

ENTRADA No. 333-14

PONENTE: MG. LUIS M. CARRASCO

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL DR. ERNESTO CEDEÑO ALVARADO, ACTUANDO EN NOMBRE PROPIO Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL LOS ARTÍCULOS 5, 20, 22 (PARÁGRAFO), 28, 29 Y 36 DE LA LEY 48 DE 10 DE MAYO DE 2011, QUE REFORMA LA LEY 22 DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES



REPUBLICA DE PANAMA
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - PLENO
Panamá, dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

En conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia se encuentra la demanda de inconstitucionalidad promovida por el doctor Ernesto Cedeño Alvarado, en su propio nombre y representación, para que se declaren inconstitucionales los artículos 5, 20, 22 (parágrafo), 28, 29 y 36 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones.

Una vez admitida la demanda, se corrió traslado al Procurador de la Administración, y luego de surtido dicho trámite, se procedió a conceder el término legal para la presentación de los alegatos, el cual venció sin pronunciamiento alguno.

I. LA NORMA ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL:

Mediante memorial visible a foja 1 a 8, el doctor Ernesto Cedeño Alvarado, demanda que se declare inconstitucional los artículos 5, 20, 22 (parágrafo), 28, 29 y 36 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, que reforma la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

Las normas alegadas, textualmente disponen lo siguiente:

Artículo 5. *El numeral 13 del artículo 9 de la Ley 22 de 2006 queda así:*

Artículo 9. *Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:*

...

13. *Fiscalizar los procesos de selección de contratista que celebren las entidades públicas, en consecuencia estará facultada para imponer multas, por el equivalente al 1% del salario bruto que devenguen los*

servidores públicos que violen los principios y las normas de contratación pública previstos en esta Ley. Las multas así impuestas serán notificadas a la Contraloría General de la República para el respectivo descuento, el cual será consignado en el fondo especial de la Dirección General de Contrataciones Públicas. Esta sanción se impondrá luego del cumplimiento del Procedimiento Administrativo General. Los casos en que resulte posible la comisión de un hecho punible se pondrán en conocimiento del Ministerio Público.

...

Artículo 20. *El artículo 52 de la Ley 22 de 2006 queda así:*

Artículo 52. *Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público sin mayor fundamentación.*

En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, la entidad puede rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.

Ejecutoriada la adjudicación del acto público, esta obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera ejercer la facultad de rechazo de su oferta, sin haberse formalizado el contrato.

El adjudicatario está obligado a mantener su propuesta y a firmar el contrato respectivo: de no hacerlo dentro del tiempo establecido en el peligro de cargos, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta.

Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público quedará en estado de cancelado, salvo que el interesado haga uso del derecho de interponer el recurso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declara el rechazo de la propuesta.

...

Artículo 22. *El artículo 56 de la Ley 22 de 2006 queda así:*

Parágrafo. *No será aplicable el procedimiento de selección de contratista ni el procedimiento excepcional de contratación, establecidos en esta Ley, en los siguientes casos:*

a. *Para las adquisiciones de suministros, servicios u obras que guarden relación con la seguridad ciudadana, presidencial y del Estado. En los casos en que dichas adquisiciones sean menores de tres millones de balboas (B/. 3,000,000.00), el ministro de la Presidencia, o quien él delegue, deberá autorizar la condición de tal. Cuando las adquisiciones sobrepasen la suma de tres millones de balboas (B/.3,000,000.00) serán autorizadas por el Consejo de Gabinete.*

Para los efectos de este literal, las entidades deberán presentar solicitud formal que contenga, como mínimo, la siguiente información:

1. *Objeto de la contratación.*
2. *Identificación del tipo de seguridad con el que se guarda relación, debidamente fundamentada.*

3. Descripción de la adquisición, servicio u obra a contratar.
 4. Cuantía y partida presupuestaria.
 5. Justificación de la solicitud y de la contratación con el proveedor debidamente desarrollada y fundamentada.
 6. Cualquier otra información o documentación que sustente la contratación o sea requerida por la autoridad correspondiente para emitir la autorización.
- b. Las contrataciones interinstitucionales que celebre el Estado, entendiéndose como tales las que se realicen entre entidades de Gobierno Central, las que celebre el Estado con sus instituciones autónomas o semiautónomas, municipales o con las asociaciones de municipios o de estas entre sí.
- c. Los contratos que constituyen simple prórroga de arrendamiento de bien o servicios ya existentes, cuyos montos no exceden de trescientos mil balboas (B/. 300,000.00), por razones de normalización o por la necesidad de asegurar la compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, siempre que se cuente con la partida presupuestaria correspondiente, que el precio no sea superior al pactado originalmente y no varíen las características esenciales del contrato, como sus partes, objeto, monto y vigencia. Sin embargo, cuando existan razones fundadas, se permitirá que la entidad contratante otorgue prórroga cuya vigencia sea inferior a la pactada originalmente.

En casos de arrendamiento de bienes inmuebles, en los que el Estado actúe en condición de arrendatario, se entenderá que existe simple prórroga, siempre que el canon de arrendamiento no exceda los límites permitidos de acuerdo con el valor promedio actualizado del bien.

Para los efectos de esta disposición, se entenderá como valor promedio actualizado del bien el valor correspondiente hasta dos años después de la fecha del último avalúo oficial expedido por las autoridades competentes.

d. Las contrataciones celebradas con un mismo proveedor, para un mismo objeto contractual, cuya cuantía anual no sobrepase los cien mil balboas (B/.100,000.00).

Para los efectos de esta disposición, las entidades deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" los respectivos contratos, debidamente refrendados por la Contraloría General de la República, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, contado a partir de la fecha de recepción del contrato por parte de la entidad contratante. Se exceptúan de la publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" las adquisiciones, servicios y obras que guardan relación con la seguridad ciudadana, presidencial y del Estado.

Artículo 28. El Parágrafo 2 del artículo 82 de la Ley 22 de 2006 queda así:

Artículo 82. Contrato de consultoría.

Parágrafo 2. Se exceptúan del procedimiento de selección de contratista y del procedimiento excepcional de contratación las consultorías que no sobrepasan de trescientos mil balboas (B/.300,000.00).

Artículo 29. Se adiciona el artículo 82-A a la Ley 22 de 2006, así:

Artículo 82-A. Contratos de prestación de servicios de promoción y publicidad para pautas publicitarias y relaciones públicas en el extranjero. Quedan comprendidos en esta modalidad de contratación los contratos que se celebren con empresas extranjeras no registradas en Panamá y cuya ejecución se cumpla totalmente fuera del territorio de la República de Panamá, aunque indirectamente tenga efectos dentro del país.

Dichas contrataciones se exceptúan del procedimiento de selección de contratista y del procedimiento excepcional de contratación, cuando no sobrepasen los ochocientos mil balboas (B/.800,00.00), en virtud de la naturaleza, características, usos y costumbres de las empresas extranjeras no registradas en Panamá y en atención al tema de la promoción, publicidad para pautas publicitarias y relaciones públicas en el extranjero.

El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" deberá habilitar un espacio para que se contemple la publicidad de los contratos, las órdenes de compra o la información de transferencias bancarias que se realicen con las empresas internacionales destinadas de manera exclusiva a la promoción, publicidad y relaciones públicas,

Para los efectos de la ejecución y liquidación de estos contratos, así como para la resolución de conflictos entre las partes contratantes será aplicable la Ley.

Artículo 36. *Se adiciona un párrafo al artículo 104 de la Ley 22 de 2006, así:*

Artículo 104. *Creación. ...*

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas estará facultado para decretar medidas cautelares y precautorias, y pronunciarse sobre la viabilidad de la utilización de métodos alternos de solución de conflictos, como la mediación y conciliación, que solicitan las partes, de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos".

II. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA:

Señala el demandante que el miércoles 11 de mayo de 2011, salió publicada la Ley 48 de 10 de mayo de 2011 en la Gaceta Oficial No. 26782, ley que en su opinión, tiene establecidas varias disposiciones que infringen la Constitución Política.

Estima el proponente que en el artículo 5 de la Ley 48 de 2011, se otorga competencia a la Dirección General de Contrataciones Públicas para juzgar administrativamente a funcionarios de instituciones establecidas a nivel constitucional, aspecto que violenta la separación de poderes.

En igual sentido, alega que el artículo 20 de la Ley 48 de 2011, al margen de lo dispuesto en el Texto Fundamental en lo que respecta al

principio de licitación pública, permite la discrecionalidad en el proceso de contratación pública.

Advierte, por otra parte, que el artículo 22 de la misma ley lesiona el Estatuto Fundamental, ya que hace viable la contratación libre sin mayor cortapisa de procedimiento y en contra de lo que exige la Constitución, que remite a la celebración del acto de la selección de contratista.

Indica que el artículo 28 de la Ley 48 de 2011, posibilita la omisión de los actos públicos en las consultorías, cuando la Constitución señala que deben honrarse los principios de licitación pública.

Explica que el artículo 29 hace posible la contratación libre y expedita de contratos de servicios de promoción y publicación, lo cual lesiona el principio de contratación pública.

Finalmente, refiere que el artículo 36 de la Ley 48 de 2011, convierte al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un juzgado al otorgársele facultades propias del Órgano Judicial, cuando los tribunales deben estar adscritos al Órgano Judicial.

III. DISPOSICIONES Y CONCEPTO DE LAS INFRACCIONES ALEGADAS:

En primer término, el promotor constitucional alega la violación directa por comisión del artículo 2 de la Constitución Política.

En este sentido, plantea que el artículo 5 de la Ley 48 de 2011 lesiona el principio de separación de poderes, pues faculta a la Dirección General de Contrataciones Públicas a imponer sanciones con multa por el equivalente al 1% del salario bruto, entre otros a funcionarios que ostentan cargos con rango constitucional, como por ejemplo: a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, al Contralor General de la República, los Procuradores del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, etc.

En segundo término, aduce la violación directa por comisión del artículo 202 constitucional. Señala que el artículo 36 de la Ley 48 de 2011 afecta al artículo 202 toda vez que le da facultades propias de un tribunal jurisdiccional al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, siendo éste en todo caso una unidad administrativa.

Seguidamente, el demandante señala la violación del artículo 266 del Texto Fundamental. Estima que el artículo 20 de la Ley 48 de 2011 debilita el acto de selección de contratista concebido bajo el principio de licitación pública, debido a que establece una discrecionalidad evidente a un ente público licitante, para cancelar la convocatoria anunciada y hasta para rechazar todas las propuestas presentadas, bajo el supuesto del orden público o el interés social.

En línea con lo anterior, alega que el artículo 22 de la Ley 48 de 2011 viola de forma directa por comisión el artículo 266 de la Constitución.

Según explica, la norma acusada posibilita contratar directamente y a la libre, sin autorización, ni ningún otro parámetro y en oposición a lo que dispone el Texto Constitucional, que manda a honrar el principio de licitación pública.

De acuerdo con el demandante, esta posibilidad podría arrojar perjuicios económicos al erario público, ya que restringe la presentación de otras ofertas de proveedores que pudieran acudir a una licitación pública programada para entregar propuestas más económicas en beneficio del Estado.

Por último, aduce que los artículos 28 y 29 de la Ley 48 de 2011 violan de forma directa por comisión el artículo 266 de la Constitución, pues estima que estas normas posibilitan contratar directamente sin autorización y sin ningún parámetro establecido, a la unidad pública contratante, con el consultor que considere a bien elegir, hasta por una cuantía que no sobrepase de B/. 3000,000.00, todo ello en contraposición de lo que dispone la Constitución Política.

En los mismos términos, señala que el artículo 29 de la Ley 48 de 2011 viola el Texto Fundamental pues se habilita a la unidad del Estado a contratar con la empresa que brinde servicios de promoción y publicidad para pautas publicitarias y relaciones públicas en el extranjero hasta por una cuantía que no sobrepase de B/.800,000.00, directamente y a la libre, sin autorización y ningún parámetro establecido.

IV. OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2563 del Código Judicial, el Procurador de la Administración por medio de la Vista No. 467 de 16 de septiembre de 2014 (cfr. f. 14-26) emitió concepto sobre la demanda de inconstitucionalidad promovida contra los artículos 5, 20, 22 (parágrafo), 28, 29 y 36 de la Ley 48 de 7 de agosto de 2011, la cual reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública.

En esencia, el Ministerio Público plantea que en Panamá existe un sistema de coparticipación jurisdiccional, fundamentado en el principio de que los Órganos del Estado actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración, según el cual el Órgano Judicial ejerce funciones jurisdiccionales propiamente dichas, mientras que co-ejercen al mismo tiempo otros órganos del Estado.

Señala que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en Panamá se acepta y sigue el criterio de que la Administración de Justicia se subdivide en dos grandes vertientes, a saber: la vertiente judicial-ordinaria, en la que la función jurisdiccional es ejercida por el Órgano Judicial; y la segunda, la vertiente administrativa-extraordinaria, en la cual la administración de justicia es ejercida por otras autoridades y entidades públicas, que gozan de facultad sancionadora.

En lo que respecta al cargo de violación del artículo 202 constitucional, estima que la norma no establece en modo alguno la limitación a la que se refiere el demandante, en el sentido de que

decretar medidas cautelares es una facultad exclusiva del Órgano Judicial.

Señala el Procurador de la Administración que la disposición en su primera parte guarda relación con la composición del Órgano Judicial, y en su parte final, sobre la competencia de los tribunales arbitrales.

En opinión del Procurador de la Administración, el demandante no ha explicado de manera adecuada la supuesta violación del artículo 202 de la Constitución Política, ya que sólo alega que se le están atribuyendo al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas facultades que son propias de un organismo jurisdiccional, lo que de acuerdo con el petente corresponde exclusivamente al Órgano Judicial.

Con relación al cargo de violación del artículo 266 del Texto Fundamental, plantea que el demandante no hace una relación o vinculación entre la disposición constitucional que cita como infringida y las razones específicas por las cuales se produce la supuesta violación del artículo 266 de la Constitución Política.

Señala que el demandante al no efectuar un desarrollo separado que explique y precise los motivos por los cuales el contenido de cada disposición legal, no es factible formarse un criterio en cuanto a la violación que plantea.

Por otro lado, el representante del Ministerio Público observa que al analizar el artículo 266 de la Carta Política no puede ignorarse que la propia disposición determina la posibilidad de que por voluntad de la ley, se establezcan excepciones al principio de licitación pública, de ahí que esta regla no resulta absoluta ni inflexible.

En definitiva, sustenta que el accionante no expone de manera concreta y razonada de qué forma las excepciones al proceso de selección de contratista dan lugar a la violación del precepto constitucional, es decir, cómo tales medidas de excepción no

aseguran el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.

Por tales motivos, el Procurador de la Administración solicita al Pleno de la Corte que se declare que no son inconstitucionales los artículos 5, 20, 22 (parágrafo), 28, 29 y 36 de la Ley 48 de 7 de agosto de 2011.

V. CONSIDERACIONES DEL PLENO:

Una vez cumplido con los trámites procesales inherentes a este tipo de negocios, este Tribunal Constitucional procede con el análisis de fondo a objeto de determinar la constitucionalidad de los artículos 5, 20, 22 (parágrafo), 28, 29 y 36 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones.

En primer lugar, vemos que en consideración del accionante el artículo 5 de la Ley 48 de 2011 viola el principio de separación de poderes. Para el demandante la disposición legal viola el artículo 202 de la Constitución, en virtud de que faculta a la Dirección General de Contrataciones Públicas a imponer sanciones con multa equivalente al 1% del salario bruto a todos los funcionarios públicos, entre estos, aquellos con rango constitucional como lo son los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Contralor General de la República, los Procuradores del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, etc.

El artículo 5 de la Ley 48 de 2011, es del tenor siguiente:

“Artículo 5. El numeral 13 del artículo 9 de la Ley 22 de 2006 queda así:

Artículo 9. Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

*...
13. Fiscalizar los procesos de selección de contratista que celebren las entidades públicas, en consecuencia estará facultada para imponer multas, por el equivalente al 1% del salario bruto que devenguen los servidores públicos que violen los principios y las normas de contratación pública previstos en esta Ley. Las multas así impuestas serán notificadas a la Contraloría General de la República para el respectivo descuento, el cual será consignado en el fondo especial de la Dirección General de Contrataciones Públicas. Esta*

sanción se impondrá luego del cumplimiento del Procedimiento Administrativo General. Los casos en que resulte posible la comisión de un hecho punible se pondrán en conocimiento del Ministerio Público.”

Como puede apreciarse, la disposición legal establece dentro del marco de las competencias de la Dirección General de Contrataciones Públicas, la de “fiscalizar los procesos de selección de contratista que celebren las entidades públicas”. De acuerdo con el hoy artículo 10 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, modificado por el artículo 5 de la Ley 48 de 2011, en el ejercicio de tal función la Dirección General de Contrataciones Públicas “estará facultada para imponer multas” (a) “los servidores públicos que violen los principios y las normas de contratación pública previstos en esta Ley”.

En este contexto, se observa que la norma alegada faculta a la autoridad para que desarrolle una actividad sancionadora dentro del marco de la actividad de fiscalización. Esto es así, pues la norma alude a que “en consecuencia” de la fiscalización “de los procesos de selección de contratista que celebren las entidades públicas”, la Dirección General de Contrataciones Públicas “estará facultada para imponer multas”.

Esta potestad no es nueva en el ámbito de las facultades del Estado. Por regla general, dentro del marco de las funciones que la ley atribuye a las autoridades públicas se contempla el ejercicio de la potestad sancionadora. Es decir, aquella que busca conminar al cumplimiento de la norma legal mediante la coerción y la disuasión que produce la sanción administrativa, siendo esta, como dice Eduardo García de Enterría, un “mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”.

Así, como señala el Procurador de la Administración en referencia al Fallo del Pleno de la Corte de 17 de septiembre de 2003, la facultad contemplada en el numeral 13 del artículo 10 del Texto Único de la Ley de Contratación Pública, es una actividad típica del Estado, la cual tiene lugar en Panamá en virtud de que el Texto Constitucional consagra “un sistema de coparticipación jurisdiccional, fundamentado en el principio de armónica colaboración de los órganos

del Estado y justificado solamente por razones sociales, económicas y políticas, las que deben ser ponderadas concretamente por el Órgano Judicial en el ejercicio de sus atribuciones funcionales, de manera que no se constituyan en intromisiones intolerables a la "natural" función jurisdiccional de éste".

En tales términos, tenemos entonces que si bien la actividad de administrar justicia se encuentra circunscrita a las competencias que ejerce el Órgano Judicial, no menos cierto es que en el desarrollo de la actividad administrativa de las distintas instituciones y autoridades públicas de los Órganos del Estado, éstas están facultadas para ejercer un control punitivo sobre los particulares y sus funcionarios con el fin de mantener un orden en el cumplimiento de las obligaciones que se deducen de cada una de las actividades administrativas que realizan a nivel institucional y que prevén las leyes especiales aplicables. En este ámbito, las instituciones y autoridades públicas, distinto a la facultad jurisdiccional de administrar justicia, realizan un ejercicio de autotutela, sujeto a revisión y control en la vía contencioso administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el numeral 13 del artículo 10 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 modificado por el artículo 5 de la ley 48 de 2011, en nada lesiona el alegado artículo 2 del Texto Constitucional. Muy por el contrario, se aprecia que en atención al principio de separación de poderes previsto en el artículo 2 constitucional, la facultad de fiscalización atribuida a la Dirección General de Contrataciones Públicas, en caso de violación a los principios y normas de la contratación pública, no es más que una actividad gubernativa cuya finalidad punitiva busca orientar el cumplimiento de los procesos de selección de contratista a través de la imposición de la multa a la que alude la norma acusada.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en la parte final de la misma disposición legal, que dice la "sanción se impondrá luego del cumplimiento del Procedimiento Administrativo General", hace evidente que la norma remite a las normas de la Ley

38 de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, en las cuales se establece que una vez agotada la vía gubernativa el interesado podrá ocurrir a la vía jurisdiccional a efecto de que se ejerza el control judicial de la actuación administrativa. De manera que, en la norma queda debidamente diferenciada la atribución de sanción retenida al órgano administrativo y la atribución jurisdiccional que ejerce el órgano judicial una vez se da por terminado el procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, se desestima el cargo de violación del artículo 5 de la Ley 48 de 2011, que modificó el artículo 10 numeral 13 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Se pasa, entonces, al examen de los siguientes cargos de violación.

El demandante aduce la violación del artículo 266 de la Constitución Política, bajo la consideración de que los artículos 20, 22, 28 y 29 de la Ley 48 de 2011 (hoy artículos 58, 62 [parágrafo], 92 y 93) otorgan excesiva discrecionalidad al ente público para la selección de contratista sin la aplicación del procedimiento de selección de contratista ni el procedimiento excepcional de contratación.

El demandante sostiene que la violación a la norma constitucional se da en virtud de que la Ley 48 de 2011 posibilita a la entidad licitante a cancelar, antes de recibir propuestas, la convocatoria del acto público sin fundamentación. De acuerdo con el accionante, contrario al tenor constitucional, además, la ley permite a la unidad pública a contratar directamente y sin limitación con el consultor que considere, hasta por una cuantía que no sobrepase de B/.300,000.00, así como también lo habilita para contratar con excesiva discrecionalidad a la empresa que brinde servicios de promoción y publicidad para pautas publicitarias y relaciones públicas en el extranjero hasta por una cuantía que no sobrepase de B/.800,000.00.

A tal efecto, debe reconocerse que el artículo 266 de la Carta Política establece la obligación de someter, salvo las excepciones que

determine la ley, la adquisición de bienes y servicios a favor del Estado, al proceso de licitación pública, el cual, de conformidad con los artículos 18, 19, 20 y 32 de la Constitución y el principio de plena justicia en la adjudicación (segundo párrafo del art. 266), ha de respetar y cumplir los procedimientos establecidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y ceñirse a criterios de legalidad, debido proceso, objetividad, publicidad, transparencia, libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación entre los proponentes.

Por otro lado, en el segundo párrafo del referido artículo 266 constitucional se establece una reserva legal a efecto de que la regulación de la contratación pública establezca “medidas que aseguren el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”, es decir, que en principio su desarrollo legal debe responder a la oferta más favorable al Estado.

Así, en cumplimiento de este mandato constitucional, en el artículo 42 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, se precisa que la “licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos”.

Sin embargo, hay que señalar que la adecuada selección del contratista que resguarda la disposición constitucional no sólo hace referencia al mayor beneficio económico del Estado, sino también a los fines que sirve el contrato y al interés público al que debe ceñirse toda actuación pública de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Constitución (“el interés privado deberá ceder al interés público o social”) y en el artículo 22 de la Ley 22 de 2006, en el que se establece lo siguiente:

“En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la

igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos” (Subrayado es del Pleno).

Así pues, de lo señalado en la norma constitucional y legal se deduce que el mayor beneficio para el Estado debe ser apreciado no sólo desde la perspectiva del más bajo costo posible sino también de la mejor calidad en cuanto a la obra, bien o servicio de que se trate. Y es que no debe perderse de vista que el trámite de selección de contratista como elemento previo al contrato, busca asegurar los fines de la contratación, así como el adecuado cumplimiento de las obligaciones que la Constitución y la Ley atribuyen al Estado en la prestación de los servicios públicos, para lo cual, ha dicho esta Corte en sede Contencioso Administrativa:

“...debe permitir[se] la escogencia objetiva de la mejor oferta, hecha por proponentes calificados con credenciales de seriedad y cumplimiento para asegurar las condiciones más beneficiosas al interés general” (Fallo de 27 de noviembre de 2009).

Establecido lo anterior, es claro que los artículos 20, 22 (parágrafo), 28 y 29 de la Ley 48 de 2011 (hoy artículos 58, 62, 92 *in fine* y 93), no se ajustan a los parámetros previstos en el artículo 266 de la Constitución.

Elio, fundamentalmente, por lo siguiente:

a) Por un lado, como vemos el artículo 20 de la Ley 48 de 2011 contempla que la entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público sin mayor fundamentación. Esta última frase, en la que se hace referencia a la cancelación de la convocatoria sin mayor fundamentación, es a todas luces contraria al deber de motivación del acto administrativo que tienen las autoridades públicas en resguardo de la garantía del debido proceso legal.

En efecto, como ha reconocido la doctrina de esta Corte, la motivación del acto administrativo es uno de los elementos esenciales del debido proceso, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 32 de la Constitución, en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 34, 155 y 201

numeral 1 de la Ley 38 de 2000, de Procedimiento Administrativo General (ley aplicable en materia de contrataciones públicas de conformidad con el artículo 3 del Texto Único de la Ley 22 de 2006).

De acuerdo con esta normativa, y siendo el acto de cancelación de la convocatoria del acto público una actuación de la Administración, que además, genera expectativas sobre los proponentes (en virtud del tiempo invertido en la elaboración de propuestas y costos de la misma), éste debe contener como cualquier otro acto administrativo, unos elementos mínimos en procura de la garantía del debido proceso y la seguridad jurídica. En este caso en especial, debe hacer alusión a la descripción del acto público, la identificación del ente licitante, la descripción breve del objeto contractual cancelado, las causas de la cancelación y la expresión clara de la norma jurídica que fundamenta tal actuación.

Así las cosas, es claro que la frase “sin mayor fundamentación” contenida en el artículo 20 de la Ley 8 de 2011, lesiona la garantía procedimental según la cual todo acto ha de estar debidamente fundado y motivado.

b) El siguiente cargo de violación guarda relación con la atribución que se hace al Ministro de la Presidencia o a favor de quien él delegue, para exceptuar del proceso de licitación pública las contrataciones relativas a la adquisición de suministros, servicios u obras relacionadas con funciones que no le son propias, como son la seguridad ciudadana y del Estado.

En este sentido, cabe señalar que la Ley 15 de 28 de enero de 1958, que crea el Ministerio de la Presidencia, precisa que este ramo funge como coordinador de las funciones de los demás ministerios y como órgano de comunicación del Presidente de la República y del Consejo de Gabinete con los demás órganos e instituciones del Estado y con los particulares.

Como vemos, la ley nada dice que el Ministro de la Presidencia esté investido para ejercer funciones concernientes a la seguridad

ciudadana y del Estado. Tal normativa sólo alude a la seguridad presidencial, mientras que el resto de competencias relacionadas con la seguridad pública, como se sabe, se encuentran adscritas a otros ramos del Órgano Ejecutivo. Por lo tanto, para el Pleno no resulta coherente que el artículo el artículo 22 parágrafo de la Ley 48 de 2011, atribuya facultades al Ministro de la Presidencia para adquisiciones de suministros, servicios y obras relacionadas con actividades ajenas a las de su competencia funcional.

c) Enlazado con lo anterior, se observa que las normas acusadas establecen un amplio margen para la adquisición de suministros, servicios y obras, al facultarse al Ministro de la Presidencia o a quien él delegue, para autorizar contrataciones hasta por un monto de tres millones de balboas sin la aplicación del procedimiento de selección de contratista.

Al respecto, debe tenerse presente que de acuerdo con el mandato del artículo 266 de la Constitución, como regla debe prevalecer el proceso de licitación pública como principio universal en la selección de contratista. De ahí que, si bien la norma constitucional permita que la ley establezca excepciones a la licitación pública, lo cierto es que tales excepciones deben aplicarse de forma restrictiva, es decir, bajo sujeción a los principios que consagra el segundo párrafo del artículo 266 del Texto Fundamental (mayor beneficio del Estado y plena justicia en la adjudicación), así como conforme a los derechos y garantías fundamentales previstas en el ordenamiento constitucional.

Desde esta perspectiva es claro, entonces, que la excepción consagrada en el artículo 22 de la Ley 48 de 2011 crea un privilegio desproporcionado e incoherente con los principios de mayor beneficio del interés público y plena justicia en la adjudicación, en virtud de que establece como único límite a la contratación, que la adquisición sea menor de tres millones de balboas, suma que resulta de tal amplitud que aleja de toda valoración objetiva y razonable la elección del contratista.

d) Finalmente, con relación a los artículos 82 y 82-A de la Ley 48 de 2011 (hoy artículo 92 *in fine* y 93), es de señalar que éstas contemplan una regla de excepción en caso de contrato de consultoría y contratos de servicios de promoción y publicidad en el extranjero que también presentan claros vicios de inconstitucionalidad. Ello es así, dado que las mismas establecen un marco de injustificada amplitud para la selección de contratista en el caso de contratos de consultoría, de hasta un monto de trescientos mil balboas, y de hasta un monto de ochocientos mil balboas, en caso de contratos de servicios de promoción y publicidad para pautas publicitarias y relaciones públicas en el extranjero.

Tal excepción al procedimiento de selección de contratista y del procedimiento excepcional de contratación, niega la posibilidad a la autoridad requirente de seleccionar, en un proceso equitativo, la oferta que mejor se ajuste a los servicios que precisa para garantizar y optimizar la calidad y resultados de las actividades de su competencia.

Por las razones señaladas, el Pleno concluye que los artículos 20, 22 (parágrafo), 28 y 29 de la Ley 48 de 2011 (actuales artículos 62, 92 *in fine* y 93), efectivamente son inconstitucionales.

Para terminar, debe el Pleno examinar el cargo de infracción en torno al artículo 36 de la Ley 48 de 2011, que reforma el artículo 104 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (hoy artículo 120).

A juicio del proponente la norma legal desatiende el artículo 2 del Texto Fundamental en virtud de que otorga al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, facultades que estima son propias de un tribunal jurisdiccional, como es la de dictar medidas cautelares y precautorias, y no de una entidad administrativa.

Al respecto, conviene recordar que de acuerdo con el Texto Único de Ley 22 de 2006 el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas es un órgano administrativo independiente, facultado para conocer en única instancia del recurso de impugnación, de apelación y

las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Como vemos, en ningún supuesto la Ley otorga al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas potestades jurisdiccionales, sino que éste en ejercicio del principio de autotutela administrativa conoce de los agravios, puntualmente reconocidos en la ley, que puedan producirse en el proceso de contratación ante la instancia administrativa inferior a la del tribunal.

Cabe señalar que desde el punto de vista doctrinal este tipo de tribunales administrativos (como son en la experiencia comparada, por ejemplo, los Tribunales Administrativos de la Navegación y Comisiones de Defensa del Consumidor en Argentina, los Tribunales Administrativos de Arbitraje, los Tribunales de Justicia Fiscal o Tributarios, Tribunales Aduaneros, Tribunales Ambientales, etc.) en nada intervienen o asumen facultades judiciales, sino que complementan a la Administración Pública, al separar de ésta la decisión de ciertos asuntos a través de órganos colegiados, dotados de márgenes de independencia y autonomía del poder central, y siempre sujetos a control judicial en la vía contencioso administrativa (GORDILLO, A., «Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa», *RAP*, 2005, pp. 955-962).

Por lo anterior, debe entenderse que el hecho que el artículo 120 de la Ley 22 de 2006 establezca un Tribunal Administrativo fuera del ámbito jurisdiccional que ejerce el Órgano Judicial, no supone una violación al principio de separación de poderes, pues se mantiene una clara separación entre las funciones de justicia administrativa que ejerce el Tribunal de Contrataciones en la vía gubernativa, de la función judicial de control de la legalidad administrativa, que en nuestro medio corresponde a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Del mismo modo, debe descartarse que la facultad de decretar medidas cautelares o precautorias atribuida al Tribunal de

Contrataciones Públicas sea violatorio del artículo 2 de la Constitución, ya que, como señalara este Pleno en Fallo de 11 de abril de 2014:

“...la adopción de medidas precautorias provisionales en el marco del procedimiento administrativo es parte del ejercicio de autotutela de la Administración y tiene como principal finalidad garantizar la tutela efectiva dentro del procedimiento administrativo sancionador, asegurando que no se pierda el objeto del mismo hasta tanto concluya el proceso o hasta tanto sea revisado en sede jurisdiccional ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

[...]

Cabe agregar que la medida de suspensión provisional que contempla el artículo 105 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, norma acusada de inconstitucional, no es la única que en nuestro ordenamiento jurídico prevé medidas de carácter cautelar de aplicación por las autoridades administrativas. En la legislación nacional podemos encontrar medidas de tipo provisional que distintas instituciones del Estado pueden adoptar con el fin de salvaguardar los intereses que se controvierten en la vía gubernativa. Así por ejemplo, y sólo por mencionar algunos:

El artículo 17 del Decreto de Gabinete 109 de 1970, le otorga al Director General de la DG (hoy ANIP) la facultad para “ordenar medidas cautelares en cualquier momento, a fin de garantizar el cobro de los créditos tributarios”.

El artículo 27 de la Ley 67 de 2008 contempla que el Pleno del Tribunal de Cuentas podrá decretar medidas cautelares a petición del Fiscal de Cuentas, con el fin de que el proceso de cuentas no sea ilusorio.

El artículo 23 del Decreto Ejecutivo 279 de 2006 reglamenta la Ley 26 de 2006 de la ASEP, señala la aplicación de medidas cautelares con el fin de garantizar las obligaciones contractuales en el marco de la prestación de servicios públicos. Y el artículo 4 lex cit contempla dentro de las definiciones la figura del secuestro; y

El artículo 38 de la Ley 6 de 2006 sobre Ordenamiento Territorial, se prevé la facultad de suspender obras de forma parcial o total o como medida cautelar.

Como puede observarse, no es extraño que la Administración Pública en el ejercicio de sus facultades adopte motu proprio medidas precautorias como la que se establece en el artículo 105 de la Ley 45 de 2007, sin que ello constituya una intromisión den la función jurisdiccional. Muy el contrario, como decimos, supone una garantía al principio de tutela efectiva en la esfera administrativa y respuesta a la exigencia de un proceso justo que establece el artículo 32 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; garantía sobre la que incide la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá al señalar que el debido proceso es de obligatorio cumplimiento por las autoridades públicas en las distintas esferas de la actividad administrativa, sin excepción”.

En consecuencia, el Pleno desestima los cargos de violación aducidos con relación a los artículos 5, 20 y 36 de la Ley 48 de 10 de

mayo de 2011 y pasa a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 22 (parágrafo), 28, 29.

VI. PARTE RESOLUTIVA:

Por todo lo antes expuesto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley DECLARA:

- 1) **QUE NO SON INCONSTITUCIONALES** los artículos 5 y 36 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones.
- 2) **QUE ES INCONSTITUCIONAL** la frase “sin mayor fundamentación”, contenida en el artículo 20 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones
- 3) **QUE SON INCONSTITUCIONALES** los artículos 22 (parágrafo), 28, 29 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones.

Notifíquese, comuníquese y publíquese,-

MGDO. LUIS MARIO CARRASCO

MGDO. ABEL AUGUSTO ZAMORANO

MGDO. OYDÉN ORTEGA DURÁN

MGDA. ANGELA RUSSO DE CEDEÑO

MGDO. JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS

MGDO. CECILIO CEDALISE RIQUELME

MGDO. WILFREDO SÁENZ FERNÁNDEZ

MGDO. HARRY A. DÍAZ

MGDO. LUIS R. FÁBREGA S.

**LCDA. YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL**