

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LABORAL DE PANAMÁ SOBRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS¹

Víctor L. BENAVIDES PINILLA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La concesión es un contrato público*. III. *Normas vigentes sobre la contratación administrativa: La Ley 22 de 2006 (modificada por la Ley 41 de 2008)*. IV. *Fuero preferente*.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar sobre la contratación estatal conlleva uno de los aspectos más relevantes de la función pública, sobre todo si se relaciona al tratamiento jurisprudencial que le han dado los tribunales, específicamente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, y ahora el recién creado Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en la vía administrativa. Me detengo, en lo posible, en la de la Sala contenciosa por razones obvias.

El ensayo que ha hecho el legislador nacional al crear un Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), tomando como orientación la legislación chilena, coloca en posición preminente el tema de la contratación oficial, porque, para poner un ejemplo, la adjudicación del acto público irregularmente efectuada por la entidad convocante o violatoria de las normas procedimentales aplicables (que es parte de la competencia de este nuevo Tribunal “gu-

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

bernativo”), significa una visión precisa de lo que es la contratación de los entes públicos, por ser materia sensible para la comunidad en los rubros contratados, que definen la calidad de vida de la colectividad y los estándares de progreso, tecnología, transparencia, desarrollo, entre otros factores básicos, en cualquier país.

1. *La administración como ente privilegiado en la relación de contrato público.*

Es por estas razones que la teoría de la contratación pública ha justificado la definición de contratos públicos o administrativos como aquellos que contienen “una o más cláusulas exorbitantes o que estén vinculados a fines de servicio público”.¹

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

¹ Sentencia de 30 de julio de 1993. Sala Tercera. Caso: V-Import Inc. promueve demanda de nulidad contra el Ministro de Hacienda y Tesoro, para que se declare nula la Nota No.032-DMHYT, de 11 de enero de 1991. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

Dromi señala que

los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las “cláusulas exorbitantes al derecho común” que éste contiene.²

En suma, señala este autor argentino, esas prerrogativas de la administración se manifiestan en la desigualdad jurídica de los contratantes y en las cláusulas exorbitantes del derecho común.

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

El reglamento que desarrolla la Ley 22 de 2006, sobre contratación pública, remarca que ésta se rige por los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, debido proceso, publicidad, economía, y responsabilidad, de acuerdo con los postulados que rigen la función administrativa.

² Dromi, José Roberto, *La licitación pública*, 4ta. reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, p.80.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

También está regida por las normas de conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación, los principios generales del derecho, las normas del derecho administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a la Ley 22 de 2006.⁴

Los vacíos en el procedimiento de selección de contratistas han de ser suplidos con las normas de procedimiento administrativo general y, en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial.

2. La jurisprudencia como fuente de derecho

Por su parte, la jurisprudencia es la respuesta o decisión que los tribunales de justicia brindan acerca de asuntos o procesos en diversos ámbitos sometidos a su consideración, y que requieren de una solución.

Según el artículo 13 del Código Civil, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho y la moral siendo general y conforme con la moral cristiana.

Es claro que cuando el código de la referencia señala a la doctrina constitucional como fuente supletoria del derecho (en caso de vacíos o lagunas en el ordenamiento jurídico), es más probable que aluda a la jurisprudencia formada de la interpretación de las normas constitucionales y no a la doctrina legal emanada de los tribunales administrativos, porque para 1917 en nuestro país no existían los tribunales de este tipo. Tanto el control centralizado de la

⁴ Cfr. Artículo 2, Decreto Ejecutivo No.366 de 2006.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

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

Hoy la práctica y la experiencia del foro otorgan un papel relevante a la jurisprudencia, que ve enriquecidos sus fallos con las opiniones de exponentes autorizados sobre determinados temas que inciden sobre el debate judicial. Todo indica que se apuesta por una escaldada cada vez mayor de la jurisprudencia como fuente de derecho en nuestro país, no solo por la pauta que marca el Código Civil al respecto; sino por el eco que genera en el foro lo que dicen los tribunales de justicia, caso particular de la Sala Tercera de la Corte.

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

En esta ponencia abordo algunos temas tocados por la jurisprudencia de la Sala Tercera, digo algunos porque la brevedad del espacio y de tiempo no permite extendernos, sin que el auditorio pierda al mismo tiempo la serenidad y escucha con atención.

Temas como la concesión administrativa con ejemplos concretos sobre los conocidos Corredores Norte y Sur, los cuales han merecido pronunciamientos varios por la Sala; algunos aspectos teóricos sobre la concesión que es uno de los contratos más usados producto de los procesos de privatización y asunción de servicios de contenido económico por el sector privado de la sociedad; resolución administrativa en vía administrativa de un contrato público.

Cabe partir diciendo que la Constitución, en su artículo 206, numeral 2, regula la jurisdicción contencioso administrativa. El contrato público es un

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

acto administrativo bilateral (art. 201, numeral 1, de la Ley 38 de 2000); y el artículo 97 del Código Judicial asigna a la Sala Tercera, dentro del control judicial, las cuestiones sobre extinción, interpretación o incumplimiento de los contratos administrativos.

3. *Reseña de algunos casos de la Sala*

a. *Caso Corredor Norte*

Fue decidido según sentencia de 27 de agosto de 1996 (ponente Magistrado Hoyos). Dicha resolución fue dictada a raíz de la demanda de nulidad que interpusiera Leopoldo Benedetti, por intermedio de apoderado judicial, contra el contrato administrativo No.98, de 29 de diciembre de 1994, celebrado entre el Estado y la empresa Pycsa, S.A.

La Sala declaró que el referido contrato es legal, que no viola normas sobre competencia, ya que no restringe que el Estado efectúe mejoras a la vía o carretera que conduce a la provincia de Colón, salvo que represente competencia al contrato de concesión (Corredor Norte) pactado con la empresa mexicana, y tampoco evita la realización de mejoras al entonces Ferrocarril de Panamá, que eran parte de los argumentos del actor.

b. *Caso Corredor Sur*

Fue decidido mediante sentencia de 5 de diciembre de 1997 (ponente Magistrado Molino Mola), recaída sobre la demanda de nulidad que en su propio nombre interpuso el licenciado Carlos Ehrman contra varias cláusulas del contrato No.70-96, de 6 de agosto de 1996, suscrito entre el Estado y la empre-

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

sa mexicana Ica Panamá, S.A., para el estudio, diseño, construcción y explotación del Corredor Sur.

Los puntos centrales de la demanda radicaban en la objeción de que con motivo de este contrato se le traspasaba a la empresa en propiedad 35 hectáreas de rellenos marinos a efectuarse en el Aeropuerto Marcos A. Gelabert y el Centro de Convenciones ATLAPA. Se traspasaban como propiedad particular bienes que son inadjudicables y que la Constitución ubica como de dominio público.

Según la Sala, los rellenos a realizar por la empresa en el área descrita, así como cualquier otro para la construcción del Corredor Sur, “han sido desafectados y controvertidos de bienes públicos inadjudicables, a bienes patrimoniales”, y agrega:

del libelo de demanda se desprende que la disconformidad del actor radica especialmente en el argumento de que el Contrato No.70-96 de 6 de agosto de 1996 viola la Carta Magna..., y esto es improcedente, pues sólo mediante demanda de inconstitucionalidad, es que proceden los cargos de violación contra la normativa de la Ley Fundamental.

En consecuencia, se declaró legal el referido contrato.

En Panamá, la Ley 5, de 15 de abril de 1988, “establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesiones administrativas”. La misma permanece vigente pese a la emisión del nuevo régimen de contratación pública dispuesto por la Ley 22 de 2006, porque la nueva regulación prevé, 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

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

materia de concesiones de obras públicas declaradas de orden público por el Consejo de Gabinete.

Este sistema de concesión administrativa está destinado a la ejecución de obras de interés público, aplicable, 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 (Cfr. Arts. 1 y 2).⁵ 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 tales obras al término de la concesión.

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.⁶

c. Acerca del dominio público

Ha habido diversos pronunciamientos sobre el dominio público. Éste está constituido por aquellos bienes que no pueden ser objeto de apropiación privada, porque son de uso común o público; se distin-

⁵ Cabe destacar que 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.

6 *Ibidem*, p.67

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

que de aquellos bienes patrimoniales del Estado, que sí pueden ser objeto de obligaciones de dar.

Sujetos al uso público están los bienes naturales (playas, ríos, aguas lacustres, el aire, etc.), o aquellos que por su destino no pueden ser objeto de apropiación privada (carreteras, puentes, defensas del territorio, una servidumbre pública, etc.); sin embargo, al respecto entra en escena la denominada figura de la desafectación, esto es, cómo un bien con tal condición jurídica queda desprovisto de la misma y los efectos legales que de ello devienen.

El tema ha cobrado especial atención por los casos antes mencionados, que no son los únicos; similar situación ocurre con las riberas de playas y ríos muy codiciados para llevar a cabo explotaciones de tipo turístico, o adquisiciones por personas de cierto poder dinerario.

El problema central es determinar cuál es el instrumento idóneo para llevar a cabo la desafectación: algún sector se decide porque sólo la Ley puede serlo (así lo ha reconocido incluso la Procuraduría de la Administración); mientras que otros señalan que mediante un acto administrativo se puede lograr ese efecto jurídico.

La Sala –como dije– ha abordado la temática en múltiples ocasiones y sobre la desafectación, destaca el fallo de 16 de diciembre de 1994, bajo la ponencia del doctor Hoyos, que citando a respetados administrativistas señaló:

En cuanto a la desafectación, o sea, al término de la especial destinación a la utilidad pública, es también importante fijar el momento en que ella tiene lugar, ya que al pasar los bienes al dominio privado quedan sujetos a sus reglas y son, por lo tanto, enajenables y prescindibles. Y en esto,

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

como en el caso de la afectación, desempeña un papel destacado, la distinción del dominio público natural del artificial. Cuando el dominio público es natural, conserva ese carácter indefinidamente, y no desaparece sino en virtud de ciertos fenómenos, como el cambio de curso de un río, la accesión a orillas del mar o de los ríos. Sin embargo, en concepto de Bielsa, en tal caso es necesaria la rectificación administrativa.

Cuando es artificial, de acuerdo con la doctrina dominante, la desafectación sólo es posible por un acto administrativo de la autoridad competente, salvo en caso que tenga lugar en virtud de un fenómeno natural, o de hecho. Otros sostienen, por el contrario que la desafectación solo puede tener lugar, tratándose de la artificial, en virtud de un acto administrativo.

Es conveniente destacar que ambos fenómenos, es decir, tanto la afectación como la desafectación, son posibles gracias al poder soberano del Estado y demás corporaciones públicas.

Por otro lado, mediante sentencia de dos de enero de 1997 (ponente Molino Mola), la Sala declaró nulo un acuerdo municipal (No.2 de 30 de septiembre de 1994), emitido por el Concejo del Distrito de San Francisco de Veraguas. Este acto, a su vez, suspendía el acuerdo No.12 de 24 de junio de 1994, con lo cual se desafectaba un bien municipal, que por razones de interés social (construcción de un proyecto urbanístico), había sido destinado como servidumbre de uso público.

Al proceder el consejo municipal a desafectar (con la suspensión) sin que hubiera desaparecido el interés social que motivó su afectación como tal (la construcción del proyecto urbanístico), se infringió

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

el artículo 333 del Código Civil, que les da a las calles el carácter de bienes de dominio público, y por ende, no pueden ser objeto de apropiación privada.

No obstante lo anterior, la práctica demuestra que pueden ser objeto de tráfico jurídico a través del sistema de concesiones y permisos de explotación o uso. Sobre el particular, están las normas constitucionales que así lo prevén.

En efecto, la característica común de los bienes de dominio público es su inalienabilidad, por lo que no pueden ser objeto de embargos y menos de prescripción (usucapión).

d. Caso de “Playa Bonita”

Es importante el cumplimiento del procedimiento de selección de contratista. Cambio de los requisitos de las ofertas.

El caso en mención decidido bajo mi ponencia mediante sentencia de 22 de febrero de este año, recayó sobre una demanda de plena jurisdicción interpuesta por una firma forense de la localidad, contra la resolución de junta directiva No.034-03, de 10 de abril de 2003, expedida por la extinta Autoridad de la Región Interoceánica.

Por razones del régimen procesal vigente en la época en que sucedieron los hechos y fue promovida la demanda, la misma fue resuelta bajo la aplicación de la Ley 56 de 1995.

La empresa demandante reclamaba la adjudicación a su favor del acto público consistente en una licitación para el arrendamiento de dos parcelas de terreno y el arrendamiento con opción de compra de otras dos parcelas ubicadas en Kobee, Arraiján, para la construcción de un proyecto ecoturístico y recreacional de playa.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

Uno de los cargos principales contra el acto demandado fue haber modificado el pliego de cargos sin seguir los procedimientos legales, caso de la publicación en un diario de la localidad del contenido con la suficiente antelación.

La Sala acogió el argumento de la demandante y dijo, entre otras cosas, que

la variación o cambio en la forma en que se iba a seleccionar la propuesta favorecida... constituye una modificación esencial a las especificaciones generales y particulares contenidas en el Pliego de Cargos, y que como tal, debía llevarse a cabo conforme el procedimiento establecido en la Ley 56 de 1995 (emisión en Addenda) y ser publicada en un diario de circulación nacional, por dos -2- días distintos, con una antelación de por menos (sic) diez - 10- días calendarios antes del día de la celebración del acto público, tal como es mandatorio por efecto del artículo 38 de la Ley 56 de 1995..., posterior a la reunión de homologación, este criterio fue variado en el sentido de que solamente se consideraría un elemento (el canon de arrendamiento más alto ofertado), situación que obligaba a la entidad licitante a seguir con el procedimiento consignado en la Ley...

La demanda fue estimada y se declaró la nulidad del acto demandado.

e. La buena fe en la relación contractual pública

Bajo el amparo de la anterior legislación de contratos administrativos, la Sala se pronunció sobre la apli-

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

cación 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 anterior ley lo consagraba (en el artículo 20) como un criterio de interpretación del contrato y la Sala haciéndose eco de 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.⁷

II. LA CONCESIÓN ES UN CONTRATO PÚBLICO

1. *Nociones previas. La concesión administrativa según la Constitución*

La Constitución contiene varios artículos sobre concesión administrativa, ubicando a 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, dentro de los parámetros del “bienestar social” y el “interés público” (Cfr. artículo 260).

⁷ Sentencia de 16 de agosto de 2004. Magistrado Ponente Adán Arjona López.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

Este contrato administrativo ha servido bastante bien a los fines que persigue el Estado capitalista contemporáneo.

2. *Conceptos de concesión administrativa*

Es un modo de gestión de los servicios públicos indirecto porque la obra se construye o el servicio público se presta, a través de los particulares, a cuenta y riesgo de éste, y a cambio de una contra-prestación.

Según Garrido Falla, 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.⁸

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.⁹ Como concesión de trabajos públicos están los corredores o autopistas (Norte y Sur).

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,

⁸ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1999, pp. 203-204.

⁹ Rojas Arbeláez, Gabriel, *El espíritu del Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, p. 64.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

mediante la sujeción a determinada (sic) cargas u obligaciones.¹⁰

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 legal 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.¹¹

El artículo 2 de la Ley 5 de 1988 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 de-

¹⁰ Concepto recogido por la sentencia de 30 de diciembre de 2004 del Pleno de la Corte Suprema. 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.

¹¹ 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. MP. Arturo Hoyos.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

rechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, la persona 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.

III. NORMAS VIGENTES SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: LEY 22 DE 2006 (MODIFICADA POR LA LEY 41 DE 2008)

Esta norma jurídica rige desde el 30 de diciembre de 2006 (reglamentada por el decreto ejecutivo No.366, de 28 de diciembre de 2006). Considero que la jurisprudencia debe tomar en cuenta algunos aspectos relevantes de esta nueva regulación, que tan solo a casi once años del anterior régimen que previno la Ley 56 de 1995, lo sustituyó.

Por razones evidentes el grueso de los fallos antes anotados se produjo bajo la vigencia de la Ley derogada. Veamos algunos aspectos de interés sobre la nueva legislación:

a) Se aplica a los contratos públicos que realice el gobierno central, 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. Los contratos pueden tener por objeto: La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado; la ejecución de obras públicas; la disposición de bienes estatales, incluyendo su arrendamiento; la prestación de servicios; la

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

operación o administración de bienes; las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por Ley especial.

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

c) 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 (B/.300.000.00)¹²; 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, complete 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;

¹² El balboa es la moneda nacional de Panamá. Desde 1904 en virtud de un “Convenio Monetario” con los Estados Unidos de América, el dólar estadounidense es de circulación legal en el Istmo y tiene paridad legal con la moneda panameña. La economía nacional está “dolarizada”, prácticamente, desde el inicio de la “era republicana” panameña.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

d) 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;¹³

e) Crea el “Tribunal de Contrataciones Públicas” (TACP), como instancia administrativa para conocer “en única instancia” del “recurso de impugnación” contra el acto que pone fin al procedimiento de selección de contratista. Este recurso debe ser presentado mediante apoderado legal. El acto que pone fin al procedimiento precontractual es la adjudicación (que declara y acepta la propuesta más ventajosa para el Estado), que es impugnable por medio del citado recurso ante el nuevo Tribunal administrativo especializado. La vía administrativa acaba en el Tribunal de Contrataciones, competencia que antes era ejercida por la propia entidad licitante.

f) Regula la “Contratación electrónica”, para la “adquisición y disposición de bienes, arrendamientos, obras, servicios y consultorías, a través de medios de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), de conformidad con las normas reguladoras de los documentos y firmas electrónicas y de las entidades de certificación en comercio electrónico y del intercambio de documentos electrónicos”;

g) Crea el *Sistema de Contrataciones Públicas ‘PanamaCompra’*, o aplicación de la informática administrada por el Estado que automatiza las operaciones y los procesos que intervienen en la contratación pública, y que vincula a las unidades de compras, a los pro-

¹³ Cf. Art.2.41.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

veedores y a los contratistas en un sistema informático centralizado al que se accede a través de internet;

h) Incluye la figura del reclamo¹⁴ ante la Dirección General de Contrataciones Públicas¹⁵. El reclamo consiste en una “acción” en haber de las personas naturales o jurídicas, “que se consideren agraviadas”, para atacar todo acto u omisión ilegal o arbitraria ocurridos durante ese proceso, “antes de que se adjudique, mediante resolución, el acto público correspondiente.”¹⁶ El reclamo que no sea resuelto en el término legal por la DGCP, el TACP asume la competencia para decidir esta acción;¹⁷

i) El recurso de impugnación ante el TACP 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 gratui-

¹⁴ El reclamo o reclamación en asuntos cuya cuantía sea superior a B/.50,000.00, debe ser hecho mediante abogado (art.115 de la Ley 22 de 2006 y 305 del reglamento). En el supuesto de reclamo por *rechazo de propuesta*, no se requiere el uso de abogado, o sea, que puede ser presentado directamente por el oferente.

¹⁵ Cfr. art. 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 quieren 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 TACP asumirá competencia al respecto.

¹⁶ Cf. art.2.35

¹⁷ Cf. art. 112 de la Ley 22 de 2006; 302 del reglamento.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

dad 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.

Debo destacar que la Sala se ha pronunciado sobre el papel que atañe a la Contraloría General de la República, en cuanto a su función fiscalizadora y en particular sobre la atribución del refrendo, ha señalado que el artículo 48 de la Ley 32 de 1984 obliga a la contraloría a refrendar todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación o afectación de fondos públicos; aunque esta norma debe ser analizada en conjunto con otras atribuciones entre ellas las del artículo 11 de la citada ley.

La Sala aclara 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 los sostiene'.¹⁸

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

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA...

IV. FUERO PREFERENTE

1. *Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo*

Su competencia para conocer del tema de los contratos administrativos está claramente determinada en la Ley. Al respecto el artículo 97.5 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”.

El Pleno de la Corte Suprema ¹⁹ ha señalado que no es procedente una demanda de amparo contra un contrato administrativo, y auxilia su dicho en el principio de preferencia de la vía contencioso administrativa a la de protección de derechos fundamentales.

También en el principio o requisito de agotamiento previo de los medios y trámites ordinarios antes de acudir al amparo constitucional.

Esto tiene relación con lo contencioso administrativo porque

por tratarse de una orden de no haber 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 ade-

¹⁹ Sentencia de 24 de octubre de 2000. Amparo de derechos. 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.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

cuada para impugnar el mencionado acto administrativo, criterio que ha sentado la Corte en numerosas ocasiones.

Igualmente, a favor de la tesis de preferencia se ha aducido la mayor posibilidad de contradictorio o ejercer apropiadamente el derecho de defensa ante lo contencioso, que en un proceso de amparo.