

Panamá, 23 de junio de 1998

Su Excelencia
Ingeniero
Luis E. Blanco
Ministro de Obras Públicas
E. S. D.

Distinguido Señor Ministro:

En cumplimiento del mandato legal de servir de Consultor Jurídico de los funcionarios públicos administrativos, conforme al numeral 4° del artículo 348 del Código Judicial, pasamos a dar respuesta a su Nota N° DM-302 de 15 de abril de 1998, sobre ¿el pago de honores a los Árbitros del Tribunal Arbitral, constituido en ocasión de la controversia del Contrato N° 97 celebrado entre el Consorcio VAN DAM ¿ SOSA y BARBERO y la Nación.

Esta Consulta ha sido fortalecida con información obtenida del Fiscal Primero del Primer Circuito Judicial de Panamá, Licdo. Manuel A. Succari H. (8 de mayo de 1998), mediante el Oficio N° 2099 de 10 de junio de 1998 del mismo Fiscal Primero del Primer Circuito Judicial de Panamá, y a través de la Nota N° DIPRENA-DD-2697 de 15 de junio de 1998 del Ministerio de Planificación y Política Económica.

Concretamente sus interrogantes se refieren a:

1. Debe este Ministerio aprobar y pagar los emolumentos establecidos por el Tribunal de Arbitraje en los términos que éste lo indica, cuando el Árbitro ha manifestado que han sido discutidos con el Fiscal que representa a la Nación en el proceso.
2. Opinión de su despacho en cuanto a que la Institución solicite una transferencia de fondos, vía Ministerio de Planificación y Política Económica al Ministerio Público, para que estos se encarguen de tramitar estos pagos.

En primer lugar, consideramos necesario hacer una breve exposición de los antecedentes del Contrato N° 97 celebrado entre el consorcio VAN DAM ¿ SOSA y BARBERO y la Nación y del arbitraje, antes de contestar específicamente su pregunta.

1. El 2 de octubre de 1980 fue firmado el Contrato N°97 por el Ministro de Obras Públicas de esa época, en nombre y representación de la Nación, y por el representante legal del Consorcio Metalúrgico VAN DAN ¿ SOSA y BARBERO para el diseño, construcción e instalación de un puente sobre el Canal de Panamá.
2. El 18 de marzo de 1983 es suspendido el Contrato N° 97 por parte del Estado.
3. El 7 de octubre de 1986 el Consorcio Metalúrgico VAN DAN _ SOSA y BARBERO presenta, a través de su apoderado judicial, una demanda ante el Juez Primero de Circuito de Panamá, de lo Civil, para que someta a Arbitraje las diferencias entre sus representantes y la Nación, en base a la Cláusula XLI del Contrato y su Anexo III.
4. El 12 de mayo de 1994, el Juzgado Primero de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá dicta una Resolución que admite al Árbitro del Consorcio Metalúrgico VAN DAM ¿ SOSA y Barbero y ordena a la Nación (MOP) que nombre a un Árbitro en el término de cinco (5) días.

5. El 20 de septiembre de 1994, el Juzgado Primero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá mediante Auto N° 1588 declara improcedente constituir el Tribunal Arbitral para decidir las diferencias surgidas en el Contrato N°97 del 2 de octubre de 1980, en base a que carecía de validez el convenio del Proceso Arbitral. Esta Resolución fue apelada por el Consorcio Metalúrgico VAN DAM ¿ SOSA y BARBERO.

6. EL 1° de febrero de 1996, el Primer Tribunal Superior revoca el Auto N° 1588 del Juzgado Primero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, y le ordena continuar con el trámite correspondiente y que la Resolución del 12 de mayo de 1994 sigue vigente.

7. El 19 de marzo de 1996, el Auto N° 631 del Juzgado Primero de Circuito de lo Civil nombra como Árbitro de la Nación al Licdo. Jorge Fábrega P.

8. El 29 de marzo de 1996, el Fiscal primero de Circuito de Panamá anuncia demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución de 1° de febrero de 1996 del Tribunal Superior.

9. El 20 de diciembre de 1996, la Corte Suprema de Justicia declara legal el acto impugnado por el Fiscal Primero de Circuito de Panamá, y ordena que se cumpla con el arbitraje. Por tanto, se da inicio el Proceso Arbitral con la designación del Licdo. Simón Tejeira como representante del Consorcio Metalúrgico VAN DAM ¿ SOSA y BARBERO, y del Licdo. Jorge Fábrega como Árbitro de la Nación.

10. El 30 de enero de 1997 se suscribe el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje.

11. El 21 de octubre de 1997 tomó posesión el Licdo. Guillermo Márquez Briceño como Árbitro dirimente, a través del Acta N° 5 de 12 de septiembre de 1997.

12. El 5 de noviembre de 1997 el Licdo. Guillermo Márquez Briceño presenta sus honorarios profesionales en B/.205,000.00, de los cuales al Estado le corresponde pagar la mitad.

13. El 19 de enero de 1998 el Licdo. Jorge Fábrega, Árbitro de la Nación, presenta sus honorarios profesionales cifrados en B/.150.000.00.

14. En este Proceso Arbitral se efectuó una Audiencia Preliminar, posteriormente se abrió a Pruebas y aún se encuentra en este período de práctica pruebas. Hasta la fecha han sido aportada las siguientes pruebas, que constan en 17 tomos de 2,500 folios aproximadamente:

- a) 128 pruebas testimoniales;
- b) 60 pruebas testimoniales;
- c) 5 inspecciones judiciales; y,
- d) 3 pruebas periciales.

Luego de haber expuesto los antecedentes del caso, creemos oportuno absolver sus interrogantes. En primer lugar, observamos que la designación del Árbitro del Estado ante el Tribunal Arbitral le corresponde a la institución del Estado que actuó en representación del mismo al momento de la celebración del Contrato N° 97, es decir, al ministerio de obras Públicas (MOP).

Sin embargo, ante el incumplimiento o renuencia de dicha institución estatal de nombrar su Árbitro, el Tribunal ordinario tuvo que proceder nombrarlo, en cumplimiento del artículo 1424, que señala:

¿ARTICULO 1424.- Si el arbitraje¿

Expirado el término expresado, si el reconvenido persistiere en su omisión, el Tribunal hará el nombramiento y la persona así nombrada, si acepta, procederá a integrar el Tribunal Arbitral.

Si las partes ¿¿

Esta situación no implica que el Órgano Judicial al designar el Árbitro de una de las partes tenga algún vínculo o responsabilidad laboral o económica, ni con el Árbitro del particular ni con el Árbitro de la Nación, el cual efectivamente nombró.

No obstante, si bien el Código Judicial no entra en pormenores en cuanto a la designación de un Árbitro por el mismo Tribunal ordinario ante la renuencia de una de las partes ha de hacer el nombramiento, el Tribunal debería recurrir por analogía a las normas del mismo Código Judicial que tratan sobre el nombramiento de otros auxiliares judiciales, como peritos, siempre que fuera posible, a fin de que especifique más en cuanto a quien le corresponde pagarle a ese Árbitro, sus emolumentos, su responsabilidad, etc., sobre todo cuando se trata del Árbitro que representa la Nación, ya que se requiere un poco de formalidad, de ser posible la celebración posterior de un Contrato que fije todos esos detalles, antes de iniciar su actuación en el Tribunal Arbitral.

Por otra parte, creemos oportuno aclarar el papel del Ministerio Público en el Tribunal Arbitral, papel que se centra sólo en velar por los intereses del Estado y el fiel cumplimiento de las disposiciones legales, puesto que el representante de la Nación en el Tribunal Arbitral es el Árbitro, Licdo. Jorge Fábrega Ponce. En este caso, el Fiscal Primero del Primer Circuito Judicial de Panamá, quien venía dándole seguimiento al proceso en la esfera judicial, solicitó al Procurador General de la Nación que lo designara para tales efectos en el Tribunal arbitral, de allí que tenga conocimiento y participación en dicho proceso, y que coordine y facilite la tarea del Árbitro de la Nación. A pesar de ello, esto no implica que el Ministerio Público tenga injerencia en las funciones del Árbitro de la Nación, o exista algún tipo de subordinación jurídica o dependencia económica.

Ahora bien, en principio a quien le correspondía nombrar el Árbitro de la Nación era a la institución que en su momento representó a la Nación en el Contrato N° 97 de 2 de octubre de 1980, o sea, el Ministerio de Obras Públicas (MOP), entonces podríamos indicar que a pesar de su renuncia a nombrarlo, le correspondería al MOP el pago del Árbitro. Pese a esto, el MOP no fue autorizado por el Consejo de Gabinete para tales efectos, no ejerció un rol fiscalizador de las funciones del Árbitro de la Nación, mal podría conocer si trabajó o no el Árbitro, que tiempo, etc.

Además, si el MOP paga el Árbitro de la Nación por ser en su momento el representante de la misma en el Contrato N° 97 de 1980, ¿ también le correspondería pagar la mitad de los honorarios del Árbitro dirimente, del Secretario del Tribunal, de su asistente, y la mitad del alquiler de la sede del Tribunal Arbitral (Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá)?

A parte de este caso en estudio, sólo se han dado cuatro (4) experiencias de Tribunales Arbitrales en donde ha participado el Estado y que han concluido con un Laudo Arbitral. Un primer período donde se dan tres (3) casos que va de 1919 a 1932, y uno reciente en 1997.

¿El primer Fallo Arbitral que se registra fue dictado por la propia Corte Suprema de Justicia actuando como Tribunal de Arbitramento, en la controversia surgida entre el Ejecutivo y una compañía de navegación. Dicho Fallo tiene fecha 20 de junio de 1919 y el mismo versó sobre una controversia surgida con motivo del pago de unos impuestos de muellaje¿ (REYES, Luis Carlos. ¿Son válidos los convenios Arbitrales pactados en los contratos de Obras Públicas¿, La Estrella de Panamá, miércoles 10 de septiembre de 1986, pág. B-10 N°100-A).

Otros casos que se dieron en este período fue igualmente en 1919, el 30 de junio, entre el Municipio de Panamá y un particular, Sr. Guillermo Patterson; y, el Auto de 20 de enero de 1950 entre el Estado panameño y la Compañía Pan American Airways por el pago de un impuesto del Fondo Obrero y del agricultor. (Cfr. Bernal Herazo, Lucío. El Arbitraje Comercial, Panamá: 1983, pág.250).

No es sino hasta mediados de la década de los setenta y toda la década de los ochenta, que en Panamá se debatió si era o no legal las cláusulas compromisorias en un Contrato que fuera parte el Estado, si requería o no la aprobación posterior del Consejo de gabinete, pese a que ya esa cláusula y ese Contrato había aprobado legalmente y refrendado. Hubo posiciones encontradas, por un lado, el Dr. Olmedo Sanjur defendía la corriente de una aprobación posterior como función constitucional del Consejo de Gabinete, y por el otro el Dr. Ulises Pittí que propugnaba que sólo era suficiente con la aprobación del Contrato para que la cláusula fuera efectiva.

En la presente década, la tendencia a negociación entre las partes, a la conciliación (negociación asistida) y a la mediación, como otros medios alternativos de solución (preventivos), han llegado a nuestras costas fortaleciendo a su vez la idea del arbitraje, tanto en la esfera privada como en la pública, por lo cual ya se empiezan a ver que la solución judicial de confrontación es la última alternativa. Por ello, no es extraño que en ésta década varias controversias entre el Estado y particulares se hallan ido a Arbitraje, pero de todos estos hasta este momento sólo uno terminó con un Laudo Arbitral, debido a que los otros terminaron por acuerdo, por transacción.

El más reciente caso de Arbitraje es la celebración de un Convenio de Arbitraje N° 21 de 17 de abril de 1997 entre la Nación, representada por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, y la empresa CLUB PACIFICO DE PANAMA, S.A., Convenio debidamente autorizado por el Consejo de Gabinete, con un Árbitro único contratado formalmente (Contrato de Servicios profesionales N° 91 del Ministerio de Hacienda y Tesoro de 26 de agosto de 1997), cuyo Laudo Arbitral está calendado el día 21 de octubre de 1997 referente a impedimento del ejercicio de una Concesión.

Retomando el tema, si el Organismo Judicial sólo designó al Árbitro de la Nación por mandato legal, si el Ministerio Público no tiene mayor injerencia en el Árbitro de la Nación, si el MOP en todo caso sólo podría asumir presupuestariamente el costo del Árbitro de la Nación (no así del dirimente y demás personal), y si el Árbitro designado judicialmente representa a toda la Nación, entonces corresponde el pago precisamente a la Nación, en su conjunto, no hay que verla en una u otra institución, por ello consideramos, con fundamento técnico presupuestario, que corresponde el pago del Árbitro de la nación, al Ministerio de Hacienda y Tesoro, así como el pago de la mitad de los emolumentos al Árbitro dirimente, al Secretario del Tribunal Arbitral, su asistente y la mitad del alquiler del local de dicho Tribunal.

Con esta fórmula se centraría en una sola institución, Ministerio de Hacienda y tesoro, la contratación formal del Árbitro, la fijación de sus honorarios y demás derechos y obligaciones, el tratamiento presupuestario, etc.

Por otro lado, está el asunto de la fijación de los emolumentos de los Árbitros, donde las reglas concernientes a honorarios y formas de pago de las personas designadas Árbitros o arbitradores se fijan antes de que acepten el cargo, tomando en consideración los factores de extensión, cuantía y complejidad del asunto. (BERNAL HERAZO, Ob. Cit. Pág. 88, Subrayado nuestro).

En nuestro ordenamiento jurídico vigente existe un vacío al respecto que el Código judicial sólo habla de los emolumentos del Secretario del Tribunal Arbitral (art 1430) en cuanto a quien fija sus honorarios y a quienes le corresponde pagarlos, no así que monto, o sea, no existe una tabla de honorarios de los Árbitros.

Tampoco contienen una tabla de honorarios de Árbitros la Ley N° 8 de 30 de marzo de 1982 ¿por la cual se crean los Tribunales Marítimos y se dictan normas de procedimiento¿ (G.O. N° 19.539 de 5 de abril de 1982) modificada por la Ley N° 11 de 1986, ni la Ley N° 6 de 12 de julio de 1988 ¿por la cual se regula el Arbitraje en las obras de construcción y otros servicios de ingeniería y arquitectura que se realizan mediante contratos con el Estado¿ (G.O. N° 21.095 de 19 de julio de 1988), ni la Convención de Derecho Internacional Privado de la Habana de 20 de febrero de 1928 (Código de Bustamante), ni la ¿Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras¿ de Nueva York de 10 de junio de 1958, ni la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional de Panamá de 30 de enero de 1975.

Sin embargo, el Decreto Ejecutivo N° 11 de 28 de abril de 1993 del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social ¿por el cual se fijan los honorarios de los Árbitros en conflictos laborales¿ G.O. N° 22.278 de 5 de mayo de 1993), si contempla una suma fija en su artículo único de B/.50.00 Balboas por reunión durante el Arbitraje.

Ante el vacío legal de una tabla general de honorarios de Árbitros y a que no existe un acuerdo o contrato previo que fijara los emolumentos del Árbitro de la Nación en el caso Consorcio VAN DAM ¿ SOSA y BARBEROS vs. La Nación, debemos recurrir a una negociación con cada Árbitro, el de la Nación y el dirimente, para determinar consensualmente sus honorarios ya que existe una primera propuesta de ambos, no así en cuanto a la fijación de los honorarios del Secretario del Tribunal Arbitral y por extensión su asistente, que depende de los mismos Árbitros del Tribunal (art. 1430, C.J.), ni del alquiler del establecimiento del Tribunal Arbitral.

Por una parte, el Árbitro de la Nación fijo sus honorarios en B/.150,000.00 sin referir ningún tipo de tabla o fórmula matemática contable que arroje esa cifra, y por otra parte, tenemos conocimiento que el Árbitro dirimente utilizó como guía la Tabla de honorarios de Árbitros de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), fijando su cuantía en el máximo del renglón del monto de 50 a 80 millones de dólares, es decir, en B/.204,000.00 (sin un plus del .12% sobre 50 millones) donde el mínimo es de B/.48,750.00.

Si comparamos esta última tabla de la CCI con la tabla que sugiere el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, que es una tabla acumulativa, que para un monto de unos B/.75,000,000.00 por ejemplo resulta una cuantía aproximadamente de B/.90,000.00 en concepto de honorarios del Árbitro.

Sabemos que este Consorcio Metalúrgico VAN DAM ¿ SOSA y BARBERO es internacional (Venezolano-Panameño), y por tanto, sería lógico utilizar la tabla de la CCI, pero el propio Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá reconoce que esta tarifa no se ajusta a la realidad nacional, extremadamente costosa para las partes, y resulta poco competitiva respecto a otros Centros de Arbitraje Internacional (Londres, Tokio, etc.), por lo cual dicha institución recomienda un ajuste sustancial.

De allí que reiteramos que la Nación, llámase Ministerio de Hacienda y Tesoro, se aboque a una negociación con ambos Árbitros para fijar un monto conveniente y justo para ambas partes. Para esta tarea de valoración científica se pueden orientar considerando la tabla de la CCI ajustada, la tabla del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, o por medio de las actas de su trabajo efectivo, de constancias contables que permitan verificar el tiempo ocupado realmente (B/.x hora trabajada comprobada), las sesiones celebradas, etc.

Recomendamos que el Organo Judicial desarrolle reglamentariamente el tema de arbitraje contenido en el Código judicial, a fin de que se establezca con claridad el procedimiento científico contable de determinación de los honorarios de los Árbitros, los requisitos de designación, contratación, partida presupuestaria (cuando se trata de un Árbitro de la Nación), etc.

Por todo lo anterior, concluimos, en base a nuestro ordenamiento jurídico vigente, que corresponde el pago del Árbitro de la Nación, al Ministerio de Hacienda y Tesoro, así como el pago de la mitad de los emolumentos al Árbitro dirimente, al Secretario del Tribunal Arbitral, su asistente y la mitad del alquiler del local del Tribunal Arbitral, encargándose el Ministerio de Hacienda y Tesoro encontrar la viabilidad presupuestaria del pago (partida presupuestaria, crédito extraordinario o vigencia expirada).

Igualmente, concluimos que en nuestra legislación positiva existe un vacío en cuanto a la fijación de los honorarios de los Árbitros, por tanto la Nación, Ministerio de Hacienda y Tesoro, debe entrar en negociación cuanto antes con el Árbitro que la representa, Licdo. Jorge Fábrega Ponce, y con el Árbitro dirimente, Licdo. Guillermo Márquez Briceño, con el objeto de fijar un monto conveniente y justo para ambas partes, fijación que podrá ser en base a la tabla de la CCI ajustada a nuestra realidad, la tabla del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá de Panamá, o por medio de las actas de su trabajo efectivo, de constancias contables que permitan verificar el tiempo ocupado realmente (B/. X hora trabajada comprobada), por las sesiones celebradas.

Esperamos haber satisfecho sus interrogantes, con nuestra más alta estima,

Cordialmente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AmdeF/6/cch.