

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS VÁSQUEZ ARROCHA CONTRA LA PARTE FINAL DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 7 DEL DECRETO LEY NO. 5 DE 8 DE JUNIO DE 1999, MEDIANTE LA CUAL SE ESTABLECE EL RÉGIMEN GENERAL DE ARBITRAJE DE LA CONCILIACIÓN Y DE LA MEDIACIÓN. PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, ONCE (11) DE JUNIO DE DOS MIL TRES (2003).-

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Pleno

Ponente: Arturo Hoyos

Fecha: 11 de Junio de 2003

Materia: Inconstitucionalidad

Acción de inconstitucionalidad

Expediente: 579-1999

VISTOS:

El licenciado CARLOS VÁSQUEZ ARROCHA, actuando en su propio nombre y representación, solicita al Pleno de la Corte Suprema de Justicia que se declare la inconstitucionalidad de la parte final del párrafo segundo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, mediante el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación.

De la demanda de inconstitucionalidad se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación y por devuelto el expediente con la respectiva vista de traslado se fijó en lista por el término de Ley, para que el demandante y las personas interesadas presentaran argumentos por escrito sobre el caso, cumpliéndose de esa manera los trámites de la sustanciación establecida en la ley.

El caso se encuentra por tanto en estado de decidir y a ello se procede, previas las consideraciones siguientes:

I.- SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Consiste en que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le confiere el inciso 1º del artículo 203 de la Constitución Política, declare que la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, es inconstitucional por infringir el sentido del numeral 4 del artículo 195 y el numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Nacional.

El aludido artículo 7, dentro del cual se encuentra el párrafo acusado de inconstitucional dice, literalmente, así:

"Artículo 7. El convenio arbitral, es el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las

controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no.

Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, las entidades autónomas, semiautónomas, incluso la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo. Igualmente podrán acudir al arbitraje internacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por tratado o convención internacional. El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

...."

(lo resaltado es lo que se demanda de inconstitucional).

La primera norma constitucional que el recurrente considera infringida es el numeral 4 del artículo 195, cuyo contenido dice así:

"Artículo 195. Son funciones del Consejo de Gabinete:

1.-...

2.-...

3.-...

4.-Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

...."

La violación del numeral 4 del artículo 195 de la Carta Magna, según el demandante, se produce en forma directa por omisión, ya que el acto demandado desconoce la vigencia de la citada norma constitucional y el procedimiento a seguir para que se puedan someter a arbitraje las controversias en la que sea parte el Estado.

Considera el recurrente, que la norma por él impugnada parece evidenciar el deseo de que el Estado Panameño obvie o desconozca la prerrogativa que la Constitución Política le otorga y no se someta cada caso de mediación o de arbitraje donde éste participe, al Consejo de Gabinete y a la opinión del Ministerio Público.

También agregó el demandante, que "nadie se opone a la posibilidad de que en asuntos donde el Estado sea parte, puede aprobarse una transacción o someterse a un arbitraje; lo cuestionable en este como en otros casos, es pasar por encima

de la sensatez y racionalidad constitucional que se plasmó en el artículo 195 de la Constitución Nacional, que precisa que en caso de que se presenten esas opciones o posibilidades, debe el Jefe del Ejecutivo llevar el tema al Consejo de Gabinete y escuchar a nombre de quien defiende los intereses del Estado, la viabilidad o inconveniencia de esa decisión."

El actor también señala como violado el numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Política, el cual a la letra expresa lo siguiente:

"Artículo 153. La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea Legislativa y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

1.-.....

16.-Conceder al Órgano Ejecutivo, cuando éste lo solicite, y siempre que la necesidad lo exija, facultades extraordinarias precisas, que serán ejercidas, durante el receso de la Asamblea Legislativa, mediante Decretos-Leyes.

Todo Decreto-Ley que el Ejecutivo expida en el ejercicio de las facultades que se le confieren deberá ser sometido al Órgano Legislativo para que legisle sobre la materia en la legislatura ordinaria inmediatamente siguiente a la promulgación del Decreto-Ley de que se trate. El Órgano Legislativo podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar sin limitación de materias los Decretos-Leyes así dictados."

En opinión del recurrente, la norma anteriormente transcrita ha sido infringida en forma directa por omisión, por cuanto que el Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, sobre arbitraje y mediación fue expedido en incumplimiento del mandato constitucional inserto en la citada norma, ya que no fue sometido a la legislatura ordinaria subsiguiente, a fin de que el Órgano Legislativo legislara sobre esa materia, además de que dicho decreto está siendo aplicado como si fuera una ley.

II.- OPINIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El señor Procurador General de la Nación, por su parte, al opinar en este proceso de inconstitucionalidad de que conoce el Pleno de esta Corporación de Justicia, a través de la Vista No. 44 de 16 de diciembre de 1999 (fs. 9 a 24), en relación con la primera infracción expuesta por el demandante, considera que la parte final del párrafo segundo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999 si infringe el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución Política, por cuanto que la norma impugnada pretende someter a arbitraje aquellos conflictos en los que sea

parte el Estado eximiéndolos de la autorización del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, funcionario quien en estos casos, por disposición constitucional ejerce una función fiscalizadora en defensa de los intereses del Estado.

Finalmente, el Procurador General de la Nación en opinión vertida en cuanto a la violación del numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Política, sostiene que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el control constitucional no puede dirigirse por omisión de la función legislativa, ya que el sistema jurídico panameño no regula la demanda de inconstitucionalidad por omisión.

III.- ARGUMENTOS EXPUESTOS EN EL TÉRMINO DE LISTA.

Como se tiene expresado, durante el término de lista hicieron uso de tal derecho además del demandante, el Dr. Ulises Pittí G., quien lo hizo en su propio nombre y también en nombre y representación del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (fs.33-46). Aprovecharon esta etapa procesal la licenciada Daría Castañedas L., en nombre y representación de la Firma Forense RIVERA, BOLÍVAR & CASTAÑEDAS, quien presentó escrito de oposición y alegatos al recurso de inconstitucionalidad (fs. 60-67); y los licenciados Gabriel Martínez Garcés (fs. 68-72) y Giovanni A. Fetcher H. (fs. 85-89); quienes también se oponen a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Los letrados manifiestan en común que el inciso 4 del artículo 195 de la Constitución Política señala expresamente las pautas que hay que seguir para transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos (pleito en tribunal) en que el Estado sea parte. Es decir, que este supuesto se da cuando no se pacta cláusula arbitral y sobreviene el conflicto. Entonces, para transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos, se requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete, más el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Advierten los terceros interesados que solamente en aquellos casos en que exista una cláusula o pacto de arbitraje debidamente inserta en los contratos suscritos por el Estado, puede operar la excepción a que hace referencia la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999.

Por otro lado, señalan que la interpretación del demandante resulta errónea, ya que el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución Política, no faculta al Consejo de Gabinete, ni al Procurador General de la Nación, para pronunciarse en cuanto a los convenios arbitrales que celebren las instituciones del Estado, pues al momento de suscribirse un Convenio Arbitral no existe asunto litigioso ventilándose en un tribunal en el cual el Estado sea parte.

En este sentido, alegan también, que los contratos administrativos celebrados por el Estado dentro de los cuales se incluyen los convenios arbitrales, sólo requieren para su formalización del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 56 de 1995.

En virtud de todo lo anterior, concluyen que la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, no infringe en forma alguna el numeral 4 del artículo 195, ni el numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Nacional.

IV. CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL PLENO.

Habiéndose agotado todos los trámites establecidos en estos procesos constitucionales, procede el Pleno a analizar si se produce la aludida violación a las normas constitucionales citadas, para lo cual procederá al análisis correspondiente.

Tal como se desprende del libelo de la demanda, la pretensión del demandante radica en que se declare inconstitucional la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, que establece que el pacto de sumisión a arbitraje acordado por el Estado, las Entidades Autónomas, Semiautónomas e incluso la Autoridad del Canal de Panamá, tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete, ni del concepto favorable del Procurador de la Nación. La parte actora considera que dicho artículo infringe el numeral 4 del artículo 195 y el numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Política.

El Decreto Ley No. 5 de 1999, estableció un nuevo régimen general sobre arbitraje, conciliación y mediación. Sobre el particular en el artículo 1 dispone lo siguiente:

"Artículo 1: El arbitraje es una institución de solución de conflictos mediante el cual cualquier persona con capacidad jurídica para obligarse somete las controversias surgidas o que puedan surgir con otra persona, al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada, de conformidad a lo establecido en el presente Decreto Ley.

El Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, define el Convenio Arbitral como el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no.

No obstante, en los casos en que no se haya pactado convenio arbitral y surja una controversia y no haya litigio aún, éste podrá convenirse por el acuerdo de las partes. Para estos efectos, cualquiera de ellas remitirá notificación escrita a la otra expresando su voluntad de someterse a arbitraje el conflicto. La parte requerida tendrá siete días hábiles para responder la solicitud. De aceptar la propuesta de arbitraje, las partes dispondrán de un plazo común de cinco días hábiles para designar sus árbitros.

Por otro lado, el Decreto Ley No. 5 de 1999, en su artículo 8, establece alguna de las modalidades que podrán adoptarse en el convenio arbitral:

- 1.-Un convenio o acuerdo en forma de cláusula inserta dentro de otro contrato principal.

Constituye una cláusula compromisoria, aunque se haya prescindido de emplear dicho término. La cláusula compromisoria puede definirse como el pacto o estipulación con sujeción a la cual dos o más personas convienen en que si surge en el futuro alguna controversia en torno a la interpretación, validez, cumplimiento o terminación de una relación jurídica existente entre ellas, tal diferencia se someterá a arbitraje. La cláusula compromisoria puede pactarse en el mismo contrato o en un negocio posterior complementario.

- 2.-Un convenio o acuerdo independiente sobre controversias ya surgidas o que puedan surgir entre las partes.

- 3.-Una declaración unilateral de someterse a arbitraje por una de las partes, seguida de una adhesión posterior de la otra u otras partes involucradas en el conflicto.

El artículo 7 del mencionado Decreto Ley No. 5 de 1999, dentro del cual se encuentra el párrafo demandado, hace una salvedad al indicar que en los casos en que no se haya pactado el convenio arbitral en los contratos suscritos por el Estado y surja el litigio (es decir, pleito en tribunal), sí se requerirá para someter a arbitraje, la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, es decir, que sólo en aquellos casos en que exista una cláusula o pacto de arbitraje debidamente inserta en los contratos suscritos por el Estado, puede operar la excepción a que se hace referencia en el párrafo que se demanda.

Como se observa, la demanda de inconstitucionalidad propuesta se refiere a éste último supuesto, porque se considera que la norma demandada establece una exclusión o excepción legal, que pretende desconocer los requerimientos establecidos en la Constitución, en cuanto a la posibilidad de que el Estado someta sus conflictos a arbitraje, y que se refieren por un lado, a la aprobación de la sumisión a arbitraje por parte del Consejo de Gabinete, y por otra parte, a la necesidad de un concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Nuestra Carta Magna ha regulado las funciones del Consejo de Gabinete, en la que se ha incluido de manera expresa, como una de las atribuciones de ese organismo, la de "acordar la celebración de contratos" (ordinal 3^a del artículo 195 de la Constitución Nacional); le ha asignado también como una atribución distinta la de "acordar con el Presidente de la República que éste pueda someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte" (numeral 4^a del mismo artículo). Por lo que se interpreta que se trata de dos facultades distintas, toda vez que de lo contrario no se hubiese incluido la última en el mismo artículo.

Es importante precisar entonces, que el inciso 4 del mencionado artículo 195 de la Constitución Nacional, señala expresamente las pautas que hay que seguir para transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en la que sea parte el Estado. Esto es, que debe obtenerse la aprobación del Consejo de Gabinete, más el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Reiteramos que el arbitraje, como hemos sustentado, puede pactarse en dos momentos diferentes: a) antes de que surja el conflicto, y; b) después de surgido el conflicto. Cuando no se haya pactado una previsión de controversias futuras y se origine el litigio, no puede transigirse o someterse a arbitraje el negocio que se trate, si una de las partes es el Estado, sin que medie aprobación del Consejo de Gabinete, más el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Por otro lado, cuando el arbitraje se pacta antes de que surja el conflicto, bastará para que el convenio arbitral tenga validez lo previsto en la parte inicial del artículo 7 del Decreto Ley No. 5. No se trata aquí, pues, del tema de la validez de la cláusula compromisoria, sino de su eficacia, es decir, de su capacidad para surtir efectos sin el cumplimiento de la condición que por virtud del artículo 195 numeral 4 constitucional debe producirse (aprobación del Consejo de Gabinete y concepto favorable del Procurador General de la Nación).

La cláusula compromisoria pactada por el Estado o cualquiera de las instituciones mencionadas en el artículo 7 del Decreto Ley 5 de 1999, es válida pero tiene eficacia diferida: sólo puede surtir efectos si se cumple la condición prevista en el artículo 195 numeral 4 de la Constitución. Sólo así puede surtir su efecto principal: el sometimiento de la controversia a arbitraje.

Estima esta Superioridad que la cláusula compromisoria requiere también la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de Nación, para que sea eficaz. Sostener lo contrario, como lo hace la norma impugnada, es contrariar lo previsto en la Constitución.

Para el autor SCOGNAMIGLIO, RENATO ".... el contrato es un supuesto de hecho característico, por el reconocimiento que el ordenamiento jurídico le da a la autonomía de los particulares por medio de él, como instrumento de disciplina de los intereses individuales, y que se realiza en la medida en que el derecho atribuye a sus expresiones un valor y una eficacia adecuada a su función. Y esta afirmación encuentra pleno respaldo en un análisis correcto de los efectos contractuales, que forzosamente tiene que destacar la distinción entre el efecto fundamental, consistente en la propia existencia del contrato como autorregulación de los intereses particulares, que sirva para identificarlo entre los demás hechos jurídicos, y los llamados efectos finales, que se realizan en las nuevas situaciones jurídicas que crea la función pretendida por las partes." (SCOGNAMIGLIO, RENATO. Teoría General del Contrato. Publicaciones de la Universidad EXTERNADO DE COLOMBIA. Traducción de Fernando Hinestroza, 1971, Pág. 250-251)

Es preciso distinguir entonces, los contratos válidos con efectos diferidos.- "La figura del contrato (negocio) con efectos diferidos se presenta cuando quiera que los efectos (finales) del contrato deben producirse solamente al ocurrir un hecho posterior (muchas veces incierto) al momento en que se celebra (condiciones voluntarias o legales, términos), en virtud de una disposición de las partes o de la ley." (SCOGNAMIGLIO, RENATO. Ibidem. Pág. 252).

Por otra parte, la existencia de acciones populares en el plano constitucional (recurso de inconstitucionalidad) y en el plano legal (acción contencioso-administrativa de nulidad) previstas en nuestro ordenamiento constitucional (artículo 203) revelan que el Estado puede autolimitarse para recurrir a la jurisdicción constitucional o a la Contencioso Administrativa, sólo si se cumple con la condición prevista en el artículo 195 numeral 4 de la Constitución. De allí que la frase impugnada del artículo 7 del Decreto Ley 5 de 1999, también viola el artículo 203 de la Constitución, ya que esa norma pretende ignorar una condición que la misma Constitución le impone a las instituciones públicas para que puedan someter un conflicto a arbitraje en vez de a la jurisdicción constitucional o a la Contencioso Administrativa.

Finalmente, la segunda norma constitucional que el demandante aduce como violada por la parte final del párrafo segundo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 1999 impugnada, es el artículo 153, numeral 16 de la Constitución Política.

Afirma el demandante que la violación de la norma antes mencionada se produce porque no se sometió al Órgano Legislativo para que legislara sobre la materia, a la legislatura ordinaria subsiguiente que se inició el 1 de septiembre de 1999.

Esta Corporación debe señalar al demandante, que si se da el caso de que el Órgano Legislativo no revise inmediatamente los Decretos Leyes dictados por el Órgano Ejecutivo, no quiere decir, que los mismos sean nulos o sea cuestionable su vigencia, ya que la norma comentado faculta al Órgano Legislativo para que en cualquier tiempo y a iniciativa propia, derogue, modifique o adicione sin limitaciones de materias los Decretos Leyes así dictados.

Por lo que, concluimos que la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 1999, no viola en forma alguna el numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL el párrafo "El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación" , contenido en la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999,

por ser violatorio del numeral 4 del artículo 195 y del artículo 203 de la Constitución.

Notifíquese y Publíquese

ARTURO HOYOS
CÉSAR PEREIRA BURGOS -- ANÍBAL SALAS CÉSPEDES -- WINSTON SPADAFORA FRANCO -- JOSÉ A. TROYANO (Con Salvamento de Voto) -- ADÁN ARNULFO ARJONA L. (Con Salvamento de Voto) -- ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ -- GRACIELA J. DIXON C. -- ROGELIO A. FÁBREGA ZARAK
CARLOS H. CUESTAS G. (Secretario General)

**SALVAMENTO DE VOTO DE
JOSE A. TROYANO**

De la manera más respetuosa y por disentir de la opinión de la mayoría del Pleno vertida en la sentencia que declara inconstitucional el párrafo "El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación", contenido en la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 1999, por este medio salvo el voto, exponiendo a continuación las razones que me obligan a ello.

El párrafo cuya inconstitucionalidad fue solicitada y el Pleno la está declarando, forma parte del Artículo 7 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 1999 cuyo texto transcribimos a continuación:

"Artículo 7. El convenio arbitral, es el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no.

Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, las entidades autónomas, semi autónomas, incluso la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo. Igualmente podrán acudir al arbitraje internacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por tratado o convención internacional. El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

...."

De acuerdo al demandante constitucional, el aludido párrafo del artículo 7 anteriormente transcrita es violatorio del numeral 4 del artículo 195 de la Constitución Nacional, que es del siguiente tenor:

"Artículo 195. Son funciones del Consejo de Gabinete:

1.
2.
3.
4. Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación."

Tal como lo sostiene la sentencia dictada por el Pleno, el inciso 4 del artículo 195 de la Constitución, señala expresamente las pautas que hay que seguir para transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en los que sea parte el Estado, y para tales efectos exige, es decir, para los casos en los que ya existe una controversia desatada en los tribunales, que debe obtenerse previamente la aprobación del Consejo de Gabinete, más el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Así, sostiene la sentencia, que el arbitraje puede pactarse en dos momentos, a saber: a) antes de que surja el conflicto, y ; b) después de surgido el conflicto.

Después del análisis respectivo, la sentencia dictada por la mayoría del Pleno señala que el párrafo demandado de inconstitucional no sólo es violatorio del numeral 4 del artículo 195, sino también del artículo 203 de la Constitución.

Con respecto al numeral 4 del artículo 195 de la Constitución, la inconstitucionalidad la fundamentan en que si bien, cuando una de las partes es el Estado y éste pacta antes de que surja el conflicto, someterlo a arbitraje, el convenio así pactado es válido, pero no así su eficacia, es decir que, su capacidad para surtir efectos jurídicos se encuentra afectada, ya que los mismos no se producen sin el cumplimiento de la condición establecida en el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución, esto es, la obtención de la aprobación del Consejo de Gabinete, más el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Es decir, concluye el Pleno que para que la cláusula compromisoria se torne eficaz, requiere también, aunque no exista litigio sino sólo el pacto arbitral, la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, y puntualiza señalando que "Sostener lo contrario, como lo hace la norma impugnada, es contrariar lo previsto en la Constitución".

En cuanto a la inconstitucionalidad que surge por la violación del artículo 203 de la Constitución, de acuerdo a la mayoría del Pleno, se fundamenta en que la frase impugnada del artículo 7 del Decreto Ley 5 de 1999, "pretende ignorar una condición que la misma Constitución le impone a las instituciones públicas para que puedan someter un conflicto a arbitraje en vez de ir a la jurisdicción constitucional o a la Contencioso-Administrativa."

El suscrito, al discrepar de la opinión mayoritaria vertida en la sentenciaa que se contrae el presente salvamento de voto, considera necesario hacer los señalamientos y análisis que a continuación se exponen como fundamento de su disentimiento.

En este sentido vemos que la doctrina ha señalado que el arbitraje es una de las primeras formas de resolver los conflictos jurídicos que se presentaban entre las personas, toda vez que su origen se atribuye a la época primitiva de la sociedad en que la evolución cultural imponía deferir a terceros la solución de las disputas, aceptando de antemano y con carácter obligatorio la decisión que se tomara; ello es indicativo de que se estaba en presencia de una solución de un conflicto por la vía arbitral.

En la actualidad, el arbitraje ha adquirido un gran desarrollo, se han suscrito y ratificado varios instrumentos internacionales en los que se vinculan a diversos países iberoamericanos.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, ente especializado de índole privado, dedicado a ofrecer los servicios de administración de arbitraje como una de las alternativas modernas a la solución de controversias, ha definido el arbitraje como un procedimiento reconocido por la ley al cual pueden acogerse los particulares para lograr la solución de sus conflictos en forma privada, más rápida y eficaz, sin tener que acudir a la justicia ordinaria, pudiendo obtener un fallo imparcial y definitivo, cuyos efectos son iguales a los de una sentencia judicial.

Luego de haber visto someramente lo que es la figura del arbitraje, delinear sus ventajas y su importancia como alternativa moderna en la solución de conflictos, es imperativo, hoy día, en que el Estado se encuentra cada vez más inmerso en labores de diversas naturaleza, que de sus ventajas y bondades se haga partícipe a la actividad estatal, razón entre otras por la que nos permitimos disentir de los razonamientos expuestos por la mayoría del Pleno, en cuanto a que el párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No.5 de 1999, declarado inconstitucional, desconoce el procedimiento a seguir contenido en el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución Nacional para que se puedan someter a arbitraje las controversias en las que sea parte el Estado, violando también dicho párrafo el artículo 203 de la Constitución, interpretación esta que al restarle validez y eficacia al Convenio Arbitral así celebrado, lo que hace es dilatar el procedimiento, afectar la seguridad jurídica en las contrataciones estatales y disminuir los efectos de la figura del arbitraje como medida alterna de solución de conflictos tendiente a solucionar, en parte, la creciente carga de los asuntos que tienen que ser atendidos por los

Tribunales de Justicia, tema este de singular trascendencia para el Órgano Judicial.

En nuestra opinión y sin que sea necesario recurrir a interpretaciones, pues el tenor literal de la norma constitucional es clara en su redacción, el mandato contenido en el numeral 4 del artículo 195 de la Carta Magna es aplicable en aquellos casos en que el Estado sea parte de un litigio o proceso actual y que se pretenda someterlo a arbitraje o terminarlo por transacción, pero sin que se haya pactado previamente o suscrito un convenio o contrato por escrito, que contenga o incluya una cláusula compromisoria en tal sentido. Lo anterior quiere decir, sin lugar a dudas, que la facultad que en dicha norma Constitucional se le concede al Consejo de Gabinete, opera exclusivamente en aquellos juicios ya iniciados en los Tribunales, en los que el Estado es una de las partes del proceso. Por tanto, en los litigios o procesos a que hace referencia el artículo 195, numeral 4 de la Constitución Política, resulta evidente que para que puedan ser sometidos a arbitraje, requieren del cumplimiento de la condición consistente en la aprobación del Consejo de Gabinete en acuerdo con el Presidente de la República, previo el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Por ello, consideramos que con relación al párrafo declarado inconstitucional no existe un desconocimiento de la norma impugnada respecto del mandato contenido en el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución, sino que aquélla lo que pretende es respaldar desde una jerarquía legal, el valor jurídico que debe reconocerse a las cláusulas y pactos de arbitraje que suscriba el Estado en sus contrataciones administrativas, brindando la seguridad de que una vez se cumpla con los trámites relativos a toda contratación administrativa, según lo regula la Ley, y contando con la aprobación del Consejo de Gabinete o del Consejo Económico Nacional según corresponda, no sea posible para el Estado aducir, al momento en que se tenga que ejecutar el pacto arbitral o la cláusula compromisoria, que se requiere de un procedimiento adicional de aprobación. Tal interpretación, en nuestra opinión, reiteramos, resulta a todas luces contraria a la esencia misma de la Institución del Arbitraje que persigue, en todo caso, obtener una solución más rápida y eficaz en los conflictos que se derivan de las contrataciones administrativas suscritas por el Estado, en las que la intención de las partes, entre ellas el Estado, ha sido la de excluir la posibilidad de que el eventual conflicto que surja sea sometido a la decisión de los tribunales ordinarios.

A no dudarlo, someter una contratación administrativa en la que se pactó previamente el sometimiento a arbitraje, al cumplimiento de la condición o procedimiento establecido en el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución, sin que exista un proceso en los tribunales de justicia, como lo señala la sentencia dictada por el Pleno, resulta además, contrario a la seguridad jurídica por cuanto podría ocurrir, no obstante haber el Estado aceptado mediante convenio que es Ley entre las partes, someterse a un arbitraje, que éste no reciba la aprobación del Consejo de Gabinete ni el concepto favorable del Procurador General de la Nación, teniendo el particular que contrató que quedar sometido a los rigores de una jurisdicción o proceso distinto al procedimiento arbitral, por haber sido

desconocido el convenio celebrado con el Estado, resultando ineficaces los esfuerzos realizados para obtener las ventajas y beneficios que brinda un proceso arbitral.

Es importante aclarar entonces, que en nuestra opinión, en los casos en que no se ha pactado el convenio arbitral en los contratos suscritos por el Estado y surja un litigio respecto a ellos, sí se requerirá, para someterlo a arbitraje, la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, pero en cambio, sólo en aquellos casos en que exista una cláusula o pacto de arbitraje legalmente inserta en los contratos suscritos por el Estado, puede operar la excepción a que hace alusión el párrafo contenido en el artículo 7 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 199, que dice "El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación"

Nuestro criterio no es más que la reiteración de los pronunciamientos que en esta materia ha expedido la Corte Suprema de Justicia, fundamentándose, entre otras cosas, en la aplicación del tenor literal de la norma constitucional que se estima violada, criterio que compartimos y del cual consideramos que en esta ocasión el Pleno se aparta.

Por la importancia e incidencia respecto al tema que nos ocupa, a continuación transcribimos parcialmente lo manifestado por esta alta Corporación de Justicia en ocasión de referirse a la aplicación del numeral 4 del artículo 180 de la Constitución (que corresponde al actual numeral 4 del artículo 195):

"El arbitraje que se autoriza mediante la Ley 9 de 1976 no cae dentro del ámbito del numeral 4 del artículo 180 de la Constitución, porque como claramente lo expresa el Procurador, la facultad que se le concede al Concejo(sic) de Gabinete, opera exclusivamente en aquellos juicios ya iniciados en los tribunales, en los que el estado se ha constituido en una de las partes. En la Ley impugnada el órgano Legislativo autoriza la creación de un tribunal de arbitraje para un futuro juicio en que el Estado no es aun parte." (Sentencia del Pleno de fecha 19 de febrero de 1976)(Resaltado nuestro).

Si bien se podría argumentar que el precedente citado se refiere a un arbitraje convenido dentro de un contrato aprobado mediante ley, por iguales circunstancias, de acuerdo a la opinión de la mayoría del Pleno vertida en la sentencia de la cual es accesorio el presente salvamento de voto, habría que declarar inconstitucional algunos artículos de la referida ley ; no obstante en aquella ocasión, con fundamento en lo expuesto, entre otras cosas, se declaró que los artículos demandados de la Ley, no eran inconstitucionales.

En otro importante precedente, la Corte, refiriéndose nuevamente al numeral 4 del artículo 195 de la Constitución, realizó los siguientes señalamientos:

"La primera norma fundamental que se señala como vulnerada es del tenor siguiente":

'ARTICULO 195. Son funciones del Consejo de Gabinete:

.....

4. Acordar con el Presidente de la República que éste 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. ...'

Se sostiene que el citado artículo ha sido violado en forma directa por el acto demandado, pues el mismo está desconociendo el procedimiento a seguir para que se puedan someter a arbitraje las controversias en las que sea parte el Estado.

.....

Ante todo, la Corte comparte los planteamientos que hace la Vista de la Procuraduría al sustentar la eficacia o validez jurídica de los convenios arbitrales pactados entre los particulares y el Estado. Queda claro, entonces, que se puede pactar la futura celebración de un arbitraje para solucionar los conflictos entre los contratantes, pues legal, doctrinal y jurisprudencialmente, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, ha sido admitido que en la contratación pública en general es permisible la incorporación del pacto compromisorio o arbitral, siempre que no se afecte el interés público.

.....

En este caso, como se tiene dicho, se está cuestionando la constitucionalidad de la resolución dictada dentro de la jurisdicción civil que se refiere a la integración de un tribunal de arbitraje para que ventile las controversias surgidas en relación a un contrato en que una de las partes es la Nación, aduciéndose que no se han cumplido ciertas condiciones constitucionales para proceder al proceso de arbitraje.

.....

Aprecia el Pleno que en este caso no caben dudas en cuanto a que la aludida cláusula arbitral invocada por el Consorcio existe y está vigente, según se plasmó en el contrato celebrado, sin que lo anterior signifique que no se deba tener el cuidado de asegurar que la actuación de la autoridad a la que le corresponda procurar que se practique lo que en la cláusula pactada se establece, evite entrar en contradicción o en incompatibilidades con lo que sobre esta materia contempla la Constitución, particularmente en lo pautado por el artículo 195 en su numeral 4.

Siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la norma confrontada en este caso, artículo 195, ordinal 4, (anteriormente art. 188, ord.4) habría que concluir que:

El acto jurisdiccional que motivó la impugnación y que se acusa de haber desconocido el procedimiento que determina el artículo 195 (ord.4) no ha transgredido dicha norma, pues la misma se refiere a una situación distinta a la que debía analizarse y resolverse a través de aquel acto judicial.

Así, el mandato que expresa el funcionario judicial mediante la resolución demandada de inconstitucional para que se nombre un árbitro (por parte de la Nación), a efectos de que se practique un arbitraje, obedece a la autorización que le otorga una de las cláusulas del contrato para que promueva dicho procedimiento; por tanto, ni ese procedimiento, ni el consecuente arbitraje quedan ubicados exactamente dentro de los marcos descritos por el ordinal 4 del artículo 195 de la Constitución, porque 'la facultad que se le concede al Consejo de Gabinete, opera exclusivamente en aquellos juicios ya iniciados en los tribunales, en los que el Estado se ha constituido en una de las partes'. (Ver fallo de 19 de febrero de 1976 -Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 de la Ley 9 de 5 de febrero de 1976).

En este caso vemos que la autorización para la creación de un tribunal de arbitraje no la dio el Organo Judicial mediante la resolución impugnada; tampoco se dio en un juicio iniciado en los tribunales, sino que se pactó previamente en un contrato suscrito por la Nación y una empresa privada, por lo cual hay que convenir que hasta este momento tiene rango o categoría de ley entre las partes. Se trata de un acto del Organo

Ejecutivo en donde el Consejo de Gabinete intervino determinando que la tutela de los intereses del Estado resultarían mayormente salvaguardados, por la naturaleza de la materia contractual, 'a través de la creación de tribunales técnicos con cabal conocimiento de las cuestiones sometidas a su conocimiento'(Ver jurisprudencia ibidem)

Consecuentemente, no es cierto, como se alude en la presente acción de inconstitucionalidad, que con los resultados del acto demandado se esté obligando al Estado a realizar el acto de someter a arbitraje un litigio y que con ello el tribunal se esté inmiscuyendo en materia privativa de otro órgano del Poder Público pues, como ha quedado aclarado, el mismo Estado a través del Organo Ejecutivo -representado por los funcionarios competentes- se comprometió voluntariamente a resolver mediante arbitraje las controversias que pudieran surgir por la ejecución, interpretación o resolución del contrato que suscribió. De forma tal que la autoridad judicial, en este caso el Primer Tribunal Superior, bajo ningún punto de vista está violando la Constitución, ni ha invadido el papel de mediador para la ejecución de lo convenido por el Organo Ejecutivo en el contrato por él soberanamente celebrado".(Sentencia del Pleno de fecha 20 de diciembre de 1996.-Registro Judicial -Diciembre de 1996-, pags.117-124)(Resaltado nuestro).

Antes de resumir los puntos importantes de la sentencia parcialmente transcrita, consideramos necesario recalcar, pues el fallo lo aclara, que si bien lo demandado de inconstitucional en aquel entonces consistía en una resolución judicial en la que se ordenaba a la Nación el nombramiento de un árbitro para integrar un tribunal arbitral, la misma tuvo su origen en un pacto convenido previamente en un contrato suscrito por la Nación en el que acordó someter a un tribunal arbitral los conflictos que pudieran surgir. De manera que, sostuvo la Corte, la situación planteada no quedaba dentro del marco y, por tanto, no le era aplicable lo establecido en numeral 4 del artículo 195 de la Constitución, porque el procedimiento allí descrito sólo opera cuando existe un juicio ya iniciado en los tribunales en el que el Estado se ha constituido en una de las partes y desea extraer del conocimiento de la justicia ordinaria el proceso para someterlo a un tribunal arbitral y ésta, a todas luces, no era la circunstancia que envolvía la demanda de inconstitucionalidad presentada, ni es tampoco, agregamos nosotros, la hipótesis contemplada en el párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No.5 de 1999, declarado inconstitucional.

Del precedente citado, el cual viene fundamentado en la ley, la doctrina y la jurisprudencia patria, podemos extraer las conclusiones que con respecto al tema, resumimos a continuación:

- 1) Que la facultad del Estado para someter sus asuntos a arbitraje, vía convenio o cláusula arbitral, no requiere del cumplimiento del procedimiento establecido en el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución;
- 2) Que los convenios o cláusulas arbitrales, mediante los cuales el Estado acuerda someter la decisión de los conflictos que surjan, a un tribunal arbitral, sí gozan de validez y además de eficacia jurídica sin necesidad del cumplimiento de la condición de obtenerse la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación;
- 3) Que sólo cuando no exista una cláusula compromisoria o convenio arbitral previo que faculte al Estado para someter a arbitraje los litigios o procesos ya existentes en los que es parte, es cuando se requiere del cumplimiento de la condición estipulada en el numeral 4 del artículo 195 de la Constitución para poder someter su solución a un tribunal arbitral.

En nuestra opinión, apreciada en los términos expuestos la interpretación que la Corte le ha dispensado al ordinal 4 del artículo 195 de la Constitución, queda claro y palpable que la intención y efectos perseguidos con la expedición del párrafo del artículo 7 del Decreto-Ley No.5 de 8 de julio de 1999, no fue otra que la de adecuar nuestra legislación en materia de arbitraje y hacerla consona no solo con los pronunciamiento doctrinales, sino también con los precedentes jurisprudenciales dictados por nuestro más alto Tribunal de Justicia.

Por todo lo expuesto considero que el párrafo "El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación", contenido en la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 1999, NO ES VIOLATORIO del numeral 4 del artículo 195 ni del artículo 203 de la Constitución.

En vista de que la anterior no es la opinión de la mayoría de los Magistrados que integran el Pleno, sino otra, la cual no comarto, por este medio, de la manera más respetuosa, SALVO EL VOTO.

Fecha Ut-Supra.

JOSÉ A. TROYANO

CARLOS H. CUESTAS G.

Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO DE ADAN ARNULFO ARJONA L.

Con el mayor respeto y consideración debo manifestar que me aparto de la decisión de mayoría por las razones que a continuación se precisan:

Los criterios que sirven de pretendido apoyo a la posición de mayoría debilita, en mi concepto, la vitalidad y eficacia operativa de la institución arbitral como mecanismo alterno en la solución de conflictos.

La disposición legal sobre la cual recae la declaratoria de inconstitucionalidad simplemente perseguía dotar de certidumbre al Convenio Arbitral suscrito por el Estado en determinado Pacto Contractual, conjurando la inconveniente posibilidad de que después de firmado el Convenio, el Estado pretendiera desvincularse de las obligaciones asumidas pretextando el cumplimiento posterior de formalidades constitucionales.

Es evidente que una situación como la descrita comprometería la atmósfera de buena fe y seguridad que debe presidir todo acuerdo de voluntades, en especial los que haya suscrito el Estado en ejercicio de sus atribuciones.

Las consideraciones que expresa el fallo de mayoría podrían quizás dificultar en un futuro los futuros Convenios Contractuales que las instituciones del Estado cada vez con mayor frecuencia se ven obligadas a suscribir con entidades Financieras Internacionales en las que prevalece la inclusión de Pactos Arbitrales en caso de que surjan diferencias acerca de la validez, cumplimiento o extinción de dichos contratos.

Carece de sentido aceptar que el Estado puede suscribir el Convenio Arbitral, pero que para hacerlo eficaz se hace necesario obtener la autorización de que trata el numeral 4º del artículo 195 de la Constitución Nacional.

Conceptuó con todo respeto que estos criterios expuestos por la decisión no favorecen el fortalecimiento del arbitraje y plantea una señal contraria a lo que representa la tendencia internacional de fortalecer cada vez más los medios alternos de solución de conflictos.

En consideración a que, este criterio no coincide con la posición de la mayoría, manifiesto que, SALVO EL VOTO.

Fecha ut supra.

ADAN ARNULFO ARJONA L.

CARLOS H. CUESTAS

Secretario General