

El sistema contencioso administrativo panameño de cara a su postergada reforma

Javier Ernesto Sheffer Tuñón*

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Recuento histórico conciso del contencioso administrativo patrio.
- III. Aspectos del régimen vigente sujetos a actualización o reforma.
- IV. Incidencia de la aparente Huida del Derecho Administrativo.
- V. Conclusión.

I. Introducción

Expreso mi más cordial agradecimiento al Doctor Andry Matilla por el honor de invitarme a participar, con este documento, en el merecido Homenaje al Profesor Doctor Jorge Fernández Ruiz, un caballero humilde, maestro de varias generaciones en su Tierra, México, y gran conciliador del pensamiento amplio y diverso de expertos en el Derecho Administrativo de Iberoamérica.

Las dotes personales del Maestro se reflejan así, al natural, espontáneamente, cuando al labrar el huerto no sólo recoge los frutos, sino que deja las semillas de provecho para las generaciones venideras. Loor al Gran Maestro Don Jorge Fernández Ruiz.

Dicho aquello, me aboco a compartir con el lector un conjunto de ideas, y en algún sentido, proposiciones acerca del Derecho Administrativo panameño, y de modo específico, sobre lo contencioso administrativo.

Esta figura es una **institución de garantía** que, técnicamente, en nuestra Constitución, está incluida en el Título referente a la Administración de Justicia, por parte de la Corte Suprema de Justicia, y ha sido creada para tutelar los derechos de los particulares que se estiman violados, contravenidos o afectados a causa de una acción u omisión administrativa, que debe ser controlada por un organismo jurisdiccional.

*Profesor en la Universidad del Istmo, Miembro Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, por cerca de 17 años fue funcionario del Órgano Judicial y del Ministerio Público (Procuraduría de la Administración), Abogado litigante.

Existe ya hace varias décadas un hondo sentir en el foro nacional que clama por la actualización mediante una reforma integral de esta institución.

La concentración de poder por el Órgano Ejecutivo es una nota característica en Latinoamérica; pero en Panamá se acentúa debido a la falta de integración de un sistema contencioso estratificado, no en el sentido de dividido, sino con tribunales de instancia previa a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ya que este Tribunal es el único que ejerce el control de legalidad de las acciones u omisiones de la Administración Pública, o de funcionarios que sin ser propiamente administrativos desempeñan, por excepción, funciones de esta naturaleza, sujetas a la revisión y al control de legalidad.

Esta centralización, a mi modo de ver, está incidiendo directamente en una deficiente y cuestionable actuación de la Sala al conocer de demandas de reparación directa o indemnización, esto es, sobre responsabilidad administrativa o pública de tipo extracontractual. Por decir lo menos, en algunos casos de ribetes muy sensitivos en la conciencia nacional, o que pudiesen involucrar a relevantes figuras de gobierno, porque implica la posibilidad que a la Administración se le exija reparar los daños que haya irrogado al particular producto de una acción u omisión lícita o ilícita, sin que importe el concepto de culpa.

Los días que corren de atiborramiento de la Sala Tercera de la Corte, por el número de casos que arriban a sus estrados, la mora o rezago judicial en que yace, así como el clamor y la pertinencia en brindar un servicio público de administración de justicia contencioso administrativo, que respete la dignidad de los habitantes, son más que razones suficientes para actualizar el sistema, cuyas normas fueron expedidas un poco antes de la mitad del siglo XX, requieren ser actualizadas, para que cumplan la función por la que fue creado el orden jurídico contencioso administrativo.

II. Génesis del sistema contencioso administrativo. Su finalidad garantista y nomofiláctica

Puede afirmarse que las primeras cuatro décadas del Siglo XX, en Panamá, transcurrieron sin jurisdicción contencioso administrativa, que ejerciera la revisión de los actos administrativos de contenido individual o de carácter normativo; no

obstante, cabe recordar el artículo 633, numeral 6, del Código Administrativo de la época, que le confería al Presidente de la República, la atribución “como suprema autoridad administrativa”, de “Revisar los acuerdos y los demás actos de los Consejos Municipales y suspenderlos por medio de resoluciones razonadas y únicamente por motivos de inconveniencia e ilegalidad”.

Obsérvese que el control o facultad de suspensión que atribuía al Órgano Ejecutivo sobre los acuerdos y demás actos de los consejos municipales, el legislador de la centuria pasada, se circunscribía a razones de inconveniencia e ilegalidad. Así el ejecutivo se constituía en fiscalizador de los acuerdos y otros actos del “legislativo local”. Afortunadamente esta intervención ha sido superada por el paso del tiempo y los cambios constitucionales y legislativos. Aunque cabe destacar que hoy, según el principio de jerarquía normativa, y del artículo 234 de la Constitución, las Alcaldías y los Concejos deben respetar los decretos y órdenes que dicte la Administración central.

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. 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).

Si bien la jurisdicción se creó constitucionalmente en 1941, la Ley que la desarrolló fue dictada dos años después.

Sobre la mora del Órgano Legislativo en dictar aquella Ley, fueron muy sugestivas y atinentes los comentarios que hizo desde la Magistratura en el Primer Tribunal Superior de Justicia, en que fungió. En un fallo de 22 de septiembre de 1941, reseñó al respecto:

“Mientras esta jurisdicción no se organice por la ley, es forzoso que el régimen de la justicia administrativa interna, con todos su (sic) defectos, sea el que prevalezca, cuando hayan de dirimirse conflictos derivados de los mencionados casos, órdenes, resoluciones, etc. Mal parada quedaría la autoridad del Tribunal, si por atender el clamor de los que se creen, con razón o sin ella, víctimas de los errores de hecho o de derecho en que incurren algunos funcionarios administrativos, incurriera en la misma peligrosa irregularidad de traspasar, a su vez, la órbita de competencia que la constitución y la ley le han trazado. A este respecto sólo le es dable al Tribunal consignar aquí un voto vehemente de esperanza de quienes tengan la facultad de poner en función las leyes complementarias de la nueva carta política se preocupen porque se expida, cuanto antes, la orgánica de lo contencioso-administrativo, sin la cual el querer del constituyente en esta materia carecerá por mucho tiempo del sentido vital que debe ser característico de tan importante institución”.¹

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 recalando el desatino de dicha decisión, porque el cambio no trajo los beneficios en 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

¹ MOSCOTE, J.D. Instituciones de garantía (Título XV de la Constitución), Casa Editorial La Moderna, Panamá, 1943, pág. 58.

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 cualquier nivel. Esto entraña, además, un potencial pero a la vez muy probable trastocamiento del principio del debido proceso, por la ausencia del doble grado de jurisdicción.

De conformidad con la Constitución vigente, los fallos de la Corte y los de cualesquiera de sus Salas, son finales, definitivos y obligatorios (Art. 206, numeral 2, in fine), por lo que de acuerdo a este mandato son irrevisables las sentencias contencioso administrativas, lo que va en detrimento de la doble instancia.

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 desnatura 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 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.

...

Por eso, quienes imparten tan compleja justicia han de tener una vasta formación en derecho público y, por tanto,

conocimientos precisos de la estructura y funcionamiento estatales. Deben, asimismo, actuar muchas veces no sólo como jueces legalistas, sino también como estadistas de la administración y del derecho".²

Esto es parte del perfil que ha de reunir todo aspirante a ejercer esa magnífica judicatura.

La autoridad nominadora por ser de índole política, aunque esto no debería ser excusa ante los fines institucionales para la mejora del sistema, que están de por medio, no cumple con estas sabias previsiones del epónimo César Quintero, que se proyectan en el tiempo, y son recogidas por el clamor de la participación ciudadana, en forma de miembros del Foro, agrupaciones de derechos civiles, sociales y humanos en general, el ciudadano de a pie, que siente la mora judicial y la degradación de este importante servicio de justicia.

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; aunque no con la profundidad en los cambios ocurridos que algunos hubiésemos querido; y en esto los límites impuestos por la Ley y la Constitución, sin duda, que influyeron.

El motor generador fue la Sala Tercera que tiene el monopolio o centralización de esta jurisdicción administrativa.

Tal circunstancia apareja, irremisiblemente, que la Sala se convirtió en especie de legislador al propulsar los cambios (aplicación de la suspensión a las acciones de nulidad y no sólo a las de plena jurisdicción, como venía ocurriendo desde el origen del sistema; tutela de intereses difusos mediante la intervención de terceros en demandas de plena jurisdicción; aplicación de principios como la buena fe; irrevocabilidad de los actos administrativos; cómo debe intervenir la

² **QUINTERO**, César. "Las reformas constitucionales de 1956", en Anuario de Derecho No.2, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, págs. 259-275, Citado por: **CARRASCO**, J. ¿Debe crearse una jurisdicción administrativa separada del Órgano Judicial en Panamá?, en Libro Homenaje a la Memoria del doctor César A. Quintero Correa, Panamá, 2007, págs. 107-108.

Procuraduría de la Administración en el cobro coactivo³, etc.), cosa que no es de su competencia, sino del Órgano Legislativo; sin embargo, hay que reconocer la renuncia de los políticos que integran el gobierno central y los parlamentos de crear o reforzar instituciones que luego serán utilizadas para controlar el ejercicio del poder materializados en actos administrativos (concretos o normativos), o inclusive la discrecionalidad administrativa.

Se trata de una carencia de voluntad política para actualizar el contencioso administrativo, cosa que trasunta un cambio en los requisitos y perfil de los aspirantes y en la forma de elección de los Magistrados de la Sala Tercera (y de la Corte Suprema en general), lo cual exige una reforma constitucional.

Esto lo sugiero ya que el nombramiento de magistrados sucede por un mero acuerdo del Consejo de Gabinete (reunión del pleno de ministros con el presidente de la República), sujeto a una formal ratificación de la Asamblea Nacional, que en Panamá es un asunto de mero trámite y de índole protocolar, sobre todo cuando la Asamblea tiene mayoría del partido o coalición de gobierno.

3. El excesivo centralismo

La centralización de la justicia administrativa ha traído un congestionamiento del Tribunal. Entre las causas de esta circunstancia puede señalarse que labora poco personal en secretaría judicial y escaso número de auxiliares de Magistrados, que no pueden diligenciar y proyectar con la prontitud que un servicio eficiente y de calidad exige, el cúmulo de casos sobre disímiles especialidades, de los que conoce la Sala.

Por otro lado, no existe división u organización dentro de la misma Sala en secciones que de acuerdo a la especialidad de la materia (regulación sectorial-electricidad, tributario, hacendario, entes de la administración local, etc.), asigne a funcionarios especializados la tarea de proyectar o elaborar el borrador de fallo.

Una visión preventiva, a mi modo de ver, aconseja que sea creada una instancia de desahogo previa, que aligere el sistema de control de legalidad.

³ Únicamente esta figura, que es parte de los pronunciamientos de la Sala Tercera, ha sido recogido hasta ahora por el Legislador, al dictar la Ley 38 de 2000 (Art. 5, numeral 5); antes no estaba previsto cómo debía intervenir esta institución del Ministerio Público en los procesos por cobro coactivo, y la Sala determinó que era menester que el Procurador adoptase el papel de defensa de la legalidad.

La instauración 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.

Además, las materias tan específicas y técnicas que trámite, 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, derecho administrativo internacional, mercado de las telecomunicaciones, energía eléctrica, entre otros muchos, que le exigen a la institución estar a tono con los tiempos presentes 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 administrativo⁴, tales como:

- a. Buena fe en las actuaciones administrativas, extensible a los contratos públicos.
- b. Proporcionalidad en la aplicación de las sanciones disciplinarias.
- c. Informalidad (relacionado con 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 modificada por la 33 de 1946 ni en el Código Judicial, sino que fueron gestándose en pronunciamientos de la propia Sala y dispersos en la legislación, como ahora aparece establecida en la de contratación pública el principio de buena fe.

⁴ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, J. Derecho Administrativo y Derecho Constitucional (Praxis y orden jurídico panameño vigente), Editorial Portobelo, Panamá, 2010, págs. 383-384.

La no previsión en el Código Judicial de principios aplicables a la jurisdicción contencioso administrativa, se justifica porque no es la Ley especial al respecto, como sí lo es de la jurisdicción ordinaria civil. Este Código es fuente supletoria de lo contencioso administrativo; 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.

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

Incidiendo 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 protección 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.

La suspensión provisional del acto acusado es la única medida cautelar que prevé la legislación vigente, cuestión superada en Francia, España, así como, más cerca de nosotros, en Costa Rica y Colombia, entre otros, y pese a que el Código Judicial es norma procesal supletoria de lo contencioso administrativo, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha negado, enfáticamente, 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 ejecutividad administrativa y en consecuencia, la futura ejecución de la sentencia que en el proceso recayere, la tutela judicial no será efectiva”.

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.

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

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, y el legislativo no es el único poder con facultades de dictar normas de obligatorio cumplimiento o con fuerza de Ley.

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; 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 determinadas causas (emitiendo fallos jurisdiccionales). La propia Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, está facultada para ejercer funciones jurisdiccionales.

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 de actos administrativos con fuerza vinculante 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), Autoridad del Área Económica Especial Panamá Pacífico (AAEEPP, cuyo nombre ha sido modificado por Agencia Panamá Pacífico, a inicios del año 2013).

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 como cláusula general”, 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, en el año 2009, cuando propuso 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 irrespetá, ningún fundamento existe para consagrarse como valimiento suficiente el sistema del contencioso administrativo”.

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 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”.

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 56 de 1995 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”.

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.

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.

A tal punto ha llegado esa exigencia y necesidad de la buena fe en sociedad, que constituciones como la colombiana de 1991 lo contempla 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 procedural”, 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”.

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...”

Lo antes dicho 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.

III. Aspectos del régimen vigente sujetos a actualización o reforma

Autores nacionales han reseñado ciertos temas de interés que deben incluirse en un futuro cambio de la legislación que nos ocupa; la verdad es que existen, como había de esperarse, coincidencias. A continuación, algunos de esos ítems, en una lista y comentarios que no aspiran ser taxativos, porque no pueden serlo.

1. Cuestionable especialización

La Sala Tercera conoce de los asuntos contencioso-administrativos, pero además tiene la atribución de ventilar el recurso extraordinario de casación laboral. Materia extraña al derecho administrativo, porque se trata de controversias derivadas de las relaciones obrero-patronales.

Importante es recordar que el control de legalidad se ejerce sobre actos administrativos no respecto de actos jurisdiccionales, que son los actos que provienen a raíz del diseño legislativo y la tradición histórica afianzada por la Ley 7 de 1975, creadora de las denominadas Juntas de Conciliación y Decisión, además de las funciones de este tipo que ejerce la Dirección General de Trabajo, que es una dependencia administrativa incardinada dentro de la Administración Central a través del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral (MITRADEL).

La divergencia de materia hace, a mi juicio, inviable la especialización que se requiere en la cúspide del sistema ya mediatizado vigente, toda vez que resulta que al hablar del Máximo estrado contencioso administrativo en Panamá, nos referimos a un Tribunal que es de naturaleza mixta, por las razones explicadas.

La verdad es que esta situación anómala es injustificable. Algunos han visto la excusa para este estado de cosas en que no es sustentable, presupuestariamente, por el “escaso” número de recursos de casación laboral, lo

que el Código de Trabajo de 1972 llamó Corte de Casación Laboral, que nunca se materializó en la práctica porque jamás se creó; mientras tanto la utopía fue respaldada por la Ley 59 de 2001, porque a través de este instrumento se cambió la Corte a una Sala de la Corte Suprema.

Y como colorario, la “Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia continuará conociendo del Recurso de Casación Laboral y de cualesquiera otros asuntos que se atribuyan a la Sala de Casación Laboral, *mientras* ésta entra en funcionamiento”.⁵

2. Respeto al debido proceso legal

Como efecto directo de la inadecuación por la falta de actualización del ordenamiento jurídico procesal contencioso administrativo, existe una deficiente regulación de los procesos o acciones que se ventilan ante esa jurisdicción quasi especial.

La tutela judicial efectiva es una figura de preciada significación en el diseño de los derechos y garantías fundamentales. Ha tenido especial difusión en Europa y América. Como parte de la institución está el debido proceso legal, de rancia tradición, pero que en el caso panameño no fue sino a finales de la década de 1970 que se amplió de manera significativa su proyección a todo tipo de proceso, porque antes del cambio de la jurisprudencia constitucional se le estimó, equivocadamente, exclusivo de los procesos penales, en que sin duda están en juego las garantías de los investigados o encartados, cosa que no es distinto en los procesos judiciales y administrativos, y así fue comprendido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al ampliar el paradigma⁶.

⁵ Cf. artículos 1064, numeral 3, del Código de Trabajo de 1972, antes de ser reformado, y el párrafo que acompaña al 460 C del Código Judicial.

⁶ La Corte Suprema ha fijado en numerosos precedentes el sentido y alcance del artículo 32 constitucional, por ejemplo, en Sentencia de 29 de julio de 1992 dijo: "El Pleno considera conveniente reiterar que la garantía constitucional del debido proceso consagrada en el artículo 32 de la Constitución es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso - legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y

Ley 135 de 1943 trata del “...procedimiento ante el Tribunal”, empero no incluye apropiadas normas procedimentales, y solo sugiere un principio básico o “regla general” de sustanciación aplicable a toda demanda contencioso administrativa.

Del artículo 32 de la Constitución se extrae el debido proceso, que significa que “Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”. No obstante, la frase conforme a los trámites legales tiene una connotación jurídica especial, que ha sido recalcada por la jurisprudencia: “La expresión trámites legales que utiliza el artículo 31 (léase 32) de la Constitución no puede interpretarse en el sentido común que le da el diccionario. La expresión es comprensiva de vía procesal adecuada y de formas esenciales que constituyen garantía suficiente de un proceso regular.”⁷

El bloque de la constitucionalidad como fórmula de interpretación e integración de la Constitución utilizada por la Corte en los años 90, atrae como integrantes del debido proceso, las declaraciones sobre derechos fundamentales aprobadas en tratados internacionales, en especial, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, o Pacto de San José.

Esa **tutela judicial efectiva**, con la que dimos inicio a este epígrafe constituye, además, un derecho fundamental de contenido múltiple, porque comporta, además:

manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”. Sentencia de 5 de abril de 2006. Caso: Carlos Carrillo Gomila y Otro, en nombre y representación de la señora Brenda Libertad De Icaza, promueven acción de inconstitucionalidad contra la Resolución fechada el 21 de febrero de 2002, dentro del reparto No.263-2000-JUR del Tribunal Electoral, MP. José A. Troyano.

⁷ Cf. Sentencia de 14 de abril de 1983. Citada en Sentencia calendada 16 de enero de 1985. Registro Judicial, enero de 1985, pág. 69.

1. acceso a los tribunales,
2. derecho a una sentencia dictada con arreglo al sistema de fuentes,
3. derecho a recurrir mediante los recursos legalmente establecidos y
4. a que la sentencia sea ejecutada en sus propios términos. Incorporación ésta que ha enriquecido, por vía jurisdiccional, de manera espectacular el derecho fundamental a un debido proceso.⁸

Según el artículo 206, numeral 2, de la Carta Magna, la jurisdicción contencioso administrativa conoce de demandas de plena jurisdicción, nulidad, apreciación de validez e interpretación, y de los contenciosos establecidos en leyes especiales; pero con la deficiencia que no regula procedimientos que se ajusten a las singularidades de cada cual, para su sustanciación. Los siguientes ejemplos son tipos de causas previstas en leyes especiales:

- a. Viabilidad jurídica de pago o cumplimiento del acto** (Art. 77 de la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República), demanda cuya *legitimación activa* corresponde al Contralor General.
- b. Contencioso de protección de los derechos humanos “justiciables”** (Ley 15 de 1991). Esta norma ordena que este contencioso por medio de cual se atacan actos sólo de autoridades de carácter nacional, y no hay que agotar la vía administrativa, prevé que se sustancie conforme a las Leyes de la jurisdicción.
- c. Consulta o advertencia de ilegalidad.** Establecido en el Art. 73 de la Ley 38 de 2000, que permite que durante la tramitación del procedimiento administrativo, si *la autoridad encargada de decidir advirtiera o se lo advirtiera alguna de las partes*, que la norma reglamentaria que constituye el fundamento de la decisión o resolución a adoptar en la vía administrativa tiene vicios de ilegalidad, habrá de

⁸Cf. Pleno. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de octubre de 2002. Caso: Amparo de derechos y garantías fundamentales promovido por Abel Comrie, en representación de Multimax, S.A., contra la sentencia No. 109, de 31 de diciembre de 2001, emitida por el Juzgado Noveno de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial, de Panamá, MP. Rogelio Fábrega Zarak.

someter la advertencia o la consulta a la Sala Tercera, para que ésta decida. Estimo que se previene un saludable preventivo y prejudicial, que bien utilizado por las partes no debe ser cuestionado como aletargador de la pronta finalización del procedimiento administrativo.

La Ley 38 de 2000 no prevé la regulación procesal ni de la consulta ni de la advertencia de ilegalidad. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, aunque no corresponde a los Tribunales crear las normas legales (sustantivas y procedimentales) sino declarar el derecho.⁹

d. Contenciosos de indemnización o reparación directa. Para promover estos procesos no hay que agotar la vía administrativa; están previstos en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial, y sirven para hacer viable el principio de responsabilidad administrativa o pública que emana de los artículos 18 y 206, numeral 2, de la Constitución.

Opino que también deben ajustarse a los requisitos que ha de cumplir “Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa”, requerimientos que dispone el artículo 43 de la Ley 135 de 1943, pero la tramitación utiliza un “criterio común de sustanciación” para todo proceso;

e. Procesos por cobro coactivo. La Sala actúa como Tribunal de apelación, de incidentes, tercerías propuestos por los ejecutados por razón del cobro coactivo que ciertas entidades públicas autorizadas por la Ley poseen para convertirse en especie de Tribunal y cobrar los créditos que los particulares les adeudan por razón de préstamos hipotecarios, prestación de servicios o tributos. La Sala Tercera conoce no como instancia primaria sino como ad quem; sin embargo, existe el

⁹ Ahora bien, el artículo 206, numeral 2, de la Carta Magna establece la facultad de la Sala Tercera para, coetáneo al ejercicio de la función de control de legalidad, pueda “*estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas*”; pero a mi juicio y siendo respetuosos del principio antes anotado en cuanto a que el legislador crea la Ley y el Juez con base en ella declara el derecho, debe ser de interpretación restrictiva. La verdad es que en pocas ocasiones la Sala hace uso de esta “competencia”, que es muy útil pero considero que debe seguir aplicándose de manera prudente en asuntos en que la declaratoria de ilegalidad por nulidad o por demanda de plena jurisdicción genere una situación de vacío o irregular, no compatible con la función de garantía o tutela que reviste a la jurisdicción, y en suma con la seguridad jurídica.

Tribunal Administrativo Tributario creado por la Ley 8 de 2010, que en materia fiscal conoce de las apelaciones que promuevan los interesados a las decisiones o actos de la Dirección General de Ingresos (ahora Autoridad Nacional de Ingresos Públicos ANIP). La sustanciación se hace aplicando las normas existentes para los juicios ejecutivos del Código Judicial, lo que refleja la falta de plenitud de lo contencioso administrativo;

f. Recurso de apelación contra los *laudos arbitrales* proferidos por la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá (Ley 19 de 1997), o de la Superintendencia de Bancos, en caso de una liquidación bancaria. Estos ejemplos y otros colocan mayor énfasis en la crisis del sistema y lo curioso es que suelen seguir añadiéndosele competencias para conocer de asuntos no regidos por el Derecho Administrativo, convirtiendo la jurisdicción especial en una especie de depósito jurídico de aquellos temas que no tienen qué Tribunal los decida.

La nueva regulación o modificación que se introduzca debe prever **trámites ordinarios, sumarios o abreviados**, para ventilar las distintas causas que concluyan en resoluciones ya sea declarativas, de condenas o mixtas, para que se respete el concepto implicado en la frase “conforme a los trámites legales”.

3. La mora judicial

Anualmente ingresan a la Sala Tercera más de mil asuntos repartidos entre sus tres (3) Magistrados integrantes, lo que indica, por una parte, una actividad de pleitos importante entre el Estado y los particulares; sin embargo, llama a la reflexión porque muchos de esos casos habrían de haber obtenido composición en la esfera administrativa; al no ocurrir, se produce un atiborramiento en la esfera jurisdiccional o judicial, e incide en el rezago judicial. Principios como la gratuidad, *ininterrupción* de la prestación del servicio de administración de justicia, son afectados directamente, y la rapidez en la sustanciación del expediente y la emisión de la sentencia, se constituyen en puntos vitales para los interesados.

Decisión con prontitud de los casos sometidos a consideración es uno de los anhelos más queridos por aquéllos, esto es lo que ordena la Constitución pero no se cumple. Justicia tardía realmente es injusticia, o que la justicia tarda pero llega,

no es el ideal de lo que debemos recibir los asociados. El límite va mucho más allá de un conformismo basado en que algún día será decidido el proceso, y esto pasa por mejorar las condiciones materiales, profesionales y éticas, para alcanzar este propósito.

La centralidad en la persona humana y el respeto de su dignidad exigen a los operadores públicos que el objetivo de justicia pronta y eficaz sea parte del norte principal de sus esfuerzos, de otra manera, padece la tutela judicial efectiva.

En Panamá, la sustanciación de los procesos ante la Sala demoran entre dos y cuatro años, con tendencia a tardar cada vez más. En países como Colombia, Argentina, Uruguay, duran mucho más. En España e Italia se prolongan bastante tiempo. Son sociedades concretas con mucha más población que la nuestra, en donde sí está estratificada en sus distintos niveles dicha jurisdicción; en nuestro país la jurisdicción no posee -por lo que no puede respetar- el principio de la doble instancia, cosa que no es la que afecta la duración de los procesos ante la Sala.

4. Papel de la Procuraduría de la Administración

Este punto incide de manera directa en el concepto de equilibrio procesal de las partes. En el contencioso administrativo, el principio de igualdad procesal se desvanece porque, materialmente, la Administración posee un poder y recursos envolventes, de cara al particular que litiga contra ella. Aun si comparativamente el ente público tuviese como contrincante particulares de significativos caudales económicos, el Estado siempre tiene un peso específico y determinante, porque fingidamente encarna el interés general o público.

De todos modos, el papel que viene jugando la Procuraduría de la Administración contribuye, en mi humilde concepto, a generar un desequilibrio procesal, en las causas en que por imperio de la Ley debe defender los intereses estatales. Como parte del Ministerio Público, dicha entidad tiene asignada la atribución de defender los intereses de la Nación. Al intervenir en todos los procesos contencioso-administrativos que se ventilen ante la Sala Tercera, debe defender a ésta última. Asume la defensa del acto administrativo aunque éste sea abiertamente violador de la Ley objetiva o de derechos subjetivos.

Esta desigualdad que surge de los hechos no es compensada con una desigualdad jurídica que aligere la carga del poder “omnímodo” de la Administración, que por encarnar el *interés público* se ve provista por normas procesales de garantías y prerrogativas en juicio, como las de atenuación de ejecución contra el Estado, inembargabilidad de sus bienes, que ya de por sí son obstáculos formidables contra el particular.

Este requisito de intervención en defensa de la Administración no es de tipo constitucional, sino legal. Antes de la inserción en la Ley 38 de 2000, estaba previsto en el Código Judicial, en las funciones que este Código asignaba al Procurador de la Administración como parte del Ministerio Público (Cf. Art. 219 de la CN).

Si por una suerte de interpretación extensiva, entendiéramos que la Procuraduría de la Administración por estar adscrita al Ministerio Público está obligada en todos los casos contencioso administrativos en que un particular endilga nulidad a un acto que reputa ilegal y pide que se restablezca su derecho, a defender a “ultranza” ese acto por muy ominoso o ilegal que fuere, amparándose en la atribución genérica del Ministerio Público de defender los intereses del Estado y del Municipio (Art. 220, numeral 1, de la CN), equivaldría a suponer que la Procuraduría no es consecuente con el principio de legalidad y responsabilidad que emana de los artículos 17 y 18 de la Constitución.

El principio de legalidad es de rango constitucional. “En el Estado de Derecho todas las actuaciones del poder público y, obviamente, de la administración, deben sujetarse a la ley. Significa, pues, este principio, la racionalización del ejercicio del poder público, despojándolo de todo factor subjetivo y discrecional...”¹⁰ La legalidad en el actuar administrativo está contenida en la expresión *juridicidad* como prefieren llamarla algunos, porque con este vocablo se abarca todo el sistema normativo.

¹⁰ Derecho Constitucional (Curso para jueces de la República), ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1988, pág. 19.

En la sentencia de 16 de abril de 2003 de la Sala Tercera, se puede avistar una posición acorde, cuando predica de la estricta legalidad -potenciada por el artículo 34 de la Ley 38 de 2000- que: "... los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena, lo que exige que sus acciones u omisiones deben estar precedidos de una base normativa que los sustente".

El objetivo de este principio es *supeditar a la Administración Pública a la observancia de la juridicidad que subsume 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.*¹¹

Mediante sentencia de 12 de febrero de 2004, dicha Sala acogió el concepto de **juridicidad** expuesto por el autor argentino Comadira¹². Para este administrativista, el concepto "nuclea...todo el sistema normativo", e incluye: 1. los principios generales del derecho, 2. la Constitución, 3. los precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometido el principio de igualdad, 4. los tratados internacionales, 5. la ley formal, 6. los reglamentos, y, 7. ciertos contratos administrativos.¹³

La reforma del rol de la Procuraduría de la Administración ante el contencioso, ya fue referida en el ensayo de Constitución creado por el Instituto de Estudios Políticos (IDEN), de 1994, según ésta connotación:

"Artículo 248.- (Carácter de la intervención del Procurador). La intervención del Procurador de la Administración en los procesos contencioso-administrativos deberá ser en defensa de la integridad de la Ley".

¹¹ Caso: Agro Investment Lusel Inc., demanda la nulidad de la Resolución No. D.N.189-99, de 18 de junio de 1999, dictada por la Dirección Nacional de Reforma Agraria, MP. Adán Arjona.

¹²Cf. **COMADIRA**, J. Derecho Administrativo, Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, págs. 125, 130-133.

¹³Cf. Caso: Centro Vocacional Basilio Lakas vs. Ministerio de la Juventud, la Niñez, la Mujer y la Familia, MP. Adán Arjona. Citado por: **SHEFFER TUÑÓN**, J. Estudios de Derecho Público, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2006, pág. 35.

La Constitución uruguaya contempla una figura similar que actúa ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, denominado Procurador del Estado, y se le asigna la función de defensor de la legalidad:

“Artículo 315. El Procurador del Estado en lo Contencioso-Administrativo será necesariamente oído, en último término, en todos los asuntos de la jurisdicción del Tribunal.

El Procurador del Estado en lo contencioso Administrativo es independiente en el ejercicio de sus funciones. Puede, en consecuencia, dictaminar **según su convicción, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho**.

Esta norma otorga al Procurador de lo Contencioso Administrativo en el país suramericano una independencia en el ejercicio de sus funciones en interés de la Ley, de rango Constitucional, respetuosa de la noción de Estado de Derecho, para que funja como un fiscalizador de la legalidad en las actuaciones del expediente contencioso administrativo.

Con las normas vigentes, esa independencia a favor de la legalidad puede ser ejercida por la Procuraduría de la Administración, y así apuntalar el Estado constitucional, responsable y democrático de Derecho.

La aparente falta de representación del Estado o de la Administración en el proceso contencioso administrativo puede ser suplida mediante:

- a. El Despacho de Asesoría Legal de la respectiva entidad demandada. La propia institución estaría llamada a asumir la representación judicial, lo que se justifica además porque de ella proviene el acto acusado de ilegal; o,
- b. Un “Cuerpo de abogados de Estado”, como existe en otros países, que ejerza esta función, organismo con abogados profesionalizados en distintas disciplinas y especialidades del Derecho Administrativo y otras ramas de la Ciencia.

En Uruguay, el artículo 316 de la Constitución ha previsto que “*La autoridad demandada podrá hacerse representar o asesorar por quien crea conveniente*”.

6. Creación de la doble instancia en la jurisdicción¹⁴

¹⁴ SHEFFER TUÑÓN, J. Op cit., págs. 379-382.

La centralización de la justicia administrativa es consagrada por la propia Constitución (Art. 206, numeral 2). La misma ha traído una ralentización del Tribunal por el paso de los años y crecimiento del país y esa inevitable relación entre el Estado como prestador de servicios públicos y el particular.

Mi experiencia como integrante que fui de es equipo de trabajo, me indica que para el mejor ejercicio del control judicial de la Administración, es necesario la creación de por lo menos dos Tribunales jurisdiccionales de primera instancia administrativos (distritales) previos al Tribunal Máximo de lo Contencioso Administrativo, para que éste, si persiste la disconformidad del o los justiciables, continúe haciendo lo que desde la eliminación del recurso de revisión de sus resoluciones por la Corte Suprema (1945) y su posterior adscripción como una Sala de dicha Corte (1956), o sea, ser en la práctica y por imperativo constitucional un Tribunal administrativo de casación.

Esto ocurre por mandato constitucional debido a que los fallos del Pleno y cualquiera de las Salas de la Corte Suprema son finales, definitivos y obligatorios, en otras palabras, no admiten recurso alguno. Técnicamente si se crea una primera instancia jurisdiccional previa a la Sala Tercera, ésta funcionaría como un Tribunal de Apelación, pero sus fallos conservarían el efecto jurídico descrito por el actual párrafo final del artículo 206 de la Constitución.

Aunque se ha dicho en más de una oportunidad que el tema de los recursos judiciales es un asunto de política legislativa, lo cierto es que el debido proceso reclama, para un adecuado ejercicio del derecho de defensa, la intervención del doble grado de jurisdicción; además que la reforma sugerida serviría para achicar el espacio a la comisión de errores judiciales, por lo menos la posibilidad de ventilación del proceso o causa en dos instancias distintas, cosa que en los tiempos presentes y desde hace largo período no está garantizado.

La justicia administrativa debe asegurar la doble instancia en el proceso contencioso administrativo, en aquellos casos, sobre todo de derechos subjetivos lesionados (plena jurisdicción, que es el tipo de demanda de mayor número que se presenta ante la Sala). También en los contenciosos de indemnización, toda vez

que mediante ellos se exige responsabilidad de la Administración por ocasionar daños y perjuicios.

7. Ampliar el régimen de medidas cautelares

Considero que el derecho a la tutela cautelar es un producto vinculado linealmente con la *presunción de legalidad* del acto administrativo.

Por razón del principio de *autotutela administrativa*, la Administración puede proceder a ejecutarlo aquél por sí misma, sin la intervención de otra fuerza coactiva que sus propios medios autorizados por la Ley. Si es necesario, debido a la resistencia del sujeto obligado, el acto puede imponerse contra la voluntad de éste.

Panamá sólo cuenta con una medida cautelar, que es la histórica suspensión de los efectos del acto administrativo.

Esto ocasiona fundadas críticas por el desfase que tiene el sistema con los recientes regímenes procesales contencioso administrativos que se han aprobado en otros países, el mejor ejemplo en estos momentos, es el de Costa Rica.

El ámbito restringido de la suspensión es mucho más censurable porque su adopción o no queda librada a la discrecionalidad de la Sala en Pleno. El artículo 74 de la Ley 135 de 1943 que dispone esta potestad, señala en qué supuestos no procede la suspensión del acto. En el caso de *tributos municipales*, ha merecido pronunciamientos de la jurisprudencia aceptando su suspensión. También se ha concedido respecto de actos reglamentarios, porque desde 1965 hasta 1991 el criterio fue negar la pretensión cautelar. En igual senda, se ha permitido la suspensión de los contratos administrativos.

Estas posiciones de la judicatura podrían estimarse como excesivas y sin un sustento legal; sin embargo son estimuladas por una regulación procesal que no brinda mayores oportunidades. La corriente en otros países ha renovado éste y otros temas en sus respectivas regulaciones.

Lo medular es que la sola suspensión provisional es insuficiente para asegurar las resultas del juicio, o un anticipo de justicia ante la exhibición de un derecho por el actor que parece razonable y ajustado a la Ley.

Propongo:

- a. La inclusión en el nuevo régimen de Medidas Innominadas para que según la solicitud y las exigencias cautelares del caso concreto, pueda el Juez de lo Contencioso proveer anticipadamente sobre el reclamo justo.
- b. La inscripción de la demanda que recaiga sobre un derecho real en el Registro Público, medida ésta que hoy la propia Administración activa adopta.
- c. Que la Administración cumpla provisionalmente con el pago de un crédito o derecho que resulta notorio, y medidas procesales similares que no deben comprometer el interés público, sino que vienen a ser parte de los fines constitucionales de ausencia de formalismos, economía procesal, y que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial¹⁵.

8. La ausencia de una Ley de organización administrativa del Estado

Este factor lo estimo como un elemento complementario a la reforma sugerida, y es que se palpa cómo a la Administración se le están incardinando múltiples dependencias, sin un orden o hilo conductor en cuanto a principios comunes a los entes, ya sean éstos centralizados o descentralizados.

Tal complejidad es engorrosa para los particulares que se acercan a ella en busca de orientación para un asunto que les concierne, solicitar algún permiso, pagar alguna contribución o tributo, definir un estatus jurídico o constituir uno nuevo, por lo que esa Administración cada vez con más intensidad está requiriendo un orden, dentro de su expansión, una sistematización en su estructura organizativa y competencial.

De ahí que, sea también necesaria la emisión de una Ley que dé coherencia a esas expectativas de los asociados, a través de una norma de la función administrativa del Estado.

Una Ley de esta naturaleza que existe en otros países como España, Colombia, Argentina, Costa Rica, Chile, etc. Ha de concebir e irradiar al sistema unos principios comunes para todo el engranaje público, con independencia de la especialidad que desempeñen o servicio público que presten.

¹⁵ Art. 215 de la CN.

Serían comunes principios como: ética, coordinación administrativa, legalidad, transparencia, eficiencia, eficacia¹⁶, jerarquía, descentralización, desconcentración, etc., que aunque han venido siendo pregonados por leyes como la 33 de 1984 y recientemente por la 38 de 2000, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo general, se requiere de una Ley especial mucho más abarcadora para sistematizar esta función del Estado, que es una cuestión más que procedural, de tipo orgánica y estructural.

De suyo esto afectaría positivamente el contencioso administrativo porque la difusión clara de las competencias de los organismos públicos, el cúmulo de atribuciones que le atañen y los principios que orientan sus fines, operarían como un control preventivo de legalidad. Muchas omisiones o acciones de infracción directa de la Ley obedecen al poco o ningún conocimiento de lo que como funcionarios públicos se puede o no hacer; esa es una falencia que exige la profesionalización de la función pública.

9. Posibilidad de incluir métodos alternos de resolución de controversias administrativas.

Que el litigio contencioso administrativo encuentre una solución que signifique ahorro de tiempo, costos y *autocomposición* por la intervención directa de los interesados en el asunto, es una posibilidad acorde con las corrientes que existen sobre las ventajas que ofrecen los medios alternos de resolución de controversias o disputas (MASC).

Habría que explorar esta posibilidad en cuanto estén debidamente salvaguardados el interés y el orden públicos, y haya un acuerdo negociado ante el Tribunal Contencioso Administrativo, con ausencia de formalismos, pragmático y tendiente a solidificar la cultura de paz.

10. Precisar a quién compete evacuar el Informe de Conducta y suscribirlo

¹⁶ Cf. DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público, Volumen II, Mastergraf, SRL, Montevideo, 2008, págs. 5-19. Este autor uruguayo aborda de modo interesante las connotaciones del principio de eficacia en la Administración; refiere a algunas constituciones que expresamente incluyen el mismo. Es el caso de la Constitución española, que en su artículo 103 prevé que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

El proceso contencioso administrativo se desenvuelve con la casi nula participación del ente demandado. Únicamente rinde una explicación de su conducta en la etapa correspondiente a requerimiento del Tribunal, cuyos parámetros de elaboración no están consagrados en la Ley; pero que la jurisprudencia ha venido decantando diciendo, por ejemplo, que ese documento no encierra la contestación de una demanda, pero sí debe explicar las razones de la conducta que yacen en la acción u omisión demandada.

Otro aspecto es a quién compete la suscripción de ese documento. La lógica jurídica indica que al representante legal o quien ostente por delegación esa función para un acto concreto.

Lo cierto es que han sido emitidos Informes de Conducta suscritos por los asesores legales de las dependencias sin que aclaren si han sido delegados para ese acto.

La reforma debe aprovecharse para regular este importante acto procesal, porque es un elemento que está destinado a ilustrar al Juez contencioso administrativo sobre la legitimidad o no de la actuación del ente demandado, sobre las causas justificantes de su comportamiento materializado en un acto administrativo, en una omisión, vía de hecho u operación administrativa acusados de ser ilegales.

11. Atenuar la carga de la prueba acerca del silencio administrativo

El *onus probandi* de que la Administración ha callado en pronunciarse sobre el recurso o petición que ante ella se ha hecho es de carga del particular dentro del contencioso administrativo.

Esta exigencia resulta bastante onerosa cumplirla por cuanto la dependencia oficial, además de no pronunciarse sobre aquellos extremos, sabedora que el interesado tiene esa carga que debe acreditar ante el contencioso, omite también darle la certificación de que no se ha pronunciado expresamente.

Sencillamente esta carga procesal debe atenuarse buscando una alternativa media. Sugiero que la Sala con la sola afirmación del demandante, antes de admitir la demanda, recabe la información del ente o funcionario demandado en el sentido de si ha dado o no respuesta a la petición o recurso del actor. Esto evitaría

demandas sin antes agotar la instancia administrativa, estando obligados a ello, como lo exige la Ley en las acciones de plena jurisdicción.

12. Atenuar el formalismo para la recepción o admisión de las demandas

La Ley 38 de 2000 eliminó, entre otros, el artículo 26 de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, a fin de que los motivos de ilegalidad no fueran más el obstáculo para que por ciertos formalismos se dejara de admitir las demandas, sin un análisis del fondo de la controversia.

Antes de la derogatoria, la infracción literal de los preceptos legales ya sea por comisión u omisión, la interpretación errónea y la indebida aplicación eran fórmulas casi “sacramentales” que si no se señalaban y explicaban razonablemente al Tribunal, producían la ineptitud de la demanda y, por ende, su rechazo.

Ahora las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos están contempladas en el artículo 52 de la Ley 38, lo cual no significa que el demandante haya de omitir explicar cómo entiende él que las normas que invoca como fundamento de su demanda han sido violadas por el acto administrativo de que se trate; el cambio estriba en que ahora no es necesario que lo haga tan “ceremonialmente”.

El proceso es forma pero esas formas deben estar ideadas para la tutela de los derechos, no para que su realización sea imposible, sobre todo si se trata de un organismo jurisdiccional que tiene de común con cualquier otro, la obligación de declarar lo que es derecho.

Sería recomendable que se estudie la posibilidad de volver a incluir la “desviación de poder” como un **motivo de nulidad absoluto y no relativo**, aspecto que fue reformado por la Ley 38, de 31 de julio de 2000.

13. Mejorar la regulación de la intervención de terceros en el proceso

El artículo 43B vigente de la Ley permite en las demandas de nulidad “coadyuvar o impugnar la demanda”. Esto es curioso porque, técnicamente, en la acción de nulidad se procura la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, de la legalidad; no obstante, si la Administración es parte, la Procuraduría de la Administración también, lo correcto es que al tercero se le tome como parte.

Es posible la comparecencia de terceros en “las demás clases de acciones” a condición de que acredite “un interés directo en las resultas del juicio”.

La limitación ocurre porque hace falta que se regule la intervención de asociaciones que representan intereses de grupo, de clase o simplemente intereses difusos. Sólo por vía de jurisprudencia en una acción de plena jurisdicción en la década pasada se ha permitido, por ejemplo, a la asociación conservacionista ANCON, la intervención para proteger este tipo de derechos.

Sería recomendable permitir expresamente en la nueva legislación legitimación a los organismos que tiendan a proteger los intereses de personas en iguales circunstancias potencialmente afectables por una decisión (grupos de consumidores, ecologistas, usuarios y similares).

14. Esclarecer el control sobre ciertos actos por la incertidumbre al respecto

Me refiero a los actos políticos o de gobierno, a los actos administrativos de las Comisiones de la Asamblea Nacional.

Esta materias han recibido, sobre todo la última, pronunciamientos de la Sala, pero como otros aspectos han de quedar establecidos en la Ley la sujeción al control de la legalidad bajo el entendido, que la discrecionalidad administrativa viene perdiendo terreno, porque la legalidad en el actuar significa la confrontación de esa acción u omisión con una norma de derecho que la fundamente. En Colombia, por ejemplo, Santofimio Gamboa nos comenta la finalidad de la jurisdicción ejercida por el Consejo de Estado y las instancias que la componen:

“entendida como un presupuesto de garantía para la seguridad jurídica de los asociados en sus relaciones con la administración, y como un instrumento para el control de la legalidad y de respeto a los derechos subjetivos, a la cual se le atribuye la posibilidad de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (actos, hechos, operaciones, ocupaciones, contratos de la administración) y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, sean estos contenidos en simples actos administrativos originados en controversias provenientes de actos políticos o de gobierno. Este es, el objeto que se deduce de los

artículos básicos del Código Contencioso Administrativo sobre la materia".¹⁷

Esta opinión corresponde al control judicial de la Administración, que implica la posibilidad de revisar los actos políticos, con la amplitud que la supeditación al ordenamiento jurídico que impone el principio de legalidad en el Estado de Derecho, se traduce en no ceder en la lucha contra las pretendidas inmunidades del poder, auspiciadas por los "políticos de turno".

IV. Incidencia de la aparente Huida del Derecho Administrativo¹⁸

Según Silvia Del Saz Cordero, la "huida del Derecho Administrativo" refiere "al fenómeno por el cual la Administración, aun manteniendo su presencia con la misma intensidad, en vez de actuar conforme a las reglas de Derecho público, fundamentalmente las que atañen al procedimiento administrativo, a la contratación pública, al régimen estatutario del personal y al control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, sujeta su actividad al Derecho privado. Es lo que se denomina **privatización formal** que se justifica por los principios de eficacia y eficiencia que la propia Constitución consagra (art. 103) y que a menudo permite evitar los controles propios del Derecho público y se traduce en una merma de garantías de los particulares".¹⁹

En nuestro país, Hoyos, tras reevaluar el fenómeno²⁰, se refiere a una "*moderada huida del Derecho Administrativo y de su jurisdicción*", porque los administrados adquirieron conciencia de sus derechos y acudieron al Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad de los Servicios Públicos, para exigir que las empresas privadas que prestan los servicios de energía eléctrica y

¹⁷ **SANTOFIMIO GAMBOA**, J. Tratado de Derecho Administrativo (Contencioso administrativo), Universidad Externado, T. III, Colombia, 2007, p. 71.

¹⁸ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, J. Ponencia disertada en Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, en ocasión del V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), celebrado en abril de 2006, pág. 16.

¹⁹ **DEL SAZ CORDERO**, S. "Las transformaciones del Derecho Administrativo al final del Siglo XX", en La Administración Pública española, INAP, Madrid, 2002, págs. 61-62.

²⁰ Inicialmente, este autor pensaba que la huida del derecho administrativo podía materializarse en función de la privatización de entidades estatales emprendida en la década de los noventa como parte de la reforma estatal, porque "no quedarían sujetas a la jurisdicción contencioso-administrativa las actuaciones de entidades privatizadas aunque sí las administrativas nuevas que regulan los servicios públicos privatizados o que están facultadas para proteger a los consumidores". Cf. **HOYOS**. A. El Derecho Contencioso Administrativo..., pág. 53.

telecomunicaciones se apegaran a la Ley y a los reglamentos en sus relaciones con los usuarios; y porque cuando dicho organismo público no satisface las pretensiones de los particulares la Sala Tercera ha cumplido su rol demostrando que la Administración puede ser vencida.

Para este autor, en Panamá producto del proceso privatizador se ha producido, en algún grado, un acercamiento al Derecho Público y a la justicia administrativa²¹.

V. Conclusión

1. Pueden hacerse observaciones justificadas y reflexivas al actual sistema contencioso administrativo panameño, en busca de ponerlo en sintonía con las corrientes en boga en otras latitudes, para que pueda cumplir un papel más activo y eficaz en el control de la legalidad de los actos de la Administración.
2. Los cambios sugeridos en este escrito no son taxativos, están sujetos a evaluación en el marco de un diálogo amplio en el Foro, cuya postergación hasta ahora ha generado la prolongación de un sistema de control de legalidad altamente deficitario.
3. Los defectos de un ordenamiento jurídico pueden ser subsanados, la Sala ha emitido pronunciamientos de avanzada; pero esto no es suficiente. Falta un haz de voluntad política que viabilice la reforma.
4. Las modificaciones deben ser incluso de naturaleza constitucional para establecer los grados e instancias inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa (tal como fue previsto por la Constitución de 1941 -Art. 192-), y así respetar principios elementales como el debido proceso y el doble grado de jurisdicción, propiciadores de una real tutela judicial efectiva.

²¹ Cf. HOYOS, A. La Administración ante su Juez: La jurisdicción contencioso administrativa en Panamá durante el último siglo. Conferencia en conmemoración del Centenario de la República y del Órgano Judicial, 31 de julio de 2003, pág. 28.

