

Estado actual del sistema de contratación pública: Reflexiones sobre su vertiginoso cambio

Javier Ernesto Sheffer Tuñón*

Sumario:

I. Nociones preliminares. 1. Estado de Derecho y “Bien común”. II. Normas sobre contratación pública y su vinculación con el interés público. 1. Antecedentes regulatorios. 2. Normas vigentes y principios rectores. III. El presupuesto participativo. IV. La presunta doble personalidad del Estado. V. Elementos condicionantes de la contratación administrativa. VI. Instrumentos internacionales que reclaman aplicación. 1. Pacta sunt servanda bona fide y Rebus sic stantibus. 2. Convención Americana contra la Corrupción. 3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 4. Precariedad en el cumplimiento de estos convenios internacionales y deficiente tutela al derecho de defensa en vía administrativa. VII. Reflexión sobre la contratación directa. 1. ¿Basta que la Ley prevea supuestos de contratación directa para que se justifique este proceder?

I. Nociones preliminares

1. Estado de Derecho y “Bien común”

Para iniciar este estudio es importante hacer unos comentarios previos, y así enmarcar el contenido del mismo.

En tal sentido, cabe señalar que Panamá es un Estado regido por una Constitución o Ley Fundamental, que ocupa la cúspide en el ordenamiento jurídico, y por normas secundarias, emitidas por la Asamblea Nacional, además de instrumentos que tienen idéntico valor y fuerza vinculante, tal cual los reglamentos, que ordenan la vida de relación entre particulares entre sí, y sobre todo entre el Estado, los organismos públicos y esos particulares, estableciendo los límites entre el poder y la esfera de libertad de los asociados.

Dentro ese este aspecto contextual habría que preguntarse ¿cuál o cuales son los objetivos del Estado democrático, constitucional, social, representativo,

* Abogado litigante, Consultor, Profesor de Derecho Procesal Administrativo y de Derecho Constitucional en la Universidad del Istmo, Miembro Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo desde el 2002, Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”.

responsable y participativo de Derecho, como hoy se le describe en varias constituciones de Europa y América?

La respuesta ya ha sido enunciada. Uno de los objetivos de este tipo de Estado es propiciar las condiciones mediante los instrumentos legales que regulen la vida de relación entre las personas, y para ello está dotado, clásicamente, por tres (3) poderes, que en la teoría político-jurídica actúan limitada y separadamente; pero en armónica colaboración.

Esto significa, según el artículo 2 de la Constitución, que consagra la tridivisión del poder (en Órgano Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que éstos son independientes entre sí, lo que se constata por el cúmulo de competencias previstas tanto en la Constitución como en la Ley; aunque han de ejecutar esas facultades coordinadamente, cooperando entre sí para llevar adelante los fines estatales.

Otra finalidad, la más importante que se le asigna al Estado en esta época pregonado por la “Doctrina Social de la Iglesia”, pero que tiene como antecedente remoto la filosofía clásica, es el **bien común**.

Así está previsto expresamente en constituciones como la chilena y la salvadoreña.

En Panamá, esa finalidad no está señalada en la Constitución vigente con el calificativo de “bien común”; sin embargo, existen otras frases y palabras que desde el mismo **Preámbulo** indican que la nuestra está enmarcada dentro de ese concepto, al referirse al “bienestar general”¹, la justicia social, la utilidad pública.

¹ Señala el Preámbulo de la Carta Magna de 1972 varias veces reformada: “Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la **dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general** y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá”. (Énfasis suplido). Cabe destacar que antes de la reforma de 2004, no existía referencia directa en la Constitución a la **dignidad humana**, salvo en su preámbulo. Ahora ello es indudable según el inciso final introducido al artículo 17. Pienso que desde antes pero con mayor certeza desde dicha atinada modificación, esta norma que consagra en coordinación con otras el capital **principio de legalidad** en el actuar público, **no es de tipo programático** o enunciativo. Consiste en una disposición normativa que encuentra ajuste a la situación de hecho o jurídica concreta, y como tal, en ese momento, reclama directa aplicación, simple y razonablemente porque las autoridades de la República deben cumplir ellas mismas además de hacer cumplir la Constitución y las leyes. Lamentablemente la interpretación que le ha dado al artículo 17 la jurisprudencia constitucional lo vacía de contenido, situación que merece un nuevo giro por la imbricación y respeto necesarios de la dignidad humana, cuando hablamos de derechos y garantías fundamentales.

No obstante, de modo curioso la Ley Fundamental no expresa, literalmente, que nuestro país está constituido como Estado Constitucional y Social de Derecho.

Ésta es una omisión que debe ser subsanada en un nuevo estatuto político jurídico que reclama ya desde hace un considerable tiempo la sociedad nacional.

El “bien común” traducido jurídicamente equivale al “**interés público**”. Un ejemplo notable es la Constitución de Chile, que en su capítulo primero relativo a las “Bases de la Institucionalidad”, declara en su artículo 1, lo siguiente:

“Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Obsérvese la nitidez de esta disposición que imbrica elementos importantes del acontecer en cualquier país, poniendo de relieve instituciones naturales como la **familia**, y esa calificación que en los tiempos presentes también puede ser predicada de los **grupos intermedios**, que contribuyen en el quehacer democrático, que por su importancia, no pueden ser desconocidos, marginados o excluidos porque representan variados intereses en la sociedad, cosa que por sí abona acerca de su legitimación como tales.

Apréciese, igualmente, lo que dijimos de la consagración directa del **bien común** como uno de los fines sino el más importante del Estado de Derecho, ya

que éste *no es un fin en sí mismo*, el *Estado es un medio* para alcanzar objetivos individuales pero, principalmente, colectivos.

La legislación secundaria de Chile también contempla este importante principio en la Ley de organización administrativa del Estado, particularmente el artículo 3.² Lo destacable de esta disposición foránea es que también predica de la Administración *ser un instrumento al servicio de la persona humana*, y propulsora del **bien común**.

Muchas veces en la realidad panameña se percibe que las autoridades desconocen el fin primario de la Administración, y el rol que como servidores públicos poseen sus operadores para echar a andar el engranaje oficial. Esto es lamentable y obedece, a mi entender, entre otros variados factores, a la cultura política de antivalores y el bajo nivel educativo, que incide de igual manera en distintos aspectos del acontecer nacional, relacionados al servicio público; igualmente, puede señalarse la ausencia de una Ley de organización administrativa como la citada, que tan sólo es un ejemplo de las tantas existentes y que Panamá requiere con urgencia para contribuir al adcentamiento de la función administrativa del Estado nacional.

II. Normas sobre contratación pública y su vinculación con el interés público

1. Antecedentes regulatorios

Acerca de las normas secundarias, antiguamente era el Código Fiscal el que regulaba la contratación de los particulares con el Estado; después, la Ley 56, de 30 de diciembre de 1995, que incluyó diversos tipos de actos públicos para lograr ciertos fines constitucionales expresos, que más adelante se anotan.

² “**Artículo 3.** La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; **su finalidad es promover el bien común** atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”. (Ley 18.575, D.O 05.12.1986).

En la actualidad, la Ley 22 de 2006 y su reglamento contenido en el Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006, son los instrumentos que regulan este rubro.

Aunado a estos cambios normativos se afirmaba que como parte de la denominada “Huida del Derecho Administrativo”, iban a enfatizarse los aspectos del Derecho Privado en la contratación pública, cosa que la realidad demuestra que no ha ocurrido ni con el anterior ni con el vigente sistema de contratación.

La Constitución alude en diversos artículos al sistema de **concesión administrativa**, y etiqueta los contratos que se celebren sobre explotación del suelo, subsuelo, bosques, utilización de agua, medios de comunicación y de transporte y otras empresas de servicio público, con los conceptos “bienestar social” y el “interés público”.³

La Ley 5 de 1988 refiere a la figura de la concesión de ciertas obras y actividades que el Consejo de Gabinete califique de interés para la colectividad.

De lo dicho resulta que existe directa relación entre el **interés público** y una de las funciones que realiza el Estado, consistente en aprovisionarse de suministros, bienes en general, planificar la ejecución de obras y la prestación de servicios públicos.

Básicamente estas tareas las cumplen todas las instituciones públicas en mayor o menor medida de acuerdo a las competencias asignadas; pero sobre todo de acuerdo a esa noción de **servicio público**, que es una tarea inacabada, constante, permanente, abarcadora, de calidad y eficiente, que mide el nivel de vida de las naciones, su riqueza o estado de pobreza.

Los servicios públicos que se prestan o los efectos que se sienten de la construcción de puentes, carreteras, hospitales, centros de salud, escuelas, acueductos y alcantarillados sanitarios, reflejan esos estándares; pero todo esto - por regla- ha de hacerse o materializarse mediante varios instrumentos legales. Primero: el **procedimiento de selección de contratista** o procedimiento administrativo previo a la contratación, y Segundo: **la concertación del contrato** respectivo entre el Estado a través de la institución convocante o licitante y el

³ Cf. Art. 260.

contratista, que generalmente proviene del sector privado; a éste le podemos denominar simplemente **oferente**.

Estos puntos tienen como necesario antecedente una política pública definida y el aprovisionamiento presupuestario, en el Presupuesto General del Estado.

Conclusión intermedia: el Interés Público o Bien Común antes señalado está linealmente vinculado a la contratación pública o administrativa como prefieren llamar a este proceso algunos autores.

2. Normas vigentes y principios rectores

Sobre este punto debemos partir de la Constitución. Ésta consagra en el artículo 266 lo que puede denominarse la inspiración de todo el andamiaje de la contratación pública y de los procedimientos de selección del cocontratante.

En efecto, esta norma posee el siguiente tenor literal:

“Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública”.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”.

De esta disposición se pueden colocar de relieve interesantes elementos como son:

1. El modelo de procedimiento de selección de contratista es la licitación pública, para la reparación o ejecución de obras que se hagan con fondos estatales.
2. Incluye fondos públicos nacionales y municipales.
3. Las excepciones a los procedimientos previos de selección, esto es, qué contratos no pasan por dichos procedimientos previos, sino que se pactan directamente con el proveedor o contratista, debe ser determinado por la Ley.

4. El acto público (licitación) tiene como propósitos **“el mayor beneficio para el Estado”** y **“la plena justicia en la adjudicación”**.

La Carta Política pone en un rango importante a la licitación; sin embargo, la Ley sobre la materia prevé otro conjunto de procedimientos para la selección de contratistas.

La Ley 22, por intermedio de una de sus más recientes modificaciones, la Ley 69 de 2009, vino a colocar claridad en el reagrupamiento de cuáles son esos procedimientos de selección de que se vale la Administración para dotar de obras, bienes y servicios a la población panameña.

Y es que desde el origen de las regulaciones de los trámites para escoger a los prestadores de servicios, constructores de obras o suministros de bienes al Estado, han sido varias las fórmulas utilizadas para tales propósitos, que tomaron en cuenta la complejidad del objeto, su disponibilidad en el mercado, y en la mayoría de los casos, en atención al precio de la obra, servicio o suministro.

Con la claridad introducida por la Ley 69 de 2009, puede decirse que estos procedimientos consisten en:

- Contratación menor,
- Licitación pública,
- Licitación por mejor valor,
- Licitación para convenio marco,
- Licitación de subasta en reversa,
- Licitación abreviada y
- Subasta de bienes públicos.

Esta modificación, en lo que concierne a este listado, tiene la virtud de recoger en una sola norma (Art. 11 de la mencionada Ley) las distintas modalidades de procedimientos de selección de contratistas, que antes, pese a estar contenidas en el cuerpo del régimen de contratación administrativa, no yacían enunciadas de este modo⁴. Esta aseveración se hacía más patente en el régimen anterior

⁴ **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Régimen jurídico de la selección del contratista en Panamá y su control en sede administrativa y judicial, Ponencia al Congreso de contratación pública y mecanismos de control,

previsto por la Ley 56 de 1995. La Ley 22, repito, ha venido a subsanar este punto.⁵

No analizaré ni explicaré estos procedimientos por razones consabidas; pero sí sería provechoso referirnos en otra oportunidad a estos tipos de procedimientos en concreto.

III. El presupuesto participativo

Dentro del Estado supeditado a las normas jurídicas, el contratista ha de verse como un colaborador de la gestión pública. De ello resulta que su participación en las convocatorias implica que exista un presupuesto de inversión, que permita, por una parte, al ente público adquirir del mercado los bienes que necesita para el buen desempeño de la cosa pública, y a los agentes económicos colaborar ordenadamente y en condiciones de igualdad en la distribución del presupuesto participativo, cumpliendo con la contraprestación que le corresponde.

Coincido con el Lcdo. Víctor Benavides, quien, al referirse recientemente al “presupuesto democrático”, que también pudiera ser denominado “**presupuesto participativo**”, comenta:

“Esta disposición de fondos debe darse con la transparencia, equidad y control o fiscalización debidas, es decir, con la intervención de los entes públicos que además del organismo convocante debe supervisar dicha actividad administrativa; me refiero a la Contraloría General de la República; y que como producto también de esa **certeza jurídica** habrán de intervenir, cuando sea necesario, otros entes como la Fiscalía de Cuentas y el Tribunal respectivo, para investigar los casos por posible lesión patrimonial, e incluso las Fiscalías Delegadas de la Procuraduría General de la Nación, si el hecho en la disposición de fondos y recursos públicos, por razón de la contratación pública, se ha producido violando normas penales.

*Un “**presupuesto democrático**”, por llamarlo de algún modo, exige la existencia previa de procedimientos de selección del contratista, rápidos, flexibles en el correcto sentido de la palabra, que busque la eficacia y la eficiencia en el logro del cometido que se pretende, es decir, que se*

celebrado en San José, Costa Rica, Colegio de Abogados, entre el 23 y 27 de noviembre de 2009, texto por publicar en las memorias de dicho Congreso.

⁵ Cf. Art. 38 modificado.

perfeccione y cumpla el contrato, dentro del marco de la legalidad administrativa.

En resumen, conlleva transparencia en el manejo y aplicación de las normas, lo mismo que respeto a los oferentes, alguno de los cuales será beneficiado en buena lid del acto de adjudicación con el que se cierra la etapa precontractual, que no está de más decir coincide precisamente con todas las fases previas o pasos para la selección de quien ha de contratar con el Estado”⁶.

Esto comporta la siguiente anotación: la eficacia y eficiencia de la regulación de los contratos públicos depende de procedimientos previos rápidos y sencillos, tramitados por personal altamente profesionalizado en la aplicación de las normas y principios reguladores; de personal técnico de diversas profesiones que pueda evaluar y fiscalizar los objetos suministrados a las instituciones, así como las obras construidas y los servicios que se le prestan al Estado.

IV. La presunta doble personalidad del Estado

Sabemos que existe todavía la discusión acerca de la **doble personalidad** del Estado, que se traduce en que si éste interviene en algunos contratos como persona de Derecho Privado, o si por el contrario, como persona de Derecho Público, para prestar servicios y atender las necesidades generales de la población, de diversa índole; no huelga decirlo: de educación, salud, cultura, lugares o parques recreativos, vías de comunicación y medios de transporte confiables y seguros; seguridad ciudadana, hoy en día muy debilitada y con altos índices de déficit por razón de la delincuencia común y organizada.

Es cierto, el Estado puede contratar despojado de los privilegios y prerrogativas cuando concierta un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, cuando arrienda un bien mueble o inmueble, o como cuando coloca en el mercado interno o internacional títulos valores con una finalidad especulativa o de rentabilidad, o como garantía del préstamo recibido. En estos casos no podemos decir que exista una posición dominante, ni que estamos ante un **contrato de**

⁶ **BENAVIDES PINILLA**, Víctor Leonel. Importancia de los procedimientos de selección del contratista y de la contratación pública, de cara al control de legalidad ejercido por la Sala Tercera de la Corte, Ponencia al Seminario de 30 de abril de 2010, celebrado en el Centro Regional Universitario de Veraguas.

adhesión, que es el caso de la contratación pública, en donde se incluyen casi irremisiblemente las llamadas **cláusulas exorbitantes** al derecho privado (como la posibilidad de resolución administrativa del contrato -que se entienden implícitas en actos jurídicos de esta naturaleza-, la terminación unilateral, la extinción inmediata o abreviada, etc).

En el supuesto dado, estamos ante la aplicación del Derecho Privado a la relación contractual, que se rige de algún modo por las leyes del mercado y las controversias que surjan entre las partes serán conocidas por la **jurisdicción ordinaria**; mientras que tratándose de contratos administrativos, las cuestiones acerca de la interpretación, terminación o ejecución, han de ser ventiladas, privativamente, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, que ejerce el **control de legalidad**, según el artículo 97, numeral 5, del Código Judicial.

Sin embargo, en última instancia, como el Estado no puede perseguir fines lucrativos *per se*, esa transacción aunque se rija por el Derecho Privado habrá de ser encuadrada dentro del marco del **interés público** del que antes hablamos, porque si esos bonos de inversión o títulos logran generar réditos, este producto habrá de ser reinvertido por el Estado no para fines particulares de ciertos funcionarios o para beneficio de terceros, sino en asuntos de interés colectivo, como pueden ser un plan habitacional, la edificación de un inmueble sede de algún ministerio o de otras oficinas públicas, etc.

Conclusión Intermedia: Se trata de un mismo Estado con la posibilidad de intervenir en diferentes relaciones jurídicas en donde el régimen aplicable puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado. Y aquí hago énfasis con las palabras del autor **Carlos Delpiazzo**, citado por Víctor Hernández-Mendible:

“En tanto que los negocios jurídicos bilaterales públicos, con independencia que sean realizados bajo un régimen preeminente de derecho público o de derecho privado, **no se rigen por el principio general de libertad** y los postulados que lo desarrollan, en el entendido que **las autoridades públicas no se desenvuelven en el ámbito de la libertad, sino en el ámbito de las competencias establecidas** por el ordenamiento jurídico, lo que conlleva a que sea **el principio de legalidad**, el llamado a presidir la actuación de las autoridades públicas, dirigidas a

seleccionar a las personas con las cuales contratan, así como a la realización de la negociación y de la celebración de la contratación con estricta sujeción a tal principio”⁷.

Lo anterior me permite de algún modo recordar que pese a que en el tema de contratos públicos no estamos ante el principio general de libertad individual o respeto de los derechos civiles y de otras generaciones en haber de los particulares; empero sí ante el principio de legalidad. Esto no obsta para que en estos contratos se aplique el principio de “Libertad de pactos”, expresamente recogido en la Ley española sobre Contratos del Sector Público promulgada en el año 2007.

Este principio de “libertad de pactos” significa que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración⁸. Libertad de pactos que no es ocioso indicar que en el Derecho Privado se enmarca en la libertad contractual, claramente prevista por el artículo 1106 del Código Civil, con la diferencia que, en el sector público, *mutatis mutandi*, se hace un énfasis acentuado en que las cláusulas convenidas deben ceñirse al interés público, a la juridicidad y al objetivo de buena administración.

V. Elementos condicionantes de la contratación administrativa

Seguro es que cuando hablamos del régimen de contratación pública, estamos abordando un tema relacionado con normas básicamente de **orden público**, de estricto cumplimiento, cuya eficacia depende de varios factores:

1. **Profesionalismo del operador administrativo** que adelanta el proceso de selección y de aquellos que concluyen el contrato.

⁷ DELPIAZZO, Carlos. Los derechos fundamentales y la libertad económica, El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica. VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Tomo I, Caracas, 2004, p. 66. Citado por: **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Víctor. En “AÍDA, Ópera Prima de Derecho Administrativo”, Opus No. 3, Enero-junio de 2008, México, p. 97.

⁸ Cf. Art. 25 y Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre. Escuela de Administración Pública de Castilla y León, Colección Textos Legales, Edita Junta de Castilla y León, España, 2008, p. 59.

Este elemento está vinculado no únicamente a la idoneidad profesional del funcionario, sino a su **conducta ética**⁹.

2. **Transparencia del proceso**, lo que implica, entre otros aspectos, acceso y divulgación de toda la información dentro de los estamentos públicos convocantes, y claro está, fluida a los distintos oferentes. En resumen, es el **principio de Publicidad**.
3. **Igualdad de trato hacia los participantes**, relacionado con lo anterior, tiene la arista que el pliego de cargos y los requisitos de participación sean los mismos para todos los convocados. No debe haber discriminación que es el polo opuesto a la igualdad. Esto es el presupuesto del **principio de libre concurrencia** de los agentes económicos a la convocatoria efectuada por el ente público que se trate.
4. **Debido proceso**. Es la piedra angular de todo tipo de proceso como ha tenido la ocasión de decirlo en innumerables ocasiones la Corte Suprema de Justicia y sus diversas Salas. El previo proceso legal combinado con la economía procesal, disminuir al mínimo los formalismos y la celeridad en la actuación, deben concluir en un adecuado **acto de adjudicación** al oferente (con el cual se cierra el proceso de selección conocido también como fase precontractual), que cumpla con los requisitos del acto público.¹⁰ Atendiendo el mejor beneficio para el Estado y la plena justicia en la adjudicación.
5. **Buena fe**. Se traduce en la confianza legítima entre participante u oferente y la Administración, especialmente que la Administración no lleve a cabo conductas que desdigan la buena fe recíproca que debe existir, es decir, que lo propio es exigible al particular

⁹ Recordemos que según la norma constitucional (Art. 300), en el ejercicio de sus funciones, el servidor público debe dirigirse con competencia, lealtad y moralidad. Esta moralidad incluye la conducta ética del mismo, ética que se traduce en respeto de los cánones propios de su profesión y abstenerse, entre otras cosas, de solicitar a interesados o terceros, prebendas, coimas u otra dádiva para beneficio propio o de tercero; y apego objetivo a la Ley y facultades que le han sido asignadas al cargo.

¹⁰ Podríamos desarrollar todos y cada uno de los principios jurídicos que presiden los actos de selección de contratista; pero no es de lugar en este escrito.

interesado¹¹. La Sala Tercera lo ha reconocido, porque extrayéndolo del artículo 1109 del Código Civil, significa que es de uso común en el Derecho, de ahí su aplicabilidad a las relaciones contractuales que pacte el Estado con los particulares, y a las relaciones contractuales entre instituciones públicas. *Claramente el artículo 21 de la Ley 22 de 2006 lo prevé, al referirse a la interpretación de las reglas contractuales, esto es, no sólo la hermenéutica de las normas positivas, sino la de las cláusulas contractuales.*

6. **Principio de legalidad.** Ya ha sido abordado con cierto énfasis en líneas anteriores; pero es importante reiterar que desempeña un papel preponderante en cualquier ámbito de actuación en la esfera pública. Dice relación con que las acciones u omisiones de los funcionarios e instituciones oficiales deben tener como soporte previo una base normativa, que a su vez produce un doble efecto jurídico: al tiempo que faculta para hacer o dejar de hacer al operario público, constituye un límite o marco de acción insoslayable por el referido operador. Esto orilla de inmediato al “**principio de responsabilidad**”, previsto en el artículo 18 de la Constitución, al prescribir que los funcionarios son responsables por infracción de ésta o de la Ley (incluidos los reglamentos), por omisión en el ejercicio de sus funciones o por extralimitación de las mismas. En este punto observamos que entramos en la esfera penal, a conductas (por acción u omisión) que constituyen delitos tipificadas en el Código Penal.

VI. Instrumentos internacionales que reclaman aplicación

1. Pacta sunt servanda bona fide y Rebus sic stantibus

Sabido es que el artículo 4 constitucional establece que “Panamá acata las normas del Derecho Internacional”.

¹¹ Cf. Art. 14, numeral 4, de la Ley 22 de 2006, que impone como una de las obligaciones del contratista, actuar con lealtad y buena fe en todas las etapas de la relación contractual.

Esta excerta que en el devenir de la Era Republicana ha sufrido varios matices dependiendo de la circunstancia política del momento, relacionada con el diferendo entre este país y los Estados Unidos, por el Área Canalera, hoy en día consiste en una frase lisa, sin aparentes condicionamientos.

“**Pacta sunt servanda, bona fide**”. Esto tiene su contrapeso en la regla también aplicada al Derecho Internacional conocida como “**Rebus sic stantibus**”, por lo que cuando se produzcan variaciones en las circunstancias originales existentes al tiempo en que se pactó el acuerdo, es posible variar los efectos de éste.

A qué vamos?, a que Panamá, al ratificar los convenios o tratados internacionales, los interioriza, a modo de Ley secundaria, en el ordenamiento jurídico, y se obliga, según la jurisprudencia dictada por la Corte, a tomar las medidas para ajustar su legislación a lo contenido en el pacto internacional ratificado¹².

A nivel de América existe la Convención Interamericana contra la Corrupción (1993), y la Organización de las Naciones Unidas ha aprobado una Convención contra este flagelo (2003).

2. Convención Americana contra la Corrupción

Este tratado fue aprobado por nuestro país mediante Ley 42, de 1 de junio de 1993, y entró en vigencia el 6 de noviembre de 1998.¹³

El Artículo III incide sobre el tema de la contratación, al referirse a las “Medidas preventivas” contra la corrupción. Veamos:

“A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinados a crear, mantener y fortalecer:

...

...

...

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del

¹² Si nos ajustamos a la teoría monista o dualista, no es el caso en este momento. Es obvio que en alguna ocasión justificada podría excepcionarse el orden público nacional, para desligarse o denunciar un tratado; pero mientras ello no ocurra, es menester cumplirlo según el artículo 4 de la Constitución y la seguridad jurídica.

¹³ GO No. 23,581, de 8 de julio de 1998.

Estado que aseguren la publicidad, **equidad y eficiencia de tales sistemas**.

...

7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes”.

De esta norma internacional también es rescatable el numeral 3 que exhorta a adoptar instrucciones dirigidas al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las *normas éticas* que rigen sus actividades.

3. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*

Aprobada mediante Ley 15, de 10 de mayo de 2005, y entró en vigencia el 14 de diciembre de 2006¹⁴. En su artículo 9 dispone lo siguiente:

“**Artículo 9.**

Contratación y gestión de la hacienda pública

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar entre otras cosas:

...

...

...

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, **para garantizar recursos y soluciones legales** en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

...

¹⁴ GO No. 25,296, de 11 de mayo de 2005.

...
...
...”

4. *Precariedad en el cumplimiento de estos convenios internacionales y deficiente tutela al derecho de defensa en vía administrativa*

Con respecto a la eficacia del numeral d) pretranscrito, me parece que las últimas reformas introducidas a la Ley 22, mediante el artículo 31 de la Ley 30 de 2010, que modifica el segundo párrafo del 114 de aquella, en el sentido que *cambia de suspensivo a devolutivo* el efecto en que deberá surtirse el recurso de impugnación interpuesto contra algún acto de adjudicación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, no se ajusta a la recomendación internacional.

Esto, en la práctica, le restará cualquier elemento de eficacia a la impugnación, ya que el procedimiento de adjudicación seguirá adelante como si no se hubiera recurrido contra el acto de adjudicación, con la notable carga al TAdeCP, para que acelere su actuación en miras a resolver lo más pronto posible la impugnación presentada.

Ya de por sí la tramitación de este recurso y otras actuaciones en la vía administrativa -que se surte ante el TAdeCP- se verifican en un tiempo razonable (cerca de dos meses a dos meses y medio); lapso que es bastante rápido en comparación con los procesos ventilados ante instancias judiciales ordinarias o especiales.

Pienso que esta nueva norma introducida mediante la Ley 30 de 2010, comúnmente denominada “9 en 1”, “Ley Chorizo” o “Golazo”, pues su dictación coincidió con la celebración del Mundial de Fútbol Sudáfrica 2010, y porque aborda una serie de materias disímiles entre sí, correspondientes a tres Códigos distintos (Judicial, Laboral y Penal) y aspectos que son típicos de Leyes orgánicas, además de acusar parte de la sociedad civil entre grupos de ambientalistas, sindicatos y el Foro abogadil, que no fueron discutidos sus puntos medulares, por medio de una amplia participación ciudadana, que esos grupos y organizaciones reclamaban, además de una presunta violación del procedimiento parlamentario en su

aprobación, no se ajusta al requisito establecido al respecto por la normativa internacional, concretamente, cuando recomienda e impulsa a los Estados Partes a que las regulaciones que adopten sobre contratación incluyan valores mínimos que aseguren, entre otras cosas, *“un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo”*.

Las reformas indicadas del artículo 31 de la “Ley Golazo”, al régimen procesal de impugnación del acto de adjudicación, va en contravía del respeto de unos valores mínimos, entre éstos, el debido proceso que puede incidir en la transparencia del acto mediante el cual se cierra el procedimiento de selección del contratista, o sea, la adjudicación de la licitación o acto público de que se trate.

Lo curioso es que en la exposición de motivos de la citada ley modificatoria, no se explica ni hace referencia a las razones que apoyan el cambio legislativo, que vaticino traerá muchas inconformidades de los participantes en las convocatorias que realice el Estado para el suministro de bienes, servicios o construcción de obras, sobre todo, si aquellos estiman, justificadamente, que debió ser su propuesta la favorecida.

Tampoco es acorde con el referido literal d) la obligatoriedad de consignar una fianza de recurso para poder impugnar el acto de adjudicación, como ocurre en nuestro régimen procesal de la Ley 22 de 2006, con el “agravante” que la Ley 30 de 2010 aumentó de un 10% a un 15% la citada fianza.

Es requisito sine qua non que el recurrente consigne quince por ciento del “valor de la propuesta del impugnante para todos los actos públicos relacionados con la adquisición de bienes, obras y servicios”.¹⁵ Por ello se viola el principio de gratuidad del procedimiento administrativo, especialmente, en lo relativo a que no deben existir cargas tributarias, cautelas, fianzas, ni siquiera de interés público, para poder hacer uso del derecho de defensa, uno de cuyos elementos es la facultad de interponer -sin trabas- los recursos legalmente establecidos.

Una reflexión pausada recomienda la derogatoria de este tipo de obstáculos, que más que introducir eficacia al sistema, lo alejan de su finalidad.

¹⁵ Cf. Art. 30 de la Ley 30 de 2010, que modifica el segundo párrafo del artículo 90 de la Ley 22 de 2006.

Por estas razones estimo que Panamá cumple, precariamente, con los citados convenios internacionales.

VII. Reflexión sobre la contratación directa

1. ¿Basta que la Ley prevea supuestos de contratación directa para que se justifique este proceder?

Debo advertir la tendencia de los “Gobiernos de turno”, a flexibilizar y obviar los procedimientos de selección, por la contratación directa, ampliando el cúmulo de actos que son exceptuados de los trámites previos a la selección del contratista.

Parto en este segmento señalando que no basta que la **Ley formal** exceptúe de los procedimientos de selección de contratista, para que esté justificado este tipo de adquisición de bienes y servicios por parte de la autoridad, ya que en el fondo podría encubrirse una forma no recomendable de legitimar mediante Ley expedida por la Asamblea Nacional posibles permisiones a actos de corrupción administrativa, violándose de este modo no sólo el texto sino el espíritu del artículo 266 de la Constitución ya comentado.

El exceso o proliferación de supuestos “excepcionales de contratación directa”, puede generar un relajamiento en desmedro del principio de transparencia y las herramientas anticorrupción, que todo buen sistema de adquisición de bienes, servicios y construcción de obras debe preservar.

Al gobierno territorial o local le son aplicables las normas sobre contratación administrativa de la Ley 22 de 2006, por así disponerlo la Ley 69 de 2009.

Ya sea en la Administración central o la descentralizada por funciones y territorialmente, la contratación directa es una puerta a la tentación, que permite entrar a la comisión de actos venales.

No es lo mismo supeditarse a una regulación prefijada que auspicia la libertad de concurrencia, preludio de la sana competencia entre oferentes, que tener vía libre para escoger a quien suministre bienes y servicios al Estado, porque este tipo de gabela puede inclinar la balanza en favor de comerciantes allegados a funcionarios de jerarquía o a quienes manejan el expediente, o en beneficio de empresas vinculadas a tales funcionarios, que actúan a través de terceros (subcontratistas o simples testaferros).

En el fondo pareciera que normas claras sobre conflicto de intereses o incompatibilidades sería lo que resolvería un supuesto como el anotado; pero no es fácil cuando los espacios para la contratación directa y el “padrinazgo político” se amplían e intervienen, bajo el pretexto de la demora en satisfacer la necesidad apremiante, si se sigue el procedimiento ordinario de selección.

Por tanto, hay que saber distinguir entre la fuerza mayor y los hechos de la naturaleza o de otro tipo (terremoto, incendio, derrame de petróleo, infestación humana endémica, contaminación por otros productos, etc.) que imponen, justificadamente, un estado de emergencia, para lo que está previsto en la Ley una actuación rápida de las instituciones, que incluye adquirir bienes, obras y servicios del mercado con prontitud, de aquellas circunstancias que pese a estar revestidas de un clima de normalidad, la autoridad utilice la contratación directa como forma no excepcional sino ordinaria para adquirir tales rubros.

Es aquí cuando se exige el respeto irrestricto del principio de legalidad, siempre enfocado en el interés público, y no encubrir un interés particular ajeno a la finalidad constitucional, ya que de ocurrir esto último se produciría una clara desviación de poder en lo administrativo, con indicios de actos de corrupción, perseguibles penalmente.

Panamá, 2010.