

## **Reforma del Estado y contratación pública** (Especial referencia al Contrato de Concesión)

**Javier Ernesto Sheffer Tuñón**

### **El fenómeno de la globalización, repliegue aparente de lo público y subsidiariedad**

La circunstancia novedosa que algunos autores han descrito sugestiva y en mi concepto de forma alarmante como "*la huida del Derecho Administrativo*", sustrae al Estado "aparentemente" cada vez más de su papel dirigista, interventor y agente activo en el proceso económico (tal cual un industrial o empresario privado) hacia un papel estimulador de la sociedad en todas las facetas de interés humano, fiscalizador, conciliador y garante de los derechos y deberes constitucionales y legales.

Este nuevo desempeño se hace, entre otros instrumentos, mediante los entes reguladores y otras instituciones o autoridades, para que las reglas, por ejemplo, del libre mercado, la producción industrial acorde con la preservación del ecosistema, seguridad pública, desarrollo humano sostenible, participación ciudadana, transparencia, responsabilidad y ética pública, sean cumplidas u observadas por quienes están legalmente obligados, y que de ello resulte el mejor provecho social para todos los sectores de la población del país de que se trate, dentro del concierto de la siempre aspirada paz y seguridad interna e internacional.

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

### **Subsidiariedad...Qué es?**

Casi nadie discute que el principio o fundamento de la intromisión del Estado en la economía y en lo social es el de la *subsidiariedad*; que le prohíbe hacer todo lo que los particulares puedan hacer con su propia iniciativa o industria, así como todo aquello que puede ser cumplido por comunidades menores (municipios) o cuerpos intermedios. Ésta es la concepción pasiva de la subsidiariedad.

Su voz activa lo lleva a intervenir en caso de insuficiencia o falta de iniciativa privada.

La subsidiariedad procede del derecho natural, y es la cabeza de las reformas y transformaciones que se están operando en gran parte del mundo.

Cassagne opina que lo que se describe como Estado subsidiario potencia la potestad interventora para corregir los abusos y las prácticas monopólicas<sup>1</sup>, idea razonable que comparto, porque incluso se ha dicho que el monopolio es consustancial Estado capitalista, del libre cambio y tutela del individualismo.

---

<sup>1</sup>CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. T. 1, quinta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 64.

Esto impele al Estado a moderar estos intereses sociales por el denominado interés general o público. Sin embargo, como lo ha señalado la Corte, que el Estado participe en el mercado no tiene como finalidad convertir en ruinoso la actividad de los particulares por una competencia desleal, debido a que los fundamentos de la intervención tienen la orientación o génesis fundada en el interés público.

En el plano nacional, el Pleno de la Corte Suprema se ha pronunciado acerca del proceso globalizador y el carácter subsidiario de la participación estatal en el decurso del mismo, señalando que este terruño no es ajeno al citado fenómeno, y es que "...el carácter subsidiario del Estado en la cuestión económica ya estaba previsto en la Carta Magna de 1972 modificada, con anterioridad a la escalada de aquel fenómeno en nuestro país desde inicio de la década de 1990.

Ciertamente, la actividad subsidiaria del Estado en materia de actividades comerciales respecto del sector privado tiene pleno asidero en la Constitución, específicamente, el artículo 277<sup>2</sup>, que reza: el "ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares"; no obstante, esa misma disposición y la subsiguiente (Art. 278) hacen importantes acotaciones, en torno al especial papel que le corresponde a éste, y que su condición de subsidiariedad no le excluye de la posibilidad de participar del fenómeno económico directamente, incluso mediante empresas estatales, "...para atender las necesidades sociales y la seguridad e intereses públicos". Y en sí, acerca de las características que tipifican, describen y dan fisonomía al fenómeno neoliberalizador, expresó en la resolución de 5 de abril de 2004 reseñada que:

"La gestión pública ejecutada por terceros bajo la dirección y fiscalización del Estado es una gestión 'estatal indirecta'. En este sentido, pensamos que debe reformarse el Estado, para que los particulares sean protagonistas de las prestaciones públicas de contenido económico. Aquí cabe, precisamente, la privatización y la desregulación como técnicas que rescatan la iniciativa privada" (Cf. **DROMI**. Roberto, Derecho Administrativo y Economía, en "Homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz, Costa Rica, 1994, pp. 96-97. Citado por: **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. El procedimiento administrativo en Panamá, Edit. Sistemas Jurídicos, Panamá, 2002, p. 198)".

En efecto, el aparato público, en la actualidad, fundamentalmente en las democracias occidentales, vive un fenómeno de reestructuración, modernización o simplemente cambio de las políticas públicas en materia económica, cediendo esta actividad al sector privado, en lo que ha dado en llamarse mundialización o globalización de la economía. Fenómeno que, como lo ha señalado la Sala Tercera de la Corte Suprema, se caracteriza "entre otros elementos por el traspaso al sector social privado de bienes y

---

<sup>2</sup>Esta norma corresponde hoy en día al artículo 282 de la Carta producto del acto legislativo No. 1 de 2004, que le introdujo reformas a ésta. La Constitución requirió de una nueva ordenación numérica de sus artículos.

empresas de contenido económico..., lo que responde a la corriente bastante difundida a nivel mundial de globalización, apertura de mercados, desregulación (liberalización de precios), en un ambiente de libre competencia, en que el Estado disminuye su rol de empresario-industrial para convertirse en fiscalizador (a través de los entes reguladores) de la calidad y eficiencia de la prestación de los servicios públicos en concesión a la empresa privada".<sup>3</sup>

El proceso o fenómeno paradigmático tiene una base ideológica que reposa en el capitalismo, exhibe aristas que inciden en lo político, cultural, tecnológico, científico, migratorio, etcétera, en las naciones que participan del mismo. Una de las causas catalizadoras para su avance fue la eliminación en los comienzos de la década de los noventa del siglo XX de un mundo ideológicamente bipolar, caracterizado por la tensión este-oeste, protagonizada por la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (de corte comunista) y Los Estados Unidos de América (a la vanguardia de los países capitalistas o de libre mercado). Resulta aventurero pronosticar el desenlace del proceso globalizador, sobre todo si se obtendrán los ambiciosos objetivos de prosperidad económica mundial, porque estamos inmersos en él, y la crisis económica presagia un panorama poco halagüeño.

Difícil y desalentador podría ser ponderar el alcance del nuevo paradigma, muy especialmente las virtudes reales que están presuntamente en la raíz de su formulación para una sociedad concreta, si, por ejemplo, es común escuchar las voces autorizadas de algunos de sus ideólogos que indican que debe modificarse la implementación o ejecución del proceso en las economías latinoamericanas, debido a la marcada acentuación de la brecha que ha generado entre ricos y pobres, e incluso cuando esas voces sugieren la revisión del proceso<sup>4</sup>.

Para algunos, será preferible ir hacia un Estado débil o mínimo. Esta tesis minimalista debe ser rectificada y considerar que la realidad indica la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y de eficiencia de las actividades subsidiarias o supletorias que lleve a cabo. Convengo en que, contrario a lo que podría suponerse, el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Sentencia de 5 de abril de 2004. Caso: Morgan & Morgan, en representación de Aes Panamá, S.A. demanda la inconstitucionalidad de la frase: "por la Autoridad directamente", contenida en el numeral 9, artículo 18, de la Ley 19 de 1997, orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), MP. Aníbal Salas Céspedes. En igual sentido, la sentencia de 13 de agosto de 1992, Sala Tercera Contencioso Administrativa, MP. Edgardo Molino Mola: "Si bien es cierto que el ejercicio de la actividad económica corresponde primordialmente a los particulares, también lo es el hecho que la Constitución reserva al Estado la orientación, dirección y reglamentación de las actividades, con vista a la satisfacción y protección del interés público nacional". Citada por **SHEFFER TUÑÓN**, Javier E. El procedimiento..., p. 197.

<sup>4</sup> Según Federico **GARCÍA MORALES**, al referirse a las privatizaciones en América Latina, "Las empresas del área social o empresas públicas o paraestatales, jugaron un papel muy importante en el desarrollo económico y social de América Latina, sin embargo gran parte de ellas ya han sido ejecutadas en beneficio de la acumulación privada, que opera según un modelo concentrador, saqueador y de injusticia social. La ola privatizadora se vincula estrechamente al problema del endeudamiento y ha ido acorralando a las políticas fiscales en esta línea de "soluciones" que ha dado su contribución a las corrupciones locales, y ocasión al apareamiento de un puñado de potentados latinoamericanos en las listas de billonarios de Forbes", en [www.rcci.net/globalizacion/index](http://www.rcci.net/globalizacion/index).

<sup>5</sup> Cf. **CASSAGNE**. Op. Cit., p. 65.

## Un ejemplo concreto de aplicación de la subsidiariedad

Este principio se plasma en nuestro derecho mediante la Ley 16, de 14 de julio de 1992, por medio de la cual se establece y regula el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios estatales.

Su artículo 1, al referirse al proceso, lo vincula a la adopción de algunas de las modalidades establecidas por esa Ley para que el Estado transfiera, a título oneroso, al sector privado, la propiedad de empresas, bienes, acciones o cuotas de participación; conceda o ceda a particulares la administración o el ejercicio de actividades económicas o la prestación de servicios.

Sin embargo, hablar exactamente de la subsidiariedad es aludir a su artículo 2, que consagra los fundamentos y objetivos de la Ley marco o básica de privatizaciones que comento, particularmente, los numerales 4 y 5, que en ese orden disponen:

1. La reducción de la participación del Estado en la gestión directa de las actividades económicas; y,
2. Modernizarlo para fortalecer las funciones prioritarias en pro del desarrollo nacional.

Vemos aquí, nuevamente, el contrato administrativo de concesión como instrumento para hacer viable no la transferencia de activos públicos sino la prestación de servicios o administración de actividades económicas que antes hacía el Estado, porque en esta época existe la generalizada opinión que el sector privado se desenvuelve mejor en esas funciones.

## El “bien común” como finalidad insustituible del Estado Social de Derecho

Este criterio que acabo de indicar no es absoluto y creo que es discutible, porque si convenimos que el Estado a través de la Administración Pública, es el gerente insustituible de un bien y objetivo superior, que es el **bien común**, debe en base a este propósito acrecentar su capacidad para gestionar ese beneficio comunitario con la mayor eficacia y eficiencia posible.

Apuntalo esta opinión al recordar que el objetivo del sector privado es esencialmente individual, de comercio o lucro, de allí que carezca por naturaleza de la capacidad de cuidar y fomentar el interés general sin que ello le depare un beneficio en metálico. De todos modos, aclaro que la inidoneidad genética para proteger y fomentar el bien común no significa incapacidad del sector privado para contribuir al avance o desarrollo del país en el ámbito tecnológico, financiero, productivo de bienes o servicios, etc., que es un aspecto distinto y también importante en el acontecer y desarrollo de toda sociedad.

Por ello sugiero que la redefinición del papel del Estado se actualice al punto que el interés público lo lleve a ser el real garante de los derechos de las personas e intereses generales.

Cabe destacar que de manera muy loable y digna de imitación, sobre todo en nuestros países latinoamericanos, algunas Constituciones, como la Chilena, mencionan expresamente el “**bien común**” como finalidad primaria del Estado; este organismo está al

servicio de la persona humana y tiene como deber, para lograr ese cometido, contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad chilena "su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías" que la Constitución promulgada en 1980 establece.<sup>6</sup>

También sobre la mención del **bien común** como fin del Estado, la Constitución de El Salvador de 1983 (Art. 1), bajo la premisa y concepción de "la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado". Estoy de acuerdo con esta idea porque el Estado no es un fin en sí mismo; éste no tiene razón de ser sino en función de las personas que en una sociedad concreta se les debe asegurar los derechos pero también los deberes, para la buena marcha de todo el entramado social.

Lejos de desaparecer habrá de ir avanzando en el camino de la eficiencia y eficacia para obtener el propósito de bien común. Por ello, el nexo poder público-ciudadano se verifica más que como una relación vertical y de subordinación o autoridad, como un vínculo participativo de reglas claras, en que el Estado democrático ahonda esta virtud afianzándola con el carácter de Estado participativo de los particulares en el acontecer nacional y en la toma de decisiones que interesan a todos.

La crisis que emana de un crecimiento amorfo y consiguiente diferente redistribución del ingreso, plantea la posibilidad que instituciones o empresas públicas vuelvan a prestar, si ello es necesario para tutelar ese interés colectivo, servicios en actividades esenciales para los asociados no obstante éstas sean de contenido económico, como: agua potable, salud, electricidad, telecomunicaciones, carreteras, que son las que aquejan a la población y determinan, entre otros indicadores (v.gr., educación, cultura, desarrollo científico-tecnológico, producción de bienes), los niveles de vida de los pobladores de un país. La Constitución que en sí es la Ley Suprema lo permite (Art. 286), y ello no tendría que generar inevitablemente una distorsión del mercado o competencia desleal, ya que este concepto, a mi juicio, no aplica cuando el interés colectivo está de por medio.

La realidad demuestra que es posible la iniciativa y organización estatal eficiente para desarrollar con éxito actividades económicas de interés general, tales son los casos de la antigua empresa pública productora de cemento, del extinto Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y el Instituto Nacional de Telecomunicaciones (INTEL); sin embargo, paradójicamente, los gobernantes del período presidencial 1994-1999 tomaron la decisión de traspasar al sector privado la prestación de los servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones que aquellos brindaban con bastante eficiencia, y la venta de la empresa pública de cemento (privatizada dentro del período 1989-1994).

Para corregir esa aureola de ineficiencia y paquidermia en lo público se requiere honestidad, transparencia, capacitación constante de la planta de trabajo (profesionalización), recursos económicos y voluntad de los dirigentes políticos en el poder para efectuar con apego a la Constitución y las leyes las políticas públicas más acordes al interés nacional y el desarrollo del país. El objetivo de consecución del interés público o bien común no es tarea que pueda ejecutar el sector privado exenta de un móvil

---

<sup>6</sup> Cf. inciso o párrafo 4to. del Art. 1 de dicha Carta Política.

de lucro o ganancia, que sí es la seña distintiva de la gestión desempeñada por la Administración Pública.

Coincido con Penagos en que la privatización ofrece la ventaja de abandonar el estatismo y el anquilosamiento del Estado; requiere el consenso de los gobernados y firmeza en la ejecución de las políticas debidamente diseñadas que no sean fruto de la improvisación. Aunque "...no es conveniente privatizar empresas estatales que se encuentren bien administradas y rindiendo beneficios sociales y económicos, una sana política de privatización iría en contravía en estos casos."<sup>7</sup>

### **Origen de la contratación pública en Panamá**

En efecto, se parte del presupuesto básico que en el Estado democrático y especialmente en el Estado social de derecho, la población requiere de unos servicios básicos, incardinados en la idea que su prestación supone el beneficio del interés general; su no cumplimiento significaría el caos social.

Las construcciones de obras como carreteras, puentes, hidroeléctricas, centrales nucleares (con fines civiles) en aquellos países que poseen la tecnología y recursos para ello, y los servicios prestados a esa población comportan datos mesurables acerca de los niveles o estándar de vida de los pobladores en tales sociedades.

Indudablemente que la gerencia de los servicios desde los inicios de la República de Panamá, o sea, desde el 3 de noviembre de 1903, eran realmente precarios. Durante el período de unión a Colombia, luego de nuestra independencia de España proclamada el 28 de noviembre de 1821, la situación en Panamá era trágica, de abandono, por la metrópolis colombiana, razón medular alegada por varios historiadores para que se aprovechara el rechazo del tratado Herrán-Hay por el Senado colombiano, justificando nuestra secesión del país del Sur. Y es que algunos políticos panameños suponían que ese Tratado contenía buenas concesiones para la mejoría panameña, cedidas por Los Estados Unidos de América, contraparte colombiana en esa negociación.

Al nacer la República, fue imperioso organizar entre otros factores esenciales de todo Estado, la Administración Pública; hasta 1917 rigieron muchas leyes colombianas producto de la transición ocurrida al pasar de un departamento tutelado a un Estado dueño de su destino.

La primera de nuestras constituciones de la "era republicana"<sup>8</sup>, la de 1904, no se ocupó del tema de la contratación de bienes, obras y servicios para hacerle frente a las demandas de la población; si bien a la fecha no había surgido el constitucionalismo social, se dijo de ella que "nació vieja". Sólo en el estatuto del Presidente anunciaba la facultad de celebrar contratos administrativos para la atención de los servicios públicos, sin duda emanación de la Constitución de Cúcuta, de 1886, que le sirvió de modelo.

---

<sup>7</sup> **PENAGOS**, Gustavo. **Derecho Administrativo** (Parte especial), T. 11, Ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 169.

<sup>8</sup> Frase que según el epónimo constitucionalista César **QUINTERO** se ha usado como la más objetiva para calificar el status de independencia y soberanía obtenido por Panamá en el año 1903, al separarse del Estado colombiano. **Evolución constitucional de Panamá**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, p. 56.

## Principios de la contratación administrativa según la Carta Magna vigente y normas secundarias

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

Antiguamente era el Código Fiscal (Ley 8 de 1956) y normas complementarias las que regulaban la contratación del Estado con los particulares; posteriormente se dictó la Ley 56, de 27 de diciembre de 1995, y hoy es la Ley 22, de 27 de junio de 2006, la que prevé los procedimientos de selección de contratistas, con la inclusión de diversos tipos de actos públicos para lograr ciertos fines constitucionales expresos:

1. La participación justa de los aspirantes a contratar con el Estado; y,
2. La satisfacción del objetivo de **bien común** que yace en el suministro, ejecución de obras y la prestación de servicios para la satisfacción de las necesidades públicas.

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

El reglamento que desarrolla esta Ley (Decreto Ejecutivo 366 de 2006) remarca que la contratación pública se rige por los referidos principios. Además, por los de publicidad y responsabilidad, de acuerdo con los postulados que rigen la función administrativa.

Las normas de conducta de los servidores públicos (ética) exigen especial vigor en la materia y, *mutatis mutandi*, aquellas civiles y comerciales que no sean contrarias a la Ley 22 de 2006.

Tratándose de los vacíos en el procedimiento de selección de contratistas se suplirán con las disposiciones del procedimiento administrativo general y, en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial. Esta acotación obedece a la previsión siempre aconsejable, al dictar normas jurídicas, de velar que sean suplidas las lagunas legales. El autor Comadira, en una práctica obra sobre la licitación pública, refiere a principios específicos como igualdad, concurrencia y publicidad.<sup>9</sup>

### La contratación a nivel del gobierno local

Los municipios son entidades descentralizadas territorialmente y como personas jurídicas que son "tienen sus respectivas haciendas", que acerca de su organización, administración y disposición, se rige por los Acuerdos Municipales respectivos, debiendo respetar los límites que prevén la Constitución y otras leyes. La Ley que regula algunos aspectos de la contratación en los Municipios es la 106 de 1973, específicamente, los

---

<sup>9</sup> **COMADIRA**, Julio Rodolfo. **La licitación pública** (Nociones, principios, cuestiones), Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 44,70,75.

capítulos VI "enajenaciones y arrendamientos" y VII "las compras municipales", del Título I sobre la "Hacienda municipal".

Las áreas y ejidos que adquieran los municipios serán vendidos o arrendados según lo que establece la Ley 106 de 1973 y los Acuerdos Municipales. Es por ello que los particulares y vecinos adquieren del fisco municipal lotes o parcelas para su vivienda o establecimiento comercial. Ésta es una fuente de ingreso local que por razones prácticas no está sometida a los procedimientos de licitación u otro acto público; pero nada impide que sean traspasados mediante actos públicos.

Las normas locales son incompletas y requieren ser complementadas por el régimen de contratación que rige a nivel nacional o general dictado por la Ley 22, de 27 de junio de 2006. Esta Ley es de carácter supletorio de las contrataciones que hagan los municipios, juntas comunales y locales, en lo que respecta al sistema electrónico "PanamaCompra", que es un mecanismo o herramienta informática de Contrataciones Públicas de uso obligatorio para todas las instituciones oficiales incluidas en el ámbito de aplicación de la citada Ley del 2006. Si el Municipio mediante un acto administrativo decide acogerse a la regulación establecida en ésta, la misma adquiere directa aplicación por iniciativa del ente público de la "administración local".

### **La concesión como contrato público. Nociones previas**

El contrato de concesión administrativa ha adquirido en los tiempos presentes un auge debido a la facilidad de adaptación a los cambios o transformaciones sucedidas en el ámbito público, específicamente, a la contratación de los particulares con el Estado, dentro del contexto que supone el traspaso de ciertas actividades de prestación a la población al sector privado y la administración de bienes de dominio público a cargo de dicho sector.

Este contrato administrativo parece haber sido redescubierto por ajustarse apropiadamente a los fines que persigue el Estado capitalista contemporáneo, enfrascado en el proceso de redefinición de sus estructuras, vinculado a la apertura de los mercados nacionales y la conformación de bloques económicos multilaterales de integración, no sólo económica sino financiera e incluso política, como es el caso prototipo de la Unión Europea, hoy día ampliada a un conjunto de 27 países, que vislumbró en el año 2006 la aplicación de una sola Constitución *panaeuropea*. Aspiración de trascendencia política grandiosa e incalculable porque en la diversidad e identidad nacional ha logrado avenir la idiosincrasia de cada uno de los miembros del macro bloque europeo, que escribe nuevamente la historia y deja huellas imposibles de dejar de advertir.<sup>10</sup>

### **Concepto**

Se concibe como un modo de gestión de los servicios públicos indirecto porque no lo presta directamente el Estado; sino, generalmente, a través de los particulares.

---

<sup>10</sup> Pero, como sabemos, ha recibido un traspie tras la desaprobación por Francia y Holanda, cuyas respectivas consultas populares dijeron no a dicha Constitución. Hoy en día el "Acuerdo de Portugal", recientemente celebrado, intenta rescatar la unidad *europaea*, aparentemente resquebrajada por los reveses antes mencionados. Ya no será necesario que los países suscriptores sometan ese acuerdo a la consulta de sus pueblos.



**Entrena Cuesta** afirma que es un "Modo de gestión en virtud del cual un ente público -concedente-, encarga a otro sujeto -concesionario-, en virtud de un contrato concluido con el mismo, de hacer funcionar un servicio público a su cuenta y riesgo, remunerándole mediante tarifas que obtiene del usuario."<sup>11</sup>

Según **Garrido Falla**, otro autor español, es un modo de gestión indirecta en la cual la Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa.

Para **Rojas Arbeláez**, la concesión reviste diversas acepciones, porque hay concesión de servicio público, de explotación de bienes del Estado y de trabajos públicos.

Algunos observan que existe diferencia entre la concesión de trabajos públicos y el contrato de obra pública, porque en este último la Administración paga directamente al contratista la construcción de la obra; mientras en la primera, el concesionario se obliga a construir la obra a sus expensas para luego remunerarse mediante tasa que el concesionario percibe de los usuarios.<sup>12</sup>

Como concesión de obras públicas están los corredores o autopistas (Norte y Sur).

Considero que esta división se ajusta a nuestro derecho vigente, no sólo por la simetría que existe entre el ordenamiento jurídico colombiano y el panameño, sino porque, efectivamente, existen disposiciones en Panamá que acogen la concesión de "trabajos públicos", como es el caso de la Ley 5, de 15 de abril de 1988, que "establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesiones administrativas. "

Esta Ley no tuvo el impacto social que esperaban quienes la concibieron, si tomamos en cuenta que fue gestada en un período de plena crisis institucional, económica y política en general previo a la invasión militar norteamericana del 20 de diciembre de 1989.

El autor **Gasnell Acuña** considera que aquella permanece vigente pese a la emisión del nuevo régimen de contratación pública dispuesto por la Ley 22 de 2006<sup>13</sup>. Esta opinión la comparto por iguales razones que él, o sea, porque la nueva regulación dispone en su artículo 1 que se aplica a las concesiones y cualquier otro contrato no regulado por Ley especial, y la Ley 5 de 1988 es una Ley especial en materia de concesiones de obras públicas declaradas de orden público por el Consejo de Gabinete, contiene los requisitos para la calificación de los licitantes y la adjudicación del contrato, la Ley 22 vendría a ser supletoria; además, si bien la nueva regulación deroga cualquier norma que le sea contraria, no es aplicable en este caso el método de derogatoria tácita, primero porque no puede estimarse que la Ley 5 de 1988 sea contraria a la 22 de 2006, y segundo, porque aquí es aplicable el principio de especialidad o jerarquía normativa.

Sucintamente, este sistema de concesión administrativa está destinado a la ejecución de obras de interés público, aplicable, por tanto, a la construcción, mejora, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas y otras obras que el Consejo de Gabinete califique como de interés público.

---

<sup>11</sup> **Diccionario Jurídico Espasa**. Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1999, pp. 203-204.

<sup>12</sup> **ROJAS ARBELÁEZ**, Gabriel. El espíritu del Derecho Administrativo, Edil. Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1985, p. 64.

<sup>13</sup> Cf. **GASNELL ACUÑA**, Carlos. Hacia la revisión de la Ley de Concesión de Obra Pública, en "Gestión Pública", Procuraduría de la Administración, Editora Sibauste, S.A., Edición No. 2, junio de 2007, p. 41.

El artículo 3 de la Ley asigna la calidad de interés público a las obras que redundan en beneficio colectivo y de uso público, y prevé la reversión al Estado de las mismas al término de la concesión<sup>14</sup>.

Retomando el tema de conceptos sobre la figura, me parece interesante el significado que sobre el concepto de concesión da **Rojas Arbeláez** porque para él los sujetos contratantes pueden ser ambas instituciones públicas o bien un ente público y otro privado; además que es un contrato "*intuitu personae*" (en consideración a la calidad del contratista), por lo que éste, a su vez, no puede ceder la concesión a un tercero (a menos que ello esté autorizado)<sup>15</sup>.

También destaca la concesión de bienes del Estado y la de dominio público. Por la primera se explota un determinado bien estatal, pagándose una regalía al Estado (un área de tierra o una cantera), y por la segunda, los particulares obtienen permiso para ocupar parte del dominio público. Éste es el caso, por ejemplo, de los kioscos en las vías públicas.

Según la Procuraduría de la Administración, la concesión es el "acto por el cual la administración confiere a particulares ventajas o derechos sobre bienes de dominio público, para que puedan construir obras de interés social o explotar servicios, mediante la sujeción a determinada (sic) cargas u obligaciones".<sup>16</sup>

Para la Sala Tercera de la Corte Suprema, el artículo 2 de la Ley 5 de 1988 define de forma global lo que es una concesión administrativa, de cuyo texto deriva la conclusión que ese acto jurídico "es un contrato en el cual el Estado, que está representado para los efectos de dicha Ley por el órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Obras Públicas, concede a una persona jurídica el derecho a ejecutar a su cuenta y riesgo una obra, siempre que sea bajo el control y fiscalización del concedente a cambio de una retribución consistente en el cobro de tarifas o cualquier otra forma que se convenga.

El referido artículo 2 de la Ley ha sido objeto de un pronunciamiento de inconstitucionalidad, y fue modificado por la Ley 52, de 28 de diciembre de 2005, para describir, en términos generales, en qué consiste la concesión administrativa que establece la Ley 5 de 1988.<sup>17</sup>

Esta disposición reformada indica los fines del sistema de concesión, conforme al que: "una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, la persona

---

<sup>14</sup> Mediante sentencia de 30 de diciembre de 2004, el Pleno de la CSJ declaró inconstitucional la frase y último inciso del artículo 2 de la Ley 5 de 1988, tal cual quedó modificado por el artículo 20 de la Ley 36 de 1995. La frase e inciso correspondientes preceptuaban textualmente: "...enajenación de bienes del Estado a favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes o por cualquier otra forma que se convenga.

En el caso de rellenos sobre bienes de dominio público, las áreas rellenadas constituirán bienes patrimoniales del Estado," MP. Virgilio Trujillo.

<sup>15</sup> **ROJAS ARBELÁEZ**. Op. Cit., p. 65.SJ

<sup>16</sup> Concepto recogido por la sentencia de 30 de diciembre de 2004 del Pleno de la CSJ. Caso: Juan Carlos Henríquez demanda la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley 5, de 15 de abril de 1988 (modificado por Ley 36 de 1995), MP. Virgilio Trujillo.

<sup>17</sup> Sentencia de 27 de agosto de 1996. Caso: Leopoldo Benedetti, por intermedio de apoderado judicial demanda la nulidad del contrato administrativo No. 98, de 29 de diciembre de 1994, celebrado entre el Estado y la empresa Pycsa, S.A., PM. Arturo Hoyos.

jurídica o la entidad cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquier otra forma que se convenga."

Obsérvese que a esta descripción legal se le añade un elemento importante: la retribución del concesionario que puede consistir en tarifas u otros derechos, debe ser aprobada por el Órgano Ejecutivo. No queda librada a la voluntad absoluta del concesionario introducir cambios en las tarifas o derechos (v. gr., aumento no justificado de la tarifa o por el uso de la obra o servicio otorgado en concesión, sin que medie la intervención del Órgano Ejecutivo).

### **Orientación constitucional sobre la concesión administrativa**

Nuestra Constitución también alude en diversos artículos al sistema de concesión administrativa etiquetando los contratos que se celebren sobre explotación del suelo, subsuelo, bosques, utilización de agua, medios de comunicación y de transporte y otras empresas de servicio público con el "bienestar social" y el "interés público" (Cf. Art. 260).

Aparentemente se hace una distinción entre estos dos conceptos como propósito de la contratación pública que recaiga sobre los objetos antes indicados. En lo particular, pienso que el interés público o bien común encierra el concepto bienestar social, previsto por la Constitución, y esta conclusión se deriva del contexto de servicio público en que se ubica la contratación a través del mecanismo de la concesión administrativa. La regla es que el Estado permanezca con la nuda propiedad del servicio o bien concesionado pese a ser traspasada su gestión temporalmente a algún agente del sector privado.

Es importante la atribución que la propia Ley Fundamental contiene en el estatuto del Presidente de la República (Art. 184, numeral 10), a quien se le encomienda la labor de dirigir, reglamentar e inspeccionar los servicios que ella establece, y, por tal, el sistema de concesiones, sin perjuicio de las competencias especiales de los entes reguladores o sectoriales sobre las materias de su resorte.

### **Derecho vigente en el tema de contratación administrativa: La Ley 22 de 2006**

Esta norma jurídica inspirada básicamente en una Ley similar chilena de 2003, y rige desde el 30 de diciembre de 2006. Una descripción sucinta permite advertir en ella algunos puntos destacables, a saber:

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

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

2. La Ley hace una sinonimia entre el concepto "Acto público" y "procedimiento de selección de contratista", que no es más que el instrumento o procedimiento administrativo mediante el cual se surten todas las etapas y trámites en miras al acto contractual. En Panamá el contrato administrativo es incluido en el concepto de acto administrativo (de

carácter bilateral). Sobre este punto es clara la definición que así lo denota en la Ley 38 de 2000, cuyo Libro Segundo regula el procedimiento administrativo general, al definir la figura de "Acto administrativo".<sup>18</sup>

3. Respecto de los contratos administrativos que pueden celebrarse, la legislación no introduce sustanciales variaciones al sistema anterior; se permiten contratos de obras, bienes, servicios. Respeta los contratos de concesiones regulados por leyes especiales o a cargo de organismos sectoriales.

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

5. Autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para exceptuar del acto público y permitir las contrataciones directas, hasta la cifra de trescientos mil balboas<sup>19</sup> (B/.300.000.00); pero en el caso de intermediarios financieros y en las sociedades anónimas descritas en el punto anterior, le corresponde a la Junta Directiva de dichos entes ejercer esta facultad exceptiva. En este mismo orden de ideas, compete al Consejo Económico Nacional (CENA) hacer dicha excepción en las contrataciones que superen la cifra antes indicada y hasta B/. 3,000,000.00; mientras que es el Consejo de Gabinete el organismo que debe autorizar las excepciones de acto público, y, por ende, la contratación directa respecto de contratos que superen la cantidad de B/. 3,000,000.00. La Junta Directiva de la Asamblea Nacional puede autorizar la celebración de contratos hasta la suma de B/. 50,000.00<sup>20</sup>.

6. Es evidente que en la contratación directa no existe competencia entre oferentes pero ello tiene fundamento en las excepciones que dispone la Ley; no debe tenerse como la regla sino, como lo que debe ser, algo excepcional. Cf. Arts. 8, parágrafo 2, de la Ley 41 de 2008 (que modifica el artículo 82 de la Ley 22 de 2006); y 7 (que modifica los numerales 3 y 10 del Art. 56 de la Ley 22 de 2006, y le añade un parágrafo), todo dentro del contexto de las excepciones al procedimiento de selección e incluso sobre la "supresión" de autorización de contratación directa que suele ser pedida al MEF, como requisito a la excepción de los procedimientos precontractuales de rigor.

7. Todo parece indicar que la nueva Ley abdica de la antigua clasificación de los actos públicos que consistían en solicitud de precios, concurso de precios y licitación pública, para reducirlos fundamentalmente a dos: "contratación menor", aquella que no supera los B/. 30,000.00, y "licitación pública", o sea, cuando la contratación supera esta cifra y en que el "precio es el factor determinante".<sup>21</sup> Sin embargo, a través de la denominada "Orden de compra", es posible que de manera eventual el ente público contratante pueda formalizar una relación contractual de un acto de selección de contratista o su correspondiente excepción cuyo objeto no exceda de B/. 250,000.00, y en el caso de

<sup>18</sup> Cf. Arts. 2.2. de la Ley 22 de 2006; 201.1, de la Ley 38 de 2000.

<sup>19</sup> Desde 1904 en virtud de un "Convenio Monetario" con los Estados Unidos de América, el dólar estadounidense es de circulación legal en el Istmo y tiene paridad legal con la moneda panameña. La economía nacional está "dolarizada", prácticamente, desde el inicio de la "era republicana".

<sup>20</sup> Cf. Art. 7 de la Ley 41 de 2008, que adiciona el numeral 11 al Art. 56 de la Ley 22 de 2006.

<sup>21</sup> Cf. Arts. 2.12 y 2.29 de la Ley 22 de 2006.

"Órdenes de compra", amparadas por un "convenio marco"<sup>22</sup>, no existe restricción respecto del monto de la contratación.

Esta fórmula de la orden de compra puede dar pábulo a mecanismos poco recomendables de disponer de fondos públicos con acentuada ligereza teniendo como prestador del servicio o ejecutor de la obra a una clientela allegada al "Gobierno", lo que desdice de los fines de transparencia que rigen la contratación administrativa. En todo caso, es importante reforzar los cánones éticos en el servicio público para que las herramientas de transparencia, eficiencia, celeridad y búsqueda del máximo de resultados en la función pública no sean opacadas por "válvulas" que propicien al mismo tiempo la corrupción.

8. La Ley incluye la figura de "subasta de bienes públicos" como una modalidad de licitación pública para disponer de bienes estatales sin consideración a la cuantía de los mismos.<sup>23</sup>

9. Es una verdadera innovación la creación de la denominada **Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP)**, que va en el camino de la descentralización de la contratación estatal, ya que se trata de un ente autónomo (de fiscalización y visor de la regularidad de los actos tendientes a la contratación administrativa). El **control de tutela** sobre ella es ejercido por el Ministerio de Economía y Finanzas, además de la Contraloría General de la República. Conoce de la **acción de reclamo**<sup>24</sup> que pueden interponer las personas naturales o jurídicas "que se consideren agraviadas",<sup>25</sup> para atacar todo acto u omisión ilegal o arbitraria ocurrido durante ese proceso, "antes de que se adjudique, mediante resolución, el acto público correspondiente".<sup>26</sup> El reclamo que no sea resuelto en el término legal por la DGCP, el TAdCP asume la competencia para decidir esta acción.<sup>27</sup>

10. Es asimismo innovador el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdCP)**, como ente administrativo diseñada para conocer "*en única instancia*" del "*recurso de impugnación*" contra el acto que pone fin al procedimiento de selección de contratista. Este recurso debe ser presentado mediante apoderado legal<sup>28</sup>. El acto que pone fin al procedimiento precontractual es la adjudicación (que declara y acepta la propuesta

<sup>22</sup>O sea, aquel en el que se establecen precios y condiciones determinados durante un periodo de tiempo definido (Art. 2.19).

<sup>23</sup> Cf. Art. 2.41 de la Ley 22 de 2006.

<sup>24</sup> El reclamo o reclamación en asuntos cuya cuantía sea superior a B/. 50,000.00, debe ser hecho mediante abogado (Art. 113 de la Ley 22 de 2006 y 305 del reglamento). En el supuesto de reclamo por rechazo de propuesta, no se requiere el uso de abogado, o sea, que puede ser presentado directamente por el oferente.

<sup>25</sup> Cf. Arts. 111 de la Ley 22 de 2006; 298 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006. La acción de reclamo también puede ser presentada por el interesado ante la DGCP en caso de que quien presida el acto público haya rechazado su propuesta, según el artículo 299 del reglamento. El reclamo en caso que la convocante de acto público sea la propia DGCP, debe ser conocido por esta entidad; pero en el supuesto de no resolverlo dentro del plazo legal, el TAdCP asumirá competencia al respecto.

<sup>26</sup>Cf. Art. 2.35 de la Ley 22 de 2006.

<sup>27</sup>Cf. Arts. 112 de la Ley 22 de 2006; 302 del reglamento.

<sup>28</sup>Aunque el artículo 115, parte final, de la Ley 22 de 2006, sugiere que en aquellos actos públicos cuya cuantía sea inferior a los B/ 50,000.00, *la parte intervenga directamente* sin necesidad de abogado, es decir, no es obligatorio el uso de abogado para interponer (acción de reclamo o recurso de impugnación) en tal supuesto de hecho. Esto se desprende del argumento a contrario sensu, que es una regla de interpretación legal básica.

más ventajosa para el Estado), que es impugnabile por medio del citado recurso ante el nuevo Tribunal administrativo especializado.

Esto supone que la vía administrativa en materia de contratación fenece en el Tribunal de Contrataciones, competencia que ejercía antes de la Ley comentada la propia entidad licitante regularmente mediante la llamada competencia jerárquica o funcional.

Luego de dicha esfera de competencia, si persiste la inconformidad del participante respectivo, puede acudir -mediante demanda de plena jurisdicción- al contencioso administrativo, competencia que es ejercida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

11. El recurso de impugnación ante el TAdCP debe ser acompañado de una "fianza" como garantía del proponente del mismo, equivalente al 10% del valor de la propuesta, sin que pueda exceder de B/. 100,00.00, tratándose de la adquisición de bienes o servicios, y sin que pueda exceder de B/. 500,000.00 para actos de ejecución de obras. *Esto pugna con la gratuidad del procedimiento administrativo*; aunque su fundamento estriba en un factor disuasivo de aquellos que, sin razón, se abocan a impugnar el acto de adjudicación, con la secuela de retraso en la materialización de las prestaciones de interés público inmanente a la contratación estatal. Es, en esencia, una fianza a favor del "interés público."

12. La norma objeto de comentario procura estar a tono con las exigencias de una administración electrónica al servicio de los asociados en materia de contratación, y en parte de la sustanciación del procedimiento de impugnación o reclamos promovidos en la etapa precontractual. Por ello vale destacar que regula lo referente a la "Contratación electrónica", que se aparta de los contratos tradicionales, para dar lugar la "adquisición y disposición de bienes, arrendamientos, obras, servicios y consultorías, a través de medios de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), de conformidad con las normas reguladoras de los documentos y firmas electrónicas y de las entidades de certificación en comercio electrónico y del intercambio de documentos electrónicos".

13. En esta misma secuencia, se crea el "Sistema de Contrataciones Públicas 'PanamaCompra'", que no es sino la aplicación de la informática administrada por el Estado que automatiza las operaciones y los procesos que intervienen en la contratación pública, y que vincula a las unidades de compras, a los proveedores y a los contratistas en un sistema informático centralizado al que se accede a través de Internet.

Éstas son, entre otras, algunas acotaciones de interés sobre el régimen de contratación con el Estado aplicable en Panamá.

### **Función de la Contraloría General de la República**

Es de notar el papel especial que ejerce la Contraloría General de la República, por mandato constitucional secundado por su Ley orgánica. Esta fiscalización en muchas ocasiones ha merecido la crítica dentro del propio engranaje público debido a la escrupulosidad en la exigencia del cumplimiento de requisitos en los contratos públicos que son sometidos a la aprobación o refrendo del Contralor General.

La Sala Tercera de la Corte Suprema ha dicho que el artículo 48 de la Ley 32 de 1984 obliga a la Contraloría a refrendar todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación o afectación de fondos públicos; aunque esta norma debe ser analizada en conjunto con otras atribuciones, entre ellas las contenidas en el

artículo 11 de la citada Ley. Además, la Sala apoyándose en la doctrina, aclaró que "...la Contraloría General de la República no puede retener o demorar sin justificación el referendo de un contrato administrativo sin incurrir en arbitrariedad, concepto que difiere sustancialmente de la discrecionalidad, una 'es fruto de la era voluntad o el puro capricho de los administradores' y la otra, por el contrario, 'cuenta con el respaldo...de una fundamentación que lo sostiene'".<sup>29</sup>

A mi juicio, este criterio es extensible a otros supuestos en el procedimiento administrativo que se ventila ante el TAdCP, por ejemplo, en el tema de devolución de la fianza de recurso de impugnación, cuyo depositario legal es aquella institución, que debe remitirla lo más pronto posible al Tribunal para ser devuelta al interesado consignante una vez culminado el proceso; o ante el supuesto probable que se haya ordenado su ejecución por temeridad del recurso.

En efecto, no puedo dejar de anotar lo que se refiere al recurso de impugnación ante el TAdCP. La fianza que debe adjuntarse para resguardo del interés público, si cumple con todos los requisitos previstos por la Resolución No. 30-2007, de 19 de diciembre de 2007, expedida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, ha de ser remitida a la Contraloría General de la República, una vez admitido el recurso, como custodio legal de la misma, según el artículo 92 de la Ley 22 de 2006. Fenecida la causa, se ordena su devolución al consignante, si el Tribunal estima que no ha actuado con temeridad, en caso contrario, la entidad convocante del acto público deberá ejecutarla e ingresarla al tesoro público.

## **Jurisdicción competente**

### **El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**

Ya ha sido mencionada la creación de un Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que entró en operaciones a mediados de agosto de 2007, como una novedad de la Ley 22 de 2006, cuya función es conocer de modo privativo dentro de la vía administrativa: 1) del recurso de impugnación<sup>30</sup> contra el acto de adjudicación que cierra la etapa precontractual en el procedimiento de selección de contratistas de que se trate. De 2) la declaratoria de desierto del acto (con facultad de adjudicar el mismo –y así restablecer el derecho- o, si es de lugar, ordenar la instauración de una nueva comisión evaluadora o verificadora de las propuestas); 3) del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato; 4) de la acción de reclamo, en caso que no haya sido resuelta por la DGCP dentro del término legal; y, y 5) del recurso de apelación contra la inhabilitación del contratista<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Sentencia de 18 de septiembre de 1996. Plena jurisdicción. Caso: Motores Colpan, S.A. vs Contraloría General de la República, MP. Arturo Hoyos.

<sup>30</sup>Cf. Arts. 2, numeral 46, y 104 de la Ley 22 de 2006.

<sup>31</sup> Esta última competencia fue adicionada junto a la de resolución administrativa del contrato mediante Ley 41, de 10 de julio de 2008 (Cf. Arts. 2, numeral 46, literal b, y 11 de la Ley). Me parece que esta adición no era necesaria, ya que lo principal es la resolución administrativa del contrato, que por mandato de la Ley va casada con la inhabilitación de la persona o empresa contratista, porque ésta ha incumplido con sus obligaciones contractuales. No obstante, ahora, todo indica, que una empresa podrá acudir al TAdCP recurriendo contra la *inhabilitación*, y no forzosamente de la *resolución que resuelve o cancela el contrato administrativo*, con lo cual la inhabilitación pierde "*accesoriedad*" para convertirse en una figura "*principal*"

Es un ente administrativo independiente e imparcial integrado por tres Magistrados designados por el Presidente de la República, con jurisdicción en todo el territorio nacional.

El concepto jurisdicción empleado por la Ley debe entenderse respecto del área en que el citado Tribunal puede proveer con imperio, o sea, que no ejerce funciones propiamente jurisdiccionales como en lo judicial; lo que significa que la decisión que dicte para resolver la impugnación referida, sobre los mencionados rubros objeto de su competencia, es un acto de naturaleza administrativa, sujeto al control de la legalidad por la Sala Tercera de la Corte Suprema. Si fuera un acto de carácter judicial o jurisdiccional no podría ser revisado por esta Sala, para determinar si se ajusta o no a la Ley en sentido formal o material.

### **La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo**

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

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

Al respecto cabe decir que el Pleno de la Corte Suprema<sup>32</sup> ha analizado la pertinencia de una demanda de amparo contra un contrato administrativo, y ha dicho que no es procedente, y se apoya en el *principio de preferencia de la vía contencioso administrativa a la vía de tutela de derechos fundamentales*. Además, en el principio de definitividad (o requisito de agotamiento previo de los medios y trámites ordinarios antes de acudir al amparo constitucional).

Parte del razonamiento del Pleno de la CSJ explica que "por tratarse de una orden de no hacer que encierra un contrato de concesión administrativa, en cuyo caso y por ley, la vía para reclamar está adscrita a la jurisdicción contencioso administrativa, previo agotamiento de la vía gubernativa. En este sentido, no es el amparo de garantías constitucionales la vía procesal adecuada para impugnar el mencionado acto administrativo, criterio que ha sentado la Corte en numerosas ocasiones."

Por otro lado, no sería a nuestro juicio viable la acción de amparo de derechos y garantías fundamentales para intentar enervar los efectos de la resolución del TAdeCP, sea que esta fuere una decisión de la etapa precontractual (adjudicación, reclamo) o contractual propiamente dicha (resolución administrativa del contrato o inhabilitación del contratista); sino la acción de plena jurisdicción, para demandar ante la jurisdicción contenciosa no sólo la nulidad del acto administrativo sino el restablecimiento del derecho que se estima

---

en la etapa contractual, reforma que me parece poco recomendable, si lo que se quiere es que la prestación, suministro, ejecución de obras sean provistos por empresas calificadas, con solvencia y, sobre todo, que cumplan cabalmente lo pactado.

<sup>32</sup> Cf. A vía de ilustración, la Sentencia de 24 de octubre 2000. Amparo de derechos fundamentales. Caso: La Sociedad Castileci, S.A., mediante apoderado legal, promueve amparo contra la orden de no hacer emitida por el Director General de la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, contenida en la Nota No. 0070-REV, de 11 de abril de 2000. MP. Rogelio Fábrega (q.e.p.d.).



violado, que, básicamente, puede consistir en: la adjudicación del acto público al demandante, la nulidad de la declaratoria de desierto de la convocatoria, la invalidez de la desestimación del reclamo hecha en vía administrativa; la nulidad de la resolución administrativa del contrato o la declaratoria de invalidez del acto de inhabilitación de la empresa que le impide contratar durante la vigencia de esta sanción, con el resarcimiento de los daños y perjuicios que se logren probar ante la Sala.

No obstante, la Sala ha venido admitiendo acciones de nulidad, tal vez bajo el resguardo de que la propia Ley 22 de 2006 parece haber dejado abierta esa posibilidad, cuando en forma poco precisa habla de que con "la resolución que resuelve el recurso de impugnación, queda agotada la vía administrativa y contra esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de los Contencioso Administrativo..."

La acción que "corresponde", a mi juicio, tratándose de derechos o intereses legítimos que el actor estima que se le han lesionado, es la de **plena jurisdicción**.

Ante la carencia de la que en otros ordenamientos se conoce como "acción de lesividad", en algunos supuestos bien puntuales será necesario instaurar la **acción de nulidad**<sup>33</sup> ante la Sala. Esto obedece a que el ente convocante por imperio del nuevo régimen de procedimiento precontractual ha perdido el poder de decidir sobre el ajuste o no a derecho del acto de adjudicación, de declaratoria de desierto u otros similares; sino que ello corresponde al TAdCP.

Es poco probable y hasta carente de lógica jurídica que un ente público convocante acuda al contencioso para reclamar como derecho subjetivo violado la competencia o prerrogativa dentro del procedimiento de selección que le asigne la Ley o una norma reglamentaria.

---

<sup>33</sup> **Caso:** Tribunal Electoral vs. TAdCP, por el tema de la nueva base para la impresión de cédulas por el organismo electoral, en que este último, no conforme con la decisión del TAdCP, promovió una acción pública ante el contencioso administrativo. La acción comentada fue dirigida contra la resolución del TAdCP que revoca la declaratoria de desierto hecha por el ente convocante.