

28 de julio de 1998

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción

Contestación de

la Demanda. Interpuesto por la Licenciada Ruby Sonia de Young, en representación de la Corporación Panameña de Viviendas S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°02 de 6 de enero de 1998, dictada por la Ministro de Obras Públicas, acto confirmatorio y se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia:

Como hacemos habitualmente, nos presentamos respetuosamente ante ese Honorable Tribunal de Justicia con la finalidad de contestar la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior del presente escrito, y de la cual se nos ha corrido traslado mediante Auto de veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa del acto atacado y por ende de la Administración, en virtud de lo dispuesto en los artículos 103 de la Ley 135 de 1943, subrogado por el artículo 47 de la Ley 33 de 1946, que corresponde al artículo 348, numeral 2, del Código Judicial.

I. La pretensión de la parte demandante consiste en lo siguiente:

La parte actora pide a su Digno Tribunal que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°02, de 6 de enero de 1998, proferida por el Ministro de Obras Públicas, mediante la cual se resuelve "No acceder a la solicitud de arbitraje presentada por la Licda. RUBY SONIA RATTRY de YOUNG, apoderada legal de la empresa CORPORACIÓN PANAMEÑA DE VIVIENDA, S.A., en virtud de poder conferido por su Representante Legal Ing. JORGE YOUNG R."

Asimismo solicita sea declarado nulo, por ilegal, el acto confirmatorio: la Resolución N°033-98 de 26 de marzo de 1998, que resolvió "Confirmar en todas sus partes la Resolución N°02 de 6 de enero de 1998, mediante la cual se resolvió no acceder a la solicitud de Arbitraje presentada por la Licda. Ruby Sonia de Young, en su condición de apoderada legal de la empresa Corporación Panameña de Vivienda, S.A., para que se dirimieran las discrepancias surgidas entre su representada y el Ministerio de Obras Públicas, con relación a la decisión asumida por éste Ministerio de rescindir el Contrato N°129 de 30 de septiembre de 1993, por causa de fuerza mayor...".

Como consecuencia de lo anterior, la demandante pide se declare que "... se cumpla con el procedimiento que establecen los artículos 7, 8 y 9 de la Ley N°6 de 12 de julio de 1988, realizando los actos necesarios para que tenga lugar el Arbitraje notificado (solicitado) por la Corporación Panameña de Vivienda S.A., con relación al Contrato N°129 de 27 de Octubre de 1993 y se remita al Consejo de Gabinete con el

objeto de que conjuntamente con el Presidente de la República y el Procurador General de la Nación, acuerden someter a Arbitraje las discrepancias del contrato antes mencionado (Artículo 195, numeral 4 de la Constitución Nacional de la República)".

Este Despacho solicita se denieguen todas las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que, como demostraremos a lo largo de este proceso, no le asiste la razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamenta la parte actora, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Tercero: Este hecho no es cierto como viene redactado; por tanto, lo negamos. El mencionado proyecto fue suspendido, basado en argumentos de la Dirección Ejecutiva de Inspección, mediante Nota N°DEI/1880-94 de 22 de junio de 1994, entre otras razones, como consecuencia de las omisiones en los diseños elaborados por la empresa Ing. F. Guardia y Asociados.

Cuarto: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Quinto: Este hecho no es cierto como viene redactado; por tanto lo negamos. En base a la Nota de la Dirección Ejecutiva de Inspección, se dio inicio a los trámites de rescisión del Contrato N°129 de 27 de octubre de 1993, por causal de fuerza mayor, establecida en el Numeral 10.10 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos, lo cual fue comunicado a la empresa demandante por el Ministro de Obras Públicas, mediante Nota N°DM-2137 de 23 de junio de 1994.

Sexto: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Séptimo: Este hecho lo respondemos igual que el anterior.

Octavo: Este hecho no es cierto como viene redactado; por tanto, lo negamos. La sociedad recurrente, solicitó someter a arbitraje las discrepancias surgidas entre ésta y el Ministerio de Obras Públicas, en el cumplimiento del Contrato N°129 de 1993, petición que hizo con base en lo establecido en el Numeral 7.8 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos.

Noveno: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Décimo: Este hecho lo contestamos igual que el noveno.

Undécimo: Este no es un hecho sino alegaciones y apreciaciones subjetivas del demandante; por tanto, lo negamos.

Duodécimo: Este hecho lo respondemos igual que el anterior.

Decimotercero: Este hecho lo contestamos lo mismo que los dos últimos.

Decimocuarto: Este no es un hecho, sino alegaciones del demandante; por tanto, lo negamos.

III. Las disposiciones legales infringidas y los conceptos de violación de las mismas, según el demandante, son los siguientes:

Sostiene la parte actora que las Resoluciones recurridas violan por indebida aplicación las siguientes normas de la Ley N°6 de 12 de julio de 1988, por la cual se regula el arbitraje en obras de construcción y otros servicios de ingeniería y arquitectura que se realizan mediante contratos con el Estado:

"Artículo 3: Podrá ser objeto de arbitraje cualquier litigio, conflicto o diferencia que haya surgido o pueda surgir entre los contratantes con motivo de la interpretación, aplicación, modificación, orden de cambio o ejecución de los contratos que tengan que ver con los aspectos técnicos del mismo".

En opinión de la demandante esta norma fue infringida, ya que el Ministerio de Obras Públicas, al conocer de la solicitud (notificación) de arbitraje, desconoció las discrepancias de carácter técnico surgidas entre la empresa y el Estado.

La norma citada fue indebidamente aplicada por el Ministerio, al interpretar que las razones técnicas que dieron lugar a la suspensión del contrato no eran tales sino que existía Fuerza Mayor para dar por concluido el contrato.

Sigue diciendo, que mal puede aceptar la empresa que se esgrima Fuerza Mayor, cuando se dieron fallas u omisiones técnicas; en consecuencia se infringió el artículo tres de la Ley 6 de 1988 en forma directa por omisión.

"Artículo 5: Sin menoscabo de lo establecido en la Constitución y la Ley y opción que tienen las partes de aceptar o no el arbitraje, aún cuando estuviese pactado, se reconoce la cláusula arbitral inserta en el contrato, sus especificaciones y demás documentos del contrato, o la pactada en forma autónoma, en virtud de la cual las partes se obligan a someter a arbitraje los conflictos o diferencias que puedan surgir entre ellas con relación a los contratos que se refiere la presente Ley".

Asevera la parte actora, que mediante las Resoluciones recurridas el Ministerio resuelve no acceder a la solicitud de arbitraje presentada, basándose en que no existía fundamento legal para acceder a tal solicitud, ya que la causal del numeral 10.10 del Pliego de Cargos (Fuerza Mayor) había quedado plenamente acreditada, lo cual, en su concepto, no es cierto, pues esta figura no podía ser invocada porque no existieron tales situaciones de Fuerza Mayor. Advierte que esta norma ha sido indebidamente aplicada dado que las resoluciones recurridas consideran que no existe fundamento legal para acceder al arbitraje, contraviniendo el sentido de dicho artículo.

"Artículo 7: La parte que desee recurrir al arbitraje, en virtud de la cláusula arbitral o compromiso, deberá notificar a la otra de esta circunstancia por escrito. La notificación del arbitraje contendrá la siguiente información:

1. Una referencia a la cláusula o al pacto separado de arbitraje o al compromiso que se invoca.
2. Una petición de que el litigio o controversia se someta a arbitraje.
3. Una referencia al contrato del que resulte el litigio, controversia, conflicto o diferencia, con especificación de la materia que someta a arbitraje.
4. El nombre y dirección de las partes.
5. La designación del arbitrador o arbitro".

Dice el abogado de la parte actora, que su representada cumplió con todos los requisitos contemplados en el artículo citado, las cuales no fueron objetadas por el Ministerio, pero igual no las tomó en consideración, pues señaló que no existía fundamento legal para acceder a dicha petición; por tanto, se infringió el artículo 5 de la Ley 6 de 1988, en forma directa por omisión.

"Artículo 8: La parte que ha recibido la notificación, en caso de aceptar el arbitraje, conforme a lo preceptuado en el artículo 195 de la Constitución Política, queda obligada a realizar cuanto acto sea necesario para que el arbitraje tenga efecto".

Opina el demandante, que el espíritu del legislador al señalar en la norma transcrita, que la obligación de la parte que ha recibido la notificación es la de realizar cuanto acto sea necesario para que el arbitraje tenga efecto, se compagina con el texto del artículo 5.

Las resoluciones recurridas dejan ver que el Ministerio de Obras Públicas, a pesar de estar obligado a llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del arbitraje, desconoce el contenido de la norma y la interpreta en el sentido de que corresponde a éste aceptar o rechazar el arbitraje; por tanto el artículo 8 ha sido infringido en forma directa por omisión.

"Artículo 9: Para los fines específicos de esta ley, la notificación del arbitraje se efectuará en los siguientes términos.

...

2. Cuando deba notificarse del arbitraje a la Entidad Contratante de que trata el artículo 2 de esta ley se procederá con dicha notificación de acuerdo a los procedimientos administrativos regulares de recepción de documentos ante el respectivo despacho.

El Jefe de Despacho de la Institución correspondiente tendrá hasta ocho días hábiles, a partir de la notificación, para remitirlo al Consejo de Gabinete con el objeto de que continúe los trámites correspondientes".

Por último, argumenta el demandante que las Resoluciones recurridas violaron en forma directa, por omisión, el último párrafo del artículo 9 de la Ley 6 de 1988, al no remitir el Ministro de Obras Públicas en los ocho días hábiles la solicitud de arbitraje presentada al Consejo de Gabinete con el objeto de que continuase los trámites correspondientes.

Por considerar que todos los preceptos aducidos como infringidos y sus correspondientes conceptos de violación, están directa y cercanamente relacionados, procederemos a efectuar un análisis conjunto de los mismos.

Se equivoca la empresa demandante cuando afirma, que la Administración, una vez ha pactado una cláusula arbitral en un contrato de obra pública, está obligada a someter a arbitraje cualquier litigio, conflicto o diferencia que surja con motivo de la interpretación, aplicación, modificación, orden de cambio o ejecución de dicho contrato.

Las normas que argumenta como supuestamente infringidas, son el fundamento legal de la Resolución demandada, pues de ellas se desprende que es una facultad discrecional de las partes que hayan pactado cláusulas arbitrales en sus contratos de obras públicas, someter a arbitraje los conflictos o litigios que surjan con respecto a interpretación, aplicación, modificación, o ejecución de estos contratos.

En efecto, el artículo 5 de la Ley 6 de 1988, claramente indica que sin menoscabo de lo establecido en la Constitución y la Ley y la opción que tienen las partes para aceptar o no el arbitraje, aún cuando estuviere pactado, se reconoce la cláusula arbitral inserta en el contrato.

Por su parte, el artículo 7 dice que la parte que desee recurrir al arbitraje en virtud de cláusula arbitral, deberá notificar (solicitar) a la otra esta circunstancia por escrito, y que dicho escrito contendrá, entre otras cosas, una petición de que el litigio o controversia se someta a arbitraje.

Aún más claro es el artículo 8, que expresa que la parte que ha recibido la notificación (solicitud), en caso de aceptar el arbitraje, queda obligada a realizar cuanto acto sea necesario para que el arbitraje tenga efecto.

Concordantemente con las normas citadas, el numeral 7.8 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos de la Solicitud de Precios N°101-93, en su aparte "Reclamaciones por ajustes y disputas", establece textualmente:

"Las decisiones del Residente que el Contratista considere inaceptables pueden ser apeladas ante el Ingeniero y éste ante el Ingeniero Director y finalmente ante el Ministro. Mientras no se haya decidido en cualquiera de estos niveles, se seguirá el criterio establecido por el funcionario cuya decisión se está apelando. Estas apelaciones deben ser presentadas por escrito dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes a la fecha en que se comunicó al contratista el criterio que éste considera inaceptable. El contratista conjuntamente con los representantes del Estado, tratará por todos los medios de resolver las diferencias recurriendo a la aplicación de los términos del contrato.

En caso de que no se llegue a la unificación de criterio, cualquiera de las partes pueden someter las discrepancias a Arbitraje...

...

La notificación de arbitraje contendrá la siguiente información:

1. Una referencia a la cláusula o al pacto separado de arbitraje o al compromiso que se invoca.

2. Una petición de que el litigio o controversia se someta a arbitraje.

...

La otra parte, en caso de aceptar el arbitraje, queda obligado (sic) a realizar cuanto acto sea necesario para que el arbitraje tenga efecto.

..." (el resaltado es nuestro).

En este aparte, cabe destacar que nuestra moderna Ley de Contratación Pública, 55 de 1995, señala que "... El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre los proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratistas y ejecución del contrato..." y que "Todo proponente, en un acto de licitación pública, concurso o solicitud de precios, se obliga a aceptar el pliego de cargos sin objeciones, ni restricciones". Confróntese sus artículos 3, numeral 17, y 30.

Si bien es cierto que en la presente controversia se pactó una cláusula arbitral, tal y como indica el Señor Ministro de Obras Públicas en su Informe de Conducta, para que una de las partes quede obligada a realizar cuanto acto sea necesario para que el arbitraje tenga efecto - entre estos enviar la solicitud de arbitraje al Consejo de Gabinete para su aprobación - es necesario haber aceptado previamente la solicitud de arbitraje presentada; como en este caso la solicitud de arbitraje no fue aceptada, sino que por el contrario fue rechazada mediante el acto impugnado, no existía obligación de enviar la misma al Consejo de Gabinete.

En resumidas cuentas, es claro que normas citadas por el demandante como supuestamente infringidas, no establecen un sistema de arbitraje obligatorio -como quiere hacer ver-, pues aún en los contratos de obras públicas en que las partes efectivamente hayan pactado cláusulas arbitrales, es necesario un nuevo concurso de voluntades, caracterizado por la opción que tiene la parte a la que se le haya propuesto el arbitraje de aceptarlo o no, a fin de que el litigio, conflicto o diferencia puede ser objeto de decisión por parte de terceros.

Por todo lo anterior, consideramos no se han producido las violaciones alegadas, y reiteramos nuestra solicitud a la Honorable Sala, para que deniegueN todas las declaraciones reclamadas por la demandante.

IV. Pruebas: Aceptamos solamente los documentos originales y copias debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo de la actuación recurrida, que puede ser solicitado a la Secretaría General del Ministerio de Obras Públicas, cuyas oficinas están ubicadas en el Corregimiento de Ancón, Distrito de Panamá.

V. Derecho: Negamos el invocado.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/17/mcs.

Licdo. Manuel A. Bernal H.
Secretario General. a. i.

MATERIA

CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS
ARBITRAJE
CLAUSULA ARBITRAL