



REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 040-2014

RECURRENTE: CONSORCIO IBT HEALTH

ACTO RECURRIDO: Resolución No. 407 de 30 de abril de 2014, proferida por el **MINISTERIO DE SALUD**, mediante la cual se resuelve administrativamente el Contrato No. 184-2010 de 24 de septiembre de 2010 y se inhabilita por tres (3) años a la empresa contratista **CONSORCIO IBT HEALTH**.

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

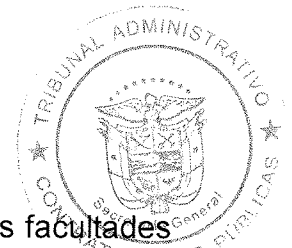
RESOLUCIÓN No.064-2019-Pleno/TACP de 29 de abril de 2019 (Desistimiento).

CONSIDERACIONES

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 120 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Apelación contra la Resolución Administrativa de un contrato y los efectos de la Inhabilitación del contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en el cual se establece el procedimiento para la tramitación del recurso de apelación.

El Estado, debidamente representado para este acto público por el **MINISTERIO DE SALUD (MINSA)**, llevó a cabo el procedimiento de Selección de Contratista No. 2010-0-12-0-08-LV-009910, correspondiente al Acto Público para el "ESTUDIO, DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, EQUIPAMIENTO Y FINANCIAMIENTO DE 5 HOSPITALES", siendo adjudicado el renglón número 4, mediante la resolución No. 629 de 26 de julio de 2010, cual hace referencia al estudio, diseño, construcción, equipamiento y financiamiento del Hospital de Bugaba, Ubicado en la Provincia de Chiriquí, al **CONSORCIO IBT HEALTH**, por un monto total de **TREINTA MILLONES SEISCIENTOS MIL BALBOAS** con 00/100 (B/. 30,600,000.00). (visible en el portal electrónico "Panamacompra", bajo el icono "Resoluciones" publicada el día 26 de julio de 2010).



Posteriormente, el **MINISTERIO DE SALUD (MINSa)**, a través de las facultades de ley y de sus autoridades correspondientes, suscribió el Contrato No. 184-2010 de 24 de septiembre de 2010, para el “Estudio, diseño, construcción, equipamiento y financiamiento del Hospital de Bugaba, Ubicado en la Provincia de Chiriquí”, a favor de **CONSORCIO IBT HEALTH**.

El **MINISTERIO DE SALUD (MINSa)**, a través de la Resolución No. 407 de 30 de abril de 2014 declaró resuelto administrativamente el Contrato No. 184-2010 de 24 de septiembre de 2010, suscrito con el **CONSORCIO IBT HEALTH**, por un monto total de **SESENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE BALBOAS** con 83/100 (B/. 62,970,879.83), para el “Estudio, diseño, construcción, equipamiento y financiamiento del Hospital de Bugaba, Ubicado en la Provincia de Chiriquí”. (visible a fojas 018 a la 020 del expediente administrativo, así como en su publicación dentro del portal electrónico “PanamaCompra” de fecha 30 de abril de 2014 a las 4:28 p.m.).

Que el día 7 de mayo de 2014, en tiempo oportuno, los apoderados especiales de la firma forense MIZRACHI, DAVARRO & URRIOLO, quienes actúan en nombre y representación del **CONSORCIO IBT HEALTH**, anunciaron ante la entidad administrativa el recurso de Apelación en contra de la Resolución No. 407 de 30 de abril de 2014, cual se encuentra debidamente acreditada a infolio 020 del expediente del Tribunal.

Por otra parte, tras consecutivas solicitudes de suspensión provisional del proceso, el 23 de abril del presente año, como se observa a foja 736 del expediente jurídico del Tribunal, la Licenciada Marlyn Narkis Assis, miembro de la firma forense MDU LEGAL (anteriormente denominada MIZRACHI, DAVARRO & URRIOLO), quienes actúan en nombre y representación del **CONSORCIO IBT HEALTH**, presentó ante la Secretaría de esta Colegiatura, mediante memorial, escrito de Desistimiento del Recurso de Apelación, en contra de la Resolución No. 407 de 30 de abril de 2014, emitida por el **MINISTERIO DE SALUD (MINSa)**, medio de terminación del proceso que fue debidamente publicado en el Portal electrónico “PanamaCompra”, el día 23 de abril de 2019.

I. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

De conformidad con lo establecido en los artículos 120 (136) y 131 (149) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformado mediante el Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, esta colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso.



En la búsqueda de los intereses del Estado, de los particulares, y el resguardo de la seguridad jurídica, respecto a la certeza del objeto en controversia, y en razón de la disconformidad esbozada en contra de la resolución administrativa del contrato; este Tribunal en funciones considera crucial que su *ratio decidendi* en las decisiones de fondo por parte del Pleno, constituyan una explicación detallada tanto de las consideraciones vertidas por el recurrente, como también de la ponderación de todos los derechos que pudieren ser afectados ante esta instancia; todo bajo el prisma de la tutela efectiva de los derechos públicos subjetivos de las partes; pasando entonces a abordar el caso en escrutinio a la luz de lo establecido en Texto Único de la Ley 22 de 2006 sobre contrataciones públicas y demás normas aplicables.

I.I SOBRE LA PRETENDIDA INCOMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL POR LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA.

Previo el pronunciamiento entorno a la solicitud de desistimiento suscrita por el impugnante, este Tribunal considera necesario realizar algunas consideraciones relacionadas sobre la competencia del mismo para resolver el presente proceso, sus cuestiones incidentales, y en especial, la viabilidad de mecanismos procesales y/o solicitudes para la suspensión y extinción del proceso y la pretensión impugnativa. No nos oponemos a la incontestable realidad jurídica sobre la arbitrabilidad del presente asunto con fundamento en la cláusula compromisoria o convenio arbitral del contrato. Empero, nótese que es la sociedad impugnante la que decide activar casi simultáneamente esta jurisdicción en vía administrativa, así como también la jurisdicción arbitral. (fs. 2-19 y 055-059 del expediente del Tribunal). Expectativa que se ha visto frustrada porque las partes renunciaron, *motu proprio*, a la reserva de tal foro. (fs. 357 a la 372 del expediente del Tribunal).

Es claro que el efecto procesal de la nueva Ley No. 131, de 31 diciembre 2013, que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional, es que la cláusula arbitral excluya cualquiera jurisdicción en sede administrativa y judicial. Esta Colegiatura considera, a pesar de ello, viable la solicitud de desistimiento de las partes de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, adicionalmente no existe, aún un pronunciamiento que cause estado por parte de este Tribunal; ni inhibiéndose, ni rechazando el recurso; sino que como consta a través del expediente del Tribunal, se accedió y mantuvo la suspensión del procedimiento administrativo en espera de una decisión de la jurisdicción arbitral. Resulta viable la pretensión del recurrente solicitando la admisión del desistimiento ante la jurisdicción en sede administrativa, y a juicio de este Tribunal se considera competente para dilucidar lo solicitado porque:

- A. Un punto cardinal del proceso es el indudable reconocimiento de la existencia de la cláusula compromisoria por este Tribunal, al igual que el efecto de la autonomía de las partes, sin embargo, a la vista del caso en concreto, tal



cláusula pierde toda eficacia siendo que se suscita la renuncia –por las partes- a la jurisdicción arbitral, que según el artículo 61 de la misma Ley No. 131 de 31 diciembre 2013, sobre arbitraje, señala que:

“las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada en cualquiera de los siguientes supuestos: 1. Cuando el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio. 2. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.”

- B. En consecuencia este Tribunal no ha perdido competencia ya que al cesar las causas de conflicto (de jurisdicción si quiere llamarse) entre un órgano de jurisdicción arbitral y este Tribunal; es esta Colegiatura la que debe dirimir el objeto de la apelación incoada (y su posterior desistimiento), puesto que la renuncia de las partes a la jurisdicción arbitral tiene los efectos de su extinción y de la cláusula compromisoria como fuente de aquel foro y que era la razón central de mantener excluido el asunto de la *litis* de la órbita de competencia del Tribunal; entendiéndose que al desaparecer la eficacia de esta cláusula el juez natural de la causa debe retomar la competencia al respecto. Entiéndase también que las partes nunca solicitaron la extinción del proceso administrativo, sino que presentaron constantes solicitudes de suspensión las cuales constan en el expediente del Tribunal a partir de la foja 067, como también se encuentran publicadas en el portal electrónico “Panamacompra” desde el 28 de agosto de 2014 a la fecha. Queda, de ello, perfectamente consignado la voluntad de las partes de prorrogar competencia en el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.
- C. Es de acuerdo a esto, que este Tribunal no considera viable el declararse incompetente al alegarse la existencia de una cláusula arbitral –extinguida-, por el contrario, la declaratoria de inhibición ante una cláusula que resulta ineficaz (ante el desistimiento del foro arbitral) sería una especie de denegación de justicia al sustraerse el conflicto del juez natural del caso, y por ende, impediría la tutela de los derechos subjetivos de las partes, al no tener un Tribunal o foro al cual acudir para el reconocimiento de los mismos.

II. CONSIDERACIONES ENTORNO AL DESISTIMIENTO DE LA LITIS:

En las circunstancias jurídicas y fácticas *ut supra* señaladas, esta colegiatura debe indicarle que de acuerdo a las constancias procesales que reposan tanto en el portal electrónico “PanamaCompra” y en el expediente administrativo ante esta instancia administrativa y de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 153 de la Ley No. 38 de 2000, lo consecuente es el desistimiento el mismo constituye una de las causas de



terminación del proceso administrativo. De esta manera, a este Tribunal le corresponde aplicar el contenido del artículo 160 de la excerta legal *supra* indicada, misma que dispone lo siguiente:

“La Administración aceptará de plano el desistimiento siempre que éste sea viable, o la renuncia, y declarará concluido el proceso, salvo que, habiéndose apersonado terceros interesados, insten su continuación dentro del plazo de diez días, contado a partir de la fecha en que fueron notificados del desistimiento o la renuncia...”.

Se advierte que la voluntad de la parte recurrente para desistir del proceso de apelación, fue formalmente manifestada, siendo quien desiste, precisamente la parte que instauró el recurso *in comento* y que la representación especial recae en la Licenciada Marlyn Narkis Assis, miembro de la firma forense MDU LEGAL (anteriormente denominada MIZRACHI, DAVARRO & URRIOLO), quienes actúan en nombre y representación del **CONSORCIO IBT HEALTH**, y que se encuentran debidamente facultados para desistir en el poder presentado el día 9 de mayo de 2014, (f.001 del expediente administrativo) en la Secretaría de esta Colegiatura, por lo cual esta instancia administrativa estima viable el desistimiento presentado.

En suma, se deja plasmado que no concurren terceros dentro del presente proceso, por lo que esta Colegiatura dispone que acepta el desistimiento de plano, sin necesidad de la aplicación del termino de los diez (10) días a los que se refiere el artículo 160 de la Ley 38 del 31 de julio de 2000.

Por las razones anteriormente expuestas y valoradas, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR EL DESISTIMIENTO del recurso de apelación presentado por la Licenciada Marlyn Narkis Assis, miembro de la firma forense **MDU LEGAL** (anteriormente denominada MIZRACHI, DAVARRO & URRIOLO), contra la Resolución No. 407 de 30 de abril de 2014, mediante la cual se resuelve administrativamente el Contrato No. 184-2010 de 24 de septiembre de 2010 y se inhabilita por tres (3) años, suscrito con el **CONSORCIO IBT HEALTH**, para el “Estudio, diseño, construcción, equipamiento y financiamiento del Hospital de Bugaba, Ubicado en la Provincia de Chiriquí”, por un monto total **TREINTA MILLONES SEISCIENTOS MIL BALBOAS** con 00/100 (B/. 30,600,000.00).

SEGUNDO: DEVOLVER el Expediente Administrativo del Acto Público No. 2010-0-12-0-08-LV-009910, contentivo de dieciséis (16) tomos, conformado por 38,553 folios útiles, al **MINISTERIO DE SALUD (MINSA)**, y la inhabilitación del Contratista para participar en Actos de Selección de Contratista y celebrar contratos con el Estado por el término de tres (3) años.

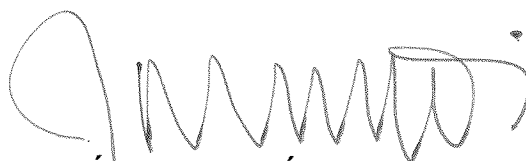
TERCERO: NOTIFICAR a las partes, la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico “PanamaCompra”, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el portal.

CUARTO: ADVERTIR que contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del Expediente No.040-2014/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

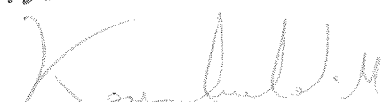
FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, Ley 38 de 31 julio de 2000 y Código Judicial.

Notifíquese y Cúmplase,

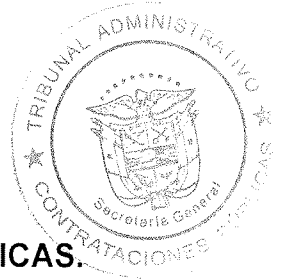

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado
VOTO UNÁNIME


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado
Voto concurrente


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General, Encargada





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE APELACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE CONSORCIO IBT HEALTH, A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 407 DE 30 DE ABRIL DE 2014, DICTADA POR EL MINISTERIO DE SALUD.

Con fundamento en el artículo 115 del Código Judicial, supletoriamente aplicable, de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, manifiesto en esta ocasión mi disentir con lo resuelto en la parte motiva por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N°064-2019-Pleno/TACP de 29 de abril de 2019 (Decisión) resolvieron admitir el desistimiento del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 407 de 30 de abril de 2014, proferida por el Ministerio de Salud dentro del procedimiento de ejecución que ha resultado del acto público No. 2010-0-12-0-08-LV-009910, por los siguientes razonamientos:

Debo indicar que mi postura ha sido siempre conocida en este Tribunal en los temas de desistimiento del recurso o de la pretensión, por las razones que más adelante procederemos a externar; sin embargo, aunque aún me mantengo en esa posición, la de no admitirse por no ser presentada por la parte interesada, la diferencia está en que en esta oportunidad razonaré mi voto por tratarse de un tema de suma importancia para nuestra nación, **y cuya dilación contraria el propósito de restablecer la paz social, que debe ser la guía de la administración de justicia**, como es el caso del estudio, diseño, construcción, equipamiento y financiamiento del Hospital de Bugaba en la Provincia de Chiriquí, el cual está siendo esperando por los ciudadanos de ese sector de la Provincia, para así poder resolverse los temas de salud y satisfacerse el Derecho a la salud que se encuentra protegido y reconocido no solo por nuestra Carta Fundamental, sino también por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, propuesta que ha sido interrumpida y no se ha concluido a pesar de haberse iniciado la fase de ejecución desde el día 27 de octubre de 2012 cuando fue notificado el contrato.

En primer lugar, la figura del desistimiento en materia administrativa, tal como lo describe la Ley N°38 del año 2000 que regula el Procedimiento Administrativo en general, está contemplado en los artículos 153, 157, 158, 159 y 160, normas que se aplican supletoriamente en virtud de que el desistimiento no está regulado por la Ley N°22 del año 2006.

Resulta de interés citar lo normado respecto de la forma de presentación del desistimiento como tal y en ese sentido señala el artículo 159 lo siguiente:

Artículo 159. **Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse oralmente o por escrito...**

Cuando tales gestiones se realicen por escrito, el interesado deberá presentarlo personalmente o **autenticar su firma ante Notario o Notaria u otra autoridad competente**.



De la redacción que nos ofrece la norma transcrita debemos analizar su contexto, tomando en cuenta el instrumento jurídico al que pertenece y a la calidad de las partes que intervienen en el proceso. En efecto, el poder que se le ha otorgado a la firma forense MDU LEGAL, entre sus facultades contempla la de desistir; sin embargo, cuando leemos el sentido de la norma supra citada, esta refiere claramente que debe ser el interesado quien haga la manifestación de voluntad, la cual puede ser expresada oralmente o por escrito, siendo que, si utiliza la segunda opción, el interesado deberá acudir personalmente o autenticar su firma ante Notario o Notaria.

En el escrito de desistimiento verificado a folio 736, encontramos que quien ha firmado es la licenciada MARLYN NARKIS ASSIS, integrante de la firma forense MDU LEGAL, y no el interesado, que en este caso sería el señor JACOB ALEX ESAYAG, por ser el representante legal del Consorcio conformado por las empresas CARIMEX, LLC, INTERNATIONAL BUSINESS AND TRADE LLC, y RIOGERSA, S.A, en razón del acuerdo consorcial suscrito con anterioridad, tal como reza el tenor literal de la norma en comento.

En el caso particular en el que nos encontramos, necesariamente la lectura del párrafo segundo del artículo 159 de la Ley N°38 del año 2000 nos lleva a considerar que el interesado directo en que se admita o niegue un desistimiento es la parte que accionó a través del recurso, que sabemos se está haciendo representar por un abogado y que ha actuado por medio de él a lo largo del proceso; sin embargo, la norma define más el matiz y especialidad que debe otorgarse a esta figura, cuando indica que las gestiones deberá hacerlas el interesado personalmente y se interpreta en la intención del legislador que, de hacerlo por escrito, debe autenticar su firma ante Notario o Notaria.

Lo anterior se traduce en que, si el desistimiento fuera de aquellas acciones que los apoderados pueden ejercer sin necesidad de la participación activa del cliente, el legislador no habría entrado en el detalle de indicar que en el escrito debe autenticarse la firma, puesto que bastaría con la facultad que le ha sido otorgada mediante poder. Ello nos lleva a la conclusión que dicha línea del artículo 159 ibídem, va dirigida al proponente y no a su apoderado, por ende, la gestión de desistir está definida para la parte y no para su abogado.

Cabe destacar que, a pesar de que el Código Judicial se refiere al tema de los apoderados y sobre las facultades que allí se detallan; empero, dicha norma para los efectos de la materia, que en esta oportunidad es Contrataciones Públicas, nos remite, de conformidad al contenido del artículo 3 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, de manera supletoria a las normas del procedimiento administrativo en general, en casos de vacíos, lo que significa que las normas del Código Judicial no caben para su aplicación



en esta coyuntura, por existir una regulación expresa en materia de desistimiento en la Ley 38 de 2000. Realizar lo contrario, nos encontraríamos ante una situación de extensiva interpretación de la ley positiva o, mejor dicho, una modificación a la norma vía resolución, lo que lo hace aún más interesante.

Existe una especialidad, la cual se encuentra demarcada por la materia adjetiva de la figura del desistimiento, en la que el legislador en esa ocasión manifestó su voluntad en realizar una excepción en caso de desistimiento regulados a través del procedimiento administrativo en general, expresión de intención que hoy hacemos efectiva con la decisión emitida, tratándose de una aplicación de la ley en el tiempo y no basándonos en la figura de la facultad de desistir regulada por otra norma adjetiva (Código Judicial), pero que no es la aplicable en este momento.

A este respecto, es oportuno recordar que, en el sistema de contratación pública panameño, el orden de prelación normativo está determinado en el artículo 3 de la Ley 22 de 2006, en el sentido de evitar que exista vacío de ley.

En la indicada se dispone que en la celebración del procedimiento de selección de contratista, que para el caso sería la de licitación por mejor valor en etapa de ejecución, se dará cumplimiento en primer lugar, a las normas constitucionales; luego (en segundo lugar de prelación), al contenido de la “presente ley” (refiriéndose la norma a la misma Ley 22 de 2006); luego en tercer lugar, las leyes complementarias; en cuarto momento, las disposiciones reglamentarias de la ley especial (o sea los decretos que desarrollan la Ley 22 de 2006); en quinto, lugar de prioridad, las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos.

De existir un vacío normativo en aquellas disposiciones especiales, la misma ley 22 de 2006, con fundamento en el carácter estatutario del derecho administrativo, refieren a las disposiciones del derecho administrativo común, como lo es la Ley de Procedimiento Administrativo General (o sea la Ley 38 de 2000) y, en caso de que siga existiendo un vacío, en segundo lugar las normas del derecho común privado, como las normas del procedimiento civil y comercial, en su defecto, los principios generales de estos procedimientos del derecho privado.

En fin, las normas del derecho procesal civil o comercial, tendrían, dentro del rango de aplicación preferente, el grado de normas de octavo grado. Así que, por mandato expreso de la ley especial de contrataciones públicas, el intérprete o el ejecutor de este derecho especial (que reiteramos es estatutario), debe agorar la implantación del texto legal expreso en la Ley No. 38 de 2000, antes de hacer alusión a la normativa contentiva en el Código Judicial, pues, de ser así, se estaría contrariando el orden de prelación que la propia norma ha establecido. Siendo así, no hay cabida para interpretar cosa distinta



y saltarse de forma olímpica las normas estatuidas, el alcance, su contenido y sobre todo el valor jerárquico en materia de interpretación.

Otro aspecto a destacar es que, la norma citada respecto al desistimiento hace referencia en que es el **interesado** el que debe presentarlo por escrito, de forma personal o autenticar su firma ante Notario o Notaria u otra autoridad competente (en caso de ser de forma escrita). Consideramos que la normativa es bastante clara y no admite interpretaciones subjetivas y mucho menos permite entender que interesado y apoderado especial son los mismos, ya que de acuerdo con el glosario que se encuentra en el artículo 201, numeral 59 de la citada Ley No. 38 de 2000, es aquella persona que comparece al proceso, ya sea de manera voluntaria o citado por la autoridad, quien ostenta un interés legítimo, que requiere ser protegido y que puede verse afectado con la decisión que la autoridad administrativa competente debe adoptar. Mientras que el apoderado es la persona natural o jurídica facultada para ejercer la abogacía en la República, que actúa en nombre y representación de las partes o terceros interesados, dentro del proceso administrativo, en virtud de poder o mandato discernido conforme a las normas respectivas del Código Judicial numeral 13, artículo 201. Ley No. 38 de 2000). Esto quiere decir que la persona que debe o debió solicitar el desistimiento es el propio interesado, es decir, representante legal y que en esta oportunidad está claramente definido.

Por otro lado, en cuanto al tema de la competencia de esta Colegiatura, debemos indicar que las partes a sabiendas de la existencia de una cláusula compromisoria activaron la competencia de este Tribunal para conocer del recurso y posteriormente anunciaron sobre la comparecencia ante una jurisdicción arbitral, solicitando sendas suspensiones del proceso, precisamente porque aún no se había llegado a una decisión final en aquel foro de justicia especial.

En razón de ello, esta Colegiatura para que no existiera **denegación de justicia**, procedió a acoger el recurso de apelación presentado en tiempo oportuno, y suspender el proceso a petición de parte, hasta que alcanzaran un acuerdo.

De manera que somos conscientes que la solución de los conflictos surgidos entre el Estado (mediante una entidad), y los particulares, no necesariamente debe ser resuelta por las autoridades administrativas de control como lo es el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, sino que también mediante un Tribunal Arbitral, en cualquiera de sus modalidades, ya que como medio alternativo de solución de conflictos, cualquiera persona que posea capacidad jurídica para obligarse, puede someter sus controversias manadas con otra, a consideración de uno o más árbitros, pues como dice el Dr. Gilberto Boutin "... La cláusula compromisoria se inspira en un conjunto de voluntades que deciden recurrir a un arbitraje voluntariamente, el contrato una fórmula, pero que está subordinado a un resultado



de orden jurisdiccional. La cláusula compromisoria de arbitraje tiene por finalidad llevar a cabo un proceso y es el carácter procesal y jurisdiccional que determina la esencia de este instituto y no del carácter contractual... (Tesis procesalista).

El conocimiento de las controversias surgidas en materia de contratación pública, específicamente los que se deslindan en la solución de las controversias, no son “**normas imperativas de Derecho**”, lo que es sinónimo a las normas de orden público o *ius Cogens*, según el artículo 53 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, que no es más que aquellas normas positivas, obligatorias en donde no caben las transacciones ni tolerancia por afectar los principios fundamentales de la sociedad, y que para el Jurista argentino Juan D. Ramírez Gronda, en su obra Diccionario Jurídico es:

“Conjunto de normas y de instituciones que tienen por objeto mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares, y de las cuales éstos no pueden, en principio, apartarse en sus convenciones.

Es decir, que las disposiciones imperativas de Derecho, no es más que, el conjunto de reglas o normas que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes ni por la aplicación de normas extranjeras, ya que su promulgación se fraguó precisamente en ciertos principios que la comunidad considera fundamentales, tal es el caso de las normas que tipifican los delitos, las que indican el término probatorio de los procesos, o las que la misma ley le de ese carácter; por tanto, normas imperativas de Derecho, mismas que no pueden ser variadas por la simple voluntad de las partes; no obstante, en el caso del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, no son normas imperativas de derecho, ya que así no ha sido dispuesta y sí pueden ser sometidas a la voluntad de las partes la resolución de sus conflictos por otra autoridad que no sea la administrativa, hecho que comprendieron plenamente tanto la entidad como la empresa contratista y lo dejaron plasmado en una de las cláusulas del contrato en mención.

Tampoco desconocemos que el tema del arbitraje en contrataciones llevadas a cabo entre el Estado y los particulares tiene su fundamento constitucional, específicamente en el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 200. Son funciones del Consejo de Gabinete:

1...

2...

3...

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 resalto es nuestro).

Sobre ese particular, nuestro más alto Tribunal de Justicia se ha pronunciado en innumerables fallos, del cual procederemos a transliterar dos párrafos de la Resolución del 13 de septiembre de 2001, que resuelve acción de Inconstitucionalidad; y sentencia del 29 de octubre de 1992, sobre Advertencia de Inconstitucionalidad de la siguiente manera:

"Por lo que respecta al arbitraje, es importante dejar establecido que el mismo es un mecanismo ideado con la finalidad de resolver conflictos entre sujetos de derecho, sean entes de derecho público o personas jurídicas de derecho privado, que sin recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas por el Estado conceden a un tercero, unipersonal o pluripersonal, la facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes.

La doctrina privatista entiende que el arbitraje supone la existencia de un problema de derecho material, mientras que las concepciones más modernas consideran al arbitraje como un auténtico medio jurisdiccional de solución de conflictos, pues le conceden carácter de auténtico proceso regulado por el Estado."

A propósito del tema en comento, el Doctrinario Roque J. Caivano, en su obra Arbitraje, pág. 160, ha manifestado lo siguiente:

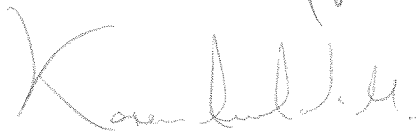
"El acuerdo arbitral goza de cierta autonomía respecto del contrato principal en el que se inserta, a raíz de lo cual sufre las vicisitudes propias de aquel. De esta manera, la eficacia del arbitraje no se vería afectada por aquellas causales en virtud de las cuales pueda controvertirse la validez del contrato. Se ha dicho, para ejemplificar esta postura, que la cláusula compromisoria no es una mera cláusula accesorio de aquél, sino que se comporta como un verdadero contrato dentro de otro contrato más amplio".

Vista y analizada la Doctrina y la Jurisprudencia nacional, somos conscientes de que sí cabe el arbitraje en este tipo de procesos; no obstante, como quiera que las partes pactaron dicha cláusula, pero luego ventilaron su situación litigiosa bajo las reglas del contenido de la Ley que nos gobierna, remitiendo lo contencioso a esta esfera administrativa, lo que vendría a constituirse en una prórroga de competencia pura y simple y para no dejar en total indefensión a una de las partes, ni denegar justicia, y así cumplir con la principal ilusión que persigue el Derecho Administrativo: el servicio objetivo al interés general, asumimos la competencia del presente caso, dado a que existe una Resolución administrativa del Contrato, caracterizada en la Resolución No. 407 de 30 de abril de 2014, suscrito entre las partes; así como también el anuncio del recurso de apelación ante la entidad en tiempo procesal oportuno y la sustentación del mismo ante

la Secretaría General de este Tribunal, también dentro del término adjetivo. Hecho que fortalece el querer de ambos sujetos procesales en solventar su conflicto ante este ente competente, como consecuencia de la competencia funcional concedida con la presentación del recurso presentado desde el día 9 de mayo de 2014. Es por ello que nos sumamos al criterio de la competencia de este Tribunal en el caso en particular.

En vista que los razonamientos expuestos, y como quiera que la mayoría tiene un criterio que no comparto, respetuosamente, razono mi voto.


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.
Magistrado


KAREN SOLÍS S.
Secretaria General, Encargada





REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Con respeto acostumbrado, si bien respaldamos la decisión de acoger el desistimiento propuesto dentro del expediente 040-2014, externada en la Resolución N°64-2019-Pleno/TACP de 29 de abril de 2019 (Desistimiento), debemos manifestar lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto al desistimiento en esta etapa del proceso, resulta oportuno resaltar que el aludido Contrato 182 (2010) en su cláusula HEPTAGÉSIMA SEXTA (cláusula arbitral), dispone que *“toda controversia relativa a la celebración, ejecución, desarrollo y terminación del Contrato que no puedan ser resueltas directamente por las partes, deberá resolverse por medio de arbitraje en derecho de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional...”*; es decir, que las partes al suscribir el Contrato dejaron clara su voluntad de someter toda controversia, relacionada con la celebración, ejecución, desarrollo y terminación del contrato, que no pudiera ser resuelta de común acuerdo, a su resolución por medio de arbitraje, extrayendo así la posibilidad de que fuesen dirimidas por organismos o entes reguladores estatales, sean administrativos o jurisdiccionales, por lo que este Tribunal debió inhibirse del conocimiento del recurso de apelación desde la presentación del libelo de sustentación, recibido el 09 de mayo de 2014, atendiendo expuesto por el recurrente en el apartado consideraciones previas sobre la jurisdicción del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, donde evidenció la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato.

Desde nuestra incorporación al Tribunal, expresamos que esta corporación debía inhibirse de conocer el recurso atendiendo la cláusula compromisoria para someter las diferencias que pudieran surgir de la relación contractual a arbitraje. Es decir, el proceso se mantuvo durante años en este Tribunal existiendo una cláusula de arbitraje. Con posterioridad a la interposición de recurso sobrevinieron otras actuaciones de las partes, como las solicitudes de suspensión provisional del proceso y el acuerdo alcanzando en marco del arbitraje al que concurrieron.

En efecto, el 30 de abril de 2018, igual fecha en que fue remitido el expediente administrativo, mediante escrito visible de fojas 357 a 360 del expediente jurídico, las partes de forma conjunta indicaron que el motivo generador del conflicto había sido resuelto mediante acuerdos llegados en el marco de la jurisdicción arbitral y dado que los efectos de la Resolución No.407 de 30 de abril de 2014 se encontraban suspendidos, solicitaron a este Tribunal revocar el acto administrativo apelado, para no afectar los acuerdos logrados por la vía arbitral.

En dicha solicitud las partes, CONSORCIO IBT HEALTH, representada por la firma forense MIZRACHI, DAVARRO & URRIOLO, y el MINISTERIO DE SALUD, representado por la licenciada Zulim Bouche de Carles (poder especial a foja

9/



357 del expediente jurídico), sostuvieron que culminadas las negociaciones dentro del proceso arbitral, suscribieron Memorando de Entendimiento y sobre la base del cumplimiento de los compromisos allí pactados, se retiró la demanda y consecuentemente IBT HEALTH desistió de la demanda, lo cual fue acogido por el Tribunal Arbitral.

Al respecto, dentro de la documentación remitida a esta instancia, reposa nota de 4 de marzo de 2016 (visible a fojas 371 y 372 del expediente jurídico), suscrita por la Consejera de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, mediante la cual acusó recibo de correspondencia remitida por el Tribunal Arbitral, señalando que las partes resolvieron su controversia y solicitaron retiro de las demandas, frente a esto estableció que de no recibir objeción antes del 10 de marzo de 2016, se considerarían retiradas las demandas y se fijarían los costos del arbitraje.

Adicionalmente las partes anexaron comunicación en la que la Consejera de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, comunicó que, ante la no objeción de la demanda, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en sesión de 24 de marzo de 2016, fijó los gastos, honorarios del Tribunal Arbitral y se pronunció en relación al reembolso que realizaría a la demandante (fojas 364 y 365 del expediente jurídico).

Por último, el 29 de mayo de 2018 el CONSORCIO IBT HEALTH (foja 389 a 391 del expediente jurídico), solicitó a este Tribunal inhibirse del conocimiento del presente recurso, por carecer de competencia para resolver la controversia planteada, en atención a la cláusula arbitral del Contrato No.184-2010, y devolver el expediente al Ministerio de Salud.

Es decir, nunca hubo una renuncia a la jurisdicción arbitral por las partes, por lo que, reiteramos, este Tribunal no debió mantener el proceso bajo su competencia.

Referente al arbitraje pactado con el Estado, el artículo 14 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 destaca en su parte final que:

“... 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”.
(Lo subrayado es nuestro).

Sobre los efectos de la jurisdicción arbitral, el pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 22 de octubre de 2015 dictaminó:

“... 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”.

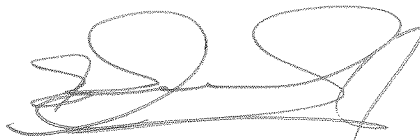
En lo que atañe a las contrataciones públicas, debemos atender el contenido del artículo 3 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011,

97

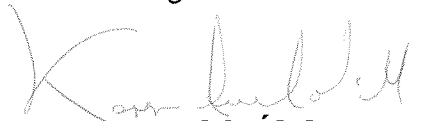
cuando expresa que *“En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la presente Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones contenidas en los contratos y en los pliegos de cargos”*.

Es decir, que en atención a la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Nacional, estimamos que cualquier controversia que se derive de una contratación pública, en cuyo contrato se haya convenido una cláusula arbitral debió ser resuelta ante la jurisdicción arbitral y es que además resulta lógico que, si en el contrato se había convenido una cláusula arbitral, la misma debió cumplirse en caso de controversias entre las partes.

Como quiera que nuestro criterio no fue acogido por el resto de los magistrados, previamente externado como ponente del caso, perdimos la sustanciación de la causa; y dado que se requiere poner fin a este proceso, avalamos ahora el desistimiento propuesto.



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



KAREN SOLÍS S.
Secretaria General encargada

