

“Procedimiento precontractual y su control en sede administrativa y judicial”.

Por: **Javier Ernesto Sheffer Tuñón***

I. Ideas introductorias. a. La licitación pública como principio para la selección del contratista. b. Principios rectores del trámite de selección precontractual. c. Tipos de procedimientos de selección del contratista. **II.** Descentralización del sistema de contratación pública. **III.** La Contratación administrativa según la Carta Magna vigente. a. La plena justicia en la adjudicación. **IV.** La contratación pública en el gobierno local. **V.** En la disposición y administración de sus bienes los entes públicos deben respetar la legalidad. **VI.** La concesión administrativa. **VII.** Aspectos de interés en la Ley 22 de 2006. **VIII.** Entidades de control en vía administrativa y en vía judicial. a. En vía administrativa. 1. Contraloría General de la República. 2. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP). 3. Dirección General de Contrataciones Públicas (DGdeCP). 4. Ministerio de Economía y Finanzas. b. En vía judicial. 1. Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. 2. Vulneración del principio de la doble instancia. La infalibilidad de los fallos de la Corte y de cualquiera de sus Salas.

I. Ideas introductorias

a. La licitación pública como principio para la selección del contratista

En esta exposición nos referirnos a aspectos de interés directamente vinculados al eje central, como son análisis de las compras electrónicas en Panamá, normativa y experiencia de su implementación.

La regla que establece la Carta Magna, en su artículo 266, 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 previa **licitación pública**¹, salvo las excepciones que determine la Ley.

* Profesor de Derecho Procesal Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad del Istmo, miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo “Profesor Jesús González Pérez”, exfuncionario por cerca de 18 años en el ámbito judicial y administrativo, Abogado consultor y litigante.

¹ Según el profesor Jorge **Fernández Ruiz**, la licitación pública es un requisito cuyo cumplimiento, por medio de un procedimiento administrativo específico, previo a la celebración del negocio contractual, condiciona -cuando la licitación es exigible- su validez. La licitación de contratos administrativos en México, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, No. 3, Costa Rica, 2003, p. 84.

Tales actos públicos están orientados en la búsqueda del mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.

Acerca de las normas secundarias, antiguamente era el Código Fiscal la exhorta que regulaba la contratación de los particulares con el Estado; posteriormente, la Ley 56, de 30 de diciembre de 1995, reguló los procedimientos de selección de contratistas, con la inclusión de diversos tipos de actos públicos para lograr ciertos fines constitucionales expresos: la participación justa de los aspirantes a contratar con el Estado y la satisfacción del objetivo de **bien común**,² que yace detrás del suministro, construcción de obras y, en fin, la prestación de servicios a la población para la satisfacción de las necesidades públicas, a través de los mecanismos legalmente previstos.

Nuestra Constitución, que data de 1972 y ha sido reformada varias veces, también 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

Obsérvese que aparentemente se hace una distinción entre estas dos figuras como propósito de la contratación pública que recaiga sobre los objetos antes indicados. En lo particular, pienso que el interés público o bien común encierra el concepto bienestar social, previsto por la Constitución, y esta conclusión se deriva del contexto de servicio público en que se ubica la contratación a través del mecanismo de la concesión administrativa, en que el Estado permanece con la

² Y es que como prevé el artículo 3 de la Ley de bases generales de la Administración del Estado chilena (18,575, texto refundido): “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”.(Énfasis suprido).

³ Cf. Art. 260.

nuda propiedad del servicio o bien concesionado pese a ser traspasada su gestión temporalmente a algún agente del sector privado o a otra entidad oficial, generalmente con personalidad jurídica propia.

b. Principios rectores del trámite de selección precontractual

Se ha afirmado en mi concepto con acierto, 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.⁴

Los procedimientos para escoger a quienes contraten con las administraciones públicas deben regirse por el *previo proceso legal* (Art. 32 de la CN), además de estar orientados por *principios generales* del procedimiento administrativo (además del de juridicidad, oficialidad, verdad material, formalismo moderado, celeridad, economía, sencillez, eficacia) y *específicos* como la transparencia (Cf. Art. 16 de la Ley 56/95 y 17 de la Ley 22 de 2006)⁵.

Es importante la atribución que la propia Carta Magna contiene en el estatuto del Presidente de la República (Art. 184, numeral 10), a quien se le encomienda la labor de dirigir, reglamentar e inspeccionar los servicios que ella establece, y, por tal, el sistema de concesiones.

Actualmente, es la Ley 22 de 2006 la que contiene el régimen de contratación estatal, y, por tanto, los procedimientos de selección de contratista. Esta Ley fue reglamentada mediante Decreto Ejecutivo No. 366, de 28 de diciembre de 2006, y ha recibido modificaciones desde su creación, a través de la Ley 41 de 2008 y, por medio de la 69 de 2009, publicada el 6 de noviembre de dicho año.

El reglamento que desarrolla este régimen 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

⁴ **SANTOFIMIO GAMBOA**, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo (Contratación indebida) T. IV, Universidad Externado, Bogotá, 2006, p. 51.

⁵ Julio Rodolfo **Comadira** refiere a principios específicos de la licitación como igualdad, concurrencia y publicidad. La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones), Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 44,70,75.

elemento condicionante insustituible en este ámbito; así como por las disposiciones civiles y comerciales que no sean contrarias a la Ley 22 de 2006.⁶

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 porque sean integrados los vacíos o lagunas técnicas en el régimen u orden jurídico que aspira a regular hechos o situaciones socialmente relevantes, y la contratación administrativa es uno de éstos⁷.

De un adecuado proceso de selección puede surgir un correcto contrato con el llenado de todas las exigencias, para cumplir el cometido de interés público.

Es imposible perder de vista que la teoría de la contratación pública ha justificado la definición de contratos públicos o administrativos como aquellos que contienen “una o más cláusulas exorbitantes o que estén vinculados a fines de servicio público”.⁸

c. Tipos de procedimientos de selección del contratista

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

⁶ Cf. Art. 2, Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006.

⁷ Algunos expositores morigeran parte de las prerrogativas públicas que se insertan en los contratos administrativos y le dan la fisonomía de actos jurídicos regidos por el Derecho Público, específicamente, por el Derecho Administrativo, y que los distingue de los contratos privados del Estado, que también es posible sean concertados por funcionarios e instituciones oficiales (hipoteca, permuta, préstamo, arrendamiento, etc.), que por tal “sí pueden quedar enmarcados dentro de las regulaciones del Código de Comercio o del Código Civil” (por ejemplo, reglas sobre interpretación de ciertas cláusulas dudosas; elementos esenciales del contrato -consentimiento, objeto, causa,...).

Dromi señala que los “principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el **interés público** el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las ‘cláusulas exorbitantes al derecho común’ que éste contiene. En suma, señala este autor argentino, esas prerrogativas de la Administración se manifiestan en la **desigualdad jurídica de los contratantes** y en las **cláusulas exorbitantes del derecho común**”.

⁸ Sentencia de 30 de julio de 1993. Sala Tercera. Caso: V-Import Inc. promueve demanda da nulidad contra el Ministerio de Hacienda y Tesoro, para que se declare nula la Nota No. 032-DMHYT, de 11 de enero de 1991. MP Arturo Hoyos.

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 éstos 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

Pienso que esta última modificación a la Ley 22 de 2006, en lo que concierne a este listado, tiene la virtud de recoger en una sola norma (Art. 11) 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 modo.

II. Descentralización del sistema de contratación pública

La Ley 22 de 2006 toma como fuente de derecho comparado la Ley chilena 19.886 de 2003⁹, o “Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios”.

La Ley nacional tiende a descentralizar, con mayor énfasis, el sistema de contratación estatal, creando una institución descentralizada técnicamente, encargada de velar por la regularidad de los procesos de selección de contratistas, apoyándose de las herramientas tecnológicas y en coordinación con la entidad licitante, denominada Dirección General de Contrataciones Públicas (DGdeCP).

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 y a la sustanciación del denominado “*Recurso de impugnación*”.

⁹ El artículo 22 de esa Ley crea el Tribunal de Contratación Pública, que fue reglamentado mediante Acta 81-2003, de la Corte Suprema de Chile. Cf. www.congreso.cl, Biblioteca del Congreso Nacional.

Con el que se crea en la vía administrativa un procedimiento administrativo parcialmente electrónico en ciertas actuaciones durante la tramitación del mismo.

Algunos aspectos importantes de esta Ley serán expuestos por su relevancia, y es que si bien tiene como fuente de inspiración el derecho extranjero, ha ido adaptándose a las necesidades y prácticas exigidas por la realidad panameña, entre éstas, la dinámica que impone los cambios vertiginosos en la gestión pública, que debe ir de la mano con las expectativas de la población.

III. La contratación administrativa según la Carta Magna vigente¹⁰

a. La plena justicia en la adjudicación

La Constitución de 1904, primera de las constituciones nacionales¹¹, 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”.¹²

Sobre el particular, reitero lo dicho al inicio, la regla que establece la Ley 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*.¹³

La Constitución exalta, 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 “plena justicia en la adjudicación”.

¹⁰Este 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.

¹¹ Es claro que ésta fue la primera Constitución de lo que se ha dado en llamar “era republicana”. Cf. **QUINTERO**, César. Evolución constitucional de Panamá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, p. 56.

¹² Ibídem, p. 59.

¹³ 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*.

Estimo que la *justicia en la adjudicación*, que según la carta no es cualquier justicia sino una justicia completa o plena, es una facultad compartida entre la entidad licitante y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), toda vez que este último interviene en la fase de impugnación de ciertas acciones u omisiones en el procedimiento precontractual, que a juicio del recurrente o reclamante están reñidas con la Ley o los reglamentos, incluido el pliego de cargos.

En la medida que algún oferente impugne el acto de adjudicación por considerarlo contraventor de la Ley y las ventajas comparativas de su propuesta, la intervención imparcial e independiente del TAdeCP contribuye de este modo al objetivo trazado por la Constitución.

Corresponderá al TAdeCP analizar el recurso y, de estimarlo, proceder a que se cumpla con la plena justicia en la adjudicación, querida por la Ley Fundamental, todo esto en vía administrativa, porque este “Tribunal”, es un **mecanismo de control preventivo de legalidad** dentro de esta esfera de competencia, previo al proceso jurisdiccional ante el Juez natural o Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

IV. 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.¹⁴ En tal sentido, la Ley que regula algunos aspectos de la contratación en los Municipios es la 106 de 1973, específicamente, los capítulos VI “enajenaciones y arrendamientos” y VII “las compras municipales”, del Título II sobre la “Hacienda municipal”.

Regulación que prácticamente se mantiene incólume pese a la existencia de la Ley 22 de 2006 y la recién aprobada Ley que “descentraliza la Administración Pública”, estableciendo una asunción gradual de competencias por parte de los Municipios; pero cuya ejecución ha sido pospuesta.

Según la Ley 37 de 29 de junio de 2009 referida, los Consejos Municipales aprobarán mediante Acuerdo Municipal, el Manual de Adquisiciones de Bienes,

¹⁴ Cf. Art. 5 del Código Fiscal. Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., 2002, p. 1.

Obras y Servicios, en atención a las normas reguladoras, en el procedimiento de selección de contratistas y en las contrataciones públicas, siguiendo los lineamientos de la Ley 22 de 2006¹⁵.

Cabe decir 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 Municipales¹⁶. Es por ello que los particulares y vecinos 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 ha sido complementado por la regulación que rige a nivel nacional o general prevista en la Ley 22, de 27 de junio de 2006¹⁷, precisamente a raíz de la modificación que en ese sentido establece la Ley 69 de 2009. Este carácter complementario de la Ley 22 de 2006 también fue reforzado por la Ley 37 de 2009, sobre descentralización, citada.

En la contratación municipal siguen rigiendo las normas de su Ley orgánica ya reseñada¹⁸, se aplica a esta Administración territorial el instrumento tecnológico

¹⁵ Cf. Art. 156, que modifica el 109 de la Ley 106 de 1973.

¹⁶ 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.

¹⁷ Que ha sido reglamentada mediante Decreto Ejecutivo No. 366, de 28 de diciembre de 2006.

¹⁸ 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.

“PanamaCompra”, que no sólo es un portal electrónico de avisos y publicaciones dentro del procedimiento precontractual; sino de comunicación de las actuaciones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), que es administrado por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), y de uso obligatorio para todas las instituciones oficiales 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”*¹⁹.

Las limitaciones iniciales en el ámbito o cobertura de la Ley 22 de 2006 han ido superándose, porque un sistema más transparente y ágil como el perseguido por aquella, es de interés para la colectividad.

La realidad pone de presente las grandes inconsistencias de los procedimientos de selección, por ejemplo, de instituciones como la Caja de Seguro Social y el Municipio, reprochados por la lentitud e irregularidades, que pueden ser prevenidas con el uso de las herramientas tecnológicas; sin embargo, contra esta finalidad conspira la inadecuación, a veces por razones presupuestarias, de los gobiernos locales; la mayoría subsidiados financieramente por el Estado.

No obstante lo anterior, debo advertir la tendencia de los “Gobiernos de turno”, de flexibilizar y obviar los procedimientos de selección, por la contratación directa, ampliando el cúmulo de actos que son exceptuados de los trámites. Con esto se produce un relajamiento que puede incidir directamente en el principio de transparencia y las herramientas anticorrupción, que todo buen sistema de adquisición de bienes, servicios y construcción de obras debe preservar.

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

V. 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, porque todo ello es ordenado por la Constitución.

¹⁹ Cf. Arts. 122 de la Ley; 306 y 307 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006.

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 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’.²⁰

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 (TAdECP), *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

²⁰**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.

contratistas, de declaratoria de desierto, rechazo de propuestas, así como el de la contratación directa.²¹

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 cargos, 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, en 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”²².

VI. La concesión administrativa

²¹ Cf. Informe de Conducta, rendido en enero de 2008, por el Tribunal de Contrataciones Pùblicas a la Sala Tercera de la CSJ., con ocasión de la demanda de nulidad que el Tribunal Electoral interpusiera contra la Resolución Administrativa No.014-2007-PLENO/TAdECP de 8 de noviembre de 2007.

²² 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.

Es imposible englobar en un solo instrumento las diversas fórmulas de que se vale el Estado en miras a la adquisición de bienes y servicios, o en su tarea de prestar servicios públicos a los asociados. Destaco la concesión como una de las formas de contratación administrativa.

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 financieros de las concesiones sobre extracción de arena, piedra, cascajo, arcilla y materiales similares, que haga la Nación, según la Ley 55 de 1973.²³

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).

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, además de constituirse diariamente, durante las horas picos, en vez de rutas de tráfico libre, en verdaderos nudos o tranques, que en nada

²³ 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.

significan calidad de servicio o que compensen el precio del peaje que se paga por un servicio deficiente.

El Estado panameño tramita actualmente la adquisición por compra de dichos corredores; aunque una de las negociaciones está más adelantada que la otra, por un desacuerdo en el precio de venta del “Corredor Norte”.

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).

VII. Aspectos de interés en la Ley 22 de 2006

Esta norma jurídica que rige desde el 30 de diciembre de 2006 debe ser aplicada de modo apropiado a la finalidad de su creación por la judicatura y los operadores administrativos.

Por razones evidentes, el grueso de los fallos de la Sala Tercera se produjeron bajo la vigencia de la Ley 56 de 1995 derogada. Veamos algunos aspectos de interés sobre la nueva legislación, que ha recibido varias modificaciones desde su promulgación:

1. Se aplica a los contratos públicos que realice el gobierno central, las entidades autónomas, semiautónomas, los municipios, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno (51%) o más de las acciones o patrimonio.
2. Los contratos pueden 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.

3. Recalca 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; pero en el caso de intermediarios financieros y en las sociedades anónimas descritas en el punto 1, 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; mientras que es el Consejo de Gabinete, el organismo que debe autorizar las excepciones de acto público, y, por ende, la contratación directa respecto de contratos que superen determinadas cifras monetarias o monto de la contratación²⁴.
5. 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.²⁵
6. Regula la “Contratación electrónica”, para la “adquisición y disposición de bienes, arrendamientos, obras, servicios y consultorías, a través de medios de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC’s), 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”.

²⁴ 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”.

²⁵ Cf. Art. 2, numeral 41.

7. Crea el “Sistema de Contrataciones Públicas ‘PanamaCompra’, o 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.
8. Incluye la figura de la **Acción de Reclamo**²⁶ ante la Dirección General de Contrataciones Públicas²⁷. El reclamo consiste en una “acción” en haber de las personas naturales o jurídicas, “que se consideren agraviadas”, para atacar todo acto u omisión ilegal, irregular o arbitrario ocurrido durante ese proceso, “antes de que se adjudique, mediante resolución, el acto público correspondiente.”²⁸ El reclamo que no sea resuelto en el término legal por la DGdeCP, el TAdeCP asume la competencia para decidir esta acción.²⁹

VIII. Entidades de control en vía administrativa y en vía judicial

a. En vía administrativa

1. Contraloría General de la República

Su papel es clave en el procedimiento de selección de contratista y para que surta efectos jurídicos el Contrato, a través del refrendo, o aprobación generalmente previa que hace este organismo de control fiscal, sobre todos los actos de manejo y disposición de bienes o fondos públicos.

²⁶ El reclamo o reclamación en asuntos cuya cuantía sea superior a B/. 50,000.00, debe ser hecho mediante abogado (Art. 115 de la Ley 22 de 2006 y 305 del reglamento). En el supuesto de reclamo por *rechazo de propuesta*, no se requiere el uso de abogado, o sea, que puede ser presentado directamente por el oferente.

²⁷ Cf. Arts. 111 de la Ley 22 de 2006; 298 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006. La acción de reclamo también puede ser presentada por el interesado ante la DGdeCP en caso de que quien presida el acto público haya rechazado su propuesta, según el artículo 299 del reglamento. El reclamo en caso que la convocante de acto público sea la propia DGdeCP, debe ser conocido por esta entidad; pero en el supuesto de no resolverlo dentro del plazo legal, el TAdeCP asumirá competencia al respecto.

²⁸ Cf. Art. 2.35

²⁹ Cf. Arts. 112 de la Ley 22 de 2006; 302 del Reglamento.

Su intervención viene prevista desde la Constitución, y sólo en excepcionales casos que la Carta diga o la Ley disponga, el control fiscal es posterior al acto de disposición de recursos públicos.

Debo destacar que la Sala se ha pronunciado sobre el papel que atañe a la Contraloría General de la República, en cuanto a su función fiscalizadora y en particular sobre la atribución del *refrendo*, ha señalado 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 del artículo 11 de la citada Ley.

La Sala aclara, siguiendo a Tomás Ramón Fernández, 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 era voluntad o el puro capricho de los administradores' y la otra, por el contrario, 'cuenta con el respaldo...de una fundamentación que lo sostiene'".³⁰

De todos modos, esta postura jurisprudencial ha de verse desde el prisma de la **razonabilidad**³¹, ya que cuando no se hayan reunido o dejen de estar presentes los recaudos legales, ya sea en el procedimiento de selección o del fondo del propio contrato, la Contraloría está autorizada y es su deber legal hacer las observaciones del caso al ente licitante, para que corrija la omisión o anomalía, caso en el cual, mientras esto no se cumpla o subsane, su abstención de refrendar no es sino el ejercicio de la competencia constitucional que se le asigna en pos de un disciplinado y correcto control fiscal.

2. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdECP)

³⁰ Sentencia de 18 de septiembre de 1996. Plena jurisdicción. Caso: Motores Colpan, S.A. vs Contraloría General de la República, MP. Arturo Hoyos.

³¹ Que entiendo ligada con lo que "comúnmente se denomina sano juicio, lo lógico, aquello que es acorde con el sentido natural de las cosas, con la sana razón o simplemente el sentido común". Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. La razonabilidad como principio de interpretación y aplicación del Derecho, en <http://www.expresiones7.net/Exp2.0/default.htm> (Documentos).

Una importante innovación en nuestro sistema de contratación oficial, particularmente de gran incidencia en la **justicia administrativa**, es el “Tribunal de Contrataciones Públicas” (TAdeCP), ubicado dentro de la “vía gubernativa”, para conocer “en única instancia” del “recurso de impugnación” contra el acto que pone fin al procedimiento de selección de contratista.

Este recurso debe ser presentado mediante apoderado legal. El acto que pone fin al procedimiento precontractual es la adjudicación (que declara y acepta la propuesta más ventajosa para el Estado), que es impugnable por medio del citado recurso ante el nuevo Tribunal administrativo especializado, integrado por tres magistrados letrados.

El escrito que contiene 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/. 250,000.00, tratándose de la adquisición de bienes o servicios, y sin que pueda exceder de B/. 1,000,000.00 para actos de ejecución de obras.

Considero que este requisito para la procedibilidad del recurso pugna con la gratuidad del procedimiento administrativo y con el derecho de defensa; aunque su fundamento estriba en un factor disuasivo para aquellos que, sin razón, se abocan a atacar el acto de adjudicación, con la secuela de retraso en la materialización de las prestaciones de interés público inmanente a la contratación estatal.

La vía administrativa acaba en el Tribunal de Contrataciones, competencia que antes era ejercida por la propia entidad licitante o convocante.

También es competencia de este “Tribunal Administrativo” la declaratoria de deserto de la convocatoria; del recurso de apelación contra la decisión del ente oficial que resuelve administrativamente el contrato público; de modo subsidiario de la acción de reclamo no respondida dentro del término legal por la Dirección General de Contrataciones Públicas y de la inhabilitación del contratante particular.

3. Dirección General de Contrataciones Públicas (DGdeCP)

Constituye, sin duda, un organismo de control durante el procedimiento precontractual; incide en el tema normativo, dictando resoluciones que vienen a complementar el sistema en lo que atañe al plexo jurídico. Tiene la gran tarea de

implementar la descentralización en la materia de contratos públicos, apoyándose en las herramientas tecnológicas, tecnologías de la comunicación y la información, además de tener asignada la dirección del portal electrónico www.panamacompra.gob.pa.

Dentro de esta vía, antiguamente conocida como gubernativa, ocupan un papel significativo las denominadas Direcciones o Departamentos Administrativos, ya que suelen ser los encargados de tramitar la adquisición de suministros, bienes y servicios a lo interno de las instituciones, con proveedores externos del mercado, y también de cara a la prestación de servicios a la comunidad.

4. Ministerio de Economía y Finanzas

No puede faltar en este segmento por su papel tradicional como parte de la Administración Central; su actividad se vio recargada en la década de los 90, que originó el proceso descentralizador ya descrito, con lo cual perdió una parte considerable de su competencia que no podía ser ejercida con la rapidez y eficiencia que se espera de los procedimientos de selección del cocontratante con el Estado. Sin embargo, su intervención en el tema de los contratos públicos coincide con el plan que dicta el Consejo de Gabinete para dirigir las políticas públicas en el ramo de la inversión y estímulo a la economía. De ello resulta que su facultad normativa para la mejor ejecución o cumplimiento de la Ley de Contratación Pública, se mantiene incólume, además, por ser el organismo que administra los bienes nacionales (patrimoniales y de dominio público).

Entiendo que para no desconocer o anular la atribución de la Dirección General de Contrataciones Públicas, es imperioso que exista una fluida coordinación entre el ente centralizado (MEF) y el descentralizado (DGdeCP), que fue creado para una mayor pertinencia, especialización y agilización de los procesos.

b. En vía judicial

1. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia

Su competencia para conocer de los contratos administrativos está claramente determinada en la Ley, y forma parte del control de legalidad atribuido

por la Constitución a esta Sala. Al respecto el artículo 97, numeral 5, del Código Judicial, le otorga la atribución para conocer de “las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos”.

Relacionado con esto, el Pleno de la Corte Suprema³² ha señalado que no es procedente una demanda de amparo contra un contrato administrativo, y auxilia su dicho en el principio de preferencia de la vía contencioso administrativa a la de protección de derechos fundamentales, además de que ante lo contencioso administrativo existe mejor oportunidad de debate o contradictorio, aportación de pruebas, que no existe en el proceso de amparo, porque en éste la prueba es preconstituida, no hay término probatorio, y la intervención de tercero, pese a configurarse una indudable relación sustancial entre el tercero y el objeto de la controversia, está muy restringida, y que como algunos han dicho se ha convertido en una verdadera fuente de desamparo.

Bidart Campos sostiene que la referencia al ‘remedio judicial más idóneo’ no debe ser interpretada de modo tan estricto de manera tal que la acción de amparo se vea desplazada por cualquiera de las otras vías procesales disponibles; añadiendo que lo que la norma quiere decir es que “si una o todas no son más idóneas, entonces debe admitirse el amparo en reemplazo de cualquier otra menos idónea”³³

Además, siguiendo con el Derecho argentino, la Corte Mendocina también entendió que: “La expresión ‘no exista otro medio judicial más idóneo’ contenida en el art. 43 de la Constitución Nacional, significa que la existencia de otras vías judiciales no obsta al uso del amparo, si esas vías son menos o igualmente aptas para la tutela inmediata que se debe deparar.”³⁴

³² Sentencia de 24 de octubre 2000. 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.

³³ **BIDART CAMPOS**, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional, editorial Ediar, Tomo II, p. 378.

³⁴ S.C.J.M., sala 1^a, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en expte. 60.139, rotulado: ‘Costa Lusi A. en J. Costa Luis A.’ del 13/10/98. <http://www.mendozalegal.com/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=346>

En Panamá, esta tesis de la magistratura se apoya en el principio o requisito de agotamiento previo de los medios y trámites ordinarios, como condición para acudir al amparo constitucional³⁵.

Esto tiene relación con lo contencioso administrativo porque “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 garantías constitucionales la vía procesal adecuada para impugnar el mencionado acto administrativo, criterio que ha sentado la Corte en numerosas ocasiones”.

2. Vulneración del principio de la doble instancia. La infalibilidad de los fallos de la Corte y de cualquiera de sus Salas

La vía judicial o jurisdiccional ante la Sala Tercera presenta una deficiencia muy significativa en lo que al “debido proceso” se refiere, o mejor dicho, por ser más abarcador, en lo que a la “tutela judicial efectiva” se trata.

Consiste en que *no está prevista la doble instancia* para la revisión de las cuestiones que en materia contractual conoce, circunstancia o defecto que es aplicable a todo asunto contencioso administrativo, ya que los fallos de la Corte Suprema y cualquiera de sus Salas son finales, definitivos y obligatorios, por lo que no admiten un recurso ulterior ante un organismo judicial superior, debido a que éste no existe, y porque incluso existiendo, requeriría la derogación o modificación de esta norma constitucional³⁶.

Esto se traduce en un defecto congénito al sistema patrio que puedo denunciar como la infalibilidad de los fallos de la Corte y cualquiera de sus Salas; presunción o principio que en un Estado de Derecho no deja de ser peligroso.

Panamá, mayo 2010.

³⁵ Que es un recurso de naturaleza extraordinaria y subsidiaria. Según Armando **Muñoz Pinzón**, el amparo se “revele como una acción autónoma y extraordinaria, puesto que procede únicamente contra la violación de los derechos y garantías constitucionales”, en “Anuario de Derecho”, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 1985, p. 44.

³⁶ Cf. Art. 206 de la Constitución.

