

La actividad arbitral de la administración en el marco de la regulación de los servicios públicos en Panamá

Selva del Carmen Quintero Marrone

Panamá
Galindo, Arias y López
Abogada

I. Introducción. Breve referencia a la Ley 38 de 2000.

Para aquellos abogados que se han decantado por la práctica del Derecho Administrativo, es normal que al enfrentarse a una situación jurídica que involucre a la Administración, inmediatamente considere la necesidad de presentar una solicitud ante ella, cuya negativa abriría la puertas a la presentación de los recursos administrativos, de reconsideración y apelación, para así agotar la vía gubernativa, de suerte que, agotado el control interno de legalidad, pudiera activarse, cuando esté en juego el resarcimiento de derechos subjetivos, el control de legalidad que ejerce la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la interposición de la Acción Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción.

Pensamos, entonces, en el procedimiento administrativo que yo llamaría tradicional. Ese donde el administrado confronta a la Administración por la vía recursiva y que suele terminar en los estrados de la Corte Suprema de Justicia, y que en Panamá se rige por las pautas de la Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, en cuyo artículo 201, numeral 112, define la vía gubernativa o administrativa como el “Mecanismo de control de legalidad de las decisiones administrativas, ejercido por la propia Administración Pública, y que está conformado por los recursos que los afectados pueden proponer contra ellas, para lograr que la Administración las revise y, en consecuencia, las confirme, modifique, revoque, aclare o anule”, en el cual deben cumplirse con los principios establecidos en el artículo 34 de la misma excerta, según la cual: “Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad

y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición. Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada”.

Nada dice, sin embargo, la Ley 38 de 2000, sobre la posibilidad de la Administración de “arbitrar” conflictos, es decir, sobre la facultad arbitral de la Administración. No obstante, recordemos que de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 38 de 2000, las disposiciones del Libro Segundo de esta Ley, titulado, “Del Procedimiento Administrativo General”, serán aplicadas supletoriamente en los procedimientos administrativos especiales vigentes, en los términos previstos en el artículo 37 de la misma Ley, conforme al cual: “Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley”.

II. Breves antecedentes.

En la década de los 90, el gobierno nacional decidió adoptar nuevas políticas públicas en materia de servicios públicos, que derivaron en la privatización de los servicios de electricidad y telecomunicaciones, entre otros.

“... será a fines de los ochenta y principio de los años 90 cuando comienza a configurarse un proceso de profundos cambios donde el Estado va a ser el principal protagonista. El comportamiento económico reflejará los impulsos acentuados de los procesos de globalización y apertura a nivel mundial y el contexto de políticas de ajuste que lo acompañan. ... Posteriormente ... se ejecutará la estrategia denominada “Políticas Públicas para el Desarrollo Integral: Desarrollo Social con Eficiencia Económica”, conocido también con el nombre del ministro de la cartera económica del gobierno de Pérez Balladares “plan Chapman”, tenía como objetivo manifiesto, reducir la pobreza y la pobreza extrema, así como a través de eficiencia y la productividad asegurar el crecimiento económico; será entonces en ese período donde se materializarán las aspiraciones privatizadoras, cumpliéndose casi en su totalidad los ajustes y el plan de privatizaciones... Será a partir de la segunda mitad de la década de 1990, que ... se autorizó la privatización de los servicios públicos...”¹

1. Castillo, Carlos Marcelo, Privatización y pobreza en Panamá, <https://www.alainet.org/es/active/2963>

III. La Ley 26 de 1996, que crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Así las cosas, en el marco del proceso de privatización, mediante el artículo 1 de la Ley 26 de 1996 (en adelante Ley 26) se dispuso la creación del “Ente Regulador de los Servicios Públicos, en adelante llamado el Ente Regulador, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e independientes del gobierno central”. El Ente Regulador tendría a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos, con sujeción a las disposiciones de la misma Ley 26, y las respectivas normas sectoriales en materia de servicios públicos. El Ente Regulador debería actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones, y estaría sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República de Panamá, conforme lo establecido en la Constitución Política y la Ley 26.

Posteriormente, por medio del Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, se reorganizó la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado por la Ley 26, surgiendo en su lugar, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (en adelante ASEP).

“... el Consejo de Ministros reformó la estructura y el sistema de trabajo del hasta ayer Ente Regulador de los Servicios Públicos.

La nueva institución –la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos– será dirigida por un administrador general que reemplazará a la actual estructura colegiada de tres directores.

Tras el Consejo de Gabinete de ayer –que sesionó hasta las 8:30 p. m.– se informó que el nuevo administrador de la entidad tendrá “mayor capacidad coercitiva y nuevos mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas”.

Además, se estableció la separación de las funciones regulatorias de las administrativas, con el alegado objetivo de otorgarle “mayor agilidad y especialización en respuestas a problemas sectoriales y en la administración de recursos y manejo institucional”.

Las funciones regulatorias estarán a cargo de un administrador general, directores ejecutivos y un comisionado sustanciador –que responde al administrador–; mientras que el área administrativa contará con un Consejo Administrativo y un director ejecutivo.

El decreto-ley incluye un mecanismo para la fiscalización y rendición de cuentas, a través de auditorías que determinen el cumplimiento de las funciones. Los informes respectivos se enviarán al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional.

Igualmente se pretende agilizar los medios de impugnación administrativos, incluyendo la apelación como instancia de revisión.

La nueva norma, que fue discutida por más de cuatro horas y que constituye el penúltimo proyecto en la agenda legislativa del Ejecutivo, modifica el régimen orgánico del Ente Regulador vigente desde hace 10 años cuando se adoptó la Ley 26 de 29 de enero de 1996, durante el mandato del expresidente Ernesto Pérez Balladares”.²

IV. La facultad arbitral de la entidad reguladora de servicios públicos.

a. Disposiciones generales.

Desde la creación del Ente Regulador de los Servicios Públicos, la Ley 26, en su artículo 19, contempló entre sus funciones y atribuciones “Arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en las áreas de su competencia”, de suerte que la norma contempló, desde un inicio el arbitraje administrativo de servicio público, bajo el entendimiento de estar en presencia de la llamada “actividad arbitral de la administración o actividad administrativa arbitral”.

“La actividad arbitral de la administración se manifiesta en los llamados por la doctrina administrativa actos cuasijurisdiccionales, que son el producto del ejercicio de una función jurisdiccional llevada adelante por un órgano de la administración, quien se erige en autoridad para la solución de una controversia entre dos administrados, cuya actividad concluye, no con un laudo arbitral como en el arbitraje, sino con un acto administrativo, sujeto como todos los actos administrativos al control de la jurisdicción contencioso administrativa... Entre las múltiples actividades que realiza la administración pública en el ejercicio de sus funciones (actividad de policía, actividad de gestión, actividad de prestación de servicios públicos, actividad sancionadora), encontramos la llamada actividad arbitral, definida por Ramón Parada, como “aquella que realiza la administración pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos”³

Siendo así, como lo explica el destacado administrativista Juan Manuel Trayter, citando a su vez al profesor J.R. Parada Vásquez, estamos en presencia de la llamada actividad administrativa arbitral, “aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. La diferencia entre esta técnica y el arbitraje de Derecho administrativo es que en la primera la Administración es la que resuelve la controversia surgida entre

2. La Prensa, 23 de febrero de 2006, Gabinete crea Autoridad de los Servicios Públicos, https://www.prensa.com/politica/Gabinete-crea-Autoridad-Servicios-Publicos_0_1683581635.html

3. Badell Madrid, Rafael, Badell y Grau, Actividad Arbitral de la Administración, <https://www.badellgrau.com/?pag=13&ct=2107>

dos particulares, mientras que en la segunda la Administración es una de las partes en conflicto y el árbitro es un tercero”.⁴

Cabe destacar que, sobre la facultad arbitral del Ente Regulador de los Servicios Públicos, la propia entidad manifestó hace ya varios años que:

“Dicho numeral, constituye una norma especial, que fue dictada con el objeto de que fuese la misma institución especializada, la que resolviese los conflictos que surgiesen en los sectores sujetos a regulación del Ente Regulador, para mantener la unidad de la regulación, que podía resultar afectada por decisiones de otras instancias no especializadas. Por delegación legal de la misma Constitución Política, los legisladores que dictaron el numeral impugnado, lo establecieron en la misma ley que creó al organismo estatal denominado Ente Regulador de los Servicios Públicos, en forma similar a todos los países que crearon este tipo de organismos.

La atribución de este tipo de funciones de arbitraje a los entes reguladores, constituye un mecanismo natural para el logro de una eficiente, rápida y coherente regulación en todos los países donde se han establecido los antes mencionados entes. Éstos se instituyeron como un organismo que aglutinase la casi totalidad de los aspectos que incidieran sobre los aspectos regulatorios. Así, a los entes reguladores también se les ha autorizado para que dicten las normas sobre calidad, condiciones técnicas, manuales de prestación de servicios y demás disposiciones que reglamentan en detalle los distintos servicios, asumiendo así funciones cuasi legislativas; también se le han otorgado autorizaciones para realizar hasta procesos sancionadores en contra de empresas prestadoras y/o clientes o usuarios de los servicios. Todo ello enmarcado dentro de lo que son los aspectos de los servicios públicos regulados por estos entes reguladores”.⁵

Ahora bien, el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado por la Ley 26, al reformar el artículo 19 de dicha Ley, mantuvo la facultad arbitral de la entidad reguladora, ahora ASEP, en los siguientes términos: “Arbitrar conflictos entre las empresas prestadoras de los servicios, entre estas empresas y los otros organismos del Estado, los municipios o los clientes, en las áreas de su competencia y jurisdicción, cuando las partes hayan sometido la controversia a la competencia de la Autoridad, con facultad plena de dirimir estos conflictos de acuerdo a los parámetros establecidos para dicho arbitraje”.

4. Trayter, Juan Manuel, El Arbitraje de Derecho Administrativo, file:///C:/Users/selva/Downloads/Dialnet-ElArbitrajeDeDerechoAdministrativo-17354%20(1).pdf, p.84

5. Sentencia de 3 de febrero de 2004, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la Acción de Acción de inconstitucionalidad presentada por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Maximiliano Bosco Kelly T., en calidad de gerente general de la sociedad Bahía las Minas Corp. contra el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

Posteriormente, mediante el Decreto Ejecutivo 143 de septiembre de 2006, “se adoptó el Texto Único de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006”, de suerte que el artículo 19 pasó a ser el artículo 20 de la Ley 26, sobre las funciones de la ASEP.

Luego, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, se expidió el Decreto Ejecutivo No. 279 de 14 de noviembre de 2006, “Por el cual se reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1996, reformada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos” (en adelante el reglamento de la ASEP).

Este reglamento, en su artículo 4 define al arbitraje o proceso arbitral, así:

“ARBITRAJE O PROCESO ARBITRAL: Institución reconocida para la solución de conflictos, mediante el cual cualquier persona, natural o jurídica con capacidad para obligarse, somete un asunto controvertido al juicio de uno o más árbitros, figura que puede recaer en representantes de la Autoridad Reguladora.

Cualquier materia o conflicto que pudiese surgir entre concesionarios de servicios públicos puede ser objeto del procedimiento arbitral o arbitraje”.

Adicionalmente, el reglamento de la ASEP establece lo siguiente respecto a la facultad arbitral de esta entidad:

“Artículo 6. Potestad Regulatoria.

En el ejercicio de la potestad regulatoria, la Autoridad controlará, dirigirá y ordenará la prestación de los servicios públicos, en cumplimiento de las atribuciones que le otorga la Ley. La potestad regulatoria implica, entre otras funciones, normar, dictar reglas y actos ejecutorios, controlar su cumplimiento, sancionar, solucionar conflictos, conciliar, mediar, fiscalizar, intervenir y arbitrar”.

Artículo 17. Arbitraje.

La Autoridad podrá constituirse en Órgano Arbitral cuando las partes le sometan la solución de sus controversias a su competencia, para lo cual deberán presentar una solicitud por escrito que contendrá la siguiente información:

Descripción del conflicto existente.

Nombres de las partes en conflicto y sus direcciones.

Pretensión o materia sobre la cual debe recaer el arbitraje.

Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición.

Pruebas que fundamenten sus derechos y afirmaciones. En caso de no contar con dichas pruebas, deberá aducirlas para que la Autoridad, si lo estima procedente, realice las gestiones correspondientes para su obtención.

Artículo 18. Ámbito de Aplicación.

La Autoridad limitará su intervención a los temas objeto de la controversia, salvo en los casos en que determine que es imprescindible incluir algún otro tema que guarde relación con los sometidos a su dirimencia.

Artículo 19. Audiencia de Conciliación.

La Autoridad citará a las partes a fin de que acudan, personalmente o mediante apoderados legales, a una audiencia privada para explorar la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo respecto de los temas sometidos a arbitraje. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, la Autoridad lo examinará y lo aceptará mediante resolución.

Artículo 20 Emisión de Resolución.

En el evento de que las partes no lleguen a un acuerdo, la Autoridad dictará resolución resolviendo la controversia dentro del término de treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de la celebración de la audiencia de conciliación indicada en el artículo anterior.

Dicha resolución será notificada personalmente a las partes. Contra la resolución que dicte la Autoridad, cualquiera de las partes podrá interponer recurso de reconsideración dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la respectiva notificación. La resolución que resuelva el recurso de reconsideración agotará la vía gubernativa.

Artículo 21. Excepción al Procedimiento Arbitral.

Se exceptúan de este procedimiento de arbitraje los conflictos de interconexión de redes de telecomunicaciones que se regirán por los procedimientos de solución de controversias establecidos en el Decreto Ejecutivo 21 de 12 de agosto de 1996 y en el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997”.

b. Sector eléctrico.

Adicionalmente, en la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el “Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad” (en adelante Ley 6), expedida después de la Ley 26 de 1996, que establece el régimen a que se sujetarán las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, destinadas a la prestación del servicio público de electricidad, así como las actividades normativas y de coordinación consistentes en la planificación de la expansión, operación integrada del sistema interconectado nacional, regulación económica y fiscalización; se establece que la entidad reguladora tendría entre sus funciones arbitrar conflictos que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, entre prestadores del servicio, municipios y clientes, por razón de contratos, áreas de prestación de servicios, servidumbres y otros asuntos de su competencia.

De hecho, el numeral 16 del artículo 20 de la Ley 6, ahora, numeral 16 del artículo 9 del Texto Único de la Ley 6, establece entre las funciones de la ASEP, lo siguiente: “Arbitrar conflictos que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, entre prestadores del servicio, municipios y clientes, por razón de contratos, áreas de prestación de servicios, servidumbres y otros asuntos de su competencia”.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que mediante la Resolución JD-1730 de 21 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial 23,965 de 11 de enero de 2000 (en adelante la Resolución JD-1730), expedida por el entonces Ente Regulador, que se mantiene vigente, se aprobó el Reglamento de Arbitraje para el Trámite de los Conflictos relativos al Servicio Público de Electricidad, que le corresponda resolver a dicha entidad, conforme a la Ley 6.

Este reglamento es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO PRIMERO: El presente reglamento contiene las normas procedimentales que deberá seguir el Ente Regulador de los Servicios Públicos, para resolver mediante arbitraje o arbitramento, las controversias que le sean sometidas en materia de electricidad, en los casos que indica la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997 y las disposiciones concordantes.

ARTÍCULO SEGUNDO: La parte que desee que el Ente Regulador arbitre un conflicto deberá enviar a esta entidad una solicitud la cual deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Describir el conflicto existente
2. Expresar el nombre de las otras partes con la cual existe el conflicto y sus direcciones si fuere posible
3. Indicar lo que el solicitante pretende con su solicitud
4. Aportar las evidencias o pruebas de sus derechos y de sus afirmaciones
5. Indicación de las normas legales en las cuales apoya su posición
6. En caso de que el solicitante no cuente con algún elemento probatorio necesario para que se resuelva la controversia deberá indicarlo en su solicitud, a fin de que el Ente Regulador si lo estima procedente, realice las gestiones correspondientes para su obtención.

ARTÍCULO TERCERO. Dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de arbitraje, el Ente Regulador correrá en traslado la solicitud a la otra parte, la cual deberá contestarla dentro del término de siete (7) días hábiles siguientes a la fecha en que se le notifique dicho traslado. La contestación deberá reunir los mismos requisitos que la solicitud. La falta de contestación de la solicitud no se considerará como aceptación de lo pedido por el solicitante del arbitraje.

ARTÍCULO CUARTO. El Ente Regulador limitará su intervención a los temas sometidos a la controversia, salvo en los casos en que determine que es imprescindible incluir algún que guarde relación con aquellos.

ARTÍCULO QUINTO. Vencido el plazo de la contestación el Ente Regulador citará a ambas partes a fin de que acudan personalmente o mediante apoderados legales, a una audiencia privada para explorar la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo respecto de los temas sometidos a arbitraje. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, el Ente Regulador lo examinará y lo aceptará mediante resolución.

ARTÍCULO SEXTO. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la Autoridad dictará resolución resolviendo la controversia dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la celebración de la audiencia de conciliación indicada en el Artículo Quinto de este Reglamento.

Dicha resolución será notificada personalmente a las partes contendientes. Contra la resolución que el Ente Regulador dicte, cualquiera de las partes contendientes o ambas podrán interponer recurso de reconsideración dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la respectiva notificación. La resolución que resuelva el recurso de reconsideración agotará la vía gubernativa”.

c. Aplicación supletoria de la Ley 38 de 2000.

Conviene señalar, además, que los vacíos que pudieran existir en estas normas procedimentales deberán llenarse según lo previsto por la Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General en Panamá, en la que se dice lo siguiente:

“Artículo 37. Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley”.

“Artículo 202. Los vacíos del Libro Primero de esta Ley, serán llenados con las normas contenidas en el Libro Primero del Código Judicial. Las disposiciones del Libro Segundo de esta Ley serán aplicadas supletoriamente en los procedimientos administrativos especiales vigentes, en los términos previstos en el artículo 37. Los vacíos del procedimiento administrativo general dictado por la presente Ley se suplirán con las

normas de procedimiento administrativo que regulen materias semejantes y, en su defecto, por las normas del Libro Segundo del Código Judicial, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos”.

d. Definición del arbitraje por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

El agotamiento de la vía gubernativa o vía administrativa ante la propia entidad, posibilita la presentación de una acción de plena jurisdicción ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para la revisión de la legalidad de la decisión adoptada por la ASEP en materia de arbitraje, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de Panamá, reiteradamente.

e. Sentencias de 3 de febrero de 2004 y 28 de marzo de 2005 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Dicho lo anterior, resulta conveniente traer a colación el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia respecto a la constitucionalidad de la facultad arbitral de la ASEP, en las Sentencias de 3 de febrero de 2004⁶ y 28 de marzo de 2005⁷, las que resultan actualmente aplicables, dado que los cambios introducidos a la Ley 26 y a la Ley 6 no afectan las normas objeto del análisis que hizo en ese momento, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, revisando ambas sentencias observamos que tienen su génesis en sendas demandas de inconstitucionalidad que fueron presentadas contra la facultad de arbitrar conflictos, otorgada al entonces Ente Regulador (ahora denominado ASEP) en el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 (ahora numeral 14 del artículo 20 del Texto Único de la Ley 26) y en el numeral 16 del artículo 20 de la Ley 6 (ahora numeral 16 del artículo 9 del Texto Único de la Ley 6), respectivamente.

- a. En ambas demandas se pretende que dichas normas fueran declaradas inconstitucionales por la supuesta violación de los artículos 2, 32, 199 y 207 de la Constitución Política, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 2: El poder público solo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración”.

6. Acción de inconstitucionalidad presentada por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Maximiliano Bosco Kelly T., en calidad de gerente general de la sociedad Bahía las Minas Corp. Contra el numeral 14 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

7. Acción de inconstitucionalidad presentada por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Maximiliano Bosco Kelly T., en calidad de gerente general de la sociedad Bahía las Minas Corp. Contra el numeral 16 del artículo 20 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997.

“Artículo 32: Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria”.⁸

“Artículo 199: El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca”.⁹

“Artículo 207: Los Magistrados y Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la Ley; pero los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de recursos legales, las resoluciones proferidas por aquéllos”.¹⁰

- b. En ambas demandas se argumenta, básicamente, que la facultad arbitral del entonces Ente Regulador violenta el principio de separación de los poderes, al atribuirle funciones jurisdiccionales, al Ente Regulador, lo que a su juicio le corresponde únicamente al Órgano Judicial, del que no hacen parte ni el Ente Regulador ni sus directores o funcionarios, que, además, carecen de la debida imparcialidad para arbitrar conflictos, inherente a la garantía del debido proceso.
- c. La Corte no accedió a las pretensiones constitucionales porque:
 1. El arbitraje es “... Método de Resolución de conflictos en el cual se somete la decisión de la controversia a un Tribunal Arbitral para que decida en equidad o en derecho su solución. El Arbitraje en Equidad se da al momento de decidir la controversia. Se hace a través de la conciencia y del saber y entender de los arbitradores. En el Arbitraje en Derecho, se sigue rigurosamente las reglas de derecho sustantivo y procesal”. (SOLER M, Ricaurte. El Arbitraje, La Conciliación y La Mediación. Editorial Universal Books. Panamá. 2002).
 2. El arbitraje es un mecanismo ideado con la finalidad de resolver conflictos entre sujetos de derecho, sean antes 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.
 3. Actividad administrativa arbitral es aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos...y en general, en todos aquellos casos en que con carácter obligatorio o por sumisión voluntaria de las partes, como ahora suele establecer el legislador, los órganos de la Administración, calificados o no de arbitrales, resuelven controversias entre los administrados.

8. Modificado por el artículo 6 del Acto Legislativo N° 1 de 2004: “Artículo 32. Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva, administrativa o disciplinaria”

9. Modificado por el artículo 43 del Acto Legislativo N° 1 de 2004: “Artículo 202. El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”

10. Ahora artículo 210 de la Constitución Nacional.

- (Sentencia de 15 de abril de 1999, bajo la ponencia del magistrado Ponente Rogelio Fábrega Z.)
4. El arbitraje, la mediación, así como la conciliación constituyen medios o métodos alternos de solución de conflictos. La adopción de estas formas alternas en la solución de controversias se ha incorporado en las distintas legislaciones con la finalidad de agilizar las controversias en distintos tipos de negocios que a través de las leyes de cada país han adoptado como vía sustitutiva a la judicial estos mecanismos.
 5. Si bien nuestra legislación contempla y regula el tema del arbitraje no significa que el Estado está renunciando a la potestad de administrar justicia, por el contrario, solo reconoce que las personas pueden de común acuerdo otorgarles la facultad a otros para dirimir sus conflictos o controversias.
 6. Al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltos en ocasiones mediante transacciones privadas”. (Advertencia de Inconstitucionalidad, Mag Aura Emérita Guerra de Villalaz, 29 de octubre de 1992).
 7. No se infrinje el principio de separación de los poderes, ya que, el verdadero origen de la institución de arbitraje es la libre voluntad de las personas, para acudir a dirimir sus conflictos, ante determina entidad.
 8. No se observa que las normas impugnadas obliguen a las personas, al uso de este medio alternativo de solución de conflictos y, debido a la inexistencia de ésta obligación no se puede concluir, tampoco, que las personas están renunciando a su derecho de acudir a los tribunales de justicia.
 9. La facultad que se le confiere al Ente Regulador de arbitrar conflictos que no correspondan a otras autoridades no es obligatorio para las partes. Es decir, que la norma no obliga necesariamente a las partes en conflicto irse al arbitraje, sino, por el contrario, establece la posibilidad que la controversia sea dirimida a través del Ente Regulador por medio de la figura del arbitraje, el cual, es perfectamente viable en nuestra legislación.
 10. No se establece un arbitraje obligatorio (prevalece el principio de autonomía de la voluntad), sino una posibilidad a las partes en conflicto de solucionar sus pretensiones más rápidamente a través de este método alterno en la solución de conflictos.
 11. No se debe desaprobado la solución de conflictos que se lleva a cabo a través de arbitraje, cuando las partes de común acuerdo deciden dirimir sus controversias, de esta manera. Y esto es así, porque cuando el Estado establece y regula dicha actividad, no está abandonando su facultad de administrar justicia, sino que les brinda la posibilidad de resolver sus controversias, ante otras entidades.
 12. La Ley deja abierta la facultad de las personas, de hacer uso del derecho de acudir ante los tribunales de justicia, luego de haber hecho uso del arbitraje; así

pues, en el artículo 22 de la ley 26 de 29 de enero de 1996 se indica: “Artículo 22: Vía jurisdiccional: Las resoluciones emitidas por el Ente Regulador serán recurribles ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia”.

13. No se observa tampoco la violación del artículo 32 de la Constitución Nacional que consagra el debido proceso, ya que no se limita el derecho a ser oído, a aportar pruebas, a utilizar medios de impugnación, etc., y mucho menos, cuando se observa que la facultad de arbitrar, ha sido otorgada a través de ley formal; y aunado a ello, se encuentra el hecho de la voluntad de las partes de hacer uso de este medio de resolución de controversias.
14. No se vulnera la garantía constitucional del debido proceso, por cuanto no queda a la libre voluntad del Ente Regulador las materias sometidas a arbitraje, toda vez que la norma demandada no establece un arbitraje obligatorio por cuanto que tiene que ser consensuado, además de que luego de agotar la correspondiente vía gubernativa, queda el control jurisdiccional. Posición que hoy día ha sido incorporada a la Constitución Nacional, en cuyo artículo 202 se dice lo siguiente: “La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley”.

En resumen, la legislación y la normativa regulatoria vigente en Panamá, para la prestación de los servicios públicos, contempla la posibilidad de que las partes resuelvan sus controversias por la vía de la actividad administrativa arbitral, lo que es perfectamente constitucional, según concluyó el Pleno de la Corte Suprema Justicia en los precitados fallos de febrero de 2004 y marzo de 2005.

Como se aprecia, no debe confundirse el arbitraje administrativo en sentido estricto, que, como explica Ignacio Granado Hijelmo, es “aquel en que la Administración, actuando como tal, es decir, en tutela de un interés público y revestida de facultades de imperium, es una de las partes en el conflicto que se somete al arbitraje ajeno para dirimirlo”,¹¹ con la actividad administrativa arbitral “que aparece siempre que la Administración actúa como árbitro en un conflicto ajeno”.¹²

Esta herramienta, el arbitraje, en definitiva, tiene la finalidad de que se logren soluciones rápidas y eficientes, que mantengan la unidad de la regulación, de manera que ésta no se vea afectada por decisiones expedidas por personas no especializadas, sin embargo, las reglamentaciones procedimentales existentes, la aplicación supletoria de la Ley 38 de 2000 y la posibilidad de que tales decisiones sean revisadas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, concebidas teóricamente para garantizar que el administrado no sea víctima de decisiones arbitrarias en perjuicio de sus derechos, ponen en duda la efectividad de este recurso.

11. Grimaldo Hijelmo, Ignacio, El Arbitraje de Derecho Administrativo: Algunas reflexiones sobre su fundamentación, revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, Nº 39, 2005, p. 48.

12. Ibid.