contratadas, invocando como causal el inicio de un proceso concursal de reorganización.

Sin embargo, la exigibilidad de los intereses legales o convencionales quedará suspendida salvo los correspondientes a los créditos con garantía real y dicha suspensión durará hasta cuando la junta de acreedores apruebe el acuerdo de reorganización, en el que se podrán establecer condiciones en cuando a la tasa de interés aplicable o el cobro, total o parcial, en cada caso.

- El deudor no podrá ser incapacitado o inhabilitado para contratar con las entidades estatales por someterse al proceso concursal de reorganización, ni esta situación podrá invocarse como causal de resolución administrativa del contrato. El juez de la causa declarará la nulidad de lo actuado sobre contravenciones a lo aquí dispuesto mediante auto que no admite recurso alguno.

- El acuerdo de reorganización, una vez aprobado, obliga a todos los acreedores, inclusive a aquellos que no hayan concurrido a la junta general que lo apruebe, para lo que se debe contar con el quorum reglamentario que lo conforma la mayoría absoluta de los acreedores que integran la lista de créditos reconocidos.

---

<sup>3</sup> Anguizola G., Aristides. *Proceso Concursal de Reorganización, una realidad en Panamá, a partir del 2017*, T. El Capital Financiero.com

## VI. Sujetos que pueden acogerse al Régimen de Insolvencia

La Ley No.12 de 19 de mayo de 2016, en su artículo 3 establece que este régimen se aplicará a las personas naturales comerciantes y sociedades mercantiles inscritas o no en el Registro Público de Panamá, que tengan su domicilio comercial, sucursal, agencia o establecimiento en la República de Panamá.<sup>4</sup>

Sin embargo, la Ley establece de igual manera, las personas excluidas del ámbito de aplicación, tal como se aprecia en su artículo 5 dentro del cual se dispone que no estarán sujetos al régimen de los procesos concursales de insolvencia:

1. Entidades públicas, municipios, entidades autónomas, semiautónomas, descentralizadas y demás entes del Derecho Público, así como aquellas empresas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones, o
2. Los bancos, compañías de seguros, entidades reguladas por la Superintendencia del Mercado de Valores y demás entidades que están sujetas a un régimen especial de recuperación, liquidación o intervención. Por ministerio de ley, tanto los bancos como las demás entidades reguladas, deben mantener coeficientes de solvencia y liquidez apropiados para satisfacer sus obligaciones, así como procedimientos adecuados que permitan la supervisión y el control de sus actividades ya sean nacionales e internacionales, en estrecha colaboración con los distintos entes supervisores.

En este punto se hace necesario resaltar que en el caso del Banco Nacional de Panamá, el cual fue creado por las leyes 74 de 1904, Ley 27 de 1956 y reorganizado por la Ley 20 de 1975, la cual fue subrogada por el Decreto de Ley 4 de 18 de enero de 2006 y reformada por la Ley 24 de 2017; dicha institución bancaria se constituye como una entidad autónoma del Estado, que goza de personalidad jurídica, patrimonio propio e independencia administrativa, funcional, presupuestaria y financiera, entendiéndose así como el organismo financiero del Estado por excelencia, por lo que se encuentra excluido del sistema concursal.<sup>5</sup>

El Banco Nacional de Panamá, es considerado como la columna vertebral en las operaciones del Estado, ya que ejecuta todos los pagos del Gobierno Central, esto incluye pagos a proveedores, salarios a funcionarios y desembolsos de fondos para programas de asistencia social y del total de los depósitos en esta entidad, un porcentaje considerable de sus depósitos son estatales y corresponden a depósitos públicos, principalmente del Gobierno Central y de la Caja de Seguro Social.

Al no contar Panamá con un banco central, en su defecto, el Banco Nacional de Panamá realiza todas las compensaciones bancarias o pagos de cheques, además de ser la única entidad estatal con una cuenta en la Reserva Federal de Estados Unidos, de donde proviene el papel moneda (dólar) que circula en Panamá, por lo que tampoco habría forma de distribuir el efectivo en la economía.

<sup>4</sup> Ley N° 12 de 19 de mayo de 2016: Que establece el Régimen de los Procesos Concuriales de Insolvencia y dicta otras disposiciones. Gaceta Oficial No. 28036-B del 23 de mayo de 2016.

<sup>5</sup> Chenet Pessoa, Yazmin. Instauración de la Ley 12 el 19 de Mayo 2016 y sus Innovaciones en la Jurisdicción Mercantil de Panamá. Trabajo de Grado. Maestría en Derecho Privado con Énfasis en Derecho Mercantil. Universidad de Panamá

---

Es decir que declarar en insolvencia a la institución, conlleva la inoperatividad del banco además que pone en peligro el funcionamiento de todo el país.

### **3. Las entidades que presten servicios públicos durante el periodo de intervención de la entidad.**

#### **VII. Requisitos que debe cumplir el deudor para iniciar el proceso de reorganización**

El artículo 29 de la mencionada ley establece que el deudor debe, para que la solicitud de reorganización proceda, estar en situación de:

- a) **cesación de pago**: se denomina suspensión de pagos, insolvencia o cesación de pagos, a la situación concursal en la cual se encuentra una persona, o una familia, o una empresa, o una sociedad mercantil, cuando no puede pagar la totalidad de las deudas que tiene con sus acreedores por falta de liquidez.
- b) **insolvencia inminente**: se refiere a cuando una persona, una empresa o una sociedad mercantil se ve amenazada por una situación y prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones; o
- c) **falta previsible de liquidez**: se refiere a cuando una persona, una empresa o una sociedad mercantil es incapaz de poder cumplir con sus obligaciones.

#### **VIII. Liquidación Judicial**

El proceso de liquidación judicial, es una medida de intervención, que persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido, mediante la enajenación o adjudicación de los bienes y su aplicación, en primera medida, a las devoluciones aceptadas insolutas, hasta la concurrencia del valor de las mismas.

La liquidación judicial es un proceso mediante el cual se pretende poner fin a la actividad comercial de una empresa y dar finalización a la personalidad jurídica de una sociedad, y mediante este procedimiento generalmente se busca convertir en dinero los bienes y activos de la empresa, para que puedan ser distribuidos entre los acreedores de forma garantizada o en últimas adjudicar estos, a fin de atender el pasivo hasta el monto total de los activos.<sup>6</sup>

Otras de las innovaciones que introduce la Ley es el proceso de liquidación judicial, el cual en resumen prevé que un deudor ponga ante la autoridad judicial competente, los bienes que su empresa disponga, con la intención de poner fin a la actividad comercial de la empresa transformando dichos bienes en dinero líquido a través de la venta directa o subasta privada.

La solicitud de Liquidación se hace por intermedio de los siguientes sujetos, legitimados para ello:

- a) el deudor o su representante;
- b) a solicitud del acreedor o acreedores
- c) o a solicitud de un representante de un proceso de Insolvencia en el Extranjero, previo cumplimiento de las normas establecidas en la Ley en estudio.

---

<sup>6</sup> DÍAZ, T (2017). Régimen de insolvencia en Panamá. Texto comentado. Disponible: [www./Insolvencias%20Quiebras%20novedades%20[Legal%Info-Panama.html] Rev.12/07/17]

---

Una vez liquidados los bienes que la empresa disponga, el producto de éstos será distribuido celebrando un acuerdo de adjudicación entre los acreedores, o en su defecto, se adjudicarán mediante providencia judicial. Este proceso se puede dar de manera voluntaria o forzosa según sea el caso.

## **IX. Procedimiento de Reorganización Concursal**

La ley establece de manera clara el procedimiento a seguir una vez hecha la solicitud de reorganización, correspondiéndole al juez examinar que dicha solicitud cumpla con lo requerido por la Ley, y se establece un término de cinco días, para resolver si admite la solicitud y así da por iniciado el proceso concursal de reorganización, o si, en cambio, rechaza la misma.<sup>7</sup>

Una vez admitida por el juez la solicitud de reorganización, se ordena la designación de un administrador concursal y se le manda al mismo que publique en medios masivos de comunicación escrita durante cinco días consecutivos el auto de apertura del proceso de reorganización, convocando a todos los acreedores interesados (nacionales y extranjeros) a comparecer dentro del proceso de reorganización.

Con la apertura del proceso de reorganización, se le provee al deudor de ciertas protecciones significativas cuyo propósito principal es lograr su reorganización, dichas protecciones o beneficios son denominados en la Ley como la protección financiera concursal del deudor, los cuales señalamos previamente.

Una vez comparecen dentro del proceso concursal de reorganización los acreedores interesados y previa verificación de sus créditos, se procede a constituir una junta de acreedores con el propósito de concertar un acuerdo de reorganización con el deudor.

De no poder lograrse un acuerdo de reorganización entre la junta de acreedores y el deudor en la primera junta, se abre un período de negociación de 10 días, mismo que puede extenderse hasta por un plazo máximo de 20 días.

La propia Ley establece mecanismos de votación por los miembros de la junta de acreedores para aprobar o rechazar el acuerdo de reorganización, requiriéndose para ello el voto de al menos el 66% de la totalidad del pasivo, y una vez haya sido aprobado el acuerdo de reorganización, se procede a una ejecución supervisada del mismo, por un supervisor designado en el dicho acuerdo.

De igual manera se designan en el acuerdo de reorganización a un administrador de la empresa y a un encargado de la ejecución del acuerdo de reorganización, quienes deberán presentar un informe mensual de su gestión ante el juez del concurso y quienes deberán mantener a disposición de los acreedores la información actualizada, de manera tal que esto permita evaluar la situación del deudor durante la ejecución del acuerdo de reorganización.

---

<sup>7</sup> Luis E. Guinard R. El Régimen de Procesos Concursales de Insolvencia.

---

Una vez, el encargado de la ejecución del acuerdo de reorganización presenta su informe final al juez, el cual debe sustentar de manera detallada el cumplimiento del mismo, podemos decir que concluye la reorganización.

Otra posibilidad dentro del proceso de reorganización, es el caso de que el acuerdo de reorganización no sea aprobado, en caso tal se tendrá también por terminado el proceso concursal de reorganización, sin perjuicio de que se pueda proceder con el proceso de liquidación.<sup>8</sup>

Terminado el proceso concursal de reorganización, se tendrá también por terminado el plazo de protección financiera concursal.

## **X. Proceso de Liquidación**

Dentro del proceso de liquidación el deudor cuenta con las siguientes opciones:

1. Pagar el crédito y las costas, las cuales deben ser pagadas dentro del término establecido por el juez de la causa, el cual una vez vencido procederá a dictar auto de declaratoria de liquidación.
2. Acordar un convenio sobre el pago del crédito con el demandante, previa suspensión de la audiencia. Una vez aprobado se termina el proceso sin afectar a otros acreedores.
3. Someterse al proceso concursal de reorganización, en cuyo caso debe presentar el proyecto de reorganización en la audiencia inicial.
4. Allanarse, en cuyo caso se dictará auto de declaratoria de liquidación.

El proceso es muy similar al de quiebra y varía por la posibilidad de suspenderlo para ir a un proceso concursal de reorganización y para ello se requiere la presentación de la solicitud por el deudor, la cual debe contar con el consentimiento de 30% de los acreedores y el voto favorable de la mayoría de los votos personales y de un 75% del pasivo.

## **XI. Contenido y efectos del Auto de Liquidación**

Una vez establecido el proceso de liquidación se procede a la fijación del estado de liquidación “por ahora”, estableciendo la fecha de cesación de pagos, el día de presentación de la demanda y la prohibición del deudor de ausentarse del domicilio de la liquidación.

De igual manera se puede proceder al embargo de todos los bienes y documentos, para lo que se designa un liquidador titular y un suplente, al cual se le fijaran honorarios provisionales. También se puede ordenar por correo la entrega de toda la correspondencia al liquidador.

Para la mejor consecución de los fines del proceso, se solicita la acumulación de todos los procesos contra el deudor y se hace la advertencia al público de no pagar ni entregar mercaderías al deudor.

---

<sup>8</sup> Op. cit

---

Se procede al emplazamiento de todos los acreedores por edicto, con la advertencia de que los deudores deben pagar al liquidador y se giran los oficios pertinentes al Registro Público a fin de garantizar el objetivo del proceso.

Previa convocatoria a la junta de acreedores, se prohíbe a los administradores de hacer pago u arreglo de obligaciones y se procura remitir a las instancias pertinentes, entiéndase Caja de Seguro Social, Dirección General de Ingresos y Municipio para que se presenten al Proceso de Liquidación.

## **XII. Conclusiones**

El presente trabajo tiene como objetivo resaltar los beneficios de la ley 12 de 2016, la cual surge a la vida jurídica con la finalidad de brindar una solución no solo a aquellas empresas en quiebra inminente, sino también a aquellas que aun cuando operan viablemente, se encuentran en crisis transitorias por lo que deben ser sometidas a procesos de reorganización financiera y/u operacional.

La Ley regula tanto, el proceso concursal de reorganización, como el proceso concursal de liquidación y también dispone sobre la insolvencia transfronteriza y reforma entre otros aspectos el Código Penal en relación a la apertura de procesos concursales de reorganización o de liquidación en fraude de acreedores.

En relación a las innovaciones que establece la Ley N° 12 en cuanto a la jurisdicción mercantil de Panamá, en antagonismo con el Código de Comercio, esta define que la misma, inicialmente, deroga las normas de quiebra presentes en el Código de Comercio de Panamá, que tenía como finalidad sancionar al deudor por incumplir sus obligaciones económicas y asignar los bienes de la empresa entre los diversos acreedores.

No obstante, este sistema busca, en primera instancia, proteger a las empresas en crisis, por lo cual a manera general, podemos señalar que uno de los beneficios primordiales es el que establece límites de tiempo a los procedimientos, impulsa juzgados especializados, adopta procedimientos efectivos de reorganización y liquidación, salvaguarda a los acreedores garantizados y, optimiza la transparencia.

En cuanto al aspecto Legal, podemos señalar novedades en sujetos fiscalizados, materia penal, cobertura, ámbito de aplicación, nuevos procedimientos concursales y dentro de los presupuestos, se ajusta a un modelo de ordenamiento judicial y público.

De igual manera, la ley no solo modifica las normas que regían los procesos de insolvencia en el Código de Comercio y Judicial, sino que establece la igualdad jurídica de los acreedores nacionales y extranjeros al establecer los parámetros de cooperación entre los Estados en los casos de insolvencia transfronteriza. Asimismo, se introduce el concepto de protección financiera concursal.

Para procurar un mejor entendimiento de las mismas desarrollamos de manera sencilla los procesos de reorganización y liquidación judicial, los cuales se presentan como innovaciones, tomando en cuenta que anteriormente, las normas de quiebra del Código de Comercio de Panamá, hoy derogadas tenían como propósito sancionar al deudor por incumplir y distribuir los bienes de la empresa entre los diversos acreedores.

---

Visualizamos esta ley como una herramienta indispensable, ya que hoy en día, el sistema financiero ha cambiado y también la normativa en materia de quiebra por lo que se requería un régimen más benevolente a fin de salvar a las empresas en crisis.

### **XIII. Bibliografía**

1. Ley N° 12 de 19 de mayo de 2016: Que establece el Régimen de los Procesos Concursales de Insolvencia y dicta otras disposiciones. Gaceta Oficial No. 28036-B del 23 de mayo de 2016.
2. Anguizola, Aristides G. Proceso Concursal de Reorganización, una realidad en Panamá, a partir del 2017, T. <https://elcapitalfinanciero.com/proceso-concursal-de-reorganizacion-una-realidad-en-panama-a-partir-del-2017/>, 11 de enero de 2017.
3. Chenet Pessoa, Yazmín. Instauración de la Ley 12 el 19 de Mayo 2016 y sus Innovaciones en la Jurisdicción Mercantil de Panamá. Trabajo de Grado. Maestría en Derecho Privado con Énfasis en Derecho Mercantil. Universidad De Panamá
4. DÍAZ, T (2017). Régimen de insolvencia en Panamá. Texto comentado. Disponible: [\[www./Insolvencias%20Quiebras%20novedades%20\[Legal%Info-Panama.html\]](http://www./Insolvencias%20Quiebras%20novedades%20[Legal%Info-Panama.html]) Rev.12/07/17
5. Guinard R., Luis E. El Régimen de Procesos Concursales de Insolvencia. <https://inteligat.com>.
6. SALABARRIA, XENIA. (1999). Análisis crítico de la institución de la quiebra en el derecho panameño. Trabajo de grado. Universidad de Panamá. 171 pág.

# GUIA APLICABLE A INICIATIVAS LEGISLATIVAS QUE APRUEBEN LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS CUYO FIDUCIARIO ES BANCO NACIONAL DE PANAMÁ

*Por: Marlene Olivares*

SUMARIO: I. Introducción. II. Información a Considerar. III. Recomendaciones a tomar en consideración para la aprobación de leyes en virtud de las cuales se aprueba la constitución de un Fideicomiso Público cuyo fiduciario es Banco Nacional de Panamá. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## **I. Introducción**

Banco Nacional de Panamá, como principal entidad financiera del Estado, es con frecuencia llamado a actuar como fiduciario en importantes Fideicomisos Públicos, creados por razón de ley, para imprimir dinamismo administrativo a proyectos de importante impacto para el país.

Con frecuencia, el Banco Nacional no participa en el proceso legislativo mediante el cual se crea el fideicomiso. En nuestra experiencia como Gerente de Área de Contratos y Soporte de la Gerencia Ejecutiva Jurídica del Banco Nacional de Panamá, responsable de la Asesoría Legal y el apoyo a las diferentes áreas de negocio del Banco, entre las cuales está fideicomisos, hemos enfrentado los retos que se generan al no tomarse en cuenta todos los elementos que requieren de análisis para garantizar la efectividad de la gestión fiduciaria que se le pide al Banco Nacional de Panamá.

Esto ha sido así, en virtud de la naturaleza muy particular de la figura del fideicomiso desde un punto Legal y Operativo, amén de la coordinación que es mandatorio que exista entre la ley que crea el fideicomiso, la Ley de Fideicomiso, las normas de Derecho Público y la operatividad del fideicomiso.

De allí que motivados en prestar un servicio de excelencia y ser facilitadores en el desarrollo de esta figura tan amplia e interesante, que puede ser un mecanismo mediante el cual el Banco Nacional de Panamá cumple con su rol de ejercer dentro del sector oficial, el negocio de banca y fiduciario, en beneficio del desarrollo de la economía del país, hemos elaborado esta guía práctica que de una manera sencilla pretende aclarar la naturaleza y alcance del fideicomiso como tal, más las particularidades específicas de un Fideicomiso Público.

En Banco Nacional de Panamá, estamos dispuestos a servir y a coadyuvar en todos los negocios, en este caso particular, el fideicomiso, que redunden en beneficio de nuestros clientes internos, externos y por ende en beneficio de nuestro país, Panamá.

## II. Información a Considerar

- El fideicomiso en Panamá está regulado por la Ley 1 de 1984, modificada por la Ley 21 de 2017, en adelante la Ley de Fideicomiso.
- Esta Ley define el fideicomiso como un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes o derechos a una persona llamada fiduciario, para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente (Art. 96).
- La Ley de Fideicomiso establece que de acuerdo con: (i) la procedencia de los fondos fideicomitidos, (ii) la finalidad para la cual fue creado y (iii) la naturaleza jurídica del fideicomitente, los fideicomisos pueden ser públicos o privados.
- Define Fideicomiso Público como el acto jurídico en virtud del cual el Estado, representado por cualquier entidad o institución del sector público, en calidad de fideicomitente, transfiere bienes a empresas 100% del Estado, a instituciones bancarias o entidades reguladas por la ley, que actúan en calidad de fiduciarios, las cuales se obligan a administrarlos o a disponer de ellos, para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente, en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente o quien este disponga (Art. 116, numeral 14).
- Todo Fideicomiso Público es un acto jurídico o contrato de Derecho Público y como tal, está sujeto a las normas de Derecho Público. En el caso de Fideicomisos Públicos debe estar claramente surtido el principio de legalidad de los actos públicos, es decir, que sólo se puede hacer lo que expresamente está permitido por la ley. Debe entenderse ley en el sentido amplio de la palabra, es decir, toda norma jurídica (resolución, decreto, acuerdo, ley) que es parte del ordenamiento jurídico.
- El artículo 103 de la Ley de Fideicomiso establece que los bienes del Fideicomiso constituyen un patrimonio separado sujeto a la finalidad estipulada en el contrato o acto jurídico de Fideicomiso.
- Las legislaciones latinoamericanas coinciden en indicar que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio "autónomo", "apartado", "separado", para los propósitos del Fideicomiso. Separado del patrimonio del fiduciario y del fideicomitente.
- Como dato importante se debe tener claro que fideicomiso y fondo son dos figuras jurídicas diferentes, aun cuando ambas figuras constituyen patrimonios separados o autónomos. No deben ser tratadas como sinónimo. Podemos decir que todo fideicomiso es un patrimonio separado o autónomo, pero no todo patrimonio separado o autónomo es un fideicomiso. Por ejemplo, un Fondo es un patrimonio autónomo, pero no es un fideicomiso.
- Banco Nacional de Panamá, de conformidad con el artículo 30, numeral 9 del Decreto Ley 4 de 2006 (Texto Único), puede realizar operaciones de fideicomiso en general (como fideicomitente, fiduciario, fideicomisario), conforme a la ley respectiva y las prácticas bancarias. Actuando en calidad de fiduciario, como entidad de derecho público que administra fideicomisos públicos, sólo puede hacer lo que expresamente le permita la norma que ordenó la constitución del fideicomiso (principio de legalidad de todo acto de derecho público).

---

- Es común que los Fideicomisos Públicos sean aprobados mediante una ley (en el sentido restrictivo de la palabra) y en ocasiones esta ley requiere ser reglamentada.

- La reglamentación de una ley implica desarrollar, aclarar, detallar aspectos aprobados en la propia ley. No procede introducir a través de una reglamentación, un tema no contemplado en la ley que se reglamenta. El artículo 184, numeral 14 de la Constitución Política establece que la reglamentación de una ley no puede apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

- El hecho de que una ley especial exima la aplicación de la Ley 22 de 2006, la cual regula la Contratación Pública, no significa que el fideicomiso esté exento de la fiscalización de la Contraloría General de la República. Recordemos que la Contraloría General de la República es una entidad de rango constitucional, con funciones claramente definidas, entre las que resalta la contenida en el numeral 2 del Artículo 280 de la Constitución Política, consistente en “fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la ley. La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que sólo ejercerá este último”.

La norma constitucional se desarrolla en la Ley 32 de 1984, orgánica de la Contraloría General de la República. El ámbito de acción de la Contraloría se establece en el artículo 2 de la citada ley, aplicable de manera abarcadora a cualquier tipo de entidad pública: Municipio, Juntas Comunales, Empresas Estatales, Entidades Autónomas y Semiautónomas, en el país o extranjero; utilizando criterios tan amplios como “todas las personas y organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, al igual que sobre aquellas personas u organismos en los que tenga participación económica el Estado, incluso a entidades privadas que reciban fondos públicos”.

Las funciones generales de la Contraloría General de la República se describen en el artículo 11 de la Ley 32. El numeral 2 de este artículo contempla la facultad de fiscalización, regulación y control de la Contraloría, al señalar que se incluyen todos los actos de manejo de fondos y otros bienes, a través del control previo y posterior.

Se resalta en la precitada norma que es facultad exclusiva de la Contraloría determinar cuándo se establece el control previo o posterior mediante Resolución. Sobre este aspecto, la Contraloría ha indicado mediante Nota No. 764-Leg de 23 de mayo de 2000, que son dos los presupuestos básicos de control ejercidos por la Contraloría: el jurídico y el económico, en sus dos modalidades: el Control Previo y el Control Posterior. Definiendo el Control Previo como “la acción de fiscalización que ejerce el ente Superior de Control de un país, sobre los actos administrativos que afecten o puedan afectar un patrimonio público, antes que tal afectación se produzca”... Este control se materializa en el “refrendo” que implica la conformidad del fiscalizador con el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para el acto de manejo correspondiente. El Control posterior será entonces, “el que se realiza durante la ejecución de los actos o cuando estos hayan generado total o parcialmente sus efectos”. De ahí que la Contraloría indica que “la fiscalización se constituye en Control Previo hasta el refrendo o perfeccionamiento; y será Control Posterior cuando se examinan los actos ejecutados.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Opinión de la Gerencia Ejecutiva Jurídica del BNP. Memorando 2019(03000-02)50 de 23 de octubre de 2019.

- El documento que se pacte en el fideicomiso para solicitar pagos o desembolsos (para nuestros efectos, Órdenes de Desembolso), en el caso de Fideicomisos Públicos o con cargo a recursos provenientes del Gobierno Central, de Instituciones Públicas o de cualquier otra fuente nacional o internacional que hayan sido canalizados a través de Instituciones Públicas, deberán estar refrendadas por la Contraloría General de la República.
- No es posible eliminar completamente los riesgos en la fiducia, por lo que es mandatorio identificarlos para prevenirlos o en su defecto saber administrarlos para que su impacto sea lo menor posible.<sup>2</sup>
- El fideicomiso es un negocio basado en la confianza, sin la cual difícilmente se podría realizar el encargo.<sup>3</sup>
- Es un negocio en el que la responsabilidad en la administración fiduciaria es muy alta e importante.<sup>4</sup>
- El fideicomiso es un negocio que puede tener riesgos inherentes que pueden ser riesgos legales, financieros, de imagen, reputacionales, de recurso humano, operativos fiduciarios.<sup>5</sup>
- Por todo lo anterior, es de suma importancia delimitar la responsabilidad del Fiduciario e incluir los eximentes de responsabilidad del mismo, así como definir de forma clara y puntual en el contrato de fideicomiso, los derechos y obligaciones de las partes.
- No obstante lo anterior, el fiduciario será responsable de las pérdidas o deterioros de los bienes del fideicomiso, que se produzcan por no haber utilizado en la ejecución de éste, el cuidado de un buen padre de familia. El contrato de fideicomiso podrá establecer limitaciones a la responsabilidad del fiduciario, pero en ningún caso tales limitaciones eximirán al fiduciario de la responsabilidad por las pérdidas o daños causados por culpa grave o dolo. (art. 105 de la Ley de fideicomiso).
- Es propio de la esencia del fideicomiso el traspaso de los bienes al patrimonio fiduciario, sin traspaso no hay fideicomiso. El traspaso lo hace el fideicomitente o un tercero autorizado. Es una imprecisión aprobar en una ley que es una función u obligación del fiduciario, garantizar el ingreso correcto y oportuno de los recursos al fideicomiso. Esta función no compete al fiduciario. Esta es una obligación del fideicomitente, quien debe proveer al fideicomiso de los fondos en la cantidad y oportunidad que se requieran para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.
- Con relación a las obligaciones del fiduciario, debe tenerse presente que la Ley de Fideicomiso establece que los fiduciarios no pueden realizar (es una prohibición) negocios fiduciarios en los cuales no cuente con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios. (Art. 36, numeral 6 de la Ley de Fideicomiso).

En virtud de la prohibición antes mencionada, es conveniente que se incluya la participación activa del Banco Nacional de Panamá en la discusión de toda ley que ordene la constitución de un Fideicomiso Público en el cual

<sup>2</sup> PORRAS ZAMORA, Jorge. Riesgo y Mejores Prácticas Fiduciarias. San José, Costa Rica, Primera Edición 2009, página 27.

<sup>3</sup> Ibid., pág.26.

<sup>4</sup> Ibid., página 50.

<sup>5</sup> Ibid., páginas 29, 30 y 31.

el Banco sea el fiduciario, de forma que desde un principio se tenga la certeza de que el Banco cuenta con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para administrar el fideicomiso aprobado.

- Igualmente es de vital importancia escuchar la parte Operativa y Legal de Fideicomisos del Banco Nacional de Panamá, por cuanto que, el contrato de fideicomiso debe ser una amalgama perfecta que coordine la Ley de Fideicomiso, las normas de Derecho Público y la operatividad del fideicomiso.

- Es necesario tener presente que la(s) cuenta(s) fiduciarias serán abiertas por el fiduciario en Banco Nacional de Panamá, en su capacidad de fiduciario y no a título personal, a nombre del fideicomiso de que se trate.

- Estas cuentas son habilitada(s) para el fideicomiso y se mantendrán abiertas en todo momento durante la vigencia del fideicomiso.

- Las cuentas fiduciarias podrán ser a exclusivo criterio del fiduciario, cuentas de ahorro y/o cuentas corrientes y estarán sujetas a los términos del contrato de fideicomiso y a los términos que de cuando en cuando determine Banco Nacional de Panamá para el tipo de cuenta correspondiente.

- Sólo tendrán firmas autorizadas en las cuentas fiduciarias, las personas que el fiduciario a su exclusivo criterio, designe como autorizados para firmar en dichas Cuentas, en el entendido de que el fiduciario y los firmantes designados por el fiduciario solamente girarán fondos contra las Cuentas Fiduciarias según lo expresamente dispuesto en el contrato de fideicomiso. El fideicomitente y sus subsidiarias, filiales, sus directores, dignatarios, accionistas, apoderados, asesores, no tendrán firma autorizada, ni podrán disponer de los fondos que se encuentren depositados en las Cuentas Fiduciarias.

- Banco Nacional de Panamá está a disposición de la Asamblea Nacional para toda orientación con relación a la figura del fideicomiso, la cual es especializada y contiene componentes tanto legales como operativos que deberán ir en perfecta amalgama, a fin de lograr el cumplimiento de los objetivos del fideicomiso.

### **III. Recomendaciones a tomar en consideración para la aprobación de leyes en virtud de las cuales se aprueba la constitución de un Fideicomiso Público cuyo fiduciario es BANCO NACIONAL DE PANAMÁ**

Con el propósito de lograr la emisión de leyes que aprueben la constitución de fideicomisos públicos cuyo Fiduciario es el Banco Nacional de Panamá, somos del criterio que es necesario se tomen en consideración algunos aspectos relevantes, de tal manera que para el momento de la constitución, estructuración del contrato y la operatividad del fideicomiso, no sea necesario introducir modificaciones a la ley de aprobación o los reglamentos que se emitan:

- La identificación del Fideicomitente y el Fiduciario (en este caso en particular el Banco Nacional de Panamá).
- En la determinación del fideicomitente debe tenerse presente lo establecido en los artículos 64, siguientes y concordantes del Código Civil panameño, a fin de no designar como fideicomitentes entes

que por no poseer personería jurídica, no tienen capacidad legal para contratar. Sólo las personas jurídicas pueden adquirir o poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

- Salvo para los fideicomisos de propósito determinado (en los cuales los beneficiarios podrán ser designados por el fiduciario o por un tercero, conforme lo estipulado en el contrato de fideicomiso), la designación del beneficiario y sus sustitutos, si es el caso.
- El beneficiario es toda persona (natural o jurídica) que deba recibir los beneficios derivados del encargo del fideicomiso. Puede darse el caso que reciba los bienes fideicomitidos al terminar el fideicomiso. Puede ser beneficiario toda persona (natural o jurídica) que tenga la capacidad de recibir el beneficio del encargo fiduciario.<sup>6</sup>
- Cuando se trate de beneficiarios futuros o de clases de beneficiarios, deberán indicarse los elementos suficientes que permitan determinar su identificación.
- La finalidad del fideicomiso.
- La descripción de los bienes y derechos sobre los cuales se constituye el fideicomiso.
- Detallar los aportes que tendrá el fideicomiso y quién hará los aportes.
- Detallar si el fideicomiso tendrá aportes del Gobierno Central o de otras entidades del Estado y/o aportes privados, nacionales o internacionales. En el caso de los aportes privados, detallar a través de qué institución del Estado se canalizarán dichos aportes.
- El mecanismo de transferencia de los bienes o derechos al patrimonio fiduciario.
- La periodicidad de las transferencias, si es el caso.
- La observación de que no serán considerados fondos públicos, ni sometidos a las normas de fiscalización de la Contraloría General de la República:
  - (i) Cualquier tipo de aporte privado directos, indirectos, nacional o internacional, siempre que no se canalice a través de una entidad del Estado.
  - (ii) Las herencias, legados y donaciones que se le hagan al fideicomiso.
  - (iii) Los fondos provenientes de estructuras financieras que no cuenten con el aval del Estado, siempre que la fuente de repago no sean fondos públicos.
- Cuando se trate de fideicomisos susceptibles de recibir donaciones, o le sean transferidos recursos para ejecutar un proyecto, la obligación del fideicomitente de presentar al donante u organismo patrocinador informes financieros y técnicos relacionados con el avance, justificación y gestión del proyecto ejecutado.

<sup>6</sup> PORRAS ZAMORA. Ob. cit. Pág.68.

---

- Puede incluir la obligación del fideicomiso de mantener la documentación respectiva en sus archivos, a efecto de que la Contraloría General de la República y/o auditores externos, realicen las auditorías correspondientes.

- El tipo de fideicomiso, es decir, a manera enunciativa y no limitativa, si se trata de un fideicomiso de administración, de administración de pagos, de inversión, de garantía, de administración e inversiones, con la acotación de que el patrimonio fideicomitido se manejará a través de un fideicomiso cuyo fiduciario será el Banco Nacional de Panamá, quien administrará estos recursos de manera oportuna y eficiente, en estricto apego a lo dispuesto en la ley y en el contrato de fideicomiso.

- La observación de que todos los bienes y/o derechos, traspasados al fideicomiso, sean provenientes del Gobierno Central o de otras entidades del Estado, de aportes privados, nacionales o internacionales, herencias, legados o donaciones, constituyen un patrimonio autónomo, por lo que, se manejarán debidamente separados del patrimonio del Banco Nacional de Panamá y de los otros fideicomisos administrados por el Banco. Puede igualmente hacerse la salvedad de que el patrimonio fiduciario se manejará debidamente separado de la Cuenta Única del Tesoro Nacional y del Sistema Nacional de Tesorería bajo el control del Ministerio de Economía y Finanzas.

- En el evento de que el fideicomiso incluya el pago de contrataciones exentas de la Ley de Contratación Pública, así debe expresamente aprobarlo la ley, es decir, que las contrataciones que serán pagadas por el fideicomiso están exentas de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas y que el Fiduciario no tiene responsabilidad por causa de dichas contrataciones públicas.

- Quién dará las instrucciones al fiduciario.

- Si el fideicomiso tiene comités, junta directiva, junta técnica, administrador de inversiones, manual de procedimientos, reglamento operativo, unidad ejecutora, etc.

- El uso de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario. Es de suma importancia detallar el uso de los bienes fideicomitidos.

- Las facultades, obligaciones, responsabilidades y derechos del Fiduciario.

- En cuanto a las Obligaciones (generales), responsabilidades y derechos del fiduciario, además de lo pactado en el contrato, por lo general la ley incluye lo siguiente:

- a. Disponer de los bienes fideicomitidos en los términos y condiciones que se establecen en el instrumento de fideicomiso. Que el fiduciario queda sujeto exclusivamente a los términos y condiciones del contrato de fideicomiso, así como a las disposiciones de la ley.

- b. Mantener los bienes fideicomitidos totalmente separados de los suyos, así como de cualesquiera otros fideicomisos que mantenga bajo sus propios procedimientos contables, la contabilidad del fideicomiso y

---

rendir cuenta de su gestión en los términos que se indican en el contrato.

c. Conservar los documentos que prueben el cumplimiento de su gestión como Fiduciario durante la vigencia del fideicomiso y hasta que haya sido aprobada su rendición final de cuentas.

d. Proteger, con recursos del fideicomiso, los bienes que conforman el patrimonio fiduciario, de actos de terceros, de los beneficiarios y aun del fideicomitente. Para tal efecto, ejercerá los derechos y acciones que le correspondan y actuará en nombre del fideicomiso en procesos de carácter administrativo y judicial.

e. Una vez cumplidos los fines del fideicomiso, entregar cualquier remanente de los bienes fideicomitados al fideicomitente o a quien el fideicomitente designe mediante Nota refrendada por la Contraloría General de la República, previa cancelación total de cualquier gasto que fuere a cargo del fideicomiso, incluidos los honorarios a que tuviere derecho el fiduciario generados por la administración del fideicomiso.

f. Rendir cuenta de su gestión según lo establecido en el contrato de fideicomiso y en la ley.

g. Que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado, por lo que, el fiduciario no puede garantizar que la finalidad del fideicomiso se cumpla.

h. Que en el desempeño de su cargo, el fiduciario no será responsable por ninguna acción que tome u omita tomar de buena fe que creyese estar dentro de los poderes y autorizaciones conferidas mediante el fideicomiso, y podrá declinar la ejecución de cualquier instrucción que le imparta el fideicomitente que en la opinión del fiduciario el cumplimiento de dichas instrucciones:

(I) resultaría en la violación de alguna ley, reglamento u orden judicial o de una autoridad competente,

(II) violaría los términos y condiciones del fideicomiso,

(III) expondría al fiduciario, directores o a sus funcionarios a responsabilidades u obligaciones personales o les acarrearía algún perjuicio, o requeriría que el fiduciario incurriera en gastos si no existen fondos suficientes para cubrirlos.

i. Que, dependiendo del tipo de fideicomiso, principalmente en los fideicomisos de Administración de Pagos, no tendrá responsabilidad alguna, en razón de: (i) la aprobación de directrices de contratación o de selección de los contratistas; (ii) construcciones, reparaciones o remodelaciones que realice el fideicomitente; (iii) adquisición de obras o servicios; (iv) contratación y salarios del personal del fideicomitente; (v) determinación y contratación de gastos operativos del fideicomitente, (vi) defectos de construcción, desastres naturales, o cualquier causa imputable al hombre o a la naturaleza; (vii) reclamos laborales y profesionales del personal del fideicomitente; (viii) pago de las cuotas obrero patronales de los empleados del fideicomitente; (ix) contratación de pólizas de seguros, fianzas de cumplimiento, póliza CAR en virtud de las construcciones, reparaciones o remodelaciones que realice el fideicomitente; (x) avalúos fiscales a los bienes del fideicomitente; (xi) pago de impuestos nacionales o municipales a cargo del fideicomitente; (xii) cualquier responsabilidad que represente consecuencias pecuniarias y/o penales.

j. Que el fiduciario no atenderá ni será responsable por reclamos de ninguna naturaleza por parte de los contratistas del fideicomitente (beneficiarios) del fideicomiso, por lo que, el fideicomitente, y los beneficiarios liberan expresa e irrevocablemente al fiduciario de todo reclamo y responsabilidad de resarcir al fideicomitente, y a los beneficiarios, por cualquier daño o perjuicio que pudiesen sufrir en caso de ocurrir cualquiera de los riesgos detallados en el Instrumento de fideicomiso.

k. Que en el cumplimiento del objeto del fideicomiso, el fiduciario no responderá con su patrimonio personal frente al fideicomitente ni los beneficiarios del fideicomiso.

l. Las prohibiciones y limitaciones que se impongan al Fiduciario en el ejercicio del fideicomiso, si hay lugar a ello.

m. Las condiciones generales o específicas para la administración del patrimonio fiduciario, entrega de los bienes, rendimientos, si es el caso, y liquidación del fideicomiso.

- En cuanto a las Obligaciones (generales) del fideicomitente, además de las obligaciones pactadas en el contrato, es recomendable que la ley incluya que es obligación del fideicomitente proveer al fideicomiso de los dineros en la cantidad y oportunidad que se requieran para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

- Los derechos y obligaciones del beneficiario, si están determinados.

#### **IV. Conclusiones**

Luego de nuestra experiencia como asesora legal en materia de fideicomisos, llegamos a la conclusión que de haberse tomado en consideración las recomendaciones externadas a través de esta guía práctica, la estructuración de los contratos de fideicomiso y su gestión operativa hubiesen sido mucho más robustas y efectivas.

La relación costo beneficio hubiese sido favorable para todas las partes y no hubiera sido necesaria la inversión de tantas horas hombre y de tantos recursos, que si son canalizados adecuadamente desde un inicio, redundan en beneficio y provecho de todos.

Los contratos de Fideicomiso serían elaborados de una forma más sólida, lo que conlleva el generar mayor confianza y claridad para las partes y minimiza los riesgos propios de sus responsabilidades.

Estamos convencidos que el haber enfrentado retos prácticos en el pasado, nos han generado una oportunidad de aprender y tomar medidas, para que los errores del pasado puedan ser evitados en leyes futuras que conlleven la creación de nuevas estructuras fiduciarias.

Tengo la seguridad de que esta guía pudiera convertirse en el fundamento de un trabajo mucho más profundo, sin embargo, he querido hacer un trabajo práctico, que de manera efectiva pueda continuar

---

puliéndose y complementándose con las nuevas experiencias que enfrente como parte de mis retos en materia profesional.

## **V. Bibliografía**

Constitución Política de la República de Panamá.

Código Civil de la República de Panamá.

Ley 1 de 1984, modificada por la Ley 21 de 2017.

Decreto Ley 4 de 2006 (Texto Único), orgánica del Banco Nacional de Panamá.

Ley 32 de 1984, orgánica de la Contraloría General de la República.

Porras Zamora, Jorge. Riesgo y Mejores Prácticas Fiduciarias. San José, Costa Rica. Primera Edición 2009.

## FIGURAS JURIDICAS QUE INTRODUCE LA LEY 55 DE 2011 EN LA ACTIVIDAD AGROPECUARIA.

*Por: Viena Alonso Ábrego*

SUMARIO: I. Generalidades. II. De los Contratos Agrarios. III. Sociedades Agrarias de Transformación. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

### **I. Generalidades**

Es de todos conocido que la actividad agropecuaria, se encuentra dentro del sector primario de la economía; siendo así y dada la importancia de esta actividad (léase agropecuaria) en el crecimiento económico de cualquier país, es importante que la actividad sea regulada adecuadamente, así como también se procure la creación de verdaderas políticas e incentivos, que propicien el crecimiento de tan importante sector de la economía.

Para que tan importante sector económico alcance los niveles óptimos que todos necesitamos, se requiere - entre otros elementos - la existencia de una normativa que proteja sus transacciones, que regule sus conflictos, que le ofrezca beneficios para la creación de las empresas agropecuarias.

En esa dirección (crear normas para el desarrollo del sector agropecuario), nuestro país dio los primeros pasos a través de la Ley 37 de 1962, la cual sienta las bases para el desarrollo del Derecho Agrario en nuestro país, pero solo desarrolla el proceso para la titulación de tierras.

Efectivamente, el hecho de que la norma regente en la actividad agropecuaria (léase Ley 37 de 1962) no contemplará la forma de solucionar los conflictos que surgieran en ese sector, dio lugar a que los mismos fueran resueltos - a nuestro juicio - inapropiadamente, pues algunos temas eran de conocimiento de la esfera administrativa (comúnmente en las corregidurías) y otros eran llevados a la esfera civil, donde se aplicaban las normas de ésta rama del derecho, sin considerar la especialidad de la actividad agraria.

En virtud de lo antes expresado, se adelantaron múltiples gestiones para lograr compilar en un texto la normativa aplicable en la actividad agropecuaria y es así como finalmente juristas nacionales, profesionales del agro, la ANAM, la ANAGAN, Bancos (privados y del Estado) con cartera agropecuaria concluyen el proyecto de Código Agrario el cual fuera aprobado como la Ley 55 de 23 de mayo de 2011.

Con dicha gestión se provee al sector (agropecuario) con un Código de avanzada, en el cual se compilan las normas sustantivas y procesales aplicables en cada una de las actividades que emprendan sus actores, lo cual es un gran avance para sentar las bases necesarias para lograr que la actividad agraria de nuestro país se pueda consolidar como una actividad empresarial y así pueda enfrentar los retos y efectos de la globalización del mercado.

Indudablemente el Código Agrario es un gran avance, pero no es el final del camino, pues es necesario que los profesionales involucrados en sector agropecuario adquieran el conocimiento que les permita capacitar a quienes lo desarrollan.

Inspirados en el claro interés de compartir - en el presente artículo - las disposiciones contempladas en el Código Agrario que guardan relación con la actividad, la empresa y los contratos agrarios, nos permitimos analizar cada uno de ellos, de manera que los lectores del mismo puedan convertirse en agentes multiplicadores de la información aquí recibida.

## II. De los Contratos Agrarios

Para un mejor entendimiento de los contratos agrarios consideramos oportuno – antes de entrar en materia - conceptualizar los términos PROPIEDAD AGRARIA y ACTIVIDAD AGRARIA.

Nuestro Código Agrario se refiere a la **Propiedad Agraria** El Código Agrario - en el Artículo 9- como la base instrumental de la empresa agraria y ello es así, pues ella está compuesta por el conjunto de bienes – muebles o inmuebles –y las relaciones jurídicas que de manera individual o colectiva se ejercen para el desarrollo de la actividad agropecuaria.

La propiedad agraria, a nuestro juicio es la esencia de la Actividad Agropecuaria, la base en la que ésta última se desarrolla, pues la componen aquellos recursos que permiten su crecimiento

Lo anterior advierte que la propiedad agraria debe cumplir con una función productiva, la cual solo se puede hacer efectiva con la tenencia de la propiedad.

Siendo así las cosas, para que una propiedad sea considerada como agraria (ver Artículo 10 del Código Agrario) reunir dos elementos a saber:

- Posesión, pues el propietario debe permanecer en la misma, para hacer uso de ella y disfrutarla con ánimo de dueño.
- Cumplir una función, ya que debe ser productiva y eficiente. El Artículo 10 del Código Agrario dispone que ésta función debe tener implicaciones sociales, económicas y ambientales.

A manera de conclusión – basados en la normativa existente – nos permitimos esbozar un concepto de propiedad agraria, indicando que ésta no es más que el conjunto de aquellos bienes (muebles o inmuebles) que sirven de base a los productores para desarrollar la actividad agropecuaria con los niveles de eficiencia que permitan que dichos bienes, cumplan con la función de garantizar la seguridad alimentaria (función social) y procurar las mejores condiciones en el mercado (función económica), salvaguardando las condiciones que permitan la preservación del medio ambiente (función ambiental).

En cuanto a la **Actividad Agraria** el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la define como la producción, cría o cultivos de plantas o animales o el mantenimiento de la Superficie Agraria en condiciones para el pasto o el cultivo.

Dentro del mismo orden de ideas, el Artículo 11 del Código Agrario la define como aquella que se realiza en desarrollo del ciclo biológico vegetal o animal, ligado estrechamente con el aprovechamiento de los recursos naturales y que se resuelve en la producción, transformación, industrialización y comercialización de producto agrarios.

Si confrontamos ambas definiciones, podemos advertir que la primera limita el alcance de la actividad agraria a la producción y mantenimiento de las superficies utilizadas para dicho fin, mientras que la contenida en nuestro Código Agrario de una manera acertada, extiende esa actividad a todo el proceso que se inicia con la producción y finaliza con la comercialización. En términos generales contempla toda la cadena alimentaria y a las personas que intervienen en ella.

---

Dentro de éste orden de ideas también es relevante señalar que el Artículo 12 del Código Agrario señala que el bien jurídico protegido de dicha norma (léase Código Agrario) es la Actividad Agraria y señala que su campo de ejecución puede ser en el campo o la ciudad.

Lo antes expresado resulta importante para el desarrollo del Sector Productivo del país, pues las normas contempladas en el citado Código – a nuestro juicio – tiene un objetivo muy claro: **“Proteger la cadena alimentaria”**.

#### **A. Concepto de Contrato Agrario.**

Somos de la opinión de que el mayor avance de la legislación agraria - luego de la entrada en vigencia del Código Agrario - lo constituye la regulación de actividades que el hombre del campo realizaba por tradición y que únicamente eran amparadas por la palabra de caballeros y la fuerza de la costumbre.

Efectivamente el Código Agrario establece normas de orden contractual, con el objetivo de proveer de seguridad jurídica a las actividades agrarias.

Lo anterior, dotando de efectos contractuales (derechos y obligaciones) a aquellos acuerdos entre los hombres del campo que, como dijimos, solo tenía como respaldo la palabra de caballeros y la costumbre.

Dicho lo anterior, nos permitimos esbozar el concepto de contrato agrario, como aquel acuerdo de voluntades, expresado de manera oral o escrita, por medio del cual las partes que los suscriben (sean jurídicas o naturales) adquieren derechos u obligaciones, en torno y como consecuencia de la ejecución de una actividad agraria.

#### **B. Reglas de Interpretación de los Contratos Agrarios.**

En el Título Segundo del Código Agrario panameño se contemplan los principios aplicables para interpretar los contratos agrarios, en aquellos casos donde el documento que los constituye no sea claro o bien la norma no haya establecido como se debe proceder en una situación determinada.

Antes de entrar en materia, nos resulta interesante plasmar nuestra opinión sobre la posibilidad de que se pueda considerar principios del Derecho Civil en los contratos agrarios, cuando exista norma aplicable al caso.

Sobre el tema debemos señalar que somos parte del grupo de Juristas que reconocen AUTONOMÍA al Derecho Agrario, lo que le permite contar con los elementos necesarios para regular cada una de las situaciones que surjan entre los actores de las actividades agrarias.

Sin que lo anterior se entienda que concebimos al Derecho Agrario como una rama independiente del resto y que no pueda recurrir a las fuentes del derecho para resolver el conflicto, cuando existen vacíos en la norma.

En éste sentido el Código Agrario dispone como se deben llenar los vacíos legales en caso de que no exista norma aplicable a una situación en especial.

Así vemos que en el Artículo 171 contempla que ante un vacío legal, se debe recurrir a los principios Constitucionales, a los especiales del Derecho Agrario, a los generales del Derecho, jurisprudencia y a la doctrina más congruente.

La norma en referencia faculta a los jueces pueden recurrir a las fuentes del derecho, cuando no exista norma aplicable al caso.

Sobre el contenido de la norma anotada (Artículo 171 del Código Agrario) por considerarlo importante nos permitimos anotar la opinión del Dr. Santander Tristán Donoso expresada sobre el tema en su obra Apuntes de Derecho Agrario Panameño, quien – en términos generales - señala que en esta norma no se consideró que la evolución del Derecho Agrario le permite encontrar la solución desde sus propias normas e interpretaciones.

En la misma línea resulta interesante analizar el contenido del Artículo 256 del Código Agrario, el cual señala que el Código Judicial y el Código Civil serán normas supletorias para todo asunto y actuación no regulados en el Código Agrario, siempre que no sean incompatibles con él.

A nuestro juicio, la respuesta al análisis que realizamos se encuentra en la norma que antecede (Artículo 256 del Código Agrario), pues dispone que las normas de los Códigos Judicial y Civil pueden aplicarse supletoriamente a las situaciones que surjan en la esfera agraria.

Tal como hemos señalado la propiedad agraria tiene cualidades muy distintas a la propiedad civil. Cualidades que requieren de un trato especial, donde no puede ser aplicada la libertad contractual del Derecho Civil, pues existe en el dueño de la propiedad agraria el compromiso de utilizarla eficientemente, conservando el medio ambiente y su continuidad, ya que solo de esa manera se podrá garantizar la preservación de la cadena alimentaria.

Siendo así las cosas, hemos de expresar – a manera de conclusión – que si es viable aplicar normas de la jurisdicción civil para resolver situaciones que deriven de los contratos agrarios, pero solo en la medida que no existan normas aplicables al caso y lo más importante – a nuestro juicio – que no contradigan las disposiciones agrarias, pues somos fieles convencidos de que éstas deben prevalecer en pro de la continuidad y eficiencia de la actividad agraria.

Emitida nuestra opinión, pasamos a enumerar los principios agrarios aplicables al momento de interpretar los contratos:

**1. Cuando no sea claro el alcance que debe tener un contrato agrario debe prevalecer aquel principio que favorezca la actividad, que permita el uso racional de los recursos naturales y mantenga el equilibrio de poder entre los contratantes (Art. 42 de la Ley 55 de 2011).**

Tal como hemos indicado, la voluntad de las partes de un contrato agrario siempre estará supeditada a que sus acciones productivas garanticen la continuidad de la actividad, a la adecuada utilización de los recursos naturales y la conservación del medio ambiente.

En otras palabras, dentro de las Actividades Agrarias no cabe la liberalidad, pues para establecer las pautas de cualquier acuerdo, las partes deben considerar las condiciones propias de proceso de producción.

Coincidimos con el **Dr. Santander Tristán Donoso** el plazo de los contratos agrarios es el más claro ejemplo de este principio, pues para establecer su duración mínima (según el Artículo 114 del Código Agrario) se debe tomar en cuenta el ciclo biológico (producción y venta).<sup>1</sup>

**2. En cuanto al precio de los contratos agrarios, la norma establece que éste debe ser determinado o susceptible de fijar.**

Se permite que el precio pueda ser el producto de dos maneras. Una con la participación en las ganancias que ese producto genere y la otra con una cantidad determinada de ese fruto conforme a los estándares de calidad acordados entre los contratantes (Art. 43 de la Ley 55 de 2011).

**3. Cuando un contrato contemple la ejecución de una actividad agraria productiva, será considerado *agrario*, independientemente que se realice en un área urbana o rural (Art. 44 de la Ley 55 de 2011).**

<sup>1</sup> Tristán Donoso, Santander. Apuntes de Derecho Agrario panameño. Segunda Edición. Panamá 2012, página 60

4. Para fijar el plazo de los contratos agrarios se debe tener en cuenta el ciclo de producción, de manera que se garantice por lo menos hasta un ciclo completo hasta el levantamiento de la cosecha (Art. 45 de la Ley 55 de 2011).

5. Se considerarán nulas aquellas cláusulas de los contratos agrarios consideradas abusivas o que impliquen la renuncia o disminución de un derecho reconocido en este Código.

### **C. Causas Comunes de Terminación de los Contratos Agrarios (Art. 48 del Código Agrario).**

Antes de señalar las causas comunes de terminación de los contratos, consideramos prudente analizar si dentro de la esfera agraria aplican algunas de las establecidas para los contratos civiles.

Al respecto somos de la opinión que sí se consideran causales similares a las aplicadas en la esfera civil, pero en cada una de ellas se condicionan y/o adicionan condiciones propias de la esfera agraria, veamos:

1. Mutuo acuerdo: surge cuando las partes del contrato otorgan su consentimiento para ponerle fin al mismo.

2. Resolución: esta causal surge ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el contrato, lo cual le da el derecho a la parte que se ve afectada de pedir que se deje sin efectos el contrato.

3. Vencimiento del término. Vale señalar que el vencimiento debe estar estrechamente relacionado con el ciclo biológico de la actividad, por lo que al momento de fijarlo (vencimiento del contrato) se debe tener en cuenta éste ciclo, de manera que se pueda garantizar el levantamiento de la cosecha (Art. 45 del Código Agrario).

4. La muerte, incapacidad física o imposibilidad física de algunas de las partes.

En el caso de los contratos de arrendamiento, esta causal podría no operar para la terminación del contrato, cuando los herederos o descendientes del arrendatario le comuniquen al arrendador su intención de continuar el contrato. Para los efectos legales tales herederos o descendientes sustituyen al arrendatario original en todos sus derechos y obligaciones. (Art. 60 del Código Agrario).

Dentro de éste orden de ideas, en caso del contrato de aparcería, el mismo no termina con la muerte de aparcero tomador, si sus herederos comunican al aparcero dador, en un término de 30 días, su intención de continuar con el contrato.

Lo expresado tiene como objetivo preservar la continuidad del negocio y en grado caso no afectar el desarrollo del proceso de producción.

5. Quiebra o muerte del productor o del industrial cuando estos sean personas naturales y carezcan de herederos que continúen la actividad. (Art. 136 del Código Agrario).

6. El incumplimiento injustificado de las obligaciones de las partes establecidas en el contrato (Art. 36 del Código Agrario).

### **D. Tipos de Contratos (Artículo 41 al 110 del Código Agrario).**

1. **Contrato de arrendamiento agrario (Art. 50 del Código Agrario):** es el acuerdo por medio del cual el arrendador (dueño del inmueble) concede al arrendatario - por un tiempo determinado - el uso y goce de un predio, para que este último pueda realizar una actividad agropecuaria en el predio, a cambio del pago de un precio determinado o determinable, ya sea en dinero o especie.

### **Este contrato estará sujeto a las siguientes reglas.**

- a. Conforme al artículo 51 de la Ley 55 este contrato tendrá una duración equivalente al ciclo biológico de la actividad que se desarrollara, pero si no esto no se hace constar en el contrato, se entenderá que el plazo es de 3 años.
- b. En cuanto a la superficie las partes acordaran el uso del espacio que se requiera y así lo harán constar por escrito en el respectivo contrato, pero en caso de que no se proceda de esta manera (que no conste por escrito) se entenderá que la superficie arrendada es la requerida para garantizar el desarrollo eficiente de la producción. Artículo 52 del Código.
- c. Las partes establecerán el precio de común acuerdo y existe la posibilidad de que éste (precio) sea revisado periódicamente cuando así se establezca.  
Puede proceder la exoneración del canon o precio, cuando un fenómeno natural afecte de manera grave la actividad agraria, al punto que no pueda continuar la misma. Esta exoneración solo se otorgará por 3 meses y en caso de que supere este período cualquiera de las partes podrá pedir la resolución del contrato.
- d. La muerte o incapacidad del arrendatario extingue el contrato, pero de manera novedosa el Código Agrario dispone que de manera directa, los herederos de éste (arrendatario) pueden sustituirlo en el contrato, para lo cual solo se requiere notificación o comunicación previa al arrendador.
- e. La permanencia del arrendatario en el predio se puede extender por el período que se necesite para concluir el ciclo biológico.
- f. Se entiende que el contrato será renovado cuando el arrendatario permanece en el predio después de concluido el plazo.
- g. El arrendatario tiene la primera opción de venta. La oferta se debe hacer por escrito y el arrendatario tiene 30 días – desde que recibe la comunicación – para responderla.

**2. Contrato de aparcería (Artículo 69 del Código Agrario) acuerdo de voluntades** de tipo asociativo, por medio del cual una de la partes, denominada **aparcero dador** se obliga a entregar a la otra parte del acto, llamado **aparcero tomador**, animales, un predio o herramientas de trabajo, para poder desarrollar la respectiva actividad agraria y finalmente repartir los beneficios que esta genere.

Es un contrato de colaboración, porque dos o más individuos mantienen un objetivo común, en el que cada uno participa aportando bienes, aptitudes personales y/o habilidades y se encuentran vinculados por el resultado de la explotación agraria que le interesa a ambos.<sup>2</sup>

### **Reglas del contrato de aparcería**

- a. La pérdida de los frutos es asumida por las partes e iguales proporciones, cuando tenga lugar por causas de fuerza mayor o caso fortuito.
- b. Las acciones que surjan en virtud de incumplimiento de las obligaciones del contrato, prescriben a los cinco (5) años.
- c. El plazo se determina conforme al ciclo de producción y si no se pacta en el contrato, se presumirá que el término no será menor de dos (2) años.

<sup>2</sup> Código Agrario Comentado. Primera Edición. Panamá 2011.

d. Solo la muerte del **aparcerero tomador** genera la terminación del contrato.

No obstante lo anterior los herederos de este (**aparcerero tomador**) podrán continuar con el contrato, siempre y cuando notifiquen su interés al **aparcerero dador** en un plazo de treinta (30) días.

e. No se permite al aparcerero tomador retener los frutos, aun cuando el aparcerero dador mantenga deudas con él.

f. La aparcería puede ser agrícola cuando el objeto del contrato sea el desarrollar una actividad agraria en un predio, que puede ser identificado a suficiencia. En este caso la distribución de los frutos, la cual se realizará conforme a lo acordado y en su defecto le corresponderá al aparcerero tomador el 75% y al aparcerero dador el 25% restante.

g. La aparcería es Pecuaria cuando tiene como objeto la crianza y aprovechamiento de animales y actividades conexas, a fin de distribuir los frutos que se generen de dichas actividades. El ganado es aportado por el aparcerero dador, quien levantará un inventario del mismo, en el cual describirá la cantidad, edad, raza, calidad, sexo, peso y precio de los semovientes.

Terminado el contrato las partes realizan un nuevo inventario, para determinar el ganado que fue entregado por el aparcerero dador, a quien se le devuelve lo aportado y el resto es dividido por parte iguales, salvo que se haya establecido algo distinto.

**3. Contrato de pastoreo:** es aquel acuerdo de voluntades, por medio del cual una parte denominada propietario, concede a otra parte llamada ganadero, el uso y goce de un predio agrario o fracción, para pastar ganado por un tiempo determinado y precio cierto.

El propietario se obliga a entregar el predio o la fracción, para que este desarrolle la actividad.

Mientras que el ganadero está obligado a darle al terreno el uso acordado, procurando que este se mantenga en las mismas condiciones en que fuera recibido. También estará obligado a asumir los gastos por los daños y perjuicios que causen los animales.

**4. Contrato de pastaje:** acuerdo mediante el cual el propietario o poseedor de un predio rural o urbano, denominado **dador**, sin desprenderse de su posesión inmediata, se obliga a conceder a otra parte denominada **tomador**, únicamente el derecho que introduzca en dicho predio, ganado para pastar por un plazo y precio determinado.

#### **Reglas del contrato de pastaje**

a. El precio se establece tomando en cuenta las condiciones del terreno (calidad, cantidad y extensión del predio), el número de semovientes y el tiempo que permanecerán en el predio.

b. Si no existe agua en el predio, debe constar en el contrato la forma como sería suministrado.

c. Los gastos por daños y perjuicios ocasionados por los animales, serán asumidos por el tomador, a menos que se demuestre que fueron causados por culpa o negligencia del dador, caso en que serán asumidos solidariamente.

d. Vencido el plazo pactado en el contrato, los animales deben ser retirados del predio. Si el plazo no es renovado, pagará el exceso del tiempo y en casos de que persista, pagará el doble del precio pactado.

Si a pesar de las sanciones descritas, mantiene la presencia de los animales, puede solicitar al Juez Agrario el desalojo del ganado de su predio.

**5. Contrato de Seguro Agrario:** Consiste en la relación jurídica, que tiene lugar dentro de la actividad agraria y en virtud de la cual el sujeto agrario conviene con un tercero, mediante el pago previamente estipulado de una suma de dinero (prima), que en el caso de sufrir un riesgo total o parcial de los objetos agrarios, abonará, por la pérdida sufrida, los gastos invertidos en la producción o el valor de los objetos asegurados en la época del siniestro, permitiéndole de esta manera continuar en la actividad agraria. Efectivamente, el seguro agropecuario es contratado contra las pérdidas no controladas, que puedan ocurrir en las inversiones y ganancias futuras, con el propósito de que sea compensada cualquier merma. La finalidad del seguro agropecuario va dirigida a ofrecer protección a las personas que desarrollan la actividad agraria.

Lo anterior, ante la importancia de la actividad agraria, para que el Estado pueda garantizar la seguridad alimentaria.

Dentro de este contexto, el nuevo Código Agrario faculta al Estado para realizar aportaciones para el pago de las primas dispone la facultad del Estado para realizar aportaciones al importe global de las primas a satisfacer por los agricultores cuando, por la importancia de la producción lo requiera o cuando el riesgo aumente considerablemente el costo de producción, al punto que el productor no pueda cubrir el costo de los mismos.

Dispone el Código agrario que estas aportaciones se fijarán en base a la circunstancia de cada zona y estarán destinadas a proteger a los productores más modestos y dando prioridad a las pólizas colectivas.

**a. Cobertura:** cubre las pérdidas de la producción agrícola, producto de la influencia anormal de los agentes naturales, siempre que el afectado no haya podido implementar medidas de prevención por causas que no le sean imputable.

Incluye los riesgos de incendio, plagas y enfermedades, sequía, inundaciones, vientos huracanados, exceso de humedad y demás adversidades climáticas.

Siendo así, es necesario que en la póliza se declare los frutos que estima obtener el productor; así como también cada una de las explotaciones aseguradas, señalando el valor de cada una en base a los precios unitarios que determine el IMA.

#### **b. De las indemnizaciones**

- Serán evaluadas con base al porcentaje sobre el valor total de la cosecha o producción.
- Se deben hacer efectivas en un término que no supere los tres (3) meses.
- No podrá superar el valor de los daños y el total de la producción, aun cuando hayan varias pólizas.
- Cuando existan créditos oficiales o privados garantizados con el seguro, el importe de las indemnizaciones se aplicará – de forma directa – al pago de la deuda.

### **III. Sociedades Agrarias de Transformación (Artículo 18 y siguientes del Código Agrario)**

Hemos señalado que el bien jurídico protegido del Código Agrario es la actividad agraria (Artículo 12).

Siendo así las cosas en dicho Código, además de normas tendientes a proteger y regular dicha actividad, advertimos aquellas dirigidas a propiciar el crecimiento y desarrollo de la misma (léase actividad agraria).

En éste sentido el Artículo 17 del Código Agrario señala que los productores pueden agruparse para desarrollar sus actividades a través de Sociedades Agrarias de Transformación, cooperativas de producción, asentamientos campesinos y cualquier otra forma de organización productiva.

En esta Sección aspiramos a realizar un corto análisis de Las Sociedades Agrarias de Transformación o SAT las cuales están definidas en el Artículo 18 del Código Agrario, el cual transcribimos textualmente:

*“Artículo 18: Las Sociedades Agrarias de Transformación son sociedades civiles de finalidad económico – social dirigidas a la producción, transformación y comercialización de productos agrarios, a la realización de mejoras en el medio rural, a la promoción y desarrollo agrario y a la prestación de los servicios comunes que sirvan a esta finalidad.”*

El Artículo transcrito equipara las SAT a las sociedades civiles, pero dispone para éstas (SAT) cualidades similares a las sociedades comerciales pues deben contar con un patrimonio propio, conformado por las aportaciones de los socios.

Somos de la opinión de que las SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACIÓN – tal cual las describe el Artículo 18 del Código Agrario – son una figura novedosa, con características convenientes para el productor, pues a través de ellas puede ejercer y explotar sus actividades.

Puede estar conformada por persona naturales o jurídicas que persigan fines agrarios.

1. Se requieren por los menos tres (3) socios.
2. El capital se compone por las aportaciones que realizan los socios. Estas aportaciones pueden ser en dinero u otros valores apreciables. No podrán exceder de una tercera parte del capital.

El valor de las aportaciones se establecerá en el contrato y en caso que no se haga referencia al mismo se tomará en cuenta el valor existente en el mercado del domicilio de la sociedad y si existen dudas regirá la opinión de dos (2) peritos.

Tales aportaciones se acreditan mediante certificaciones nominativas autorizadas por el presidente y secretario de la SAT.

En materia de aportaciones, el Código Agrario establece – de forma novedosa – que el derecho de usufructo sobre bienes muebles o inmueble puede ser aportado por los socios al capital social y su valor se establecerá conforme a lo que dispone el Código.

3. En cuanto al documento constitutivo, tomado en cuenta su naturaleza, el mismo se elaborará en papel simple y no está sujeto al pago de los derechos notariales, ni de Registro Público.

#### **A. Funcionamiento**

1. Las reglas para su funcionamiento se encuentran establecidas en los estatutos.
2. Su gobierno lo ejercerá la Asamblea General y la Junta Directiva.

#### **B. Comparación con las Sociedades Anónimas**

Hemos considerado interesante – para advertir los beneficios de las SAT realizar una comparación de éstas con las sociedades anónimas, veamos:

- Constitución: las Sociedades anónimas se constituyen en papel notarial y las SAT en papel simple, lo que disminuye los costos que genere la constitución de una Sociedad de ese tipo.
- Gastos Notariales: A diferencia de las Sociedades Anónimas, las SAT no generan costos notariales.
- Gastos Registrales: Las SAT están exentas del pago de derechos registrales, mientras que la inscripción de una Sociedad Anónima si genera costos.
- Impuesto Sobre la Renta: A diferencia de las Sociedades anónimas y dada su condición de Sociedad Civil, están exentas del pago de Impuesto sobre la Renta si sus ganancias no superan los B/.250,000.00.

- 
- Tasa Única: periódicamente las Sociedades Anónimas deben pagar la Tasa Única, en el caso de las SAT, por equipararse a las Sociedades Civil no debe incurrir en ese pago.

#### **IV. Conclusiones**

Luego de realizado el presente trabajo, nos permitimos realizar las siguientes conclusiones:

- El Código Agrario representa un gran avance en el camino hacia la optimización del Sector Agropecuario.
- La compilación de las normas aplicables a las actividades agropecuarias no tendrá el efecto esperado, si los productores no tienen acceso a la información correspondiente. Por ejemplo en el caso de las SAT consultamos a varios colegas si han elaborado alguna y todos nos dieron respuestas negativas. Lo anterior – a nuestro juicio – porque los productores no tienen claras los beneficios de dicha figura.
- Lo anterior advierte la necesidad de capacitar a nuestros productores, de manera que puedan realizar sus actividades con la certeza de que las mismas se realizan dentro del marco legal y por ello están dotadas de seguridad jurídica.

#### **V. Bibliografía**

Pitti, María Gadea; Ríos Urriola, Mónica; Pereira Hernández, Víctor; Fuller Yero, Ricardo. Código Agrario Comentado, Primera Edición, Panamá, 2011.

Tristán Donoso, Santander. Apuntes de Derecho Agrario Panameño, Segunda Edición, Panamá, 2012.

Wust, Graciela C. Derecho Agrario, Editorial Universidad, Argentina, 2006

## PLUMA INVITADA

# LA PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS PANAMEÑAS EN PROCESOS ARBITRALES

*Por: Juan Pablo Fábrega Polleri,  
Árbitro y Socio de Fábrega Molino Abogados*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. De la Jurisdicción Arbitral en Panamá. III. De la Inserción de la Cláusula Arbitral en los Contratos Públicos y su Efecto Obligatorio para las Entidades Estatales Contratantes. IV. El Marco Legal del Arbitraje en Panamá. V. De la Participación de las Entidades Públicas en Procesos Arbitrales. VI. De la Representación Legal de las Entidades Públicas en los Procesos Arbitrales. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía

### I. Introducción

Las contrataciones por las entidades del Estado para la adquisición de bienes y servicios requeridos para el cumplimiento de sus funciones públicas están reguladas por la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006 (en adelante la "Ley 22") reformada por las Leyes No. 35 de 2006; No. 2 de 2007; No. 21 de 2008; No. 41 de 2008; No. 69 de 2009, No. 80 de 2009; No. 12 de 2010; 30 de 2010; No. 66 de 2010 y No. 48 de 2011, y reglamentada por el Decreto Ejecutivo N° 366 de 28 de diciembre de 2006 (en adelante "el Decreto Ejecutivo"), modificado por los Decretos Ejecutivos Nos. 90 y 188 de 2009; No. 128 de 2010 y No. 12 de 2015. En la Asamblea Nacional de Diputados se encuentra pendiente de discusión un proyecto de ley que pretende nuevas modificaciones a la Ley 22.

Aun cuando dicho cuerpo normativo no contempla el arbitraje como medio para la solución de conflictos derivados de relaciones contractuales con contratistas, no por ello las entidades públicas quedan relevadas de la obligación de someterse al proceso arbitral para dirimir sus disputas mediante este mecanismo de solución de controversias de manera extrajudicial de conformidad con la legislación que regula el arbitraje en Panamá si en el contrato se ha pactado una cláusula arbitral para resolver sus diferencias. Esa realidad jurídica le suele pasar inadvertida a quienes no practican el arbitraje y, en muchos casos, hasta a los propios funcionarios públicos que elaboraron el pliego de cargos para la contratación y a quienes les corresponde fundamentar la terminación de la relación contractual.

En este ensayo comparto los fundamentos jurídicos en que descansa la obligación antes aludida con el ánimo de dar a conocer la figura del arbitraje en la contratación pública, no sin antes advertir que, para su cabal comprensión, resulta imperioso estudiar la Ley de Arbitraje para conocer su régimen jurídico especial.

## II. De la Jurisdicción Arbitral en Panamá

Mediante Acto Legislativo No. 1 de 2004, por el cual se adoptaron modificaciones a la Constitución Nacional, se insertaron dos modificaciones a los artículos que hoy se identifican como 200 y 202, que han resultado de gran trascendencia para la institucionalización del arbitraje en nuestro país, y de los cuales deriva la obligación de la participación de las entidades del Estado en procesos arbitrales cuando han pactado la cláusula arbitral en sus contratos.

La primera modificación consistió en introducir en el numeral 4 del artículo 200, que regula las funciones del Consejo de Gabinete, la exoneración de requerir autorización de dicho cuerpo ministerial y del concepto favorable del Procurador General de la Nación para transigir o someter a arbitraje las disputas que derivaran de relaciones contractuales en las que el Estado fuera parte cuando se hubieran convenido cláusulas arbitrales. Por virtud de dicha disposición constitucional, “Son funciones del Consejo de Gabinete: [...] 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.***” (el resaltado es mío y corresponde al texto de la modificación introducida)

La segunda modificación consistió en introducir en el artículo 202<sup>1</sup> la jurisdicción arbitral como parte de la administración de justicia. De conformidad con el nuevo texto constitucional, “El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. **La administración 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**”. (El texto resaltado es mío y corresponde al texto de la modificación introducida)

Al incorporarse la jurisdicción arbitral al sistema de administración de justicia se constitucionalizó una nueva instancia para la solución de conflictos distinta y separada de la jurisdicción ordinaria, con plena autonomía e independencia de esta última, en un plano de igualdad, por lo cual los árbitros tienen, dentro de su esfera de competencia, la misma capacidad para administrar justicia que un juez ordinario, sin que este pueda interferir en las actuaciones arbitrales.

Esta particular condición fue validada, por primera vez, por la Sala Cuarta de Negocios Generales de Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 14 de febrero de 2005, al dictaminar que “*Nuestro derecho positivo recientemente ha elevado al rango constitucional la institución del arbitraje al reconocer, en el artículo 202 de la Constitución nacional, la jurisdicción arbitral como medio de administrar justicia [...]; En consecuencia, los árbitros se configuran en jueces de pleno derecho y sus decisiones tienen fuerza coercitiva frente al resto de la comunidad judicial y administrativa, dándole a las partes mayor seguridad de que sus pretensiones, reconocidas en los laudos arbitrales serán respetadas. Esta seguridad jurídica promoverá en la sociedad la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de conflictos que redundará en beneficio de todos; una justicia más rápida y expedita; un descongestionamiento del sistema de administración de justicia ordinaria; y, una ampliación en la posibilidad del acceso a la justicia.*”

<sup>1</sup> Este artículo forma parte del Capítulo 1, sobre el Órgano Judicial, contenido en Título VII de la Constitución Nacional, que regula la Administración de Justicia. Artículo escrito con anterioridad a la Ley 153 de 8 de mayo de 2020.

Sobre la potestad jurisdiccional de los árbitros el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: “[...] el arbitraje es un medio o cauce reconocido para que tanto los particulares **como el Estado** puedan resolver sus controversias, cuya esencia radica en la identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, instituida por ley y de modo excepcional a los jueces privados que son los árbitros. Es decir que el arbitraje constituye un verdadero juicio, cuyo resultado es un laudo con autoridad de cosa juzgada, igual a lo que acontece con las sentencias proferidas por los jueces estatales. Vemos, entonces, que el arbitraje es un auténtico proceso en el cual las partes tienen la oportunidad de reclamar sus derechos y en el cual los árbitros se encuentran investidos de carácter jurisdiccional para proferir una decisión que será de obligatorio cumplimiento para las partes.”<sup>2</sup> (el resaltado es mío).

Estos criterios jurisprudenciales fueron validados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 22 de octubre de 2015<sup>3</sup> con ocasión a una advertencia de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 17 de la Ley de Arbitraje, que establece los efectos sustantivos y procesales de la cláusula arbitral, que analizaré más adelante. En el proceso en cuestión el accionante reclamaba que dicha norma inhibía a los tribunales ordinarios de decidir su competencia sobre controversias sometidas a su consideración, como lo dispone el Código Judicial, con lo que se establecía una preferencia a favor de los tribunales arbitrales. Según se indica en dicho pronunciamiento, el accionante alegaba que, “[...]ambas jurisdicciones debían estar en la posibilidad y en la capacidad de poder determinar si la causa llevada ante una u otra es o no de su competencia.”

El Pleno de la Corte Suprema desestimó dichos argumentos en atención a las siguientes consideraciones, que comparto al haber yo presentado escrito a favor de la constitucionalidad del artículo en cuestión:

*“Este Tribunal constitucional debe indicar que el arbitraje es un mecanismo establecido en la Constitución y en la Ley, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto delegan expresamente su solución a un Tribunal arbitral, el cual se encuentra investido de la facultad de administrar justicia y emite una decisión a la cual se le denomina laudo arbitral y tiene los mismos efectos de una Sentencia proferida por los Tribunales ordinarios.*

*Así las cosas, al existir un pacto entre las partes, en el cual se conviene someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas con respecto a una determinada relación jurídica, esta Corporación de Justicia debe indicar que comparte los señalamientos del Procurador de la Administración en cuanto a que el efecto procesal que se le otorga al convenio arbitral contenido en la norma demandada no es más que el reconocimiento de la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que les permite sustraerse de la jurisdicción ordinaria de justicia y dirimir sus controversias a través de la institución del arbitraje, la cual se encuentra contenida en nuestra Carta Magna. Por lo anterior, el Pleno de esta Corporación Judicial estima que la norma advertida no infringe el artículo 202 de la Constitución Nacional ni ninguna otra disposición constitucional.”*

<sup>2</sup> Sentencia de 22 de junio de 2010

<sup>3</sup> Es el fallo más reciente que ha dictado la Corte Suprema de Justicia respecto de conflictos de competencia entre los tribunales arbitrales y los tribunales.

Y es que el resultado no podía ser otro porque la disposición constitucional alegada como infringida es, precisamente, el fundamento que le da jerarquía, rango y autonomía a los tribunales arbitrales para decidir si son competentes para conocer las controversias que se les someten para su decisión y que derivan de relaciones en que las partes han decidido resolver sus diferencias mediante arbitraje. En tal virtud, no podía un tribunal ordinario pretender emitir juicio de valor sobre aspectos cuya decisión la propia Carta Magna confiere a la jurisdicción arbitral como parte de la administración de justicia, en atención al precepto legal establecido en el artículo 12 del Código Civil, según el cual *“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquélla.”*

De las disposiciones comentadas deriva el deber de las entidades públicas de someter sus disputas a arbitraje cuando así lo han acordado contractualmente con el contratista.

### **III. De la Inserción de la Cláusula Arbitral en los Contratos Públicos y su Efecto Obligatorio para las Entidades Estatales Contratantes.**

No obstante el anterior marco constitucional del arbitraje, llama la atención que, a pesar de que las referidas reformas a la Constitución Nacional fueron introducidas antes de la adopción de la Ley 22, esta no contemplara disposiciones relativas al arbitraje como medio de solución de controversias que derivan de la contratación pública. Al respecto comento que no encontré en las actas de debate de la hoy Ley 22 discusión sobre el tema. No por ello, como ya comenté en las líneas introductorias, las entidades del Estado que han pactado cláusula arbitral quedan liberadas de acudir al arbitraje para resolver sus disputas con sus contratistas, debiendo apartarse, por lo tanto, de la aplicación de las disposiciones de la Ley 22 que regulan lo relativo a los reclamos contractuales.

El artículo 1 de la Ley 22 señala en la parte que deseo destacar, que *“Esta Ley establece las reglas y los **principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos**”* que celebren el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios y demás entidades indicadas en dicho artículo. (el resaltado es mío).

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 22, *“En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se **dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la presente Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones contenidas en los contratos** y en los pliegos de cargos. Los vacíos en el procedimiento de selección de contratista se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo general y, en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial.”* (el resaltado es mío)

Dentro de ese contexto, el artículo 71 del citado cuerpo legal establece que *“Los contratos públicos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones de la presente Ley y disposiciones complementarias, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.”*

Como complemento, el artículo 76 de la referida ley permite a las entidades públicas *“incluir, en los contratos que celebren, **los pactos, las cláusulas y los usos de la plaza,** dependiendo de la esencia y*

*naturaleza del contrato, así como otros que considere convenientes, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico existente, sin perjuicio de los privilegios y las prerrogativas del Estado, los cuales no podrán ser objeto de limitación, negación o renuncia por la entidad contratante. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno Derecho.” (el resaltado es mío)*

No hay lugar a discusión que las disposiciones citadas permiten, como en efecto ocurre con regularidad, que las entidades del Estado puedan pactar el arbitraje como medio de solución de conflictos, en desapego de los dictámenes que establece la Ley 22 para atender las disputas contractuales con los contratistas.

Al amparo de las modificaciones constitucionales ya comentadas y tomando en cuenta la permisibilidad de la Ley 22, se adoptó en Panamá, mediante la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 (en adelante la “Ley de Arbitraje”)<sup>4</sup> y con posterioridad a la Ley 22, un innovador cuerpo legal para regir el arbitraje nacional e internacional, en el que se estableció en el artículo 14 la legitimación de la sumisión de las entidades públicas a los procesos arbitrales en los términos consignados en el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Nacional, al disponer que *“El Estado panameño someterá a arbitraje internacional las controversias derivadas de los tratados o convenios internacionales en que sea parte y que hayan sido debidamente ratificados, en los casos en que se haya pactado el arbitraje como método de resolución de disputas. En estos casos, el convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete ni del concepto favorable del procurador general de la Nación. En los casos en que no se haya pactado un convenio arbitral en los contratos suscritos por el Estado panameño, se requerirá de la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del procurador general de la Nación para que el litigio pueda ser sometido a arbitraje. Es válida la sumisión a arbitraje acordada con el Estado panameño, así como con la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que estos suscriban. El convenio arbitral o acuerdo de arbitraje establecido tendrá eficacia por sí mismo, según lo dispuesto en la presente Ley.”*

Para comprender el alcance de la aplicación del precepto constitucional y de dicha disposición legal, es necesario conocer las entidades que conforman el Estado. La Constitución Política dispone en su artículo 1 que *“La Nación panameña estará organizada en Estado soberano e independiente, cuya denominación es la República de Panamá. Su gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo.”* Como complemento del mismo, el artículo 2, también de la Carta Magna, preceptúa que *“El Poder Público solo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.”*(el resaltado es mío)

De conformidad con el numeral 12 del artículo 159 de la Constitución Política, la Asamblea Nacional tiene como atribución, *“Determinar, a propuesta del Órgano Ejecutivo, la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Entidades Autónomas, Semiautónomas, Empresas Estatales y demás establecimientos públicos, y distribuir entre ellos las funciones y negocios de la Administración, con el fin de asegurar la eficacia de las funciones administrativas.”*

Por su parte, el numeral 3 del artículo 5 de la Ley de Arbitraje dispone que el Estado panameño *“Comprende el*

<sup>4</sup> Por lo reciente de la Ley de Arbitraje, nuestros tribunales de justicia no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre todos los aspectos de la misma, por lo que en este ensayo hacemos referencia a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que guardan relación con disposiciones del Decreto Ley 5 por tratar la misma materia.

---

*el Gobierno Nacional y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de Derecho Público, entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales de Derecho Público, de Derecho Privado o de economía mixta y las personas jurídicas de Derecho Privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.”*

En adición, el Código Judicial señala en su artículo 1940 que *“Por Estado ha de entenderse la Nación, el municipio y cualquier entidad pública autónoma o descentralizada.”*

Luego, para propósitos judiciales o arbitrales, la calidad de demandante o demandado del Estado comprenderá, en sentido amplio, cualquiera de sus órganos, ministerios, agencias, dependencias, entidades de cualquier clase o naturaleza creadas por cualquiera de los órganos del Estado y de los cuales el Estado sea su dueño o tenga su control y ejerza autoridad sobre la misma, que haya suscrito el contrato o sea parte de la relación contractual de la cual deriva la disputa.

Al respecto, destaco que, a criterio de la Corte Suprema de Justicia, aun cuando un ente legal no sea de naturaleza pública per se, debido a su regulación particular y por el hecho de manejar fondos públicos, en virtud del objeto de la pretensión por que se demande, el Ministerio Público tendría que participar del proceso para defender los intereses del Estado en lo que pudiera afectarle el resultado de la demanda. Sobre el particular, la Sala Cuarta expresó lo siguiente en resolución de un recurso de nulidad de un laudo arbitral dictado en un proceso arbitral en que se demandó a la Federación Panameña de Béisbol por incumplimiento de un contrato:

*“Hemos de manifestar que la FEDEBEIS, se ubica dentro de las ONG denominadas por la doctrina como del tercer sector, que complementa los dos sectores tradicionales, el privado con fines lucrativos y el público estatal.*

*Esta diferenciación se basa en el supuesto de que el tercer sector tenga una lógica diferenciada de lo privado y lo estatal. En el caso de lo público estatal, se busca trabajar los intereses de la mayoría; mientras el sector privado con fines lucrativos maximiza sus ganancias a través de mecanismos de intercambio.*

*Por su parte, las organizaciones del tercer sector se caracterizan por movilizar sus recursos alrededor de valores compartidos y comprenden la unión de lo público con lo privado. Esto conlleva a que la actividad de los ciudadanos que se organicen puedan generar lucro, pero destinado al interés colectivo o general acorde a su función social.*

*La FEDEBEIS, si bien es cierto es una organización no gubernamental; no menos cierto es que la FEDEBEIS es co-administrada por PANDEPORTES en la parte económica y fiscalizada a su vez por la Contraloría General de la Nación y el Estado puede ser afectado como tal, así pues, vemos que la comparecencia del Estado dentro del proceso arbitral era indispensable, por lo que consideramos que la notificación del inicio del proceso, no se realizó conforme lo que exige nuestro ordenamiento jurídico para todo proceso en el que es parte el Estado, es decir la intervención del Ministerio Público, quien tiene entre sus funciones*

*defender los intereses del Estado o del Municipio, según los casos y representar al Estado en los procesos que se instauren en contra de éste, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 220 de la Constitución Nacional en concordancia con el numeral 1 del artículo 347 del Código Judicial.*

*Por lo antes expuesto, se puede observar que lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, respecto a la forma como debe estar representado el Estado en todo proceso sin distinguir su naturaleza, para asegurar su defensa y que es una exigencia de orden público y de rigurosa aplicación y no se puede obviar su cumplimiento.*

*Por lo que la falta de notificación a las partes de la iniciación del proceso de arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento, constituye una causa de impugnación del laudo arbitral y así se ha establecido igualmente en los Convenios de Ginebra, New York y de Panamá, configurándose de esta manera la causal de nulidad invocada y establecida en el literal b del artículo 34 del Decreto Ley No.5 de 1999.”*

De dicho pronunciamiento parece desprenderse que, de verse involucrada en un proceso legal una entidad con las características de la Fedebeis, será necesaria la participación del Estado en el proceso por el solo hecho de que dicha entidad maneje fondos públicos, aun cuando ni la Contraloría, ni Pandeportes tengan control o poder sustancial sobre dicha organización. Yo discrepo de tal insinuación por cuanto la Fedebeis no tiene el carácter de entidad pública según los conceptos legales expuestos y dicho ente fue el único contratante. El hecho de que sus directivos le tengan que rendir cuentas a ambas entidades estatales por el manejo los dineros públicos que le aporta Pandeportes, no es causal suficiente para que el Estado tenga que ser co-parte en el proceso.

Cabe destacar, por otro lado, que en los tratados de protección de inversión suscritos por nuestro país, como es el caso con España<sup>5</sup>, el signatario es la República de Panamá y no el “Estado panameño”. En estos casos, si, por precepto constitucional, la República de Panamá, es el Estado panameño, cualquier entidad del Estado, en la concepción amplia ya comentada, que suscriba un contrato con una persona natural o jurídica que, por virtud de un tratado se considere nacional de la otra parte contratante, estaría obligando al Estado, es decir, a la República de Panamá, en los términos del tratado en cuestión.

Por la especialidad de la Ley de Arbitraje y su prelación en el tiempo, sus disposiciones deben prevalecer sobre las normas de la Ley 22 en lo que respecta a la solución de conflictos que derivan de relaciones contractuales, al ser esta última un cuerpo legal de carácter general que regula los diferentes aspectos de la contratación pública, además de ser de fecha anterior, en virtud de lo consignado en los artículos 14 del Código Civil, sobre la primacía de las disposiciones legales, por el cual “Si en los códigos de la República se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1. La disposición relativa a un asunto especial, o a negocios o casos particulares, se prefiere a la que tenga carácter general”, y 36 del mismo cuerpo legal, según el cual “Estimase insubsistente una disposición legal [...] por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores”.

<sup>5</sup> Ley No. 43 de 1 de julio de 1998, por el cual se aprueba el Acuerdo Para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones Entre la República de Panamá y el Reino de España, firmado en Panamá, el 10 de noviembre de 1997.

Así, toda disputa que derive de una contratación pública en la que se haya convenido una cláusula arbitral deberá ser resuelta ante la jurisdicción arbitral y no en atención a los procedimientos que establece el Decreto Ejecutivo en desarrollo de la Ley 22. Así se desprende del pronunciamiento de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia que transcribimos a continuación:

*“El MOP afirma que, la omisión del requisito contemplado en el numeral 4 del artículo 195 de la, antes de las reformas, impidió que el Estado fuera notificado en debida forma del inicio del arbitraje y de su procedimiento, pues no se le corrió traslado al Ministerio Público a quien le correspondía por ley su representación, vulnerando con ello el debido proceso legal.*

*La Sala manifestó en líneas anteriores que las normas legales y constitucionales aplicables al proceso arbitral en estudio son las contenidas en el artículo 200 (4) de la Constitución Política de la República de Panamá, reformada por el Acto Legislativo N° 1 de 2004; y el Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, vigentes al momento de iniciarse el proceso arbitral, las cuales preceptúan que en aquellos casos en los cuales exista una cláusula arbitral legalmente inserta en los contratos suscritos por el Estado, los mismos tendrán eficacia por sí mismos y no requerirán, para someterlo a arbitraje ni de la aprobación del Consejo de Gabinete ni el concepto favorable del Procurador General de la Nación.*

*De allí que, el CESCÓN mediante nota fecha 17 de marzo de 2006, notificó al Ministro de Obras Públicas, como demandado, de la solicitud de arbitraje interpuesta por INGENIERÍA BALBOA, S. A., así como de cada una de las actuaciones generadas dentro de dicho proceso, a las cuales respondió, incluyendo la demanda de arbitraje cuyo escrito de contestación fue presentado el día 14 de julio de 2006, por medio de sus apoderados legales. (Ver Tomos I a IV del proceso arbitral)*

*La gestión realizada por el MOP, en virtud del artículo 1021 del Código Judicial, conlleva a una notificación por conducta concluyente, ya que tuvo conocimiento de cada una de las etapas del procesos arbitral y la oportunidad procesal de hacer uso de su derecho de defensa, tal como se desprende de las constancias procesales que reposan en el expediente contentivo del proceso arbitral, quedando desvirtuada la alegada falta de notificación al Estado y la infracción al debido proceso legal.*

*Es más, sostener a estas alturas que el Estado no participó en el proceso arbitral equivale a desconocer la responsabilidad directa y solidaria que las instituciones gubernamentales del gobierno central y en este caso, precisamente, un Ministro de Estado, en ejercicio de sus funciones legales, originan en ese ente jurídico abstracto que es el Estado o la Nación (art. 1645 del Código Civil), en virtud de la cual pueden ser llamados a un proceso como demandados o iniciarlo como demandantes, de manera conjunta o individual en virtud de la solidaridad.*

*De lo anterior, resulta también improcedente lo alegado por el recurrente, en el sentido que con fundamento en el artículo 597 del Código Judicial, el Estado debió comparecer al proceso arbitral como un tercero en garantía, pues no es tal, debiendo ser su participación directa como lo fue a través del Ministerio de Obras Públicas que fue quien contrató con el particular en representación del Estado o La Nación.*

*Visto lo anterior, es importante aclarar cómo actúa en el proceso el ente gubernamental con personería propia (Ministro) o El Estado (ente ficticio) o ambos, pero siempre con la participación de quien actuó a nombre del Estado.*

*En el proceso arbitral que nos ocupa, el Ministerio de Obras Públicas, quien es el Estado, repetimos, compareció en el proceso en todas sus etapas con todas las oportunidades procesales de defensa y, pretendiendo darle cumplimiento a nuestras leyes procesales, le confirió poderes especiales a abogados particulares para que lo representaran y asumieran su defensa en el proceso.*

*En opinión de la Sala, el Ministerio de Obras Públicas, parte demandada dentro del proceso arbitral, apartándose de las exigencias procesales relativas a la representación de las partes en el proceso, descuidando que se trata de una institución del Estado, sobre las cuales rigen disposiciones especiales en esta materia, errónea y equivocadamente se hace representar, como hemos dicho, por abogados particulares, en lugar de hacerse representar, como lo exige la ley en atención a la calidad de las partes, por un Agente del Ministerio Público que es a quien, de acuerdo al artículo 347, numeral 1 del Código Judicial, le correspondía asumir la defensa de los intereses del Estado, representado en este caso por el MOP.*

*Pero, es de observar que de acuerdo al artículo 348, numeral 3 del Código Judicial, el Ministerio Público no actúa en los procesos motu proprio ni de manera automática en defensa de los intereses del Estado o la Nación, sino que requiere para ello instrucciones precisas que debe recibir del Órgano Ejecutivo y como es lógico, estando el Órgano Ejecutivo conformado por el Presidente de la República con la participación del Ministro del ramo respectivo, le incumbía al Ministerio de Obras Públicas, en todo caso, realizar las gestiones necesarias a fin de obtener la respectiva autorización para que dentro del proceso arbitral lo representara y asumiera su defensa un Agente del Ministerio Público, cosa que no se hizo, haciéndose representar en cambio por abogado particular.*

*Es obvio entonces que el recurrente persigue a través de este recurso, hacerse valer de las consecuencias de la omisión en la que el mismo incurrió y sobre la cual no hizo referencia alguna ni pretendió subsanar durante todo el trámite del proceso arbitral que dio como resultado un laudo contrario a sus pretensiones, cuya anulación ahora pretende por esta causa.*

*Por otro lado, de las diligencias efectuadas por el recurrente durante el desarrollo del*

*procedimiento arbitral se deduce un comportamiento procesal que implica la aceptación de ciertos hechos, los cuales pretende ahora desconocer y que así sea declarado por esta Corporación.*

*La conducta empleada por el MOP, refiere a la Doctrina del "estoppel" o de "LOS ACTOS PROPIOS", la cual consiste, en que "una persona está impedida de formular alegaciones aunque sean ciertas, que estén en contradicción con el sentido objetivo de sus anteriores declaraciones o de su conducta anterior. No se puede, en el curso de un proceso, alegar y probar la falsedad de algo que la misma parte, con anterioridad, ha presentado, con sus palabras o sus conductas, como verdadero. El 'estoppel' se concibe como una especie de sanción impuesta a la persona en virtud de la auto responsabilidad derivada del sentido objetivo de su conducta, de la confianza que ha podido suscitar en los demás". (Ponencia del Ex Magistrado Eligio Salas, octubre de 2001)*

*Sobre la doctrina de Los Actos Propios, en jurisprudencia de esta Superioridad, entre otras, se ha manifestado lo siguiente:*

*"Hubo en el proceder observado por la parte demandada un comportamiento que, a todas luces, lo vincula a sus propios actos, razón por la que sería absurdo pretender que, con posterioridad, éstos sean desconocidos. Esta conducta vinculante está representada por aquellos actos reveladores de un modo particular de comportarse y sirvió para reflejar una determinada actitud respecto a ciertos puntos centrales del debate jurídico desarrollado en el proceso. Cuando alguien con sus actos ha suscitado la confianza de que un derecho no será ejercitado o lo será en un determinado sentido, esa certidumbre que genera su actitud debe ser protegida y tiene entonces cabida la aplicación de la doctrina del 'venire contra fatum proprium'." (Sentencia de 6 de febrero de 1998, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia)*

*Frente a lo señalado, la Sala estima que la presente causal de anulación no encuentra asidero jurídico, por lo que debe ser desestimada.<sup>76</sup>*

De las disposiciones legales comentadas y del pronunciamiento judicial transcrito se desprende que una entidad pública no podrá obviar el arbitraje para hacer frente a cualquier controversia que surja de una relación contractual en que se haya pactado una cláusula arbitral, en particular, cuando se trata de la resolución administrativa del contrato. De ahí la importancia de que los funcionarios públicos conozcan el marco legal del arbitraje en Panamá y su alcance, por lo especial de su regulación, independiente de las normas procesales contenidas en el Código Judicial o en la ley de contrataciones públicas.

<sup>76</sup> Benjamín Colamarco Patiño, En su Condición de Ministro de Obras Públicas, Ha solicitado através de apoderado judicial, la anulación del laudo arbitral en equidad, dictado por el Centro de Solución de Conflictos- CESCÓN, El 10 de abril de 2007, dentro del proceso arbitral instaurado por Ingeniería Balboa, S. A. contra el Ministro de Obras Públicas - ponente: Winston Sapadafora F.- Panamá, veintidós (22) de junio de dos mil diez (2010).

Sobre el particular, el jurista Juan Lorenzo Ruíz Quiroz, Fiscal de Circuito de Litigación, Especializado en Asuntos Civiles y de Familia ha expresado lo siguiente:

*“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 5 de 1999<sup>7</sup> y posteriormente reconocida a nivel constitucional, luego del proceso de reformas constitucionales de 2004, cuanta en la actualidad con una moderna legislación, por vía de lo dispuesto en la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el arbitraje comercial nacional o 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, en 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.”<sup>8</sup> (el resaltado es mío).*

Mi única observación a la opinión citada es que un conflicto puede ser dirimido también en foros domésticos porque no todos los contratos públicos se suscriben en virtud de un acuerdo, convenio o tratado internacional. Bien puede celebrarse un contrato con un contratista local que cuente con una cláusula arbitral, y la diferencia que derive del mismo ser resuelta por arbitraje doméstico ya que así también lo permiten el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

#### **IV. El Marco Legal del Arbitraje en Panamá**

En desarrollo del artículo 202 de la Constitución Nacional, en virtud del cual, como quedó dicho, “la administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la ley”, la Ley de Arbitraje legitimó la no intromisión de otras instancias jurisdiccionales o de decisión en las actuaciones arbitrales, al ordenar

<sup>7</sup> Este fue el primer cuerpo legal que reguló de manera sistemática el arbitraje, la mediación y la conciliación. Las disposiciones sobre arbitraje fueron derogadas por la Ley 131; siguen vigentes las relativas a la mediación y la conciliación.

<sup>8</sup> Rol del Ministerio Público en la defensa de los intereses del Estado, en la jurisdicción arbitral; Revista del Ministerio Público; año 2; Volumen 2, 2015; pág.123

su artículo 11 que “En los asuntos que se rijan por esta Ley, no intervendrá ni tendrá competencia **ningún tribunal judicial**, salvo en los casos en que **esta** así lo disponga.” (el resaltado es mío).

Dentro de ese contexto y para remarcar la independencia del arbitraje, la Ley de Arbitraje le ha dado trascendentes efectos sustantivos y procesales a la cláusula arbitral, que analizaré próximamente, y ha otorgado a los árbitros capacidad plena y potestad discrecional para la toma de sus decisiones en atención a la autonomía que les ha dado el nuevo precepto constitucional. Así lo ha dictaminado en la Sentencia del Pleno de la Corte Suprema, de 22 de octubre de 2015, citada en páginas anteriores, poniéndosele fin a la intromisión judicial de antaño en los procesos arbitrales y a la sumisión de los árbitros a la jurisdicción ordinaria. Así, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, cuya validez, como comenté páginas atrás, fue sometida al escrutinio constitucional, señala que “El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos de manera expedita y eficaz, para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral. El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial<sup>9</sup>, a favor del tribunal arbitral y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral. El juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolverse mediante arbitraje, se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas y de conformidad con lo previsto en la presente Ley. En todo caso, si se ha presentado ante un tribunal judicial cualquier reclamación sobre un asunto que sea objeto de arbitraje, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal judicial, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral para juzgar acerca de su propia competencia en la forma establecida en la presente Ley y de los recursos contra el laudo que se establecen en esta. **También deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo.**” (el resaltado es mío).

El alcance de esta disposición ha sido validado por la Sala Civil de nuestra máxima corporación de justicia, al señalar que, “A juicio de la Sala, el efecto procesal que produce una cláusula arbitral en un proceso tramitado en la jurisdicción civil es la consecuente declaratoria de nulidad por distinta jurisdicción, tal como acertadamente lo resolvieron los Juzgadores de la Primera y Segunda instancia, toda vez que, en la reforma constitucional de noviembre del año dos mil cuatro (2004), el legislador panameño instituyó la jurisdicción arbitral como una jurisdicción especializada, separada y excluyente de la jurisdicción civil.”<sup>10</sup>

Dicha restricción se hace extensiva al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas por ser una autoridad competente para conocer, entre otras materias, de los recursos contra las resoluciones administrativas de los contratos suscritos por las entidades públicas en detrimento de los contratistas. Afortunadamente, como comento más adelante, sus magistrados han reconocido su incompetencia en caso de reclamos cuando se ha pactado la cláusula arbitral y reenvía a las partes a someter sus pretensiones a la jurisdicción arbitral.

En atención a esa autonomía jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, “[...] **aun cuando las normas procesales son de orden público**, el Código de Procedimiento Civil es un cuerpo normativo de carácter general, mientras que el arbitraje, como jurisdicción especial y autónoma, además de contar con un sustento

<sup>9</sup> Este está definido por el numeral 6 del artículo 5 de la Ley de Arbitraje como “Cualquier tribunal o juzgado que forma parte del Órgano Judicial de la República de Panamá o de otro Estado, que debe conocer determinados asuntos en virtud de la presente Ley.”

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia.22 de enero de 2014.

constitucional, está regulado por un texto legal propio, que le hace independiente, por lo que ante cualquier controversia que surja de una relación en la que medie una cláusula compromisoria, el juez de la jurisdicción ordinaria **tendría que declinar competencia sin que siquiera tengan que alegarle falta de competencia**, de manera que, en virtud del efecto procesal, el tribunal ordinario **debe remitir sin mayor reparo** el expediente a la jurisdicción arbitral, **sin observar siquiera en el estado en que se encuentre el proceso** ordinario ni tampoco entrar a verificar si existe o no prórroga tácita de la competencia. Es decir que la existencia de un convenio arbitral **genera consecuencias jurídicas inmediatas** por cuanto todo tribunal ordinario **deberá abstenerse de aprehender el conocimiento** de una causa en donde exista un convenio arbitral y declinar de inmediato la competencia a favor del tribunal de la jurisdicción arbitral.”<sup>11</sup> (el resaltado es mío).

Los efectos sustantivos y procesales antes aludidos que produce la cláusula arbitral y las potestades constitucionales y legales que se confieren al tribunal arbitral hacen obligante resaltar la libertad que le confiere a las partes el artículo 46 de la Ley de Arbitraje para establecer, directa o, implícitamente, el procedimiento aplicable al proceso, así como para delegar en los árbitros la capacidad de decidir dicho procedimiento, sin que se aplique en el arbitraje recurra al auxilio supletorio del Código Judicial. De conformidad con dicha norma, **“Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, pudiendo someterse al procedimiento contenido en un reglamento de una institución de arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. En ningún caso, las partes podrán interponer incidentes o cualquier acción judicial ante los tribunales judiciales respecto de las decisiones tomadas por los árbitros o por una institución arbitral durante el curso del proceso arbitral.”** (el resaltado es mío)

De dicha norma se desprende que los vacíos que puedan encontrarse en la Ley de Arbitraje o en un reglamento que deba aplicarse a un determinado proceso arbitral serán subsanados y/o resueltos por el tribunal arbitral sin tener que aplicar de manera supletoria las disposiciones de procedimiento del Código Judicial, con la finalidad, a tono con el arbitraje internacional, de “desjudicializar” y apartar de la rigurosidad procesal el procedimiento arbitral. Así, por ejemplo, en materia probatoria, como dispone el artículo 53 de la Ley de Arbitraje, **“El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de los medios probatorios que estime necesarios. El tribunal arbitral está facultado así mismo para prescindir de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.”**

A pesar de los claros mandatos constitucionales y legales comentados, los efectos procesales antes aludidos y el sometimiento de las entidades del Estado al arbitraje no dejan de ser objeto de controversia en la contratación pública cuando, ante la resolución administrativa del contrato por la entidad contratante, el contratista procura hacer valer sus derechos en la instancia arbitral. Contra dicha particular actuación se ha argumentado que, con la resolución del contrato, queda sin efecto la cláusula arbitral<sup>12</sup>, de manera que el contratista tiene que someterse al trámite establecido en la Ley 22 y el del Decreto Ejecutivo para hacer valer sus derechos y que cualquier recurso debe presentarse ante Tribunal Administrativo de Contratación Pública para agotar la vía gubernativa, como se

<sup>11</sup> Sala Cuarta, Sentencia. 8 de mayo de 2015

<sup>12</sup> Criterio que no ha compartido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2015

comentará más adelante, al analizarse la participación de las entidades públicas en los procesos arbitrales.

A mi parecer, dicho criterio no solo contraviene los preceptos constitucionales comentados y los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia citados, sino también el concepto doctrinal de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato en el cual se encuentra inserto, recogido en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje, según el cual “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Para este efecto, **una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.**” (el resaltado es mío)

Dicho reconocimiento deriva del concepto que contempla la Ley de Arbitraje en su artículo 15 sobre el acuerdo de arbitraje, que lo define como “**aquel por medio del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.**” (el resaltado es mío).

El pronombre “aquel”, se refiere al acuerdo. Cuando la norma indica que este puede adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato, está separando e independizando la cláusula arbitral, como convenio autónomo, del contrato madre en el cual se encuentra inserto. Obsérvese que nos referimos a “*contrato madre*” y no a “*contrato principal*”, porque, por las razones apuntadas, la cláusula arbitral o compromisoria no es accesorio. De ahí que, como señala el artículo 30 citado, la nulidad del contrato madre no produce la nulidad de la cláusula arbitral.

Al respecto de dicha autonomía, la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

*“En vista de lo anterior, la contraparte afirmó que la cláusula compromisoria tiene existencia autónoma y no depende del contrato principal; que las falencias del convenio principal pueden ser subsanadas y, que éstas cuando se refieren al convenio arbitral, fueron convalidadas por el recurrente en la medida que dentro del procedimiento arbitral, no cuestionó el compromiso arbitral.*

*Procediendo al análisis de la causal, podemos iniciar indicando que, el arbitraje es la manifestación de dos convenios o contratos: en primer lugar, está el convenio arbitral en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto. Por su parte, el contrato es la obligación que adquieren las partes frente a terceros a fin de dar, hacer o no hacer alguna cosa.*

[...]

*Considera este despacho, necesario hacer mención de lo establecido Decreto Ley N°5/99 en su artículo 17 y ss, referencia a esta materia. Dicha normativa señala que, el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar la existencia o validez del convenio arbitral. La cláusula compromisoria que forma parte del contrato principal, es un acuerdo*

***independiente de las demás estipulaciones del mismo, pues en caso tal, el Tribunal Arbitral declarase nulo el contrato, dicha actuación no acarrea la extinción de la cláusula compromisoria.***

*En concordancia con lo anterior, podemos concluir entonces que la nulidad del contrato principal puede ser por muchas causas, pero al acordar las partes una cláusula arbitral, el deseo de las mismas es que toda controversia, incluso la nulidad de dicho contrato, sea resuelta mediante arbitraje.*

*Por tanto, la Sala considera que lo indicado como primer argumento por la parte actora, carece de todo sustento jurídico.”<sup>13</sup> (el resaltado es mío).*

Recordemos que, aun cuando dichas consideraciones se refieren al Decreto Ley 5, derogado en lo relativo a las disposiciones arbitrales, las mismas tienen igual aplicación en la actualidad por cuanto la Ley de Arbitraje preservó en sus artículos 15 y 30 los mismos efectos de independencia y autonomía de la cláusula arbitral.

En tal virtud, aun cuando una entidad pública haya decretado la nulidad o la resolución administrativa del contrato, o el contratista pretenda su terminación por cualquier causal de incumplimiento, la cláusula arbitral conserva su autonomía y vigencia para debatir en arbitraje la legalidad de dicha nulidad o resolución del contrato. La cláusula arbitral, por razón de su autonomía respecto del contrato principal en que se encuentra inserta, solo perdería su eficacia y validez si fuera declarada nula por el propio tribunal arbitral si, a su criterio, con base en su potestad constitucional y legal, considera que la misma adolece de alguna de las causales que establece el artículo 1141 del Código Civil para que se produzca la nulidad absoluta de los contratos por adolecer de alguno de los elementos necesarios para su perfeccionamiento y validez.<sup>14</sup>

En Resoluciones 152-2017- Pleno/TAPC de 19 de septiembre de 2017 y 154-2017- Pleno/TAPC de 20 de septiembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ha decretado su declinatoria de competencia para conocer de recursos de apelación contra las decisiones de una entidad del estado de resolver administrativamente un contrato e inhabilitar al contratista por incumplimiento del contrato, al advertir que el contrato en cuestión contenía una cláusula arbitral. Así, en la Resolución 152-2017, los Magistrados hacen una serie de consideraciones sobre las disposiciones constitucionales y legales de la Ley de Arbitraje para concluir que “*Quiere decir que no solo los tribunales judiciales están obligados a inhibirse del conocimiento del asunto frente a la existencia de una cláusula arbitral, sino todo órgano o ente estatal de naturaleza administrativa que deba intervenir dirimiendo controversias entre las partes.*”

<sup>13</sup> Sentencia. 29 de diciembre de 2010

<sup>14</sup> Dispone la norma que “Hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

1. cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia;
2. cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene;
3. cuando se ejecuten o celebren por personas absolutamente incapaces, entendiéndose únicamente por tales, los dementes, los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y los menores impúberes.”

Al respecto, resolvieron los Magistrados en dichas Resoluciones que *“En consecuencia, habiendo visto que la jurisdicción arbitral se encuentra reconocida por la Constitución y por la Ley, y que el Estado puede someter sus controversias con particulares o terceros a esa jurisdicción, resulta obligatorio cumpliendo la cláusula arbitral consignada en el contrato suscrito entre la entidad recurrida y la empresa recurrente; y dado que existe un mandato claro de la ley para todos los organismos estatales que diriman controversia, de inhibirse del conocimiento del asunto frente a un acuerdo arbitral, esta colegiatura administrativa investida de jurisdicción y competencia para dirimir los conflictos que surjan con motivo de las contrataciones pública, así debe proceder.”*

En ambos procesos, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas devolvió el expediente a las instituciones contratantes, con lo cual, los contratistas debían iniciar proceso arbitral para discutir la legalidad de la terminación de los contratos en cuestión.

## **V. De la Participación de las Entidades Públicas en Procesos Arbitrales**

El artículo 2 de la Ley 22 define en su numeral 17 el contrato público como el *“Acuerdo de voluntades, celebrado conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público.”*

El numeral 33, también del artículo 2 de la Ley 22, señala que el Pliego de Cargos es el *“Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones. En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.”*

El artículo 17 de la Ley 22, que establece los principios generales de la contratación pública, señala que *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, debido proceso, publicidad, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, **los principios generales del Derecho, las normas del Derecho Administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley.**”* (el resaltado es mío).

El artículo 19 de la Ley 22, que establece los presupuestos de economía en la contratación pública consigna que *“En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros: [...] 5. Se adoptarán **procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que, con motivo de la celebración y ejecución del contrato, se presenten.**”* (el resaltado es mío).

El artículo 71 de la Ley 22, sobre la regulación contractual, señala que *“Los contratos públicos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones de la presente Ley y **disposiciones complementarias, y lo***

**lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.”** (el resaltado es mío).

El artículo 75 de la Ley 22 señala que “Las entidades públicas podrán incluir en los contratos que celebren **los pactos, las cláusulas** y los usos de la plaza, dependiendo de la esencia y naturaleza del contrato, así como otros que considere convenientes, **siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico existente**, sin perjuicio de los privilegios y las prerrogativas del Estado, los cuales no podrán ser objeto de limitación, negación o renuncia por la entidad contratante. **Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno Derecho.**” (El resaltado es mío).

De las normas citadas deriva que la relación contractual con un contratista en materia de resolución de disputas no está regida exclusivamente por la Ley 22. Esta excepción aplica para la solución de las diferencias entre la entidad pública y el contratista mediante arbitraje si se ha pactado en el contrato la cláusula arbitral, en atención al precepto constitucional y a la especialidad de la Ley de Arbitraje, como quedó sustentado.

En materia de terminación del contrato por la entidad contratante, el artículo 113 de la Ley 22 señala las causales por las cuales puede decretar la resolución administrativa del mismo. De conformidad con la norma, “**Como causales de resolución administrativa del contrato, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:** 1. **El incumplimiento de las cláusulas pactadas.** 2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural. 3. La quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse este en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente. 4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural. 5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato. Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato.” (el resaltado es mío)

La resolución administrativa del contrato público no opera de pleno derecho; debe mediar un trámite administrativo. Al respecto, el artículo 115 de la Ley 22 señala que “**El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante. Para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato. Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre. Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.**

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor.”

Por su parte, el artículo 116 de la Ley 22 establece el procedimiento que debe seguir la entidad contratante para terminar administrativamente el contrato en caso de incumplimiento. De conformidad con el mismo, “La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas: 1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, **la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones** que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, **la entidad contratante** podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento. 2. **Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato**, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión **y concediéndole un término** de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes. 3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas. 4. **Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.** 5. **La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa,** será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia. 6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000.” (el resaltado es mío).

El artículo 131 de la Ley 22 concede al contratista el recurso de apelación para recurrir la resolución administrativa del contrato. De conformidad con el mismo, “Las resoluciones **que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato**, podrán ser recurridas en apelación, anunciándola ante dichas entidades dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, y sustentándola dentro del mismo término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante apoderado legal. La entidad contratante, una vez anunciado el recurso de apelación, enviará el expediente completo, a más tardar el día hábil siguiente, al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. La apelación se surtirá en efecto suspensivo.” (el resaltado es mío).

El artículo 262 del Decreto Ejecutivo desarrolla las normas antes citadas al establecer el trámite y procedimiento a seguir para la resolución administrativa del contrato. De conformidad con el mismo, “La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y este reglamento con sujeción a las siguientes reglas: a. En caso de que exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, **la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones** que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, **la entidad contratante podrá otorgarle al contratista un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.** b. **Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato**, se lo le notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de

**su decisión** y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes. c. La resolución deberá contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas. d. Dicha resolución podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa. e. Una vez agotada la vía gubernativa, la decisión final será recurrible ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia. f. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente.” (el resaltado es mío)

De las normas citadas se deriva que la resolución administrativa del contrato, en particular por razón del incumplimiento de alguna de sus disposiciones por el contratista, es un acto unilateral, resultado de una insatisfacción, consideración o reclamo de la entidad contratante, quien decide la controversia en su propio foro, a pesar de ser juez y parte por tener intereses contrapuestos con el contratista y ser la instancia primaria que dilucida la diferencia contractual; es ante ella que el contratista debe hacer sus descargos frente a la terminación anticipada del contrato, a pesar de encontrarse predispuesta por haber sido quien resolvió el vínculo contractual.

Por disposición del artículo 116 citado, la decisión de la entidad contratante es recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas que, en virtud de la calificación dada por sus numerales 4 y 5, hacen de dicho mal llamado “Tribunal” una instancia administrativa y no jurisdiccional, como resultan ser los tribunales de justicia, en la jurisdicción ordinaria, o los tribunales arbitrales, en la jurisdicción arbitral, ambos como parte de la administración de justicia, según señala el artículo 202 de la Constitución Nacional, como comentamos más adelante.

De mediar cláusula arbitral en el contrato, la entidad pública debiera activar la misma para constituir el tribunal arbitral a fin de someter ante este cualquier diferencia que, a su criterio, pudiera dar por resultado la resolución administrativa del contrato, en defecto de la aplicación de las normas antes citadas de la Ley 22 y del Decreto Ejecutivo, en virtud de lo que señala el artículo 17 de la Ley de Arbitraje que, como se vio, preceptúa, como uno de los efectos procesales de la cláusula arbitral, que **“También deben inhibirse –de conocer la controversia- los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo.”**

Si bien la Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado de manera expresa sobre la declinatoria o prórroga de competencia de la entidad administrativa contratante que pretende la resolución administrativa del contrato a favor de la jurisdicción arbitral para que un tribunal arbitral decida lo relativo a dicha terminación, ni tampoco si la entidad contratante tiene facultad para dar por terminado de manera unilateral el contrato por incumplimiento del contratista sin pasar por el proceso arbitral, o si el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas tiene competencia para conocer sobre tales circunstancias, en Sentencia de 29 de octubre de 2015 la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo deja entrever que, de invocar el contratista la cláusula arbitral cuando surge la controversia, la entidad contratante no podría activar el mecanismo de resolución administrativa del contrato y que, de hacerlo, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas tendría que reconocer el efecto procesal de la cláusula arbitral a que nos referiremos más adelante y remitir la causa a arbitraje:

*"Así, en virtud de las diferencias existentes respecto al cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato No.023-2012, y que el SIACAP atribuía el retraso a la empresa contratista Global Consulting Partners Inc., S.A., pudo ésta haber invocado el arbitraje de conformidad con las disposiciones del Decreto Ley 5 de 1999, según lo establecía la cláusula décimo primera del contrato. Sin embargo, la propia empresa decide no hacerlo y una vez se emite la Resolución No.5 de 3 de junio de 2013, sustenta recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.*

*[...]*

*Por consiguiente, esta Sala coincide con el criterio expuesto por el Procurador de la Administración en el sentido que "los argumentos planteados por la parte actora en cuanto a la necesidad de dar cumplimiento a la cláusula arbitral prevista en el contrato no resultan válidos, puesto que luego de haber surgido el conflicto entre las partes, producto del incumplimiento de las obligaciones cargo de la contratista; de celebradas varias reuniones con acuerdos que no arrojaron resultados satisfactorios; y después de haberse notificado en dos ocasiones sobre el inicio de los trámites para la resolución administrativa del contrato, Global Consulting Partners Inc. S.A., **no invocó dicho convenio arbitral, sino que luego de que el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos procediera a resolver administrativamente el contrato, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 131 del Texto único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, acudió en apelación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas cuya decisión fue la de confirmar el acto originario...**"*

*Adicionalmente, esta Sala acoge el criterio expuesto por la Sala Civil de esta Corporación de Justicia, en sentencia de 26 de septiembre de 2012, referente a la prórroga de la competencia en los convenios o cláusulas arbitrales en el sentido que es posible que la competencia en los convenios arbitrales sea prorrogada, siempre y cuando se interponga la demanda en la jurisdicción ordinaria, y la parte demandada no la prorrogue en el término señalado para tal fin.*

*Consecuentemente, teniendo el SIACAP sustento jurídico y contractual, respecto a la resolución administrativa del Contrato No.023-2012, **sin que la empresa contratista invocara oportunamente la cláusula compromisoria al momento de las diferencias surgidas por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del citado contrato y fuera, precisamente, GLOBAL CONSULTING PARTNERS INC., S.A. quien acudiera al Tribunal de Contrataciones Públicas a efectos de enervar los efectos de la Resolución que se impugna, se prorroga la competencia al referido Tribunal, quien por medio de la Resolución No.108-2013/TAdCP del 13 de septiembre de 2013, confirmó en todas sus partes, los efectos de la Resolución No.5 del 13 de junio de 2013.**" (el resaltado es mío).*

Y es que ello debiera ser así por cuanto, como ha quedado dicho, las causales de resolución administrativa del contrato público suelen ser el objeto de la pretensión del contratista que, es, precisamente, una de las muchas controversias que pueden derivar de la relación contractual. De lo contrario, no haría sentido que se pactara una cláusula arbitral dentro del contrato y resultaría contradictorio que, a pesar de haberse convenido, se tenga que atender la resolución administrativa del contrato siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 22. Tal circunstancia sería violatoria del precepto constitucional consagrado en el numeral 4 del artículo 200 de la Carta Magna y de los efectos procesales que derivan del mismo, tipificados en el artículo 17 de la Ley 131 respecto de los contratos públicos, según el cual, como se recordará, *"También deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes si existiera un convenio arbitral previo."*

Así, de mediar la cláusula arbitral, la Ley de Arbitraje y el proceso arbitral, deberán prevalecer sobre la Ley 22, el Decreto Ejecutivo y el proceso administrativo consignado en estas dos últimas disposiciones, de manera que los tribunales arbitrales tendrían competencia privativa frente a la entidad pública para conocer del litigio que motiva la terminación del contrato, la que no debiera, por sí misma, decidir la resolución administrativa del vínculo contractual, y menos si es por incumplimiento del contratista, ni el Tribunal Administrativo conocer de ninguna apelación. Si la entidad contratante estimara que hay motivos para tal pretensión, tendrá que someter la misma a la decisión de un tribunal arbitral.

Si, a pesar de nuestras consideraciones, la entidad pública opta por iniciar el proceso siguiendo las normas de la Ley 22 y el Decreto Ejecutivo, el contratista tendría que interponer ante dicha entidad una excepción de incompetencia e iniciar, en paralelo al trámite administrativo, el proceso arbitral para que sean árbitros los que resuelvan la controversia, en virtud del efecto procesal de la cláusula arbitral consignado en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje.

De decidir la entidad contratante la resolución administrativa del contrato a pesar de los criterios expresados, el contratista deberá, en adición al inicio del arbitraje, acudir ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para demandar la nulidad de dicho acto por falta de competencia de la entidad contratante, a efectos de que dicho Tribunal, como hizo en el caso de las Resoluciones 152-2007 y 154-2007, ya comentadas, obligue a la entidad pública contratante a debatir la resolución del contrato en la jurisdicción arbitral.

Finalmente, debe recordarse que Panamá ha suscrito una pluralidad de convenios multilaterales y tratados bilaterales en materia de promoción y/o protección inversión en los que se ha pactado el arbitraje como medio de solución de las controversias que surjan entre los nacionales de un Estado y el Estado de la otra parte por razón de las inversiones que se hagan en este. En virtud del artículo 4 de la Constitución Nacional, según el cual *"La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional"*, nuestro país está obligado a honrar dichos compromisos, incluyendo la solución de las diferencias de cualquier naturaleza, como puede ser la terminación anticipada de un contrato público, que surjan entre una entidad contratante pública panameña y un nacional –persona natural o jurídica- del otro Estado parte del convenio o tratado.

Estos convenios o tratados permiten que el inversor privado pueda evitar la jurisdicción de los tribunales nacionales de justicia en caso de conflicto con un Estado u organismos públicos y optar, directamente y en virtud del propio convenio o tratado, por el sometimiento del asunto a un arbitraje internacional, por lo general ante el Centro

Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), organismo creado por el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otro Estado, conocido como el “Convenio de Washington”, suscrito en 1965, en el que se sigue un procedimiento netamente privado basado en estándares arbitrales internacionales con plenas garantías para el inversor privado. La ejecución del laudo arbitral no precisa *exequatur* y goza de plena fuerza ejecutiva. Panamá ratificó el Convenio mediante Ley 13 de 1996.

Dichos convenios o tratados suscritos por Panamá también harían excluyente, en mi opinión, la aplicación de las disposiciones de la Ley 22 relativas a la terminación del contrato público suscrito con un nacional de alguno de los Estados parte de los referidos convenios o tratados ya que, de no ser así, se estaría violando el precepto constitucional antes citado.

En definitiva, las incongruencias planteadas –que no debieran suscitarse- quedarán resueltas de manera definitiva, sin tener que estar supeditadas a interpretaciones jurisprudenciales ni a interposición de excepciones de incompetencia, cuando se apruebe el proyecto de ley que reposa en la Asamblea Nacional de Diputados, que pretende reformar la Ley 22 y en el que se incluye una cláusula sobre remisión de conflictos a la jurisdicción arbitral en apego al marco constitucional del arbitraje y la supremacía de la legislación arbitral por su especialidad sobre la Ley 22, cuando se ha pactado una cláusula arbitral.

## **VI. De la Representación Legal de las Entidades Públicas en los Procesos Arbitrales**

La Constitución Política establece en el numeral 1 del artículo 220 que es atribución del Ministerio Público “*Defender los intereses del Estado o del Municipio.*”

De conformidad con el artículo 329 del Código Judicial, “*las funciones asignadas al Ministerio Público serán ejercidas por el Procurador General de la Nación, el Procurador General de la Administración, el Fiscal Auxiliar de la República, el Fiscal Superior Especial, los Fiscales Delegados de la Procuraduría General de la Nación, los Fiscales Superiores del Distrito Judicial, los Fiscales de Circuito, los Personeros Municipales y por los demás funcionarios que se establezcan de conformidad con la ley.*”

En desarrollo de la disposición constitucional antes referida, el artículo 347 del Código Judicial señala que “*Corresponden a los agentes del Ministerio Público [...] 1. Defender los intereses del Estado o del municipio, según los casos, y representar al Estado en los procesos que se instauren en contra de éste.*” De manera particular, el artículo 348, también del Código Judicial, indica que “*Son atribuciones especiales del Procurador General de la Nación: [...] 3. Promover y sostener los procesos necesarios para la defensa de los bienes e intereses del Estado, observando las instrucciones que sobre el particular reciba del Órgano Ejecutivo, y representar al Estado en las demandas que contra él se sigan ante la Corte Suprema de Justicia.*”

Dicha actuación judicial del Ministerio Público no es discrecional. Por disposición del artículo 377 del Código Judicial, “*El Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración y los Fiscales de Distrito, no podrán promover acciones civiles o contencioso-administrativas en que sea parte la Nación, sin orden e instrucciones del Órgano Ejecutivo. Los Fiscales de Circuito y los Personeros Municipales no podrán promover acciones civiles en que sean parte los Municipios sin orden o instrucciones del respectivo Consejo Municipal.*”

---

Ni el Órgano Ejecutivo ni los Consejos Municipales, podrán ordenar el desistimiento de acciones que la Ley hubiere ordenado promover.” (el resaltado es mío).

Destaco que dicho artículo fue objeto de demanda de inconstitucionalidad promovida por la Procuraduría General de la Nación al considerar que se violaba los derechos constitucionales del Ministerio Público ya comentados, al requerir el citado artículo 377 del Código Judicial la aprobación previa del Órgano Ejecutivo para que el Ministerio Público pudiera promover las acciones legales en defensa de los intereses públicos. La referida acción fue desestimada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia por las siguientes consideraciones:

*“Por lo tanto, en principio, podemos decir que, efectivamente, al resolver la anterior consulta de inconstitucionalidad también se consideró el análisis del artículo 377 del Código Judicial con toda la Constitución Política, determinándose que no había una infracción constitucional.*

*Recordemos que las normas contenidas en nuestro Estatuto Fundamental son disposiciones jurídicas marco que son desarrolladas por las leyes que es, precisamente, lo que hace el artículo 377 en función de determinar la atribución constitucional que le corresponde al Ministerio Público, de defender no sólo los intereses de la sociedad, sino también del Estado y de los gobiernos locales, pero con el cumplimiento de ciertos requisitos que sería la autorización por quienes ejerzan la representación legal de la respectiva entidad gubernamental o municipal. En nada infringe esa situación el principio de imparcialidad e independencia judicial que rige tanto para funcionarios del Órgano Judicial como los propios servidores del Ministerio Público.*

*No se trata, en consecuencia, de una supresión de las facultades que constitucionalmente le corresponde al Ministerio Público, ni debe interpretarse que de manera legal se les está restringiendo el ejercicio de sus funciones. Todo lo contrario, el Ministerio Público sigue manteniendo sus atribuciones constitucionales y legales que no pueden ser ejercidas por otra entidad. De lo único que se trata es que tratándose de procesos para la presentación de acciones civiles o contenciosas administrativas en las que sea parte el Estado, incluso los Municipios, como requisito de procedibilidad debe contarse con la facultad o aprobación de quien ejerza la representación legal de la institución, como se indicó, en cuyo caso el ejercicio del derecho de acción seguirá estado en poder del Ministerio Público.*

*Con vista entonces que con anterioridad el Pleno de esta Corporación de Justicia ha conocido, aunque de manera parcial, sobre la constitucionalidad del artículo 377 del Código Judicial y que, ahora, tampoco encuentra que exista una infracción de los artículos 220 y 210 de la Constitución Política, así como de ninguna otra disposición constitucional, así procede a declararse de inmediato.”*

Dado que las reformas al numeral 4 del artículo 200 y del artículo 202 de la Constitución Política y la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje son posteriores a la adopción del Código Judicial, debe entenderse que el deber de la Procuraduría General de la Nación, de actuar como abogado defensor de las entidades que conforman el Estado, dentro de las autorizaciones que le confiera el Órgano Ejecutivo, se hace extensivo a los procesos arbitrales en que tengan que participar dichas entidades por virtud de la cláusula arbitral que hubieran convenido en sus relaciones contractuales.

En ejercicio de dicho deber constitucional y legal, la Procuraduría General de la Nación creó, mediante **Resolución No. 017 de 17 de marzo de 2006**, la Fiscalía Superior Especializada en Asuntos Civiles, hoy denominada Fiscalía de Circuito de Litigación Especializada en Asuntos Civiles<sup>15</sup> y de Familia<sup>16</sup>, como una agencia especializada dentro del Ministerio Público con mando y jurisdicción en toda la República, con sede en la provincia de Panamá, para ejercer de manera privativa las siguientes funciones:

- a. “Defender los intereses del Estado o del Municipio en los procesos civiles, según los casos y representar al Estado en los procesos que se instauren en contra de éste en la jurisdicción civil;
- b. Promover y sostener los procesos civiles necesarios para la defensa de los bienes e intereses del Estado, observando las instrucciones que sobre el particular reciba del Órgano Ejecutivo, y representar activamente al Estado en las demandas civiles que contra éste se sigan ante la Corte Suprema de Justicia;
- c. Ejercer las acciones civiles que por delegación o comisión le asigne la Procuraduría General de la Nación destinadas a la defensa de los intereses del Estado;
- d. Llevar a cabo todas las acciones tendientes a la consecución de las pruebas pertinentes para una mejor defensa de los intereses de la Nación o del Municipio;
- e. Emitir concepto sobre los denuncios de bienes ocultos, arbitraje y otros métodos de solución de conflictos en los que tenga interés el Estado;
- f. Orientar y servir de consejeros jurídicos a las distintas Agencias del Ministerio Público que intervengan en procesos civiles en los que tenga interés el Estado fuera del Primer Distrito Judicial;
- g. Denunciar la existencia de algún hecho delictivo, cuando así lo advierta, dentro de los procesos en los cuales intervengan;
- h. Realizar inventario de los procesos civiles en los que se vean afectados los intereses del Estado;
- i. Enviar mensualmente un informe sobre los casos tramitados en este despacho al Procurador (a) General de la Nación;<sup>17</sup>
- j. Instruir, previa comisión por parte del(la) Procurador(a) General de la Nación, la investigación de asuntos en materia civil, penal o administrativa.<sup>18</sup>
- k. Actuar, previa designación de(la) Procurador(a) de la Nación, como suplente de cualquier Fiscal de la misma categoría.”<sup>19</sup>

Además, por virtud de la **Resolución N°9 de 9 de marzo de 2018, adoptada por la Procuraduría General de la Nación**, la Fiscalía de Circuito de Litigación Especializada en Asuntos Civiles y de Familia tiene la labor de coordinar “las acciones a seguir en los procesos civiles en los que el Estado panameño sea el Demandante a nivel nacional.”

<sup>15</sup> Modificada por las resoluciones No. 54 de 20 de diciembre de 2012; No. 6 de 30 de enero de 2013; No. 9 de 13 de marzo de 2014; No. 24 de 19 de mayo de 2014; 42 de 19 de agosto de 2014; No. 3 de 12 de enero de 2016; 21 de 17 de marzo de 2016 y No. 9 de 9 de marzo de 2018, todas adoptadas por la Procuraduría General de la Nación.

<sup>16</sup> Nombre dado por la Resolución No. 9 de 13 de marzo de 2014, adoptada por la Procuraduría General de la Nación

<sup>17</sup> Facultad modificada por Resolución No. 6 de 30 de enero de 2013

<sup>18</sup> Facultad adicionada por Resolución No. 54 de 20 de diciembre de 2012

<sup>19</sup> Facultad adicionada por Resolución No. 54 de 20 de enero de 2012

---

Antes de la creación de la *Fiscalía de Circuito de Litigación Especializada en Asuntos Civiles y de Familia*, la función de defensa de los intereses estatales y la representación en las causas de familia era ejercida por los agentes del Ministerio Público encargados de ejercer la acción penal. Ahora, se cuenta con una fiscalía especializada en temas de naturaleza civil y comercial.

La intervención del Ministerio Público en los procesos en que alguna entidad del Estado sea parte, como demandante o demandado, se fundamenta en el hecho de que dicha intervención no se limita a defender los intereses de la institución estatal o pública, sino que también asume la representación de la sociedad que conforma el Estado. Es decir, que se vela por un interés superior al de la sola entidad en litigio.

La defensa de los intereses del Estado por el Ministerio Público en los procesos que se instauren en contra de algún ente público, así como la promoción por dicha autoridad de los procesos necesarios para la defensa de los bienes e intereses públicos en virtud de la norma constitucional y las disposiciones legales citadas, comprende la representación procesal de la entidad pública que sea sujeto del proceso. Es decir, que el Ministerio Público, a través de la *Fiscalía de Circuito de Litigación Especializada en Asuntos Civiles y de Familia*, actúa como abogado del sujeto público procesal.

Al respecto, llama la atención el hecho de que el artículo 377 del Código Judicial solo requiera la orden o instrucción del Órgano Ejecutivo para promover acciones legales y no para llevar la defensa de la entidad pública o ministerio en caso de que actuara como parte demandada. A pesar de no encontrar norma que indique la manera de procederse en ese último caso, deduzco que, de igual manera, el Ministerio Público debería contar con la autorización respectiva.

Por otro lado, destaco que las disposiciones legales no indican el procedimiento, trámite o mecanismo para dar curso a las demandas, o para tomar la defensa de la entidad pública demandada. En el caso de la demanda, del artículo 377 se desprende que, por requerirse de autorización del Órgano Ejecutivo, este, a través de resolución del Consejo de Gabinete, instruirá a la Procuraduría General de la Nación para interponer la demanda que corresponda.

En caso de una demanda contra un ente del Estado, la ley no establece el proceso de interacción entre la demandada y el Ministerio Público a efectos de que este tome la defensa respectiva. Al respecto, estoy en la creencia de que la notificación de la demanda deberá hacerse al representante legal de la entidad demandada que hubiera suscrito el contrato del cual deriva la controversia. Es decir, que será este quien tome conocimiento de la demanda y se lo comuniqué, luego de la notificación, a la Procuraduría General de la Nación a fin de que esta active la representación procesal de la Fiscalía respectiva. No obstante, me ha explicado el Dr. Juan Lorenzo Ruiz, Fiscal Fiscalía de Circuito de Litigación Especializada en Asuntos Civiles y de Familia, por cierto, funcionario destacado, de gran valía y gran conocedor del proceso arbitral, que la demanda debe ser notificada directamente por el juez, el centro administrador del proceso de arbitraje, o tribunal arbitral, al Ministerio Público, en atención a Sentencia del Pleno de la Corte, de fecha 21 de junio de 2016, que gentilmente me compartió para la preparación de este escrito, y en la que nuestra máxima corporación de justicia hizo las siguientes consideraciones:

*“Ante lo arriba anotado, es evidente que en el presente caso era obligatorio darle participación al Ministerio Público, pues en el proceso se podrían haber afectado intereses*

*del Estado, como efectivamente se produjo, sin la participación por falta de notificación del Ministerio Público [...]*

*[...] Con lo anterior, ha quedado acreditada la violación al debido proceso, específicamente por la falta de notificación al Ministerio Público, dentro de un proceso ordinario de oposición, donde se podían ver afectados los intereses del Estado, y una de las partes es una entidad estatal.*

*Basado en lo anterior, y toda vez que se ha encontrado violación al debido proceso en la emisión de la decisión impugnada, lo que procede es acceder a la acción de amparo presentada.*

*Ahora bien, para conceder el presente amparo debemos tomar en cuenta que el mismo fue interpuesto, frente a la omisión de la notificación y, en consecuencia, la no participación activa del Ministerio Público en las distintas etapas procesales.”*

Destaco que dicho pronunciamiento se fundamentó en el artículo 585 del Código Judicial, que establece que “Tienen capacidad para ser parte: [...] 3. El Estado, los municipios, las entidades autónomas, semiautónomas y descentralizadas. El Ministerio Público intervendrá en los casos y términos que establezca la ley”; en el artículo 733 del Código Judicial, según el cual “Son causales de nulidad comunes a todos los procesos: [...] 6. La falta de citación al Ministerio Público en los casos expresamente determinados en la ley”; el artículo 1002 del Código Judicial, que demanda la notificación de manera personal [...] 4. La resolución que deba notificarse a los agentes del Ministerio Público o a cualquier otro funcionario público por razón de sus funciones;” y el artículo 1227, también del Código Judicial, que preceptúa que “Son comunes en los procesos de conocimiento, las siguientes disposiciones: [...] 9. Cuando en el proceso de que conoce el tribunal, deba ser oído el Ministerio Público, después del trámite del alegato en cada instancia se dará vista al respectivo agente para que emita concepto, lo que deberá hacerse dentro del término de cinco días a partir de la remisión del expediente por el juez.”

Resulta ser, sin embargo, que ninguna de dichas disposiciones establece que la demanda contra una entidad estatal se tiene que notificar al Ministerio Público en lugar de aquella, o a ambos. En tal sentido, las normas legales no señalan que el Ministerio Público es el representante legal de las entidades públicas como para recibir notificaciones de acciones judiciales. Como señala el artículo 220 de la Constitución Nacional y los artículos 347 y 348 del Código Judicial, las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación, a través de las fiscalías, son la “defensa” y la “representación” del Estado, que constituyen actuaciones típicas de un defensor o abogado. Por ello, mi opinión de que la notificación de una demanda al Ministerio Público no tiene sustento legal y, de allí, que la comparecencia y actuaciones del Ministerio Público en el proceso depende de que el representante legal de la entidad demandada le comunique de la misma a la Procuraduría General de la Nación para que asuma la defensa respectiva.

Y es que, en mi opinión, el hecho de que se notifique la demanda a la entidad demandada para que esta, a su vez, comunique a la Procuraduría General de la Nación la acción instaurada para que lleve la respectiva representación procesal en ejercicio de su deber constitucional y legal, en nada afecta los intereses del Estado ni lesiona su derecho al debido proceso porque el trámite de comunicación antes aludido preserva el conocimiento del Ministerio Público de la acción legal para dar curso a la defensa de los intereses públicos.

En cualquier caso, sobra decir que el fiscal que asuma la defensa tendrá que interactuar con el funcionario de la entidad demandante o demandada a fin de informarse y recabar información sobre los hechos y circunstancias que motivan la acción legal para poder elaborar la demanda, en caso de ser el sujeto activo, o para armar la defensa, en caso de ser demandado.

En otro orden de ideas, dada investidura que le da la Constitución y la ley a la Procuraduría General de la Nación y a los fiscales, pienso que no es procedente que el Ministro del ramo o el representante legal de la entidad estatal demandada otorgue su representación procesal a un abogado particular o de la propia entidad, en sustitución o reemplazo de la representación legal del Ministerio Público por corresponderle a este, por Constitución y ley, dicha función. Así lo consignó la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia de 22 de junio de 2010, previamente transcrita, en la que indicó:

*“En opinión de la Sala, el Ministerio de Obras Públicas, parte demandada dentro del proceso arbitral, apartándose de las exigencias procesales relativas a la representación de las partes en el proceso, descuidando que se trata de una institución del Estado, sobre las cuales rigen disposiciones especiales en esta materia, errónea y equivocadamente se hace representar, como hemos dicho, por abogados particulares, en lugar de hacerse representar, como lo exige la ley en atención a la calidad de las partes, por un Agente del Ministerio Público que es a quien, de acuerdo al artículo 347, numeral 1 del Código Judicial, le correspondía asumir la defensa de los intereses del Estado, representado en este caso por el MOP.*

*Pero, es de observar que de acuerdo al artículo 348, numeral 3 del Código Judicial, el Ministerio Público no actúa en los procesos motu proprio ni de manera automática en defensa de los intereses del Estado o la Nación, sino que requiere para ello instrucciones precisas que debe recibir del Órgano Ejecutivo y como es lógico, estando el Órgano Ejecutivo conformado por el Presidente de la República con la participación del Ministro del ramo respectivo, le incumbía al Ministerio de Obras Públicas, en todo caso, realizar las gestiones necesarias a fin de obtener la respectiva autorización para que dentro del proceso arbitral lo representara y asumiera su defensa un Agente del Ministerio Público, cosa que no se hizo, haciéndose representar en cambio por abogado particular”.*

Ahora, nada prohíbe que, en adición a la representación del Ministerio Público, se confiera poder a un abogado particular o de la entidad, aun cuando parece innecesario por razón de la función que ejercen los agentes del Ministerio Público. Sobra decir que, de darse tal situación, la entidad no podrá tener una representación procesal dual, con actuaciones aisladas e independientes por dicho abogado y el Ministerio Público, que generen duplicidad de actuaciones procesales, como ser la presentación de dos contestaciones de demandas, doble práctica de pruebas, doble escritos de alegatos; ambos tendrán que actuar al unísono, en equipo y de manera coordinada en representación de un mismo ente.

---

## VII. Conclusiones

Del presente ensayo comparto las siguientes conclusiones:

1. El arbitraje goza en Panamá de reconocimiento constitucional.
2. La jurisdicción arbitral forma parte de la administración de justicia, en un plano de igualdad que la jurisdicción ordinaria.
3. Los árbitros cuentan con autonomía e independencia en sus decisiones, sin intervención de los jueces ordinarios.
4. Las cláusulas arbitrales son de obligatorio cumplimiento por las entidades públicas que las hayan contratado.
5. Las entidades el Estado están obligadas a someter a arbitraje las disputas que deriven de relaciones contractuales en las que se haya pactado el arbitraje como mecanismo para la solución de las diferencias que surjan de la interpretación, ejecución o incumplimiento de dichos contratos.
6. La resolución de un contrato no afecta, ni deja sin efecto la cláusula arbitral, que mantiene vigencia autónoma respecto del contrato para la solución de los conflictos que deriven del mismo.
7. En caso de resolución administrativa de un contrato que contenga cláusula arbitral, prevalece el proceso arbitral y la aplicación de la Ley de Arbitraje para la solución de la disputa que derive de dicha terminación contractual sobre la Ley 22 y los mecanismos que esta establece esta para atender las disputas entre la entidad contratante y los contratistas.
8. El Ministerio Público, a través de la *Fiscalía de Circuito de Litigación Especializada en Asuntos Civiles y de Familia*, tiene la defensa y la representación legal de la entidad pública que sea parte de un proceso arbitral, ya sea como demandante o demandada.

## VIII. Bibliografía

Boutin, Gilberto. Del Arbitraje Comercial. Decreto Ley 5 de 1999; Editorial Mizrachi & Pujol, S.A.; 2001

Castillo Freyre, Mario y Sabroso, Rita. El Arbitraje en la Contratación Pública; MARIO CASTILLO FREYRE, editor; PALESTRA EDITORES S.A.C; 2009; pág. 29; MINAYA <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol7.pdf>

Corrales González, Antonio. La Suspensión de los Procedimientos Administrativos Sancionadores ante el Tribunal de Contrataciones Públicas del Estado por la Instalación de un Tribunal Arbitral.; Día a Día. Revista Institucional; SCE/Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado; El Arbitraje y la Contratación Pública; Edición 3; 2014

---

Dorrego de Carlos, Alberto. El Arbitraje en los Contratos Públicos; Revista Jurídica de Castilla y León; Arbitraje y Mediación; Número 29, Enero de 2013; pág.7

7<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiXke2Fr9HTAhXB5CYKHdvBC7wQFggmMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.jcyl.es%2Fweb%2Fjcyl%2Fbinarios%2F127%2F787%2F11.%2520Arbitraje%2520Contratos%2520P%25C3%25BAblicos%2520-%2520digital.pdf%3Fblob&usg=AFQjCNENdCaKPIC5skJAqVV35KOz3F35gQ>

Fábrega Polleri, Juan Pablo. El Arbitraje Como Medio Para la Solución de Controversias que Derivan de las Relaciones Intra-societarias Entre Accionistas de Sociedades Anónimas Panameñas; Entre Estos y/o Sus Órganos Sociales; Editorial Fábrega, Molino y Mulino; Panamá; 2016

Hoyos, Arturo. El Debido Proceso en el Sistema Jurídico Panameño, de su obra “El Debido Proceso”; Editorial Temis, S.A. Colombia; 1995

Landa, César. Derecho Fundamental al Debido Proceso y a la Tutela Jurisdiccional; Derecho Fundamental al Debido proceso y a la Tutela Jurisdiccional; Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 2002

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; Editorial Heliasta S.R.L., 1979; Argentina

Ruiz Quiroz, Juan Lorenzo; Rol del Ministerio Público en la defensa de los intereses del Estado, en la jurisdicción arbitral; Revista del Ministerio Público; año 2; volumen 2; 2015. Panamá.

Ruiz Quiroz, Juan Lorenzo; La Participación del Estado en la Jurisdicción Arbitral. Artículo tomado en 2010 de la página de Internet de la Fiscalía Especializada en Asuntos Civiles.

Código Judicial de Panamá; Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. ; vigésima primera edición; 2011

Constitución Política de la República de Panamá; editorial Mizrachi & Pujol, S.A.; décima edición, 2009

Decreto Ley No. 5 de 10 de julio de 1999, mediante el cual se establece el régimen general de arbitraje, la conciliación y la mediación en Panamá.

Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, por la cual se regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá

#### **Resoluciones Emitidas por la Procuraduría General de la Nación**

No. 54 de 20 de diciembre de 2012

No. 6 de 30 de enero de 2013

No. 9 de 13 de marzo de 2014

No. 24 de 19 de mayo de 2014

No.42 de 19 de agosto de 2014

No. 3 de 12 de enero de 2016

---

21 de 17 de marzo de 2016  
No. 9 de 9 de marzo de 2018

**Resoluciones Dictadas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**

Resolución No. 152-2017-Pleno/TACP de 19 de septiembre de 2017  
Resolución No. 154-2017-Pleno/TACP de 20 de septiembre de 2017

**Sentencias Dictadas por la Corte Suprema de Justicia.**

Sala Cuarta. 20 de septiembre de 2006  
Pleno. 23 de abril de 2007  
Sala Cuarta. 12 de febrero de 2009  
Pleno. 3 de abril de 2009  
Sala Cuarta. 11 de mayo de 2009  
Sala Cuarta. 20 de junio de 2009  
Pleno. 22 de junio de 2010  
Sala Cuarta. 22 de junio de 2010  
Sala Cuarta. 20 de diciembre de 2010  
Pleno. 14 de febrero de 2011  
Sala Cuarta. 28 de diciembre de 2011  
Sala Cuarta. 12 de febrero de 2012  
Sala Civil. 22 de enero de 2014  
Sala Cuarta. 8 de mayo de 2015  
Sala Cuarta. 9 de junio de 2015  
Sala Cuarta. 21 de julio de 2015  
Pleno. 30 de septiembre de 2015  
Pleno. 22 de octubre de 2015  
Sala Tercera. 29 de octubre de 2015  
Pleno. 21 de junio de 2016  
Pleno. 31 de julio de 2017

## ENSAYO REFLEXIVO

# LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL PARA EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL

Por: Anthony D. Martínez R

**Sumario:** I. Introducción. II. Concepto. III. Desventajas de un sistema difuso. IV. Motivos para buscar la protección del Sistema Financiero. V. Conclusiones y propuesta. VI. Referencias.

### I. Introducción.

El marco legal aplicable al sistema financiero es sectorizado y difuso, lo cual hace que sea complejo entender el sistema en su conjunto y a su vez también dificulta notablemente la supervisión integral de los sujetos que intervienen en este segmento de la economía. En Panamá hemos seguido la tendencia de la especialización del supervisor (un supervisor, una actividad), enfoque que acentúa el riesgo de visión de túnel de los reguladores frente a sus propios regulados y supervisados. Por el contrario, los sujetos regulados han seguido la tendencia totalmente distinta a la de los reguladores, ya que se han dedicado a múltiples y complejos negocios creando estructuras de grupos con participaciones en segmentos de negocios cuya supervisión corresponde usualmente a más de un regulador. Por ejemplo, es común que un banco en Panamá cuente con su propia casa de valores, su propia compañía de seguros y e incluso su propia financiera<sup>1</sup>; en este esquema, intervienen en la supervisión de dicho banco cuatro entidades distintas (Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Seguros, Superintendencia del Mercado de Valores y Ministerio de Comercio e Industrias). Este entramado de normas legales y reglamentarias que regulan el sistema financiero, obedece básicamente a la inexistencia de directrices claras por parte de la Constitución Política en materia económica. La coyuntura actual de reformas a la Constitución es propicia para corregir la omisión que los diversos actos legislativos y constitucionales han tenido respecto al sistema financiero y nos lleva a plantear la necesidad de que se eleve el Sistema Financiero Nacional a rango constitucional de tal forma que dicte las pautas que el Estado y los particulares deban seguir para la promoción y protección del Sistema Financiero.

### II. Concepto.

La ley define sistema financiero como *Aquel integrado por el sector privado y el sector público, y que incluye la provisión de los servicios de carácter financiero y su regulación, supervisión, fiscalización, vigilancia y control* (art. 13, Ley 67 de 2011). El concepto introducido por la Ley 67, si bien es cierto era innovador para su época, se hizo con la finalidad de corregir una falencia en el ámbito de supervisión del sistema financiero y no con miras de establecer una política integral tendiente al fomento y desarrollo del sistema en su conjunto.

<sup>1</sup> Por financiera se entiende aquellas empresas dedicadas a ofrecer préstamos y facilidades de crédito sin la captación de depósito. Estas empresas están reguladas por la Ley 42 de 2001 y la supervisión de las mismas corresponde a la Dirección de Empresas Financieras del Ministerio de Economía y Finanzas.

El desarrollo del sistema financiero actual ha obedecido básicamente a iniciativas legislativas individuales. El Estado, a través de leyes y decretos leyes, ha marcado la pauta para la creación de las condiciones necesarias permitiendo un crecimiento sostenido de la intermediación financiera. El primer hito de importancia en ese sentido se logró con la expedición del Decreto de Gabinete No. 238 de 1970, mediante el cual se creó la Comisión Bancaria Nacional con una estructura mixta y cuyo objetivo fundamental era promover, regular y supervisar el centro bancario. Este marco legal se mantuvo sin cambio sustanciales hasta 1998<sup>2</sup> y *marcó la pauta para fomentar la creación de un centro bancario internacional en el país* (Barleta, 2014). En igual sentido, fue a través de normas jurídicas de rango inferior que se establecieron los primeros parámetros para los negocios de valores (Decreto de Gabinete 247 de 16 de julio de 1970), seguros (Decreto-Ley No. 17 de 1956) y fiduciario (Ley 9 de 1925).

### **III. Desventajas de un sistema jurídico difuso.**

El desarrollo del sistema financiero a través de leyes representa un riesgo per se para la estabilidad del sistema. Así como a través de leyes hemos logrado una estructura robusta, dinámica y regional, también se puede a través de leyes desmotar el sistema ya que solo sería necesaria la emisión de la ley respectiva por parte de la Asamblea Nacional para dejar sin efecto cualquiera de las normas citadas y que sirven de sustento jurídico a los componentes que integran el sistema. El hecho de que el sistema esté sujeto a la voluntad del legislador, lo hace vulnerable a corrientes ideológicas que no comulgan los servicios financieros y esta vulnerabilidad surge precisamente de la estructura jurídica que sostiene al sistema financiero.

Otra desventaja radica en la imposibilidad de comprender integralmente el sistema y su impacto en la economía nacional. Cada regulador emite sus propias cifras y alguno de ellos no son capaces de presentar un informe específico sobre el impacto que sus regulados tienen dentro del sector financiero y en la economía en general. Un caso muy llamativo es el sector cooperativismo, el cual es regulado y supervisado por el Instituto Panameño Autónomo Cooperativo, con la legislación enfocada en el cooperativismo<sup>3</sup>, sin embargo, con cooperativas dedicadas de diversos tamaños y con diversas estructuras que rebasan la posibilidad del regulador respectivo de realizar una supervisión efectiva de las cooperativas dedicadas a los servicios financieros.

### **IV. Motivos para buscar la protección del Sistema Financiero.**

El impacto del sistema financiero va más allá de la generación de riqueza para los accionistas de los bancos y empresas financieras. Por regla general, los trabajos en el sector financiero suelen ser puestos mejores remunerados y con mayores beneficios que en otros sectores. En ese sentido, la Contraloría General de la República indicó que para el año 2018, 49218 personas trabajaban en sector de intermediación financiera; en contraste, el Canal de Panamá solo empleaba a 9,816 en el mismo periodo. Pese a la importancia de ambos sectores para la economía nacional, nuestra Constitución Política no se ocupa del sistema financiero en la misma medida que se ocupa del Canal de Panamá ya que éste último cuenta con ocho artículos dentro de la Constitución, mientras el sistema financiero ni siquiera cuenta con una definición a nivel de nuestra Carta Magna.

<sup>2</sup> Mediante Decreto Ley 9 de 1998 se estableció el marco jurídico actual que rige la actividad bancaria en Panamá.

<sup>3</sup> Ley 17 de 1997.

---

Con esto no queremos decir que el Canal de Panamá no sea importante, lo que queremos resaltar es la disparidad con la que nuestra constitución trata a un sector de la Economía Nacional que impacta a tantas personas como lo es el sistema financiero.

El impacto positivo también se extiende al acceso al crédito que tenemos los panameños. El sistema financiero y en especial el sistema bancario, han propiciado una competencia entre los bancos por los clientes que se ha traducido en tasas de interés más bajas y plazos más cómodos en préstamos, especialmente en préstamos para la vivienda. Esta realidad es producto de varios factores tales como bancos con sólida trayectoria, manejo adecuado de la liquidez por parte de los bancos, regulaciones en pro de los consumidores, entre otros factores. El acceso a una vivienda digna es parte fundamental del éxito de una persona en Panamá, y este anhelo muy extendido entre los trabajadores jóvenes se cumple en gran medida gracias a un sistema financiero que es capaz de ofrecer productos de créditos al alcance de los panameños.

## **V. Conclusiones y propuesta.**

El sistema financiero en Panamá tiene un impacto significativo que se extiende a toda la economía nacional. Este impacto positivo se extiende desde las cifras macroeconómicas (PIB) hasta el acceso al crédito por parte de los panameños. Ahora bien, pese a su importancia económica y social, el Sistema Financiero no cuenta con ninguna norma constitucional que dicte el marco general sobre el cual deba estructurarse todo el andamiaje jurídico necesario para soportar este sector tan importante de la Economía Nacional.

Con el ánimo de fomentar una discusión doctrinal sobre la importancia del sistema financiero en nuestra economía, así como que nos permita consolidarnos como el centro financiero de América Latina, el equipo legal del Banco Nacional de Panamá elaboró una propuesta que busca corregir la omisión histórica de los diversos actos constitucionales en los cuales se ha eludido la discusión sobre la relevancia de nuestro sistema financiero en un país de servicio como lo es Panamá. Esta propuesta está enfocada en conservar lo que vía leyes se ha conseguido y establece un mandato claro al Estado Panameño para que dicte las políticas públicas tendientes proteger y promover la solidez, seguridad jurídica, estabilidad, competitividad, dinamismo y transparencia del sistema financiero. El detalle de nuestra propuesta es la siguiente:

*Se reconoce al Sistema Financiero Nacional como parte fundamental de la economía. El Sistema Financiero está integrado por entidades del sector público y empresas privadas, que provean servicios financieros como bancos, fiduciarias, compañías de seguros y reaseguros o de valores, y otras instituciones que dentro de este mismo marco contribuyan al desarrollo de la economía; así como los organismos de control y supervisión. El Estado dictará políticas públicas para proteger y promover la solidez, seguridad jurídica, estabilidad, competitividad, dinamismo y transparencia del sistema financiero.*

Esperamos que esta propuesta ayude a comprender que tan importante es el Sistema Financiero para Panamá y nos motive a protegerlo y a reformarlos en la vía de hacerlo más eficiente e internacional.

---

## VI. Referencias.

- Avance de Cifras del Producto Interno Bruto: Anual y Trimestral 2018.  
*Contraloría General de la República.*  
[https://www.contraloria.gob.pa/inec/Publicaciones/Publicaciones.aspx?ID\\_SUBCATEGORIA=26&ID\\_PUBLICACION=923&ID\\_IDIOMA=1&ID\\_CATEGORIA=4](https://www.contraloria.gob.pa/inec/Publicaciones/Publicaciones.aspx?ID_SUBCATEGORIA=26&ID_PUBLICACION=923&ID_IDIOMA=1&ID_CATEGORIA=4)
- Barleta, Nicolás Ardito. El centro bancario regional de Panamá, Normativa Bancaria 1998-2014. Superintendencia de Bancos de Panamá.
- Constitución Política de Panamá.
- Decretos de Gabinetes 238 y 247 de 1970.
- Decreto-Ley No. 17 de 1956 y 9 de 1998,
- Encuesta de Mercado Laboral. *Contraloría General de la República.*  
[https://www.contraloria.gob.pa/inec/Publicaciones/Publicaciones.aspx?ID\\_SUBCATEGORIA=38&ID\\_PUBLICACION=818&ID\\_IDIOMA=1&ID\\_CATEGORIA=5](https://www.contraloria.gob.pa/inec/Publicaciones/Publicaciones.aspx?ID_SUBCATEGORIA=38&ID_PUBLICACION=818&ID_IDIOMA=1&ID_CATEGORIA=5)
- Estadísticas del Trabajo - Volumen II - El Empleo en los Sectores Público y Privado 2017-2018.  
*Contraloría General de la República.*  
<https://www.contraloria.gob.pa/inec/archivos/P9411Comentarios.pdf>
- Informe Anual de Gestión 2018. Autoridad del Canal de Panamá. (P. 44)  
<https://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2019/07/informe-anual-2018.pdf>
- Leyes: 9 de 1925, 17 de 1997 y 67 de 2011.



## Lanzamiento de la Revista Pilar Financiero



*En noviembre de 2019, Banco Nacional de Panamá realizó el lanzamiento de la primera edición de la revista denominada "Pilar Financiero", un espacio que presenta destacadas investigaciones realizadas por profesionales del derecho de la institución y del país, sobre temas jurídicos relacionados a la banca y del interés colectivo. Esta presentación se llevó a cabo en el Edificio Torre Banconal de Vía España y contó con la presencia de distinguidos juristas e invitados especiales.*



## Innovación tecnológica al servicio del cliente



Banco Nacional de Panamá suscribió en el mes de febrero del presente año un convenio interinstitucional con el Registro Público de Panamá, con objeto de que funcionarios de Banco pudieran contar con firma electrónica que les habilitara en el uso del sistema TELEMATICA, para poder inscribir las escrituras públicas de los préstamos bancarios vía internet.

Este esfuerzo mancomunado es un paso importante en la aplicación de soluciones tecnológicas destinadas a brindar un servicio eficiente y generar mayor confianza en los negocios bancarios, lo cual permitirá la disminución de los tiempos de inscripción que se traduce también en mitigación de riesgos operativos, al igual que los costos administrativos.

Esto permite que Banco Nacional a través de su Departamento especializado pueda confeccionar, pagar y tramitar la inscripción los contratos de préstamos desde sus instalaciones.

La escritura será enviada de manera electrónica, con la constancia de pago de los gastos registrales, con todos sus paz y salvo y el plano de la finca, a fin de que se procese e inscriba. Una vez se concluya el proceso de inscripción, el Registro Público emitirá el certificado correspondiente, el cual será remitido, vía internet, concluyendo el proceso del préstamo con la liquidación y desembolso a favor al cliente.

Es nuestra aspiración que todo el trámite de formalización del préstamo, desde que el cliente se presente a la Sucursal, sea digitalizado, lo que acortaría el tiempo que se consume desde ese momento hasta el instante en que se hace el desembolso del dinero; porque se contaría con el expediente electrónico, el cual viajaría de manera digital a todas las instancias de aprobación.

Sentimos una gran satisfacción por este logro, que nos ubica en el camino de ser más competitivos en el mercado bancario, sobre todo en las soluciones de viviendas y apoyo al sector agropecuario en tiempos oportunos, pues somos parte del desarrollo del país.



# Notas



# Notas





“Abogacía con compromiso”