

# “La jurisprudencia administrativa como fuente del Derecho en Panamá: Matices y perspectivas”

Javier Ernesto Sheffer Tuñón\*

## Sumario:

I. Contexto sustancial. II. Función de la jurisprudencia administrativa. 1. ¿Qué es la jurisprudencia?. 2. ¿El Juez conoce el Derecho?. 2.1. “*Iura novit curia*” versus “*Non liquet*”. III. Génesis del sistema contencioso administrativo. Su finalidad garantista y nomofiláctica. 1. Crisis y judicialización del sistema contencioso. 2. Descripción de lo reciente de cara al futuro. 3. El excesivo centralismo. 4. Elementos que propician el cambio requerido. 5. Urge ampliar el número de medidas cautelares para potenciar la tutela judicial efectiva. IV. Atomización de la función de administrar justicia. V. Honestidad de la jurisprudencia. VI. Temas de interés de la jurisprudencia e instituciones nacionales. 1. La Buena fe en la relación precontractual y contractual pública. 2. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Una nueva fuente de precedentes administrativos. 3. Situación irregular del Fondo de Inversión Social en el iter precontractual y contractual. 4. El interés público no debe ser escudo ni excusa de las prerrogativas públicas en el ámbito de la contratación administrativa. 5. Exclusión injustificada del control de legalidad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas sobre el Fondo de Inversión Social.

## I. Contexto sustancial

La administración de justicia está configurada en el ordenamiento constitucional y legal panameño como un **servicio público**. La Carta Política expresa esta calidad y le endosa la condición de función pública, con las características de ser gratuita, expedita e ininterrumpida.<sup>1</sup>

Coincido en que como “servicio público que presta el Estado, es parte del poder público comprometido con la política del Estado, con los propósitos del régimen constitucional reflejado en las leyes, pero también es instrumento para actualizar la idea de justicia y abrir las puertas al desarrollo progresista y democrático de la sociedad”.<sup>2</sup>

---

\* 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.

<sup>1</sup> Cf. Art. 201 de la Constitución.

<sup>2</sup> Ministerio de Justicia de Colombia, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Derecho Constitucional, Curso para Jueces de la República, Bogotá, 1988, pp. 17-18.

También se ha afirmado de la Judicatura que es un cuerpo complementario de los otros y que debe respetar las correspondientes competencias, sin interferirlas. No puede, por consiguiente, compartir la capacidad normativa del legislador ni convertirse en legislador negativo al anular las leyes, sustituyendo al Congreso. Ni tampoco puede entabrar ni tomar parte en el ejercicio de los poderes gubernamentales, directivos o de conducción política de la sociedad, cuyo orden debe limitarse a conservar, dentro de sanos criterios de transformación progresista.<sup>3</sup>

En Panamá la propia Constitución concede facultad normativa al Juez administrativo<sup>4</sup>.

La justicia tradicional u ordinariamente ejercida por una de las ramas u órganos en que fue dividido el poder público, o sea, el Poder Judicial, hoy comparte ese ejercicio con otras instituciones públicas o incluso de origen privado que fomentan la cultura de paz, a raíz de los grandes cambios sociales que viene produciendo el desarrollo incesante de las instituciones humanas, y la lucha contra la mora o rezago judicial.

El Órgano Judicial comparte importantes facetas de la vida de relación en que entes administrativos dictan actos que obligan a los particulares, aun en contra de su voluntad, a hacer o dejar de hacer alguna cosa, afectando sus libertades individuales e imponiéndoles prestaciones o cargas a favor del beneficio colectivo, por ejemplo, por medio de la tributación y contribuciones especiales (seguro social).

Dentro de los procedimientos administrativos bilaterales es común que la Administración decida dilucidando un conflicto entre arrendatario y arrendador, entre aspirantes a la adjudicación de una parcela de tierra, oferentes en un procedimiento de selección de contratista, y esta función administrativa debe desempeñarla de cara a la justicia que comporta el debido proceso; pero restringiendo las fórmulas procesales entabradoras.

Esta ponencia procura hacer una semblanza de esas connotaciones especiales de la administración de justicia, que no es únicamente judicial (mediante

---

<sup>3</sup> Ibídem, p. 15.

<sup>4</sup> Cf. Art. 206, numeral 2.

tribunales ordinarios o especiales) sino administrativa, emanada de la vía administrativa y su posterior control a través del único Juez Contencioso Administrativo que hasta ahora existe en la República, que es la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que mantuvo hasta 1956 la característica de ser un Juez separado del Órgano Judicial, como Tribunal de lo contencioso, a partir de ese año integra parte de la Corte, judicializándose así por completo.

Este contexto -por razones obvias- no puede ser profundizado en este momento; pero resulta indispensable su anotación porque es dentro de él que nace la **jurisprudencia**, y así veremos cómo y en qué circunstancias puede ser esta institución fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico nacional.

## II. Función de la jurisprudencia administrativa

### 1. ¿Qué es la jurisprudencia?

La jurisprudencia es la respuesta o decisión que los tribunales de justicia brindan acerca de asuntos o procesos en diversos ámbitos sometidos a su consideración por personas naturales o jurídicas, y que requieren de una solución con fuerza y autoridad de cosa juzgada<sup>5</sup>.

Para mí es el conjunto de resoluciones de los jueces o tribunales sobre casos sometidos a su consideración que se basan en las leyes, precedentes de casos anteriores similares y en la propia doctrina de jurisconsultos.

La doctrina es el parecer jurídico sustentado de cada una de las posturas que asumen los estudiosos del Derecho, entre éstos, los del Derecho Administrativo, sobre determinadas figuras o instituciones de interés para la Ciencia.

Como *fuentes* no sólo del Derecho Procesal Administrativo sino, en general, adviértase que no existe opinión común en la doctrina sobre si la *jurisprudencia* y la *doctrina científica* sean fuentes propiamente tales.

La discrepancia de criterios radica, por una parte, en que según el *principio de separación de poderes* corresponde al Poder Legislativo o Congreso crear la Ley; mientras que el administrador de justicia la interpreta y aplica a un caso concreto, sin

---

<sup>5</sup> **BENAVIDES PINILLA**, Víctor Leonel, "Importancia de los procedimientos de selección del contratista y de la contratación pública, de cara al control de legalidad ejercido por la Sala Tercera de la Corte", Ponencia disertada en Santiago de Veraguas, el día 30 de abril de 2010.

facultad para darle origen, por ello los jueces o tribunales no pueden crear derecho; sino que declaran lo que es derecho según la interpretación y aplicación de las normas legales y principios inmanentes a la disciplina jurídica respectiva.

Para **Vidal Perdomo**, la “jurisprudencia es fuente importante del derecho, tanto del administrativo como de las demás disciplinas jurídicas. El papel de la jurisprudencia será mayor o menor, según que el derecho de que se trate sea más o menos legislado; si la regulación legal es prolija, menor radio de acción corresponderá a los jueces.

De todos modos, -agrega- la jurisprudencia, como suma de decisiones, tendrá un sitio importante, ya que la ley será lo que el juez diga que es. No obstante la claridad que puedan brindar los textos legales, los jueces pueden vincularlos en su interpretación a los criterios constitucionales o a los principios generales del derecho, y esto ya basta para asegurarles un campo de creación jurídica”.<sup>6</sup>

Pese a lo afirmado, sería injusto y desatinado negarle el importante papel que desempeñan tanto la doctrina como la jurisprudencia en el quehacer jurídico. Ésta en múltiples ocasiones ve nutrido sus fallos con opiniones, entre otros, de los doctrinarios del Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Ambos fenómenos del acontecer jurídico se retroalimentan entre sí.

De hecho, este documento es muestra del papel que ha jugado y actualmente juega la jurisprudencia administrativa en la modelación del sistema de justicia administrativa, debido a la constante referencia a los fallos o precedentes que tratan de temas de interés jurídico para nuestro objeto de estudio.

Parte de la doctrina señala que la jurisprudencia y los escritos de los juristas son “fuentes aclaratorias”, es decir, “aquellas que nos orientan o pretenden indagar sobre el verdadero sentido y alcance de lo que el legislador quiso con la aprobación de una norma, esto es, de lo que la norma quiso decir.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> **VIDAL PERDOMO**, Jaime. Derecho Administrativo, 12ª edición, Editorial Legis, Colombia, 2005, pp. 32-33.

<sup>7</sup>Cf. <http://209.85.165.104/search?q=cache:hyzZ5bkPXMJ:www.ua.es/criminologia/ivasp/activo/TEMA-02.pdf+las+fuentes+del+derecho&hl=es&ct=clnk&cd=6&gl=es>.

Es indudable que en Francia, país en que nace en el siglo XIX el control de los actos de la Administración mediante un Juez distinto al de la justicia ordinaria, el papel de los precedentes o fallos del Consejo de Estado, e incluso, del Tribunal de Conflictos, no es exagerado que fueron creando una **doctrina legal**, que cimentaron las bases del contencioso administrativo, generando un bloque de legalidad, esencialmente, de fuente jurisprudencial, orientada en principios y hondamente alimentada de las opiniones autorizadas de grandes administrativistas y pensadores del Derecho Público.

**Libardo Rodríguez** explica que en aquel país europeo, “no obstante el carácter esencialmente jurisprudencial de este derecho, una serie de grandes autores han guiado su evolución; recordemos por ejemplo, las nociones de actos de poder y de gestión, lo mismo que la de servicio público, han sido creaciones en gran parte de origen doctrinal. A los autores franceses les ha correspondido en la época moderna otra tarea muy importante, consistente en la sistematización de las decisiones de la jurisprudencia.”<sup>8</sup>

Por otra parte, el respetado jurista colombiano colige un *valor relativo* de la doctrina en Colombia, fundamentalmente, por la falta de un número suficiente de especialistas sobre la materia, porque incluso en el Consejo de Estado y los tribunales administrativos se encuentran con frecuencia juristas que han dedicado sus mayores esfuerzos a otras disciplinas jurídicas; aunque reconoce que la doctrina tiene un papel influyente en el Derecho Administrativo, en la labor jurisprudencial y legal.

En la labor legal ocurre porque en la práctica la orientación y contenido de ésta tiene su fuente inmediata en la doctrina, pues los especialistas participan en la redacción de reformas importantes que se producen dentro de la Administración.<sup>9</sup>

Ciertamente que la realidad cultural y científica en Colombia es distinta a la panameña, los números no dejan mentir: es un país más grande territorialmente y con mayor población, cantidad de universidades y centros donde se imparten cátedras y estudios especializados en el Derecho Administrativo; sin embargo, se

---

<sup>8</sup> **RODRÍGUEZ**, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Decimoquinta edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2007, p. 42.

<sup>9</sup> Cf. **RODRÍGUEZ**, Libardo. Op. Cit., pp. 42-43.

reconoce el déficit de especialistas, esto último es similar a lo que ocurren en Panamá.

Lo que nos lleva a inferir la necesidad de incentivar la inclusión en los programas del tercer nivel de enseñanza de las cátedras respectivas, no sólo para producir profesionales del Derecho Administrativo, que el país necesita, sino cursos constantes de actualización al personal de la Administración que requiere ser profesionalizado en estos tiempos de versátiles cambios, que aunque algunos han pronosticado como de disminución de la influencia estatal en la conducción social, la realidad demuestra la necesidad de un sector público actuante, ágil, “contemporizado”, como lo he denominado en otro momento, la “Administración Líder”<sup>10</sup>, para guiar el avance social con orden y coherencia de país, no de grupos o sectores.

Ya va siendo hora que Panamá adopte las medidas para crear un Instituto o Escuela de Administración Pública, y es que se palpa esta sentida deficiencia en el trato con los servidores del Estado, quienes por desconocer sus atribuciones legales y reglamentarias, dejan de exhibir ese dote de vocación, que sin duda se refleja en su gestión como servidor público. Consabido es que gravitan en esta circunstancia varios factores: como sueldos bajos, falta de incentivos y destituciones en masa de personal durante los cambios de “Gobierno”, que ocurre cada 5 años.

Es un error considerar que estos aspectos no tienen relación con los temas procesales en la Administración y su ulterior reflejo en el contencioso administrativo.

La falta de profesionalismo de los operarios de la gestión pública genera que éstos se equivoquen con mayor frecuencia, que aquellos casos que se producirían siendo una planta de trabajo diestra en sus funciones, con capacitación constante sobre su competencia de conformidad con el principio de legalidad. Esto trae como contrapartida el aumento de asuntos de que conoce la Sala Tercera por las demandas de los afectados a raíz de hechos u omisiones arbitrarios de esos funcionarios.

---

<sup>10</sup> Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Estudios de Derecho Público, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2006, p. 168.

Me refiero a la capacitación no como proceso estático, sino dinámico y sistémico, con la existencia de una planta de trabajo renovada en donde salen algunos de sus filas y otros entran. Por eso el cambio ha de estar coordinado con la impartición de enseñanza por universidades públicas o privadas o por un Instituto que asuma este importante rol.

## 2. *¿El Juez conoce el Derecho?*

### 2.1. *“Iura novit curia” versus “Non liquet”*

“**Iura novit curia**” dice un principio añejo, que no es tan cierto, sino que es una presunción relativa y la sola obligación que impone la Ley de probar el derecho extranjero en un proceso determinado, pone de relieve la limitación cognoscitiva del Juez, o para nuestro ámbito, del aplicador administrativo.

La presunción sólo sirve para apuntalar la obligación de todo juzgador de no incurrir en “**non liquet**”, es decir, en inhibirse de fallar, porque dicha omisión constituye denegación de justicia, que le genera responsabilidad pública, diría yo, por deficiente prestación del servicio público de administración de justicia, que encuadra plenamente en la competencia constitucional que le asigna la Constitución a la Sala Tercera, en el numeral 2 del Art. 206, que se repite o encuentra desarrollo legislativo en el numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial, como motivo para un contencioso de **reparación directa**.

De todos modos, la tendencia a la plenitud del ordenamiento jurídico prevé fórmulas de integración como el artículo 13 del Código Civil por cuanto, cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, **la doctrina constitucional**, las reglas generales del derecho y la moral siendo general y conforme con la moral cristiana.

Es claro que cuando el Código de la referencia señala a la doctrina constitucional como fuente supletoria del Derecho (en caso de vacíos o lagunas en el ordenamiento jurídico), es más probable que aluda a la jurisprudencia formada de la interpretación de las normas constitucionales y no a la doctrina legal emanada de los Tribunales administrativos, porque para 1917 en nuestro país no existía el Pleno o Sala guardiana de la integridad de la Constitución; no obstante, los tribunales

ordinarios estaban habilitados para ejercer el control difuso de constitucionalidad, con fundamento en el mencionado artículo 12 del Código Civil.

Tanto el control centralizado de la Constitución como el control de legalidad de los actos y hechos de la Administración se incluyeron expresamente en la Constitución de 1941.

Sin embargo, esta opinión merece más crédito, recalco, si nos atenemos a que el control constitucional, precario e indirecto fue previsto por el artículo 12 de la Ley común<sup>11</sup>.

La práctica y la experiencia del Foro otorgan un papel relevante a la jurisprudencia, que ve enriquecidos sus fallos con las opiniones de exponentes autorizados sobre determinados temas que inciden sobre el debate judicial y por qué no? en el administrativo<sup>12</sup>.

*Todo indica que aumenta cada vez más la apuesta por la jurisprudencia como fuente de Derecho en nuestro país, no sólo por la pauta que de antiguo marca el Código Civil al respecto; sino por el eco que genera en el Foro lo que dicen los Tribunales de Justicia, caso particular de la Sala Tercera de la Corte. De algún modo puede preconizarse este mismo efecto debido a la creación dentro de la vía administrativa de entidades que pese a ser denominadas por la Ley creadora Tribunales, son meros entes administrativos, como el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el Tribunal de Cuentas y el recientemente creado Tribunal Administrativo Tributario<sup>13</sup>.*

### **III. Génesis del sistema contencioso administrativo. Su finalidad garantista y nomofiláctica<sup>14</sup>**

---

<sup>11</sup> Que prevé que cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquella, es decir, la constitucional; con ello se habilitaba este tipo de control en haber de los tribunales de la República, que fue apuntalada en su día por el artículo 4 del Código Judicial de 1917.

<sup>12</sup> Baste referir a la labor de los Despachos de Asesorías Legales, la Procuraduría de la Administración, en su rol de asesora jurídica de los funcionarios administrativos del Estado y su condición obligada de parte en los procesos contencioso administrativos, el Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Contrataciones Públicas, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, entre otras dependencias oficiales.

<sup>13</sup> Cf. Ley 8 de 2010.

<sup>14</sup> **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Curso de Derecho Procesal Administrativo, en Imprinta.

El contencioso administrativo nació en nuestro país gracias a la tenaz labor del jurista José Dolores Moscote, quien logró insertarla en la Constitución de 1941, mejorándola en la de 1946.

El propio precursor de la institución, al indagar sobre los antecedentes en nuestro país de la garantía de lo contencioso administrativo, refiere a un proyecto de ley presentado en el año 1920 a la Asamblea por el diputado **Pedro Vidal** de la Provincia de Chiriquí<sup>15</sup>. Y como fuente legal directa del régimen instaurado en la Constitución de 1941, desarrollado por Ley 135, de 30 de abril de 1943, la Ley colombiana 167 de 1941.

Al comentar los orígenes de los artículos de la Constitución de 1941 (190, 191 y 192) sobre la jurisdicción recién prevista en ella, afirma que sus antecedentes estriban en la Constitución uruguaya de 1934, con las modificaciones que le fueron introducidas por el autor de “La reforma constitucional” (1937), el panameño Galileo Solís; además de que dichos orígenes están basados en su propia obra “Orientaciones hacia la reforma constitucional” (1934).<sup>16</sup>

#### *1. Crisis y judicialización del sistema contencioso*

A mediados de la década del 50 del siglo pasado, y a escasos 10 años de vigencia de la Carta Magna de 1946, lo contencioso administrativo se vio sometido a un cambio significativo, ya que se abandona su configuración como un Tribunal autónomo y separado del Órgano Judicial, y se lo integra a la Corte Suprema, como una Sala más, fenómeno que se ha dado en llamar por sus críticos la “judicialización de la institución.”

Aquellas críticas constructivas aún mantienen vigencia y han sido renovadas recalcando el desatino de dicha decisión, porque el cambio no trajo los beneficios en

---

<sup>15</sup> Cf. **MOSCOTE**, José Dolores. Instituciones de garantía (Título XV de la Constitución), Imprenta y Casa Editorial La Moderna, Panamá, 1943, p. 32. Señala el autor que el proyecto de Ley no fue aprobado y no recuerda bien por qué razones; pero colige que hoy pensamos (1943) que la principal y decisiva debió ser que la constitución (de 1904) no daba margen para ello. “*El artículo 90 de ésta, que faculta a la ley para crear tribunales subalternos y juzgados ordinarios no puede referirse a los de lo contencioso porque éstos no están llamados a funcionar con subordinación al poder judicial sino independientemente de él*” (p. 32). Igualmente en Introducción al estudio de la Constitución, Tipografía y Casa Editorial La Moderna, Panamá, 1929, a pie de página de las páginas 111, 112 y 113, con ese don de maestro nos ilustra sobre el concepto técnico jurídico “*lo contencioso administrativo*”.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 66.

el tema del **acceso a la tutela por el excesivo formalismo**; la supresión del control judicial posterior, que antes de la reforma era ejercido por la Corte Suprema por medio del **recurso de revisión**, que perdió todo sentido a raíz del cambio, que originó una Sala con **competencia de única instancia**, y todo lo que ello supone en detrimento de los derechos de quienes pueden verse afectados por la falibilidad de cualquier juez o tribunal de la jerarquía que fuese.

Los fallos de la Corte y los de cualquiera de sus Salas, son finales, definitivos y obligatorios, por lo que de acuerdo a este mandato constitucional son irrevisables las sentencias contencioso administrativas, lo que va en detrimento de la doble instancia<sup>17</sup>.

Sobre la extinción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el doctor César Quintero hizo puntuales observaciones, estimando que dicha eliminación “era una vuelta atrás”; reconoció que la competencia de la nueva Sala de la Corte quedaba “incólume, no obstante su formal transmutación”; sin embargo, como fue preconizado, la anexión a la Corte del Tribunal implica “la inconveniente probabilidad que se judicialice”.

Esta judicialización no obstante anunciada por tan epónimo jurista, se ha venido dando y esto obedece a que como él lo afirmaba, “la jurisdicción contencioso administrativa ha de estar sujeta a principios procesales especiales”.

“El proceso administrativo se diferencia sustancialmente del civil, por ejemplo. En consecuencia, nada desnaturaliza más la justicia administrativa que su sometimiento a pautas civilistas.

...

Otra es, en buena doctrina, la situación del juez administrativo. Este, en cierto modo, ha de ser al mismo tiempo juez y funcionario de instrucción. Su función en el proceso es mucho más activa e interventora.

Además, el juez de lo contencioso administrativo ha de ser persona versada en cuestiones económicas, hacendarias y

---

<sup>17</sup> Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. La Reforma de la legislación contencioso administrativa y el principio de racionalización del poder, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, No. 7, Costa Rica, 2007, p. 285.

fiscales. Debe, asimismo, tener un buen conocimiento de la administración pública.

En suma, su formación teórica, su actitud mental y su criterio jurídico deben ser distintos a los del civilista clásico”.<sup>18</sup>

## *2. Descripción de lo reciente de cara al futuro*

El sistema contencioso administrativo avanzó en el período post-invasión norteamericana del 20 de diciembre de 1989, es decir, en el periodo 1990-2000, estando la Sala Tercera de la Corte integrada por los Magistrados César Quintero, Edgardo Molino Mola y Arturo Hoyos;<sup>19</sup> aunque no con la profundidad en los cambios ocurridos que algunos hubiésemos querido.

El motor generador, debe así reconocerse, ha sido impulsado por la judicatura a través de la Sala Tercera, que por mandato constitucional es el único Tribunal contencioso administrativo en Panamá, es decir, este Tribunal tiene el **monopolio o centralización de esta jurisdicción administrativa**.

## *3. El excesivo centralismo*

La centralización de la justicia administrativa ha traído un atiborramiento del Tribunal. Entre las causas de esta circunstancia puede señalarse que labora poco personal en secretaría judicial y escaso número de auxiliares de Magistrados, quienes no se dan abasto para diligenciar y proyectar el cúmulo de casos sobre disímiles especialidades, de los que conoce la Sala.

Una visión preventiva, a mi modo de ver, aconseja que más temprano que tarde sea creada una instancia de desahogo previa, que aligere el sistema de control de legalidad. La reciente creación en el marco del “proceso de modernización del Estado,” de entes reguladores y otros organismos públicos de directa relación con los particulares, ha propiciado el aumento de las demandas, ya que sus actos son acusados de ilegales con bastante frecuencia.

---

<sup>18</sup> **QUINTERO**, César. Citado por: **CARRASCO**, José. ¿Debe crearse una jurisdicción administrativa separada del Órgano Judicial en Panamá?, en “Libro homenaje a la memoria del doctor César A. Quintero Correa”, Academia Panameña de Derecho, Litho Editorial Chen, Panamá, 2007, pp. 106-107.

<sup>19</sup> Posteriormente se integró Mirtza de Aguilera y Adán Arjona. En la actualidad conforman esa Sala: Víctor Leonel Benavides Pinilla (hasta el 2015), Winston Spadafora Franco (hasta el 2012) y Alejandro Moncada (hasta el 2020), ya que todos fueron nombrados por 10 años y no para culminar o completar período en el cargo por vacancia.

Además, las materias tan específicas y técnicas que tramita, requiere actualización, capacitación y especialización de igual grado en los funcionarios de la Sala, en temas como: regulación, derecho financiero, derecho económico, derecho de la integración, mercado de las telecomunicaciones, energía eléctrica, entre otros muchos, que le exigen a la institución estar a tono con los tiempos actuales y las exigencias que éstos le imponen, no sólo a ella sino a todo el entramado social de los servicios públicos, y el nuevo papel del Estado.

#### *4. Elementos que propician el cambio requerido*

No obstante, los cambios en el sistema que antes anuncié se evidencian en la entronización de algunos *principios* que ha predicado la Sala, sobre todo del procedimiento administrativo, tales como:

- a. *Buena fe* en las actuaciones administrativas.
- b. *Proporcionalidad* en la aplicación de las sanciones disciplinarias.
- c. *Informalidad* (vinculado a la buena fe en las actuaciones administrativas).
- d. “*In dubio pro actione*.”
- e. El “interés público” como factor válido para la revocatoria de un acto administrativo que reconoce al particular un derecho subjetivo.

Éstos principios, entre otros, no están contenidos en las leyes reguladoras de la institución, o sea, ni en la 135 de 1943 ni la 33 de 1946 mencionadas ni en el Código Judicial.<sup>20</sup> Tratándose de esta última excerta, la no previsión de principios aplicables a la jurisdicción contencioso administrativa, se justifica porque no es la Ley especial al respecto.

Cabe tener presente que el Código Judicial es fuente supletoria de este régimen; pero, en gran cantidad de ocasiones, se convierte prácticamente por las lagunas y deficiencias de las leyes especiales reguladoras, en Ley procesal de aplicación directa.

---

<sup>20</sup> Actualmente están positivizados, en el procedimiento administrativo, los principios de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad, eficacia, debido proceso, objetividad y estricta legalidad (Cf. Art. 34 de la Ley 38 de 2000). Empero, no aparecen los de “buena fe”, “proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción aplicada (propio del procedimiento administrativo sancionador), “in dubio pro actione”, entre otros, también de mucha importancia, como la gratuidad y delegación material.

*5. Urge ampliar el número de medidas cautelares para potenciar la tutela judicial efectiva*

Inciendiando en temas o figuras de su propia competencia, la Sala mediante la jurisprudencia ha impreso variantes en lo que a la medida cautelar de suspensión del acto administrativo se trata, porque desde 1965 hasta 1991, ésta sólo era invocable en las **demandas de plena jurisdicción** (para la reparación o restablecimiento del derecho subjetivo violado). La Corte extendió a la **acción de nulidad** (o de tutela del orden jurídico en abstracto) la *suspensión* del acto ante la posible vulneración del principio republicano de separación de los poderes, o en caso de flagrante violación del orden jurídico<sup>21</sup>.

La suspensión provisional del acto acusado es la única medida cautelar que prevé la legislación vigente, y pese a que el Código Judicial es norma procesal supletoria de lo contencioso administrativo, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha negado la procedencia del cúmulo de acciones precautorias que el Libro Segundo de Procedimiento Civil contempla.

A esto se añade el matiz muy discrecional que el artículo 73 de la Ley 135 de 1943 da a los Magistrados, para -a petición de parte- proceder a suspender o no, provisionalmente, el acto acusado de ilegal.

La sinceridad nos impele a decir que nuestro sistema procesal contencioso administrativo está a la zaga de otros ordenamientos en materia de medidas cautelares, que consisten en un anticipo de protección al derecho que se estima violado, mientras se decide el fondo de la controversia, porque se constituye en una “garantía de que la sentencia definitiva pueda ser ejecutada, en caso que sea favorable a las pretensiones del justiciable. Ello permite afirmar, que si al órgano jurisdiccional no se le otorgan las potestades que garanticen el control de la

---

<sup>21</sup> Cf. Autos de 2 de enero de 1991 y 15 de enero de 1992.

ejecutividad administrativa y en consecuencia, la futura ejecución de la sentencia que en el proceso recayere, la tutela judicial no será efectiva”<sup>22</sup>.

Sobre todo si se toma en cuenta que la sola interposición de la acción contencioso administrativa *no suspende la ejecución del acto acusado de ilegal*, pues éste se presume legítimo; me refiero con énfasis especial al acto de contenido individual que lesiona derechos subjetivos.

Atinente a la ampliación de su ámbito de competencia, la Sala ha reclamado para sí el conocimiento de actos emanados del Pleno y las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional de naturaleza administrativa; sin que ello implique una contravención al principio de separación de los poderes del Estado.

Las generalidades indicadas son únicamente parte de la necesidad de actualizar el sistema contencioso vigente, cuyas leyes que lo desarrollan datan de la década del 40; prácticamente son documentos desmembrados por el paso del tiempo, la evolución social, los diversos roles en que se encuentra el particular frente a la Administración y las múltiples reformas constitucionales y legales.

Es imperioso lograr, hasta donde sea posible, su desjudicialización (en búsqueda de una verdadera autonomía), y hacer el contencioso administrativo menos formalista y más accesible (lo que implica, necesariamente, una disminución en los costos que debe asumir quien pretenda llevar su caso o un asunto de interés general), adecuándolo a las exigencias que su misión institucional requiere de él.<sup>23</sup>

El acceso a la **tutela judicial efectiva** también comporta unos costos razonables para las partes, porque de nada valdrían las acciones y la agitación doctrinaria para la humanización del proceso, si el Juez natural no está al alcance monetario del ciudadano común, que pide justicia.

#### **IV. Atomización de la función de administrar justicia**

---

<sup>22</sup> Cf. **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Víctor. La tutela cautelar como garantía de la efectividad de la sentencia en el Derecho Procesal Administrativo, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, No. 4, Costa Rica, 2004, p. 160.

<sup>23</sup> La última tarifa mínima de honorarios profesionales de abogados fue aprobada por la Sala IV de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 49 y publicada en la Gaceta Oficial No. 24, 305, de 21 de mayo de 2001.

La división clásica del poder público en ejecutivo, legislativo y judicial actualmente se nos presenta diríamos no tanto de una manera difusa de esas funciones en el Estado de Derecho; pero sí con unas particularidades que denotan que es imposible al describir las competencias de cada uno de esos órganos como exclusivas o excluyentes, porque la fuerza de los hechos indica que en las tres ramas se ejercen funciones administrativas, mientras que el judicial no tiene el monopolio de la administración de justicia,<sup>24</sup> y el legislativo no es el único poder con facultades de dictar normas de obligatorio cumplimiento o con fuerza de Ley<sup>25</sup>.

En el supuesto específico de la administración de justicia, históricamente, venimos viendo cómo esa función se atomiza en Panamá, a tal punto que organismos administrativos asumen **funciones jurisdiccionales**, como aquel instituido para prevenir y sancionar los actos de contrabando y defraudación aduanera<sup>26</sup>; las Juntas de Conciliación y Decisión, que son tribunales clasistas, porque participan en su conformación el sector obrero, patronal y el Estado, administrando justicia laboral en determinados causas (emitiendo fallos jurisdiccionales)<sup>27</sup>. La propia Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, está facultada para ejercer funciones jurisdiccionales.<sup>28</sup>

Este fenómeno se ha acentuado en la vía administrativa en mi país a raíz del proceso de globalización, que trajo aparejado una adición consistente en la reforma y renovación del aparato público administrativo, específicamente, por medio de la creación de entes reguladores o sectoriales de expresa e innegable incidencia en la vida cotidiana, que deciden conflictos entre partes, no con la fuerza de un **acto jurisdiccional** o sentencia judicial (con carácter de cosa juzgada); pero sí por medio

---

<sup>24</sup> Recordemos la posibilidad de que la justicia se ejerza mediante **árbitros** escogidos por las partes en conflicto. Este servicio está mencionado en la Constitución, con la determinación que es una de las instituciones por medio de las que se puede administrar de justicia.

<sup>25</sup> Es el caso de los Decretos Leyes que pueden ser dictados por el Órgano Ejecutivo previo permiso del Órgano Legislativo para que aquel ejerza, temporalmente, y sobre materias específicas, facultades legislativas, que se concretan en "Decretos Leyes". Claro es que, constitucionalmente, existen temas que no pueden ser regulados por el ejecutivo mediante esta clase de actos jurídicos.

<sup>26</sup> Cf. Ley 30 de 1984.

<sup>27</sup> Cf. Ley 7 de 1975.

<sup>28</sup> Cf. Ley 53 de 1975.

de **actos administrativos** con fuerza vinculante<sup>29</sup> para las partes o el particular que queda sujeto a las disposiciones de la Administración, caso de la regulaciones ambientales, para la preservación y equilibrio del ecosistema, del respeto de la libre concurrencia al mercado y medidas antimonopolio, la imposición de una multa, requisitos para ser concesionario o licenciatario del espectro radioeléctrico, importación de hidrocarburos y sustancias afines, operación de puertos de contenedores, concesión de fondos marinos o playas, o para el fomento de áreas como polo de desarrollo industrial, comercial, entre muchísimas más actividades potenciadas en esta era especial que nos ha tocado vivir.

Es el caso de las entidades incardinadas dentro de la Administración **centralizada** (Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Comercio e Industrias) o en su periferia, a modo de organismos **descentralizados** por funciones, como la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP), Autoridad Marítima de Panamá (AMP), Autoridad Nacional de Aduanas (ANA)<sup>30</sup>, Autoridad del Área Económica Especial Panamá Pacífico (AAEEPP).

Es conocida la postura del profesor **Cassagne** no inflexible pero sí muy clara, acerca de la posibilidad excepcional “por razones de especialidad funcional y no

---

<sup>29</sup> El autor Ismael Mata, al reseñar algunas de las características de los entes reguladores en la Argentina, menciona entre ellas, la resolución de “...controversias vinculadas al servicio entre particulares (actores y usuarios), sea en forma obligatoria para los actores (ENRE, ENERGAS) u optativa para todos los interesados (CNT, ETOSS)”, Del Estado empresario al Estado regulador, en “130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación (1863-1993”, Buenos Aires, p. 226.

<sup>30</sup> La especificidad de esta institución hasta el 2009 conocida como Dirección General de Aduanas del Ministerio de Economía y Finanzas, es que realiza las pesquisas en las investigaciones de supuestos delitos aduaneros como la defraudación, y es Juez de los sumariados, con lo que se conculca el principio de imparcialidad y neutralidad, elementos que caracterizan a cualquier Tribunal; no obstante, lo que destaco en este punto es que *los actos que emite para decidir la controversia fiscal son jurisdiccionales*, como si fueran sentencias de jueces togados, por lo que escapan del control de legalidad de lo contencioso administrativo. En la práctica es difícil para los abogados litigantes defender a sus clientes, sobre todo ante sospecha de blanqueo de capitales o dinero proveniente de otras actividades prohibidas, porque sólo están a la mano la demanda de amparo de derechos y garantías fundamentales o la acción de inconstitucionalidad (que son recursos extraordinarios en Panamá), que se ejercen frecuentemente por los defensores ante el abuso de autoridad y extralimitación de funciones, que son las notas distintivas de esta “jurisdicción administrativa especial”. Este tema es una muestra de la inversión injustificada del principio constitucional de presunción de inocencia.

como cláusula general”<sup>31</sup>, que entes administrativos administren justicia; y ello basándose en el principio clásico de separación de poderes, en que el sistema judicialista asigna la prestación de dicho servicio al Poder Judicial, y no al Poder Ejecutivo, ya que éste es el órgano administrador, así como sus dependencias.

Creo que no es de lugar ahondar por ahora en este aspecto, lo cierto es que requiere un análisis sosegado a la luz de las posibles reformas del régimen contencioso administrativo en Panamá, y la concreción de juzgados de instancia previos a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que en la actualidad constituyen una necesidad imperiosa.

Observamos la buena iniciativa de la Corte Suprema al proponer una reforma constitucional que entre otras disposiciones adiciona el artículo 206, numeral 2, de la Carta Magna, para que, por vía de Ley, puedan ser creados tribunales que integren la base de esta jurisdicción.

## **V. Honestidad de la jurisprudencia**

Se ha dicho que es preferente una jurisprudencia recurrente para casos similares; sin que sea una camisa de fuerza para que ante circunstancias o hechos variantes se adopten resoluciones acordes con los nuevos ribetes del caso estudiado.

Una *jurisprudencia fiable* es aquella que se expresa con las palabras de la igualdad ante la Ley, que pondera los intereses en juego y decide según el canon de justicia contenido en el principio de razonabilidad, que excluye la discrecionalidad no permitida y, sobre todo, la arbitrariedad.

Por ello son más que atendibles las expresiones de juristas como Silva-Cimma, cuando afirman que “donde el principio de legalidad no existe o se irrespeta, ningún fundamento existe para consagrar como valimiento suficiente el sistema del contencioso administrativo”.<sup>32</sup>

En el caso de organismos como la Unión Europea, la jurisprudencia adquiere gran preponderancia, ese sitio lo destacan varios autores y consiste en que los

<sup>31</sup> **CASSAGNE**, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Editorial Marcial Pons Argentina, S.A., Buenos Aires, 2009, p. 77.

<sup>32</sup> **SILVA-CIMMA**, Enrique. Panorama del Contencioso Administrativo en América, en “Derecho Procesal Administrativo”, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, p. 99.

precedentes del Tribunal de Justicia, en cuestiones de “interpretación” y de “validez de las normas comunitarias”, tienen objetivos primordiales, uno de los cuales es “asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados miembros”.<sup>33</sup>

## VI. Temas de interés de la jurisprudencia e instituciones nacionales

### 1. *La Buena fe en la relación precontractual y contractual pública*

Bajo el amparo de la anterior legislación de contratos administrativos, la Sala se pronunció sobre la aplicación de este principio, que hoy en día no existe duda que tiene incidencia en la relación entre la Administración y los particulares, sea en el ámbito que fuere.

La Ley derogada lo consagraba (en el artículo 20) como un criterio de interpretación del contrato, y la Sala Tercera haciéndose eco de su jurisprudencia (de 21 de mayo de 2003) expresó que aquel “es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico, y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil..., las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones públicas se rigen, entre otros, por los principios generales del derecho y particularmente del derecho administrativo, *que ha reconocido la vigencia del principio de buena fe en las relaciones con la Administración Pública*”.<sup>34</sup>

Este principio de buena fe mucho tiene que influir en el ejercicio de las prerrogativas públicas, en la contratación administrativa, porque si no caeríamos en el riesgo de la desviación de poder, muy ligada con autoritarismos e ignorancia inexcusable vestidos de retazos de legalidad.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Cf. **ALONSO GARCÍA**, Ricardo. Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo, Editorial Civitas, S.A., 1989, pp. 167, 169.

<sup>34</sup> Sentencia de 16 de agosto de 2004. MP Adán Arjona López.

<sup>35</sup> **GONZÁLEZ MALDONADO**, Aurelio. En “Revista Iberoamericana de Derecho Público y administrativo”, No.8, Costa Rica, 2007, p. 180, señala acerca de los *límites a las prerrogativas administrativas* y el **desvío del poder** que ésta puede implicar, malamente ejercida por un funcionario, nos ilustra de la siguiente manera: “El interés general debe ser el norte de toda autoridad estatal, para de tal manera resguardar el derecho de todos los ciudadanos de contar con una administración pública honesta, transparente y efectiva que sea capaz ejercer (sic) diligentemente el poder o la autoridad que le ha sido conferido por el pueblo a través de los mecanismos constitucionales vigentes.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que este principio es extensible a las **relaciones contractuales** que pacte el Estado con los particulares o contratistas.

Este organismo tribunalicio pondera un enunciado de gran proyección a nivel social, y es que **la buena fe** ha de impregnar todo ese entramado, que es acorde con los principios de justicia, equidad, paz, tolerancia, solidaridad, y otros elementos que hacen del Derecho realmente un instrumento para la realización de la convivencia ordenada.

*La buena fe ha dejado de ser un enunciado simplemente finalístico en las relaciones jurídicas, para convertirse en un verdadero principio, que debe presidir esos vínculos, de ahí que también ha de estar no en forma inmanente o subyacente sino como elemento perceptible en los procedimientos de selección de contratistas.*

¿En el procedimiento de selección de contratista existen, técnicamente, partes? Éste es uno de los interrogantes en el tema el procedimiento administrativo.

Aun si la respuesta fuera negativa esto no obsta para el fiel cumplimiento de los postulados de la buena fe en esta etapa precontractual. De otro modo sería tanto como aceptar de antemano que la Administración puede discriminar sin parámetros o límites, lo que equivale a cambiar las reglas cuando le plazca, sin fundamento en la conveniencia de los intereses públicos, exigiendo algunos requisitos a unos contratistas para hacerle más onerosa su oferta, mientras que simultáneamente esta actuación se convierte en el beneficio del otro u otros postulantes.

---

Asimismo, dicha finalidad (interés público) constituye el límite dentro del cual deberá desenvolverse el servidor público en el ejercicio de las prerrogativas administrativas. Estas fueron estatuidas para velar por el respeto irrestricto del debido manejo honesto que toda la administración pública debe ejercer, buscando siempre la satisfacción de los principios de justicia y equidad en la conducción de un asunto público. Ello implica dejar de lado los intereses sectarios o personales para cumplir lo que más convenga a los intereses superiores de la población. Por eso si el agente estatal se aparta de dicha finalidad, está contraviniendo la naturaleza de la institución que le ha conferido las potestades; motivo por el cual deberá desenvolverse dentro de un marco que respete el interés público en juego mas no puede pretender satisfacer un interés particular o ajeno al interés general. Así, quien, en el ejercicio de prerrogativas, quiera soslayar el interés público para defender o hacer prevalecer un interés particular o ajeno (amiguismo o favoritismo) estará incurriendo en desvío del poder que ha sido conferido con otra finalidad, lo cual le hará pasible (al funcionario estatal) de las responsabilidades pertinentes”.

A tal punto ha llegado esa exigencia y necesidad de la buena fe en sociedad, que constituciones como la colombiana de 1991 lo contemplan en su artículo 83, y lo mismo vienen haciendo algunas leyes de procedimiento administrativo recientemente aprobadas, como la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de Brasil y La Ley peruana de 2001, que lo denomina “principio de conducta procedimental”, en el sentido que “La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la **buena fe**. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la **buena fe procesal**”<sup>36</sup>.

La fuente originaria proveniente de las relaciones contractuales entre seres libres y con autonomía de la voluntad, ha sido traspolada a las relaciones jurídicas en forma de contrato suscritas entre el Estado y los particulares.

Ha dicho la Sala Tercera, en sentencia de 13 de junio de 1991, *primera resolución jurisdiccional de ese Máximo Tribunal que aplicara dicho aforismo jurídico en este ámbito*, que:

“Por último, la Sala debe enfatizar en este caso la vigencia del principio de buena fe en el Derecho Administrativo, que vincula a la Autoridad Portuaria Nacional en las relaciones con los servidores públicos que en ella laboran. La doctrina y la jurisprudencia comparadas aceptan que dicho principio es aplicable al Derecho Administrativo. Así, el tratadista uruguayo Sayagués afirmaba que el ‘principio general de la buena fe debe regir en todas las relaciones jurídicas’... y el catedrático español Jesús González Pérez le ha dedicado una obra reciente en que expone sus explicaciones en este campo. En nuestro país el artículo 1109 del Código Civil establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, **norma esta que es aplicable a los contratos o convenios celebrados por la Administración pública...**”<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Cf. Art. IV, 1.8, de la Ley 27,444.

<sup>37</sup> Caso: Solicitud de interpretación y valor legal de un acto administrativo presentada por el Contralor General de la República, sobre la interpretación y validez del Acuerdo sindical entre la APN y el

Lo predicho significa que ambas partes de la relación surgida del contrato público, deben comportarse de buena fe; una conducta en contrasentido viola la confianza legítima, y la contraparte puede de ello derivar causas válidas para protestar, alegando incumplimiento.

Según el precedente, ningún contrato estatal entre un ente público y un particular, o entre entes públicos, escapa del efecto normativo del principio de buena fe.

Ese efecto también es predicable en el procedimiento precontractual o de selección de contratista, pese a que la Ley atribuye amplias facultades normativas al Estado en la dirección, condiciones y requisitos en esta etapa del trayecto hacia el contrato administrativo.

De ocurrir transgresiones al principio que se manifiesten en irregularidades, arbitrariedades o vicios similares, la acción de reclamo y el recurso de impugnación constituyen garantías procesales para que se respete la **buena fe**, que entiendo está incluida en el respeto de la **legalidad administrativa**.

## *2. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como control preventivo de legalidad. Una nueva fuente de precedentes administrativos*

Una institución que requiere ser reforzada por las Administraciones no importa el signo político o confesión que profesen en el Estado panameño de hoy, es el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), que utiliza las innovaciones sensitivas introducidas por la Ley creadora, como el énfasis en las tecnologías de la comunicación y la información (TIC's) en la convocatoria y desarrollo de los procedimientos de selección de contratistas, en búsqueda de transparencia en la disposición de fondos y bienes públicos, como ordena la Constitución Política, tecnologías que se aplican en la sustanciación de los trámites y diligencias procedimentales producto del ejercicio de sus competencias, que

consiste principalmente pero no en exclusivo, en conocer del **recurso de impugnación** contra el acto de adjudicación de una licitación o acto público<sup>38</sup>.

Es una innovación en la administración estatal, respecto al modo cómo una dependencia incardinada en su seno, viene a desempeñar un papel que el paso del tiempo está determinando su efectividad, eficacia y, en suma, la necesidad de su existencia, en el intrincado tema de controlar las incidencias legales entre Administración y Contratistas, posteriores al procedimiento de selección, procedimiento administrativo de licitación o, genéricamente, “acto público”.

Dentro de la propia vía gubernativa se produce lo que denomino “control preventivo de legalidad”, debido a que la revisión, por ejemplo, del acto de adjudicación, se efectúa por funcionarios letrados, conocedores del Derecho y de la contratación administrativa. De ahí que los márgenes de error se ven significativamente disminuidos. A la función contribuyen las garantías procesales de imparcialidad en la actuación y unos niveles de autonomía en el desempeño del Tribunal, que cada vez deben ir incrementándose por medio de sus precedentes objetivamente emitidos, y sólidamente sustentados.

Los trámites en el procedimiento de selección de contratista, a excepción de la contratación directa, son previos al acto de adjudicación y contrato en sí, y se surten ante y a instancia de la “entidad convocante”, que requiere del servicio, obra, o suministro de bienes, rodeado de todas las garantías de transparencia, desde la convocatoria, presentación de propuestas, homologación al Pliego de Cargos, apertura de sobres, evaluación o ponderación de las ofertas (por una Comisión especial integrada al efecto), hasta llegar al acto de adjudicación o, en su caso, deserción por el representante de la institución o por quien éste delegue, de ocurrir los supuestos determinados en la Ley y los reglamentos incluido el *pliego de cargos*, de indudable efecto normativo vinculante para el Estado y los participantes.

---

<sup>38</sup> También conoce de: La **acción de reclamo** de modo subsidiario ante la no evacuación, en el término de 5 días, de dicha acción por la Dirección General de Contrataciones Públicas, la **Declaratoria de desierto** del acto público, el **recurso de apelación** contra el acto administrativo emitido por la entidad licitante, que declara la “resolución administrativa del contrato”, y la **revisión** de la declaratoria de inhabilitación de un contratista.

En esta etapa del proceso de selección, el TAdeCP no interviene, salvo que se presente una *acción de reclamo* ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGdeCP), que es el organismo, si se quiere, regulador del proceso de selección, y que ésta no haya resuelto dentro del término perentorio que le asigna la Ley.

Aquí es de lugar ponderar que la visión y misión del TAdeCP, tantas veces expuesta en los seminarios organizados en que participa el Foro nacional y también con presencia de invitados internacionales, coadyuvan para que el objetivo de la Administración Pública se cumpla, es decir, ésta debe servir con objetividad los intereses generales, no sectarios o parcializados.

Ver a la sociedad como un todo orgánico en que el individuo, la persona, hombres, mujeres y niños, son percibidos por el ente público y sus funcionarios como los sujetos centrales de las aspiraciones colectivas del Estado panameño, en ser un país que avance en grados mayores y mejores de cobertura, calidad y confort de los servicios públicos, ya sea directamente prestados por un ente oficial o mediante un contratista.

*Esa centralidad significa que se respeta la persona humana, su **dignidad**, incluida en el año 2004 en la Carta Magna (Art. 17), como un elemento vital de todo el entramado jurídico, ya que los derechos y garantías establecidos en la Constitución son mínimos, y no excluyen aquellos otros fundamentales que contenidos en Convenciones y Tratados internacionales al respecto, vienen a complementar el plexo normativo de aquella, para gracia y tributo de la **dignidad** de la persona en sociedad.*

Para mí este artículo 17 de la Carta desde antes de la inclusión de la “dignidad” de la persona como elemento axial de la actividad pública y los derechos previstos en ese Instrumento Superior, no tenía carácter de norma programa, sino que era de aplicación al caso concreto, orientando la labor interpretativa del juez o de la autoridad competente, en la medida que ese artículo impone el principio de actuar conforme a los cometidos de la **legalidad**, al disponer que las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida honra y bienes a los

nacionales y a los extranjeros bajo su territorio, así como cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

En modo alguno ni antes ni después del 15 de noviembre de 2004 cuando entraron en vigencia las reformas de ese año, esa disposición podía entenderse vaciada de contenido.

Vaciarla de contenido, era simplemente desterrar la legalidad administrativa impuesta a partir de la Constitución, de nuestro sistema jurídico, cosa que tan solo decirla peca de *irrazonable*. No obstante, sabemos la tesis de nuestro Máximo Tribunal en materia constitucional, que estimo debe ser modificada, dando preeminencia a la dignidad humana, porque en cada caso concreto o asunto de interés jurídicamente relevante planteado ante la autoridad del nivel u órgano que fuere, veremos enfrentados o por lo menos relacionados, no cosas sino personas.

El TAdeCP interviene de cara a la Ley procurando zanjar las diferencias entre Estado y proponente que interpone, por ejemplo, un recurso de impugnación, aplicando aquella y los reglamentos, no el capricho o la voluntad discrecional del ente convocante. He aquí otro de los logros más significativos de la creación de este organismo.

Efectúa una casi imperceptible pero existente separación y decantación dentro de la propia vía administrativa entre la Administración activa que controla el procedimiento de selección de contratista y el ente colegiado (integrado por tres Magistrados calificados académica y moralmente), que actúan con independencia e imparcialidad, porque no están vinculados por intereses económico-financieros, personales, políticos, religiosos o de otro tipo con las partes del proceso o la autoridad nominadora.

Este logro institucional debe preservarse, ha de adquirir la categoría de intemporal, por lo que salvo las exigencias acentuadas de una realidad que se imponga, y sólo en pro de la entidad, su conformación ha de ser mantenida, ya que es un elemento que contribuye a la mejor revisión de cada caso, que es visto no por una sino por tres personas profesionales del Derecho y conocedores de la actividad administrativa, reduciendo el margen de error, aumentando la calidad de la

resolución de fondo y sirviendo, a la vez, como instancia efectiva de desahogo de la vía administrativa<sup>39</sup>.

Efecto inmediato: se convierte en un *control preventivo de legalidad*, que sin prohibir a los interesados acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, un adecuado fallo en las manos de los interesados proferido por el TAdeCP, satisface la inconformidad inicial y le persuade de que se ha actuado conforme a Derecho, evitando un pleito ante lo contencioso administrativo.

Este valor agregado (que es lo producido o consecuencia) es de primer orden, porque también ayuda a descongestionar a la Sala; mientras que la Administración logra ir rompiendo con el paradigma de que ella no vuelve sobre sus pasos para rectificar los errores cometidos que irrogan perjuicios a los oferentes y a los destinatarios finales de todo el andamiaje, el ser humano, el usuario, el particular, la buena marcha de la gestión pública y participación de la empresa privada para el logro de la ejecución del presupuesto nacional, con las adecuadas garantías que brinda un Tribunal al margen de la política partidista.

En este punto justo es reconocer que la originalidad no proviene de nuestro país, sinceramente el modelo de Tribunal similar al que rige en Panamá proviene de Chile. En el país del Cono Sur está insertado en el Poder u Órgano Judicial, también como tribunal de apelación; acá el dato especial es que el TAdeCP está insertado en el espacio público de la vía administrativa; pero con niveles de autonomía y dotación presupuestaria para acometer la labor de “juzgar” con desapego a las partes los asuntos o controversias que éstas le plantean en cada “Recurso de Impugnación” que es presentado ante sus estrados.

Este aspecto connota el elemento básico para el éxito del TAdeCP, y es que la vía administrativa fenece en este Tribunal, competencia que ejercía antes de la Ley 22 de 2006 la propia entidad licitante, regularmente mediante la llamada competencia jerárquica o funcional.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> El trámite de un recurso de impugnación desde su interposición en este Tribunal tarda como promedio en ser resuelto, de dos a dos meses y medio.

<sup>40</sup> **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Reforma del Estado y la contratación pública (Especial referencia al contrato de concesión), en “Foro y Justicia Administrativa”, No. 1, Revista del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, Panamá, 2008, p. 53.

### 3. Situación irregular del Fondo de Inversión Social en el iter precontractual y contractual

El Fondo de Inversión Social es una dependencia de la Presidencia de la República, que goza de grandes y exageradas prerrogativas tanto en la fase de selección de contratista como en la contractual, que colocan en entredicho elementales principios que son el piso del sistema jurídico, tales como la certeza y seguridad jurídica.

Es un ente público del cual cada partido político se forma y expresa opiniones con distintos matices, muchas veces adversas, por ejemplo, que sus bienes y recursos financieros son utilizados con fines de proselitismo político; pero, paradójicamente, cuando ese partido logra alcanzar el poder por la alternancia exigida en sociedades democráticas, esa misma dependencia no debe desaparecer sino que requiere ser transformada, ahora sí en serio, en motor ejecutor de las obras de interés social para la comunidad.

Esta “doble moral” hace parte de la demagogia común a nuestras sociedades carentes de una sólida formación ética, cívica y en Derecho Administrativo, y por tanto, de los cometidos institucionales de las estructuras públicas del nivel que fuere.

En la vía administrativa, actúa como la máxima autoridad en materia de contratación pública respecto de los contratos que celebra, y aunque posee dentro de su estructura orgánica una Junta Directiva<sup>41</sup>, extrañamente no procede recurso de apelación, *en caso que resuelva administrativamente un contrato*, ni ante el Presidente de la República ni ante el Ministro de la Presidencia. Y es que el Decreto reglamentario no le atribuye competencia de segunda instancia en materia de procedimiento administrativo recursivo a la Junta Directiva del FIS.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Cf. Art. 3 del Decreto Ejecutivo No. 189 de 1999. GO No. 23,940 de 3 de diciembre de 1999.

<sup>42</sup> Ver Art. 4 sobre funciones de la Junta Directiva.

La resolución administrativa del contrato sólo admite recurso de reconsideración, lo que convierte al FIS, por vía de Reglamento, en instancia única para ventilar tan importante tema por el calado de derechos e intereses involucrados, públicos y privados.

Esta situación es anómala, corre al margen de los principios doctrinales de responsabilidad, transparencia, legalidad, respeto de la doble instancia administrativa, debido proceso y otros elementos implicados, y es lo que existe como régimen jurídico ante esa dependencia pública.

*4. El interés público no debe ser escudo ni excusa de las prerrogativas públicas en el ámbito de la contratación administrativa*

Todo este panorama “discrecional” del FIS, merece correctivos. Actualmente está avalado por el Decreto Ejecutivo No. 77, de 16 de mayo de 2008, que reglamenta el artículo 58 de la Ley 22 de 2006, modificado por el 2 de la Ley 21 de 2008<sup>43</sup>; es caldo de cultivo para no infrecuentes actos arbitrarios, supuestamente fundados en una aparente cortina de que sus “licitaciones” están apoyadas directamente en el interés social, que subyace en dotar “sin cortapisas”<sup>44</sup> o “demoras” a las comunidades de obras y servicios, en menoscabo de la legalidad administrativa, los derechos y garantías de los contratistas, que de buenas a primeras ven terminados unilateralmente sus contratos al socaire de un régimen jurídico escueto, *antigarantista* y dotado de acentuados aspectos de inseguridad jurídica, que desincentivan interponer recurso de reconsideración ante dicho ente, porque el resultado se advierte de antemano.

En este punto tal vez más importante es agudizar las formas cómo hacer más ágil los procedimientos; pero no irnos al polo extremo del ejemplo del Fondo de Inversión Social (FIS), que so pretexto de llevar adelante un cúmulo de proyectos de interés comunitario, infringe los principios de legalidad y transparencia en la

---

<sup>43</sup> Cf. GO No. 26042, de 19 de mayo de 2008.

<sup>44</sup> Cf. Art. 15 del Decreto Ejecutivo No. 77 de 2008, a mi juicio, tácitamente derogado por la Ley 69 de 2009 (Art. 17).

contratación, porque está excluido en virtud del artículo 58 de la Ley 22 de 2006, modificada, para que **no** se le aplique ese régimen.

Entonces ¿qué parámetros de legalidad y procedimiento se le aplica al FIS?, el Decreto No. 189 de 1999 y el Decreto No. 77 de 2008, que introduce amplias facultades discrecionales para contratar y seleccionar contratista, e incluso para dejar sin efecto un contrato válidamente concertado con una empresa o particular.

La judicatura todavía no se ha pronunciado sobre este fenómeno que de hecho ha generado injusticias en perjuicio de contratantes con el Estado; sobre todo en tiempos que aunque no comporten inestabilidad política, sí tienen el talante de generar por lo menos en mi país, inestabilidad jurídica, debido al cambio de gobierno, producto de las elecciones generales, que causa avidez en algunos casos disfrazada de observancia de la Ley y justificados en el argumento demagógico de poner la casa en orden.

Los procedimientos de selección de contratistas para la construcción de obras públicas como escuelas, carreteras, edificios para albergar oficinas públicas, suministro de bienes y servicios, deben hacerse a través de mecanismos eficaces, lo que implica rapidez y el cumplimiento de un conjunto de principios que presiden la disposición de esos fondos y bienes públicos que pertenecen a todos los panameños, y que provienen de distintas fuentes, principalmente de carácter tributario, que han de ser utilizadas para satisfacer las necesidades de la población, y que una vez invertidos, como debe ser, se reflejan en el nivel de vida y confort de nacionales y extranjeros.

La contratación pública no escapa de aquellas concepciones atinentes al correcto ejercicio de una prerrogativa como la resolución administrativa del contrato, que es una medida que ha de fundarse en hechos objetivos, en la buena fe y no en la desproporción; en fin de cuentas, en esa proporcionalidad implicada en la razonabilidad, en lo que es justo y respeta los derechos ajenos.

*5. Exclusión injustificada del control de legalidad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas sobre el Fondo de Inversión Social*

Por otro lado, la regulación vigente **no** contempla recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), que es la entidad estatal que por regla y por Ley<sup>45</sup>, tendría que conocer de la alzada, en el supuesto que se resuelva administrativamente el contrato, ya que ésta es una de sus competencias; sin embargo, la Ley 22 de 2006, en materia de contratos públicos, no se aplica al FIS.

Dicha improcedencia del recurso de apelación en vía administrativa contra el acto que termina la relación bilateral por incumplimiento del contratista, también se extrae de la Ley 22 de 2006, que en su artículo 58, según fuera modificado por la Ley 21 de 2008, excluyó de la aplicación de dicha Ley a las contrataciones que celebre el FIS, hasta el 31 de diciembre de 2009.

Cosa que es reiterada ahora *ad infinitum* por la Ley 69 de 2009, que excluye totalmente, sin fecha o término al FIS, de la aplicación de la Ley 22 de 2006, a los contratos que celebre esa dependencia de la Presidencia de la República.

Panamá, mayo de 2010.

---

<sup>45</sup> Cf. Art. 24 de la Ley 69 de 2009, que modifica el 104 de la Ley 22 de 2006. Ver numeral 2 de este último artículo.