

La contratación pública en Panamá

Javier Ernesto Sheffer Tuñón*

SUMARIO

I. Conceptos básicos sobre la contratación pública panameña. A. La escisión contratos públicos-contratos privados del Estado. B. El contrato público en Panamá es un acto administrativo. C. Normas secundarias reguladoras de la contratación pública. 1. Código Civil. 2. Código Fiscal (Ley 8 de 1956). 3. Ley 56 de 27 de diciembre de 1995. 4. Ley 22 de 27 de junio de 2006. 4.1. Descentralización del sistema de contratación del Estado 4.2. Principios rectores del sistema legal actual. II. La contratación administrativa según la Carta Magna vigente. III. La contratación pública en el gobierno local. IV. En la disposición y administración de sus bienes los entes públicos deben respetar la legalidad. V. Algunos contratos públicos celebrados por la Administración. 1. La concesión. 1.1. ¿Es la desafectación de un bien de dominio público un simple tema de política legislativa? 2. Contratos de obra, suministro, arrendamiento, servicios. 3. El Contrato Ley. 3.1. Breve análisis del Contrato Ley y su pertinencia en la contratación pública nacional. 4. Acuerdos de reivindicaciones laborales. VI. Los contratos administrativos y la cláusula arbitral. VII. Derecho vigente en el tema de la contratación administrativa: La Ley 22 de 2006. VIII. Rol de la Contraloría General de la República. IX. Control de juridicidad de la contratación estatal. A. Jurisdicción competente. 1. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (vía administrativa). 2. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (vía judicial). IX. Reflexión final.

I. Conceptos básicos sobre la contratación pública panameña

La materia a abordar es muy interesante en el Derecho Administrativo, y cada día requiere de mayor estudio y precisión para encontrar mejores formas de ajuste y eficiencia en la disposición de fondos y bienes públicos, para satisfacer necesidades del colectivo social.

A. La escisión contratos públicos-contratos privados del Estado¹

* Profesor de Derecho Procesal Administrativo de la Universidad del Istmo, Miembro del FIDA, exauxiliar letrado de la Corte Suprema de Justicia, Secretario del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

¹ Sobre esta polémica, aún no saldada, ver el interesante artículo escrito por Pedro J.J. Coviello, en “Cuestiones de contratos administrativos (en homenaje a Julio Rodolfo Comadira)”, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, S.A., Buenos Aires, pp. 225-240.

Acerca de la distinción entre contratos privados de la Administración y contratos administrativos, se ha dicho que: “no todos los contratos celebrados por la Administración adquieren por ese solo hecho el carácter de contratos administrativos. Contratos hay entre los celebrados por la Administración que caen dentro del dominio del derecho privado, y ello ocurre cuando su motivo determinante es el interés privado de cada cual. No pasa lo mismo con los contratos administrativos, que se definen como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa o indirectamente la satisfacción de un interés público, lo que hace que se diferencien de los contratos civiles en los cuales no aparece esa característica esencia de los administrativos: el servicio público”.²

Los contratos de la Administración se rigen predominantemente por el Derecho Público, pero los hay también regidos en parte por el Derecho Privado. Así, están más próximos al Derecho Civil (más lejanos del Derecho Administrativo), los contratos **de cesión, permuta, donación, locación, compraventa, mandato, depósito, fianza, mutuo hipotecario, transporte, contratos aleatorios**. Por el contrario, están más cerca del Derecho Administrativo los contratos de empleo o función pública, empréstito, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, obra pública y suministro.³

²Sentencia de 20 de diciembre de 1996. Corte Suprema de Justicia. Pleno. Caso: Carlos G. Campbell M., en su condición de Fiscal Primero de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá, presenta demanda de inconstitucionalidad contra el Auto de 1º de febrero de 1996 proferido por el Primer Tribunal Superior de Justicia, en virtud de la solicitud presentada por Consorcio VAN DAM -SOSA & BARBERO, para que se ordenase a la Nación, representada por el Ministerio de Obras Públicas, nombrar un árbitro para constituir e integrar el Tribunal de Arbitraje que se encargará de decidir las controversias surgidas entre dicho consorcio y la Nación. MP. Eligio Salas. En esta sentencia se cita el auto de 25 de junio de 1947, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a su vez, referido por Rogelio Fábrega Z. El arbitraje en la contratación pública”, en “Revista Lex”, abril-agosto de 1993, p. 251.

³Cf. **NOILLET**, Alejandra. Los contratos administrativos. Selección del contratante, en <http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm>.

Esta discusión todavía es relevante debido a las múltiples y complejas actividades del Estado y sus administraciones públicas, directamente relacionadas con las necesidades de la población que él aglutina.

B. El contrato público en Panamá es un acto administrativo

El contrato administrativo es reputado un *acto administrativo*, en el ordenamiento nacional, naturaleza que se desprende del artículo 201, numeral 1, de la Ley 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo común. Esto en función de que la voluntad administrativa se ve complementada con la del cocontratante o contratista, en la concertación del acuerdo de voluntades reglado que importa la contratación estatal. Aunque es evidente que “cuando una entidad estatal celebra un contrato con un particular, estando sometido este contrato a reglamentaciones especiales, el particular contratista también queda cobijado por ellas.”⁴

La administración central, la descentralizada y, entre ésta la territorial, pueden celebrar contratos administrativos; pero no las personas jurídicas no estatales, sean éstas públicas o privadas; los contratos que celebran las personas públicas no estatales y las privadas que ejercen funciones públicas, por no estar incluidas en la categoría de personas estatales, sus contratos no suelen ser incluidos en la clasificación de contratos administrativos.⁵

Dentro de sus funciones y para el cumplimiento de sus objetivos, el Estado se aboca a adquirir suministros, bienes y servicios, contratar la construcción de obras o trabajos públicos; *concesionar* a otra Administración (v. gr. la local) o al sector privado la gerencia de ciertos bienes o servicios, ya sea de contenido económico o esencialmente prestacional para satisfacción de una necesidad general.

⁴ **RODRÍGUEZ**, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, Decimoquinta edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2007, p. 417.

⁵ En el Derecho Administrativo panameño no se ha profundizado sobre el tema de las personas públicas no estatales; lo cierto es que **no** pueden emitir actos administrativos sujetos al control de la legalidad; sin embargo, como es obvio, pudieran contratar con el Estado y ese contrato de naturaleza administrativa queda sometido al control judicial contencioso administrativo. Piénsese, por ejemplo, en el Colegio Nacional de Abogados u otros colegios profesionales.

Sin duda el Estado es un gran consumidor de una multiplicidad de rubros para mantener la vitalidad de su funcionamiento acorde con el orden y el interés público.

Los esquemas jurídicos tradicionales de la contratación común que de antiguo fueron aplicados por la Administración, en que la Ley del contrato se estima como su fuente motora, han sido revisados, porque tales parámetros válidos entre partes equivalentes o formalmente concebidas como iguales, se quiebran en la relación jurídico pública, no sólo desde la perspectiva de los sujetos o por lo menos uno de los sujetos que interviene en la relación contractual (el Estado o alguna de sus dependencias); sino por el objetivo: la búsqueda de la satisfacción de los intereses colectivos.

Esto no comporta que la contratación que efectúe el Estado siempre está fundamentada en este tipo de interés; no obstante, salvo mejor opinión, aún como última ratio se puede denotar en los “contratos privados” del Estado un fin público, como cuando participa en el mercado de valores para que sus títulos adquieran dentro de ese mercado especulativo un “plus valor”, cuyos réditos pueden reinvertirse en obras públicas; cuando recibe donaciones que, a su vez, puede destinar a la asistencia social u otros rubros similares.

En Panamá, el régimen de la contratación oficial o estatal ha ido decantándose con el paso del tiempo y desde mediados de la década del cincuenta del siglo pasado se dictaron leyes, como el Código Fiscal, con la visión de imprimir cierto perfil a las normas sobre disposición de fondos y bienes estatales, aunado al esmero que ello requiere, ya que no son recursos ni bienes patrimonio de un particular, sino que corresponden a eso que se conoce como la “ hacienda pública”; cosas fiscales que, por pertenecer a todos, exigen un tratamiento diferente acerca de su disposición o destino último.

Por tanto, la contratación pública, que es una de las maneras de disponer de esos rubros- tiene que afinar el lápiz dentro del concepto y propósitos de lo público.

En el contrato administrativo la Administración actúa como poder público con todos los privilegios que le son inherentes a esa calidad y que no puede renunciar en forma tácita ni expresa. La falta de cláusulas exorbitantes del derecho privado en un contrato administrativo, no es obstáculo para que se hagan efectivas las prerrogativas que ellas materializan⁶.

Es por ello que tampoco es válida la renuncia expresa a tales privilegios que exteriorizan atribuciones propias para hacer efectivos los fines del Estado. “asegurando la real y mejor prestación de todos los servicios públicos: ‘*salus populi suprema lex esto*.’”⁷

Al referirme a una sociedad concreta en el tema de la contratación estatal es inevitable poner de relieve esas normas que constituyen el marco legal de lo que han sido, y hoy siguen siendo, algunos contratos administrativos en el sistema nacional.

C. Normas secundarias reguladoras de la contratación pública

1. Código Civil

El mismo fue aprobado casi a finales de la segunda década del siglo pasado, al igual que el Código Administrativo y, representan, además de las facultades reglamentarias del Presidente dentro del sistema republicano de gobierno, lo que podría llamarse el primer techo legal que tenía la disposición de bienes y fondos públicos. A no dudarlo las normas presupuestarias (rentas y gastos) incidían sobre este tema.

⁶ Por ello, la Administración, aunque no sean establecidas expresamente en el contrato público, puede invocar las casuales de resolución administrativa del mismo, que como tal se entienden implícitas. Cf. Penúltimo párrafo del artículo 68 del C. Fiscal; parágrafo del artículo 104 de la Ley 56 de 1995; y el vigente parágrafo del artículo 99 de la Ley 22 de 2006. Una manifestación del régimen exorbitante de la contratación estatal lo constituía en el pasado que, según la Ley 56 de 1995, artículo 106, numeral 4, no procedía recurso alguno en la vía administrativa contra el acto que resolviera administrativamente el contrato, sólo quedaba al interesado acudir a la vía jurisdiccional en plena jurisdicción. Añádase a este régimen exorbitante la terminación unilateral por razones de interés público debidamente comprobadas, con derecho del contratista a recibir indemnización (Arts. 64 de la Ley y 207 del decreto reglamentario).

⁷Cf. **BERÇAITZ**, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos. Segunda edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 262.

El doctor José Dolores Moscote, colombiano de nacimiento pero panameño de corazón, tras explicar ciertas atribuciones del ejecutivo en la Constitución de 1904, comentaba la facultad de celebrar contratos; contratos de naturaleza administrativa para “la prestación de ciertos servicios y la ejecución obras públicas”, y prevenía sobre la preferencia que los gobernantes estuvieran protegidos de una fuerte coraza de rectitud y honorabilidad; imperativos que trascienden del campo constitucional de que los negocios del Estado sólo se confíen a esta clase de hombres, que son en sí mismos la mejor salvaguarda de los intereses de la comunidad⁸. Sin embargo, para la fecha (1929 y hasta 1941) no existió jurisdicción contencioso administrativa que revisara la juridicidad de la gestión administrativa.

La ley común sin desarrollar aspectos obligacionales de dar, hacer o no hacer⁹ sobre los bienes estatales, ya indicaba una impronta que se elevó a nivel constitucional, clasificando los bienes (en atención a las personas a las que pertenecen), en aquellos que son de **dominio público** y los de **dominio privado**, dejando claro, también, lo que dentro de un sistema capitalista es básico, al prever que los bienes de **propiedad privada** pueden ser “además de los patrimoniales del Estado y del municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente” (Cf. Arts. 328-334 del C. Civil).

Es natural y justificable que en estos tiempos de la República la Ley del contrato fuera el asidero más asequible por falta de regulación específica en materia de contratos públicos, con toda la secuela de desajustes o desacomodo de ese sistema aflorado con el devenir del tiempo, acompañado del aumento de la población y de las múltiples y complicadas necesidades de la sociedad. Los fines del interés colectivo se hicieron presentes con el Estado de bienestar y las crisis del sistema económico de occidente.¹⁰

⁸ Cf. **MOSCOTE**, José Dolores. Introducción al estudio de la Constitución, Tipografía y Casa Editorial La Moderna, Panamá, 1929, pp. 184-186.

⁹ Como fuente de las obligaciones, **el contrato** está previsto en el artículo 974 del Código Civil.

¹⁰ Esto visto dentro de un panorama más amplio, se hizo patente en la contratación entre empleadores y empleados, mediante la figura de los “concertados” o arrendamiento de servicios, que fue sustituido en 1947

Cuando las contrataciones de la Administración con los particulares se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.¹¹

2. Código Fiscal (Ley 8 de 1956)

A nivel de normas secundarias, antiguamente era el Código Fiscal y sus normas complementarias las excertas que regulaban, de modo centralizado, la contratación del Estado con los particulares.

Cabe destacar que con la descentralización por funciones o técnica, este tipo de Administración fue facultada por las leyes orgánicas de las instituciones respectivas a celebrar contratos, que adquieren la especificidad de un objeto de acuerdo al sector regulado (recursos marinos, ambientales, mineros, el espectro radioeléctrico, el Canal de Panamá -con un régimen de contratación especial autorizado por la propia Constitución, Art. 318, numeral 16-, el territorio insular, el transporte público de pasajeros, servicios de salud, la educación pública prestada por empresas particulares, etc.).

Todas estas actividades son disímiles y requieren de una autorización o licencia y no es infrecuente que deriven en una relación contractual pública.

3. Ley 56 de 27 de diciembre de 1995¹²

con el primer Código de Trabajo, cambio preservado en el Código de 1971 -Decreto de Gabinete 252, de 30 de diciembre de 1971- que regula las relaciones obrero-patronales con autonomía respecto del derecho común. En Panamá se aprecia una acentuada ubicación y configuración del Derecho del Trabajo como parte del Derecho Social, y no del derecho privado, pese a que algunos reconocidos autores lo ubiquen dentro del Derecho Privado. Esta posición es injustificable salvo que obvie la trascendencia del constitucionalismo social plasmado en nuestro ordenamiento jurídico ya desde la Constitución de 1941.

¹¹ Cf. **MORÁN VIDAL**, Jesús. Los contratos administrativos. Introducción y comentarios generales sobre contratación administrativa, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200210-55561730810212721.html>.

¹² Que fuera reglamentada mediante Decreto Ejecutivo No. 18, de 25 de enero de 1996.

Ha sido la primera regulación que normativizó la actividad contractual del Estado, con mayor autonomía y sistematización, sin perjuicio, como es de lugar, de dejar vigente algunos estatutos específicos y dependiendo de la prestación del servicio respectivo, como es el caso de la Caja de Seguro Social, que cuenta con su propia normativa, por lo que la de “contratación general”, era de carácter supletorio.

4. Ley 22 de 27 de junio de 2006

4.1. Descentralización del sistema de contratación del Estado

Con esta excerta que toma como fuente de derecho comparado la Ley chilena 19.886 de 2003, o “Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios”, Panamá descentraliza, con mayor énfasis, el sistema de contratación estatal, creando una institución encargada de velar por la regularidad de los procesos de selección de contratistas con el Estado, apoyándose de las herramientas tecnológicas y en coordinación con la entidad licitante.

Contiene la regulación vigente sobre los procedimientos de selección de contratistas, con la inclusión de diversos tipos de “*actos públicos*” y algunas innovaciones importantes en materia de tecnología informática aplicada a los procedimientos de selección de contratistas y a la sustanciación del denominado “recurso de impugnación”. Con el que se crea en la vía administrativa un proceso parcialmente electrónico en ciertas actuaciones durante la tramitación del mismo.

Más adelante anotamos algunos aspectos de la Ley que estimo deben ser expuestos en este esbozo.

4.2. Principios rectores del sistema legal actual

Coincido con Santofimio Gamboa en que el estudio de los principios de la contratación estatal constituye el punto de partida para el entendimiento sustancial y material de todos los fenómenos que rodean el contrato del Estado.¹³

Los trámites de la contratación administrativa han de verificarse según el **previo proceso legal** (Art. 32 de la CN), además de estar orientados por los **principios generales** del procedimiento administrativo (al igual que los de juridicidad, oficialidad, verdad material, formalismo moderado, celeridad, economía, sencillez, eficacia) y **específicos** como la transparencia.

El reglamento que desarrolla esta Ley¹⁴ remarca que la contratación pública se rige por los principios antes anotados al igual que el de responsabilidad, siguiendo los postulados que rigen la función administrativa.

La contratación también está supeditada a las *normas de conducta* de los servidores públicos, toda vez que las *normas éticas* deben ser concebidas como un elemento condicionante insustituible en este ámbito; así como por las disposiciones civiles y comerciales que no sean contrarias a la Ley 22 de 2006.¹⁵

Los vacíos en el procedimiento de selección de contratistas han de ser suplidos con las normas de procedimiento administrativo general y, en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial. Esta acotación obedece a la previsión siempre aconsejable de velar que sean integrados los vacíos o lagunas técnicas en el régimen u orden jurídico que aspira a regular hechos o situaciones socialmente relevantes.

El autor Comadira, en una práctica obra sobre la licitación pública, refiere a principios específicos como igualdad, concurrencia y publicidad.¹⁶

II. La contratación administrativa según la Carta Magna vigente¹⁷

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo (Contratación indebida) T. IV, Universidad Externado, Bogotá, 2006, p. 51.

¹⁴ Decreto Ejecutivo 366, de 28 de diciembre de 2006.

¹⁵ Cf. Art. 2, Decreto Ejecutivo 366 de 2006.

¹⁶ COMADIRA, Julio Rodolfo. La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones), Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 44,70,75.

La primera de las constituciones de la “era republicana”¹⁸, la de 1904, no se ocupó significativamente del tema de la contratación de bienes, obras y servicios para hacerle frente a las demandas de la población; si bien a la fecha no había surgido el constitucionalismo social, se dijo de ella que “nació vieja”¹⁹.

Sobre el particular, la regla que establece la vigente Carta Fundamental de 1972, es que la ejecución, reparación y compras que se efectúen con fondos estatales o de dependencias públicas, así como la venta o arrendamiento de bienes públicos han de hacerse mediante *licitación pública*, salvo las excepciones que determine la Ley. Tales actos públicos están orientados en la búsqueda del *mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación*²⁰ (Cf. Art. 266).

La Constitución relieves, pues, la licitación pública como principio universal en la selección de contratistas, y herramienta para lograr un “plus” de beneficio al interés público, lo que no es incompatible con la “justicia en la adjudicación”.

III. La contratación pública en el gobierno local

Los municipios son entidades *descentralizadas territorialmente* y como personas jurídicas “tienen sus respectivas haciendas”, y acerca de su organización, administración y *disposición*, se rigen por los Acuerdos Municipales respectivos, debiendo respetar los límites que prevén la Constitución y otras leyes.²¹ En tal sentido, la Ley que regula algunos aspectos de la contratación en los Municipios es

¹⁷ Este aparte fue abordado en la Ponencia sobre “Normas y Principios del Derecho Administrativo en la Constitución panameña”, en el V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), celebrado en abril de 2006, en la acogedora Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

¹⁸ Frase que según el epónimo constitucionalista nacional César **Quintero** se ha usado como la más objetiva para calificar el *status* de independencia y soberanía obtenido por Panamá en el año 1903, al separarse del Estado colombiano. Evolución constitucional de Panamá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, p. 56.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 59.

²⁰ La *adjudicación* es definida técnicamente como una competencia, en principio, de la entidad licitante, que al ejercerla debe exponer las razones o motivos por las que se “reconoce, declara y acepta” la propuesta más ventajosa de conformidad con las disposiciones legales (Ley, reglamentos, pliego de cargos), con la que finaliza el *procedimiento precontractual*. La *justicia en la adjudicación* es una facultad compartida entre la entidad licitante y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas; en la medida que algún oferente impugne el acto de adjudicación por considerarlo contraventor de la Ley y las ventajas comparativas de su propuesta, corresponderá al TAdCP, analizar el recurso y, de estimarlo, proceder a que se cumpla con la justicia en la adjudicación, querida por la Ley Fundamental.

²¹ Cf. Art. 5 del Código Fiscal. Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., 2002, p. 1.

la 106 de 1973, específicamente, los capítulos VI “enajenaciones y arrendamientos” y VII “las compras municipales”, del Título II sobre la “Hacienda municipal”.

Con todo, es importante tener presente que las áreas y ejidos que adquieran los municipios serán vendidos o arrendados según lo que establece la Ley 106 de 1973 y los Acuerdos Municipales²². Es por ello que los particulares y vecinos (munícipens) adquieren del fisco municipal lotes o parcelas para su vivienda o establecimiento comercial. Ésta es una fuente de ingreso municipal, que por razones prácticas no está sometida en estricto a los procedimientos de licitación u otro acto público de equivalente naturaleza; aunque nada impide por tributo a la transparencia, igualdad en la participación de los oferentes y al principio general constitucional, que se utilicen procedimientos reglados de selección de contratistas para disponer de ellos.

La disposición hecha de esta manera recae sobre un bien patrimonial del Municipio para lo que está debidamente autorizado. Es común ver en este tipo de contratos administrativos cláusulas que reservan a favor de la Comuna ciertos posibles gravámenes, caso de una servidumbre pública, calle o carretera, imponibles aun traspasada la propiedad a un sujeto particular. Con lo cual se denota el carácter eminentemente público de dicho acto jurídico.

No obstante, este régimen local es incompleto y requiere ser complementado por la regulación que rige a nivel nacional o general prevista en la Ley 22, de 27 de junio de 2006²³, que es de carácter *supletorio* de las contrataciones que hagan los municipios, juntas comunales y locales.

Al sistema de contratación local sí le es aplicable de modo directo y por tanto debe ajustarse a lo que ordena esta Ley acerca del sistema electrónico “PanamaCompra”, por ser de uso obligatorio para todas las instituciones oficiales

²² En mi país llamamos de esta forma a lo que en otras latitudes se conoce como “Ordenanzas” municipales. Son verdaderas leyes de eficacia local imponibles “erga omnes”, dictadas por el Consejo Municipal.

²³ Que ha sido reglamentada mediante Decreto Ejecutivo No. 366, de 28 de diciembre de 2006.

incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 22 de 2006 y “a las entidades que se les aplique dicha Ley en forma supletoria”²⁴.

Lo que significa que en la contratación municipal siguen rigiendo las normas de su Ley orgánica ya reseñada²⁵, y sólo se aplica a esta Administración el instrumento tecnológico “PanamaCompra”, que es un portal electrónico de avisos y publicaciones dentro del procedimiento precontractual, y de comunicación de las actuaciones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), que es administrado por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP).

Esto me impele a afirmar que existe una *limitación* en el ámbito o cobertura de la Ley 22 de 2006 que debe ser superada, porque la realidad pone de presente las grandes inconsistencias de los procedimientos de selección de la Caja de Seguro Social y el Municipio, a los que se les aplica ésta de modo supletorio en el extremo ya indicado, reprochados por la lentitud e irregularidades, que pueden ser prevenidas con un sistema más transparente y ágil como el perseguido por la nueva Ley 22.

IV. En la disposición y administración de sus bienes los entes públicos deben respetar la legalidad

La legalidad y más precisamente el actuar de conformidad con la Ley y los reglamentos, es tema de gran trascendencia en la contratación pública.

Según Alberto Real (Nuevos Estudios de Derecho Administrativo), citado por Julio Rodolfo Comadira, “en el actual Estado de Derecho, interesa primordialmente al orden jurídico el imperio de la legalidad en la administración: cuando las leyes se aplican normalmente, no es sólo el interés particular de los administrados el que se beneficia, sino también el interés general, que reclama el reinado de la paz jurídica, del ambiente de orden y seguridad, de convivencia

²⁴ Cf. Arts. 122 de la Ley; 306 y 307 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006.

²⁵ A menos que el respectivo ente del gobierno local se acoja expresamente a los procedimientos de selección contenidos en la Ley 22 de 2006, como así lo ha reconocido el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, por ejemplo, en la Resolución No. 036 Pleno/TAdeCP, de 23 de abril de 2008 (Admisión). Setty Bardayán V. versus Consejo Municipal de Barú, MP. José Carrasco.

armónica, que resulta del respeto de todos los derechos y el acatamiento de las previsiones normativas de los legisladores que estructuran el 'orden social deseable'... 'Cuando los actos administrativos se apartan de sus diversos límites jurídicos se quebrantan las normas de orden superior (constitucionales, legales, etc.) y se hiere el ordenamiento jurídico global, que es base de la convivencia civilizada. Por tanto, el Estado, genéricamente, está interesado en la sanción de las ilegalidades, mediante las anulaciones... que correspondan'.²⁶

El Estado a través de la institución de garantía que implica el ejercicio del control de la legalidad, está interesado en que se respete el orden jurídico en abstracto, porque ello representa la sumisión y observancia a las normas de convivencia ordenada, cumplimiento de los procedimientos, en fin, la *juridicidad administrativa*. Este **control de juridicidad** para el caso de la etapa precontractual, y algunos supuestos bien específicos de la contractual, antes de la vía jurisdiccional contencioso administrativa, puede ser ejercido por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas dentro de la vía administrativa.

Es sumamente importante tener en cuenta la vigencia del principio de legalidad de los actos administrativos relacionados con la contratación pública, porque el "poder de contratación" de la entidad pública no puede ser considerado como un "poder discrecional" exento de un control jurídico posterior. De ahí la importancia de conocer la motivación y finalidad de los actos de selección de contratistas, de declaratoria de desierto, rechazo de propuestas, así como el de la contratación directa.²⁷

En los procedimientos de selección de contratistas que ha de concluir con la celebración de un contrato, es importante que se respeten las normas básicas de la contratación, las reglamentarias dictadas al efecto y, dentro de éstas, el Pliego de

²⁶ **COMADIRA**, Julio Rodolfo. La anulación de oficio del acto administrativo, Editorial Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos, Segunda edición actualizada, Buenos Aires, 1998, p.51.

²⁷ Cf. Informe de Conducta, rendido en enero de 2008, por el Tribunal de Contrataciones Públicas a la Sala Tercera de la C.S.J., con ocasión de la demanda de nulidad que el Tribunal Electoral interpusiera contra la Resolución Administrativa No.014-2007-PLENO/TAdCP del 8 de noviembre de 2007.

cargos o condiciones, toda vez que los presupuestos o requisitos en ellos contenidos integran la Ley del contrato. Un elemento importante es que el Informe de la Comisión Evaluadora o Verificadora, según la Ley, es obligatorio y vinculante, por lo que para que la entidad licitante se aparte o tome una decisión distinta a lo recomendado por esa comisión, su decisión debe estar debidamente motivada.

La legalidad administrativa en el tema de la contratación pública no es distinta -ni tiene por qué serlo- a la juridicidad que impregna a otros procedimientos administrativos. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, dentro de esas innumerables ocasiones ha tenido la oportunidad de decir sobre la preconizada legalidad que:

“La facultad normativa y reglamentaria...no puede ir en detrimento, hasta el punto de desconocer en su ejercicio, el **principio de estricta legalidad**, que constriñe a la función pública. Principio que fluye del artículo 18 constitucional, -hoy potenciado y reforzado específicamente por el **artículo 34 de la Ley 38 de 2000**, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo general... la juridicidad... nuclea todo el ordenamiento, preserva la seguridad jurídica al ser garantía de protección de derechos de los asociados y deberes correlativos exigibles a éstos, y marca las pautas imprescindibles del correcto desenvolvimiento del aparato público, en consonancia con la noción y práctica del Estado Constitucional y Social de Derecho”²⁸.

V. Algunos contratos públicos celebrados por la Administración

Es imposible englobar en un solo instrumento la contratación que efectúa el Estado en miras a la adquisición de bienes y servicios, o en su tarea de prestar servicios públicos a los asociados. Es por ello que el siguiente señalamiento y

²⁸ Sentencia de 16 de abril de 2003. Sala Tercera de la CSJ. Caso: Roy Arosemena, actuando en nombre y representación de Agro Investments Lusel, Inc., interpone demanda de nulidad para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. D.N.189-99, de 18 de junio de 1999, expedida por el Director Nacional de Reforma Agraria del Ministerio de Desarrollo Agropecuario.

descripción cuando sea de lugar de contratos públicos no puede aspirar a ser taxativa, y más bien responde a ese perenne perfeccionamiento y adecuación en que se encuentra el tema de la contratación administrativa.

1. La concesión

La propia Constitución permite al Estado pactar concesiones administrativas, por ejemplo, para: Explotación del suelo y del subsuelo; bosques; utilización del agua; medios de comunicación; transporte; de empresas de servicio público (Cf. Art. 259). También en caso de salinas; minas; aguas subterráneas y termales; depósitos de hidrocarburos; canteras y yacimientos de toda clase (Art. 257, numeral 6).

La Ley Fundamental es clara al señalar que estos bienes no pueden ser objeto de apropiación privada por particulares; no obstante, permite la concesión sobre ellos u *“otros contratos para su explotación, por empresas privadas”*.

Las Concesiones que se pacten sobre estos bienes han de inspirarse en el “bienestar social” y en el “interés público”. Los Municipios reciben ciertos recursos de las concesiones sobre extracción de arena, piedra, cascajo, arcilla y materiales similares, que haga la Nación, según la Ley 55 de 1973.²⁹

La ley 5, de 15 de abril de 1988, regula las concesiones para la construcción de obras de interés público.

Actualmente, están concesionados desde mediados de la década pasada a través de la particular figura del “Contrato Ley”, dos corredores o maxipistas a empresas de capital extranjero (ICA, concesionaria del Corredor Sur, y PYCSA, concesionaria del Corredor Norte). En abril de 2008 fue aprobado el contrato para la construcción de lo que será el segundo puerto de contenedores en la costa

²⁹ El Estado procede a la cancelación de derechos que pueden ser exclusivos para la extracción de minerales no metálicos (por ejemplo tosca), con fundamento en el artículo 71 del Código de Recursos Minerales. Es el caso del Contrato No. 98, de 3 de junio de 1998 -GO No. 24,806, de 22 de mayo de 2003-, que fuera cancelado recientemente por el Ministerio de Comercio e Industrias, por incumplimiento del concesionario.

pacífica panameña, que ha de iniciar operaciones en el 2009; la empresa singapurense PSA invertirá 70 millones en su construcción y la concesión tiene término de 20 años prorrogables.³⁰

Estas concesiones de obras despiertan protestas de los usuarios, por ejemplo en el tema de los corredores, a causa del alza de las tarifas o peajes, sin mayores controles, por lo menos claramente explicados o justificados, por las autoridades públicas.

Para el caso de las **islas**, la Carta Magna señala que ese territorio “*sólo podrá enajenarse para fines específicos de desarrollo del país*”, bajo ciertas condiciones: 1. que no sea área estratégica o reservada para programas del gobierno; 2. que haya sido declarado área de desarrollo especial reservándose a la Ley las normas sobre su aprovechamiento, y previa garantía de la seguridad nacional. Aunque la norma fundamental es igualmente expresa al especificar que “*La enajenación del territorio insular no afecta la propiedad del Estado sobre los bienes de uso público*”. Ciertamente porque el dominio público no puede ser objeto de apropiación privada por los particulares. (Cf. Art. 291).

1.1. ¿Es la desafectación de un bien de dominio público un simple tema de política legislativa?

Parte del debate actual en la sociedad panameña estriba en la disposición o uso de los bienes de dominio público y, particularmente, por medio de qué instrumento legal puede desafectarse un bien de este tipo.

La polémica esgrime como uno de sus puntos que esta materia está regida por la política legislativa. Ha despertado un interés inusitado sobre el área insular y costera del istmo panameño, por el gran atractivo turístico, a despecho de lo que determina la Constitución, arremetida por el poder dinerario de grupos empresariales y otras personas con gran capacidad adquisitiva.

³⁰ Cf. <http://www.argenpress.info/nota.asp?num=054177&parte=0>. Una sucinta comparación entre los contratos ley suscritos en Panamá entre 1997 y 2002, puede consultarse en el artículo de la Redacción del Diario “El Panamá América”, que aparece en <http://www.epasa.com/cemis/cemis107.html>.

A inicios de la década del noventa se reformó el Código Fiscal (Art. 116, numeral 3),³¹ para promover el turismo en el área del antiguo Fuerte Amador (exzona canalera o área revertida). Con anterioridad a la reforma no sólo eran *inadjudicables* las áreas de manglares a donde llegan las altas mareas, sino una zona hasta de 200 metros hacia la costa, y desde el cambio legislativo sólo son inadjudicables “los terrenos inundados por las altas mareas, sean o no manglares”, transformando en “*res intra commercium*” la zona contigua de 200 metros hacia la costa.

Con frecuencia se produce el acaparamiento de áreas en el centro de la ciudad capital u otras metrópolis del país, cercenándole el paso y el uso a los peatones porque, de buenas a primeras, esos espacios públicos, quedan siendo concesionados o arrendados a empresarios particulares, a modo de aparcaderos privados o lugar de exhibición de mercaderías.

En el tapete está latente la disputa de moradores frente a la adquisición de un particular o una empresa que impide el paso al área de playa, porque el complejo construido en sus riberas es residencial, obstruyendo el libre tránsito a quien no resida o carezca de autorización para entrar al área.

Estos hechos que pudieran ser remediados con la intervención de la autoridad de policía se convierten en álgidas disputas, casi siempre en detrimento de la norma constitucional que determina el uso público de las áreas de playa y el mar (Art. 258, numeral 1, de la CN).

2. Contratos de obra, suministro, arrendamiento, servicios

En la legislación anterior como en la actual se mantienen estos tipos o modalidades de contratos públicos. Igualmente se prevé la contratación por mérito (Art. 59); Consultoría (Art. 82), llave en mano o de modalidad similar.

3. El Contrato Ley

³¹ Cf. Decreto de Gabinete No. 66, de 23 de febrero de 1990.

3.1. Breve análisis del Contrato Ley y su pertinencia en la contratación pública nacional

Cabe partir diciendo que la figura del Contrato Ley proviene de la Constitución, como función legislativa de la Asamblea Nacional; sin embargo la frase “Contrato Ley”, no aparece bajo esta terminología.

Se trata que, según la Constitución, el legislador puede “*decretar las normas relativas a la celebración de contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas*” (Art. 159, numeral 14), es decir, crear las **normas básicas del futuro contrato** que involucre intereses nacionales o de alguna de sus dependencias y, a renglón seguido, se le concede la facultad al hemicycle legislativo para **aprobar** o **improbar** el referido contrato “si su celebración no estuviera reglamentada previamente conforme al numeral 14 o si algunas estipulaciones contractuales no estuviera ajustadas a la respectiva Ley de autorizaciones” (Art. 159, numeral 15), o sea, lo aquí denominado “normas básicas del futuro contrato”.

Entendemos que esta facultad o atribución constitucional del Parlamento podría tener justificación en el método de frenos y contrapesos propio del sistema republicano de *separación de funciones*³², que implica para la buena marcha de lo

³²La posición de la Iglesia Católica es ajustada a la doctrina dominante sobre el papel de los poderes estatales. En una famosa Encíclica se ha dicho con adecuado acierto: “**Normas generales para el ejercicio de los tres poderes...**, para que esta organización jurídica y política de la comunidad rinda las ventajas que le son propias, es exigencia de la misma realidad que las autoridades actúen y resuelvan las dificultades que surjan con procedimientos y medios idóneos, ajustados a las funciones específicas de su competencia y a la situación actual del país. Esto implica, además, la obligación que el **poder legislativo** tiene, en el constante cambio que la realidad impone, de no descuidar jamás en su actuación las normas morales, las bases constitucionales del Estado y las exigencias del **bien común**. Reclama, en segundo lugar, que la **administración pública** resuelva todos los casos en consonancia con el derecho, teniendo a la vista la legislación vigente y con cuidadoso examen crítico de la realidad concreta. Exige, por último, que el **poder judicial** dé a cada cual su derecho con imparcialidad plena y sin dejarse arrastrar por presiones de grupo alguno. Es también exigencia de la realidad que tanto el ciudadano como los grupos intermedios tengan a su alcance los medios legales necesarios para defender sus derechos y cumplir sus obligaciones, tanto en el terreno de las mutuas relaciones privadas como en sus contactos con los funcionarios públicos”. Encíclica *Pacem in Terris*, Juan XXIII, http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_sp.html (11 de abril de 1963).

público y del ejercicio del poder, la armónica colaboración entre las ramas u órganos del Estado.

Sin embargo, la práctica ha demostrado la distorsión que genera en el mercado la figura del Contrato Ley, porque es una Ley formal de la Asamblea la que aprueba o imprueba este Contrato, cuya negociación ha realizado el Órgano Ejecutivo, no infrecuentemente en condiciones de exclusividad del rubro u objeto contractual en beneficio del contratista, sin que haya participado en un proceso de selección, y en detrimento del “bolsillo” de los consumidores.

De esto se genera ausencia de libre concurrencia, esto es, monopolio, auspiciado por el propio Estado, cuando la Constitución prohíbe monopolios en manos de los particulares (Art. 295). Además, riñe con el principio de libertad económica, conforme al que el Estado “velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados” (Art. 298).³³

Esto impele a reforzar los criterios normativos para la real **transparencia** en la concertación de contratos de este tipo, que ha de contemplar severas sanciones al cohecho y la *desviación de poder*,³⁴ cuando éstos hayan sido pactados en detrimento del interés público.

³³ En abril de este año 2008, el Presidente de la República en funciones señalaba como una ventaja lograda a la enmienda del Contrato Ley con la empresa Petroterminales de Panamá (PTP), “la renuncia a los derechos de exclusividad” para el trasiego de hidrocarburos que ostenta la citada empresa mixta (además de aumentar el capital accionario estatal en la misma). Cf. <http://www.presidencia.gob.pa/discurso.php?cod=1186>.

Por otro lado, el contrato ley de la antigua Refinería Panamá de 1957, creaba un monopolio en la refinación de combustible en el mercado local, porque únicamente esa refinería operaba. Parte de la lesión a la libre concurrencia y competencia se generaba por las disputas entre “gasolineras filiales” a esa empresa y las que no lo eran; sin embargo, en la cadena de distribución y comercialización del combustible y derivados, el alza de precios pagado por los consumidores era una distorsión del mercado por el efecto monopolístico que dista lejos de ser estimado como de “interés público”; aunque con frecuencia cualquier conato de renegociación pudiera ser rebatido por el contratista beneficiario como un atentado a la “seguridad jurídica”. El gobierno de turno (2004-2009) puso término a ese contrato a mediados de esta década.

³⁴ Como sabemos, la **desviación de poder** ocurre cuando una autoridad administrativa ha utilizado sus atribuciones con una finalidad distinta de aquella para la cual le fueron conferidas. El juez se encuentra obligado a buscar y determinar las infracciones subjetivas del agente administrativo que dicta el acto. Los

La pertinencia de esta clase de contrato es cuestionable en el Derecho Público panameño. Desde el punto de vista de las relaciones diplomáticas, esta opinión no intenta restringir en absoluto la facultad del Presidente sobre la materia al buscar inversionistas extranjeros por gestión propia o de los embajadores; no obstante, sí sería conveniente a los propósitos del bien común que la Constitución fuese reformada en el sentido de prohibir la concertación de contratos de esta categoría lesivos del interés público, radicando expresamente su control judicial en la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, para respetar el debido proceso y la oportunidad de audiencia entre las partes, cosa que no está garantizada en el control de constitucionalidad ante el supuesto que un Contrato Ley sea demandado por inconstitucional.

La Sala Tercera no conoce de la infracción de cláusulas de contratos administrativos acusados de violar normas constitucionales, tal como lo ha expresado en varias ocasiones, porque ello corresponde al control de constitucionalidad que ejerce el Pleno de la Corte Suprema.³⁵

Pese a lo indicado, existe una contradicción en el sistema panameño de control jurisdiccional, porque si entendemos que un Contrato Ley reviste

actos dictados por interés personal o político del funcionario son casos típicos de desviación de poder. No puede ser reconocida de oficio por el Juez. Cf. **Carrasco**, José. Es importante la jurisdicción administrativa en Panamá (Analizada bajo el criterio orgánico), Tesis doctoral, Francia, Noviembre de 1978, p. 147. En la Ley 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo general, sólo es una causal de *anulabilidad del acto* (Art. 53) y no un motivo de *nulidad absoluta*, como sí estaba previsto de este modo en la Ley 135 de 1943, orgánica de lo contencioso administrativo (Art. 26). El argumento de dicha variación se ha visto en la difícil prueba o acreditación de la causal o dificultad en investigar los hechos; no obstante, como cortapisa a la corrupción y para la tutela del andar administrativo por el camino de la Ley, es importante no renunciar a este motivo de nulidad de las acciones u omisiones de los servidores públicos.

³⁵ “Otra situación que queremos destacar -ha dicho la Sala Tercera Contencioso Administrativa- es el hecho de que del libelo de demanda se desprende que la disconformidad real del actor radica especialmente en el argumento de que el Contrato N° 70-96 de 6 de agosto de 1996 viola la Carta Magna (ver fojas 50 y 51), y *esto es improcedente, pues sólo mediante demanda de inconstitucionalidad, es que proceden los cargos de violación contra la normativa de la Ley Fundamental*”. Sentencia de 16 de diciembre de 1997. Caso: Carlos A. Ehrman, en su propio nombre y representación, presenta demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, para que se declaren nulas, por ilegales, varias cláusulas del Contrato N° 70-96, de 6 de agosto de 1996, celebrado entre el Ministro de Obras Públicas y la Sociedad ICA PANAMÁ, S. A., para el estudio, diseño, construcción y explotación del Corredor Sur, por violar los artículos 116 ordinal 3° del Código Fiscal y artículo 20 de la Ley 36 de 6 de julio de 1993. MP. Edgardo Molino Mola.

formalmente el valor jurídico de una Ley que es aprobada por el Parlamento, en principio, las cláusulas del mismo no podrían ser sometidas al control de la legalidad por la Sala Tercera, y es que no es posible revisar la legalidad de una Ley. Sugiero la eliminación de la figura del Contrato Ley por los inconvenientes y suspicacias que genera, ello en defecto de una reforma constitucional que sea expresa en prohibir que bajo este tipo de negocio jurídico se encubran actos de comercio particulares ajenos al verdadero interés de la Nación.

En todo caso, ya la Carta Magna regula la atribución presidencial conjunta con el ministro del ramo de “celebrar contratos administrativos” para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, respetando lo que establece la propia Constitución y la Ley.³⁶

Esta atribución para “celebrar contratos”³⁷ también está asignada al Consejo de Gabinete; la falta del calificativo “administrativos”, en esta última referencia, no ha de significar que no se incluya este tipo de actos o que se excluya los de naturaleza privada; sobre todo si esos contratos pueden tener por objeto la negociación de empréstitos (con la banca nacional o extranjera) y la enajenación de bienes nacionales (muebles o inmuebles) de conformidad con la Ley.

4. Acuerdos de reivindicaciones laborales

En el plano administrativo de las relaciones entre el Estado y algunos gremios profesionales de servidores públicos, el primero pacta con éstos acuerdos marco sobre un conjunto de reivindicaciones laborales. Es el caso de los gremios médicos y de la educación, que ha generado Convenios cuya naturaleza pública es indiscutible, invocables ante la propia Administración “a modo de Ley entre las partes”; además, en el fuero de lo contencioso administrativo por interesados que reclaman reclasificaciones de cargos y prestaciones dinerarias, con fundamento en escalafones previstos o creados mediante esos acuerdos.

³⁶ Cf. Art. 184, numeral 8, de la CN.

³⁷ Cf. Art. 200, numeral 3, de la CN.

Pactos cuyo logro ha sido precedido, regularmente, de protestas, manifestaciones generadoras de conmoción social, por la paralización o disminución en la prestación del servicio público respectivo. Comúnmente, luego de la controversia y el desgaste de bando y bando, llega la *negociación realista* entre el Estado o institución pública y las referidas asociaciones profesionales.

VI. Los contratos administrativos y la cláusula arbitral

Debo destacar este punto porque el camino que ha seguido el contrato administrativo ha merecido la reforma de la Constitución en el año 2004, dando carta de naturaleza, por una parte, a la jurisdicción arbitral como una forma de administrar justicia, y, por otra, en caso que el Estado haya pactado en los contratos en que tenga interés, una cláusula arbitral, no será aplicable la regla conforme a la que el Consejo de Gabinete deba *acordar* con el Presidente que éste pueda transigir o someter a arbitraje esos asuntos litigiosos.³⁸

El cambio normativo consiste en que esta regla no se aplicará cuando se haya pactado una cláusula arbitral en el Contrato respectivo, supuesto en que esta cláusula o el convenio arbitral “tendrán eficacia por sí mismos”.³⁹

En el pasado la Corte Suprema en Pleno ha reconocido la eficacia de la cláusula arbitral en los contratos celebrados por el Estado:

“...la Corte comparte los planteamientos que hace la Vista de la Procuraduría al sustentar la eficacia o validez jurídica de los convenios arbitrales pactados entre los particulares y el Estado. Queda claro, entonces, que se puede pactar la futura celebración de un arbitraje para solucionar los conflictos entre los contratantes, pues legal, doctrinal y jurisprudencialmente, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, ha sido admitido que en la contratación pública en general es permisible la

³⁸ Actuación que debe surtirse con audiencia del Procurador General de la Nación.

³⁹ Cf. Arts. 202 y 200, numeral 4, de la CN.

incorporación del pacto compromisorio o arbitral, siempre que no se afecte el interés público”.⁴⁰

VII. Derecho vigente en el tema de contratación administrativa: La Ley 22 de 2006

Esta norma jurídica rige desde el 30 de diciembre de 2006. Una descripción sucinta permite advertir en ella algunos puntos destacables, a saber:

1. Se aplica a los contratos públicos que realice el gobierno central (léase la administración centralizada), las entidades autónomas, semiautónomas, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de las acciones o patrimonio;

Por virtud legal esa contratación puede tener por objeto: La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado; la ejecución de obras públicas; la disposición de bienes estatales, incluyendo su arrendamiento; la prestación de servicios; la operación o administración de bienes; las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por Ley especial.

2. Es posible advertir que la Ley hace una sinonimia entre el concepto “Acto público” y “procedimiento de selección de contratista”, que no es más que el instrumento o procedimiento administrativo mediante el cual se surten todas las etapas y trámites en miras al acto contractual.⁴¹

3. Reseña el requisito de previa convocatoria de los participantes u oferentes, personas naturales o jurídicas, sobre la base de “igualdad de oportunidades” entre los proponentes, quienes deben cumplir los requerimientos que prevén la Ley, los reglamentos y el pliego de cargos;

4. Autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para exceptuar del acto público y permitir las contrataciones directas, hasta la cifra de trescientos mil

⁴⁰ Sentencia de 20 de diciembre de 1996. Corte Suprema de Justicia. Pleno. Caso: Carlos G. Campbell M., MP. Eligio Salas.

⁴¹ Cf. Arts. 2, numeral 2, de la Ley 22 de 2006.

balboas (B/.300.000.00);⁴² pero en el caso de intermediarios financieros y en las sociedades anónimas, le corresponde a la Junta Directiva de dichos entes ejercer esta facultad exceptiva. En este mismo orden de ideas, compete al Consejo Económico Nacional (CENA) hacer dicha excepción en las contrataciones que superen la cifra antes indicada y hasta B/. 3,000,000.00; mientras que el Consejo de Gabinete es el organismo que debe autorizar las excepciones de acto público, y, por ende, la contratación directa respecto de contratos que superen la cantidad de B/. 3,000,000.00;

5. Es evidente que en la contratación directa no existe competencia entre oferentes pero ello tiene fundamento en las excepciones que dispone la Ley; no debe tenerse como la regla sino, lo que debe ser, algo excepcional;

6. Todo parece indicar que la nueva Ley abdica de la antigua clasificación de los actos públicos que consistía en solicitud de precios, concurso de precios y licitación pública⁴³, para reducirlos fundamentalmente a dos: “contratación menor”, aquella que no supera los B/. 30,000.00, y “licitación pública”, o sea, cuando la contratación supera esta cifra y en que el “precio es el factor determinante”⁴⁴. Sin embargo a través de la denominada “Orden de compra”, es posible que de *manera eventual* el ente público contratante pueda formalizar una relación contractual de un acto de selección de contratista o su correspondiente excepción cuyo objeto no exceda de B/. 250,000.00 y en el caso de “Órdenes de compra”, amparadas por un “convenio marco”⁴⁵ no existe restricción respecto del monto de la contratación. Esta fórmula de la orden de compra puede dar pábulo a mecanismos poco recomendables de disponer de fondos públicos con acentuada ligereza teniendo como prestador del servicio o ejecutor de la obra a una clientela allegada al “Gobierno”, lo que desdice de los fines de transparencia que rigen la contratación

⁴² El “Balboa” es la moneda nacional de Panamá. Desde 1904 en virtud de un “Convenio Monetario” con los Estados Unidos de América, el *dólar estadounidense* es de circulación legal en el Istmo y tiene paridad legal con la moneda panameña. La economía nacional está “dolarizada”, prácticamente, desde el inicio de la “era republicana.”

⁴³ Cf. Arts. 23 del C. Fiscal; 33 de la Ley 56 de 1995 (ambos derogados).

⁴⁴ Cf. Arts. 2, numeral 12, y 2, numeral 29, de la Ley 22.

⁴⁵ O sea, aquel en el que se establecen precios y condiciones determinados durante un periodo de tiempo definido (Art. 2, numeral 19).

administrativa. En todo caso, es importante reforzar los *cánones éticos* en el servicio público para que las herramientas de eficiencia, celeridad y búsqueda del máximo de resultados en la función pública no sean opacadas por “válvulas” que propicien al mismo tiempo la corrupción;

7. La Ley incluye la figura de “subasta de bienes públicos” como una modalidad de licitación pública para disponer de bienes estatales sin consideración a la cuantía de los mismos;⁴⁶

8. Es una verdadera innovación la creación de la Dirección General de Contrataciones Públicas. La entidad autónoma está sujeta al control de tutela del Ministerio de Economía y Finanzas y es fiscalizada, como todo el sector público, por la Contraloría General de la República. Su función es regular los mencionados procesos, para lo cual está dotada de potestad normativa, de promoción de la máxima competencia posible en los actos públicos convocados, además de la administración eficaz del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, con apoyo de la Secretaría de la Presidencia para la Innovación Gubernamental (SENACYT). Conoce de la denominada “acción de reclamo” de los oferentes, para atacar todo acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante ese proceso, “antes de que se adjudique, mediante resolución, el acto público correspondiente;”⁴⁷

9. La Ley objeto de comentario procura estar a tono con las exigencias de una administración electrónica al servicio de los asociados en materia de contratación, por ello vale destacar que regula lo referente a la “Contratación electrónica”, que se aparta de los contratos tradicionales, para dar lugar a la “adquisición y disposición de bienes, arrendamientos, obras, servicios y consultorías, a través de medios de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), de conformidad con las normas reguladoras de los documentos y firmas electrónicas y de las entidades de certificación en comercio electrónico y del intercambio de documentos electrónicos;”

⁴⁶ Cf. Art. 2, numeral 41.

⁴⁷ Cf. Art. 2, numeral 35; 19, literal 1, del Decreto Ejecutivo 366 de 2006.

10. El “Sistema de Contrataciones Públicas ‘PanamaCompra’ (<http://www.panamacompra.gob.pa/panamacompra/>) es la aplicación de la informática administrada por el Estado que automatiza las operaciones y los procesos que intervienen en la contratación pública, y que vincula a las unidades de compras, a los proveedores y a los contratistas en un sistema informático centralizado al que se accede a través de Internet;

11. El recurso de impugnación debe ser acompañado de una “fianza” como garantía del proponente del mismo, equivalente al 10% del valor de la propuesta, sin que pueda exceder de B/. 100,00.00, tratándose de la adquisición de bienes o servicios, y sin que pueda exceder de B/. 500,000.00 para actos de ejecución de obras. Esto pugna con la *gratuidad* del procedimiento administrativo, aunque su fundamento estriba en un factor disuasivo de aquellos que, sin razón, se abocan a impugnar el acto de adjudicación, con la secuela de retraso en la materialización de las prestaciones de interés público inmanente a la contratación estatal. Por ello, esta “fianza del recurso de impugnación” puede ser concebida como una cautela para la protección del interés público, más que una restricción al derecho de defensa. La fianza se ejecutará si se acredita temeridad del recurso, en caso contrario, es devuelta al recurrente.

VIII. Rol de la Contraloría General de la República

Esta institución autónoma ejerce por mandato constitucional secundado por su Ley orgánica un papel de fiscalización del manejo de las finanzas públicas.

En muchas ocasiones ha merecido la crítica dentro del propio engranaje público por razón del retraso que ocasiona la escrupulosidad en la exigencia del cumplimiento de requisitos en los contratos públicos, que son sometidos a la aprobación o refrendo del Contralor General.

La Sala Tercera de la Corte Suprema ha dicho que el artículo 48 de la Ley 32 de 1984 obliga a la Contraloría a refrendar todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación o afectación de fondos públicos; aunque esta norma debe ser analizada en conjunto con otras atribuciones, entre ellas las contenidas en el artículo 11 de la citada Ley. Además, la Sala apoyándose en la doctrina, aclaró que “...la Contraloría General de la República no

puede retener o demorar sin justificación el referendo de un contrato administrativo sin incurrir en arbitrariedad, concepto que difiere sustancialmente de la discrecionalidad, una ‘es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores’ y la otra, por el contrario, ‘cuenta con el respaldo...de una fundamentación que lo sostiene’”.⁴⁸

IX. Control de juridicidad de la contratación estatal

A. Jurisdicción competente

1. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (vía administrativa)

Ya ha sido mencionada la creación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que entró en operaciones en agosto de 2007, como una novedad de la Ley 22 de 2006, cuya función *-dentro de la vía administrativa-* es conocer de modo privativo y en única instancia del “recurso de impugnación”,⁴⁹ contra el acto de adjudicación que cierra la etapa precontractual en el procedimiento de selección de contratistas de que se trate.

Además conoce de la declaratoria de desierto del proceso de selección y del recurso de apelación (alzada), en caso de haberse ordenado la resolución administrativa de un contrato público.

Es un ente administrativo independiente e imparcial integrado por tres Magistrados designados por el Presidente de la República, con jurisdicción en todo el territorio de la República. El concepto jurisdicción empleado por la Ley debe entenderse respecto del área en que el citado Tribunal puede proveer con imperio, o sea, que no ejerce funciones propiamente jurisdiccionales como en lo judicial; lo que significa que la decisión que dicte para resolver la impugnación referida es un acto de naturaleza administrativa, sujeto al control de la legalidad por la Sala Tercera de la Corte Suprema.

⁴⁸ Sentencia de 18 de septiembre de 1996. Sala Tercera de la CSJ. Plena jurisdicción. Caso: Motores Colpan, S.A. vs Contraloría General de la República, MP. Arturo Hoyos.

⁴⁹ Cf. Arts. 2.46 y 104.

Esto supone que la vía administrativa en materia de contratación fenece en el Tribunal de Contrataciones, competencia que ejercía antes de la Ley comentada la propia entidad licitante. Luego de dicha esfera de competencia, si persiste la inconformidad del oferente respectivo, puede acudir -mediante demanda de plena jurisdicción- al contencioso administrativo.

2. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (vía judicial)

Por mandato de la Constitución tiene centralizado el control de la legalidad de las acciones u omisiones de los servidores públicos exteriorizadas en actos administrativos escritos o verbales.

Su competencia para conocer del tema de los contratos administrativos está claramente determinada en la Ley. Al respecto el artículo 97, numeral 5, del Código Judicial, le otorga la atribución de conocer de “las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos.”

Cabe decir que el Pleno de la Corte Suprema⁵⁰ ha analizado la pertinencia de una demanda de amparo de derechos constitucionales contra un contrato administrativo, expresando que no es procedente. La base de esta posición está en el principio de preferencia de la vía contencioso administrativa a la vía de tutela de derechos fundamentales. Además, en el principio de definitividad (o requisito de agotamiento previo de los medios y trámites ordinarios antes de acudir al amparo constitucional).

Parte del razonamiento del Pleno explica que “por tratarse de una orden de no hacer que encierra un contrato de concesión administrativa, en cuyo caso y por ley, la vía para reclamar está adscrita a la jurisdicción contencioso administrativa, previo agotamiento de la vía gubernativa. En este sentido, no es el amparo de

⁵⁰ Sentencia de 24 de octubre 2000. Corte Suprema de Justicia. Pleno. Caso: La Sociedad Castileci, S.A., mediante apoderado legal, promueve amparo contra la orden de no hacer emitida por el Director General de la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, contenida en la Nota No. 0070-REV, de 11 de abril de 2000. MP. Rogelio Fábrega Z.

garantías constitucionales la vía procesal adecuada para impugnar el mencionado acto administrativo, criterio que ha sentado la Corte en numerosas ocasiones”.

X. Reflexión final

Los tiempos presentes requieren del Estado un desempeño estimulador de la sociedad en todas las facetas de interés humano; fiscalizador, conciliador y garante de los derechos y deberes, mediante los *entes reguladores* y otras instituciones o autoridades, para que las reglas por ejemplo del libre mercado, la producción industrial acorde con la preservación del ecosistema, seguridad pública, desarrollo humano sostenible, con solidaridad y participación ciudadana, transparencia y ética pública, sean cumplidas u observadas por quienes están legalmente obligados, y que de ello resulte el mejor provecho social para todos los sectores de la población del país de que se trate, dentro del concierto de la siempre aspirada paz y seguridad internacionales.

En esta pléyade de objetivos algo importante tiene que aportar el mejoramiento de los métodos que emplea el Estado en la contratación con el sector privado o interinstitucionalmente, para el logro de la satisfacción de los derechos fundamentales incardinados en la Constitución y en diversos tratados supranacionales.

Panamá, 30 de abril de 2008.

