

REPÚBLICA DE PANAMÁ



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PLENO

Panamá, dos (2) de julio de dos mil catorce (2014).

VISTOS:

La Firma Forense Bermúdez, Mora & Asociados en representación de la Sociedad Majoli Services, S.A., sociedad debidamente inscrita a la Ficha 375889, Documento 83240 de la Sección de Persona Mercantil del Registro Público, interpone Demanda de Inconstitucionalidad, en contra de la frase: "en la ejecución del contrato", del primer párrafo y de la frase: "o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato" del tercer párrafo, ambos del artículo 113 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006¹ (hoy artículo 131 de la misma ley).

TRÁMITES DEL PROCESO

Admitida la demanda se corrió traslado a la Procuraduría de la Administración², para que emitiera concepto, el cual se formalizó por medio de la Vista No. 217 de 1 de marzo de 2010, legible a fojas 18 a 25.

En tiempo oportuno se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 2564³ (antiguo 2555) del Código Judicial para que por diez (10) días, contados a

¹Según el Texto Único ordenado por la Ley 48 de 2001 (dictada por Asamblea Nacional el 10/05/2011 y publicada en la Gaceta Oficial Digital No. 26782 de 11/05/2011).

²Artículo 2563. Una vez admitida la demanda de inconstitucionalidad, la consulta o una objeción de inexecutable, la Corte dará traslado del asunto, por turno, al Procurador General de la Nación o al Procurador de la Administración para que emita concepto, dentro de un término no mayor de diez días.

partir de la última publicación, el demandante y todas las personas interesadas presentaran argumentos, por el escrito sobre el caso.

Una vez cumplidos los trámites de la sustanciación, corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, decidir la presente Acción de Inconstitucionalidad, previo las siguientes consideraciones.

NORMAS ACUSADAS DE INCONSTITUCIONALES

La accionante solicita a la Corte Suprema de Justicia que se declaren inconstitucionales las frases: "en la ejecución del contrato", del primer párrafo y "o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato", del tercer párrafo, ambos del artículo 113 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006³(hoy artículo 131 de la misma ley), que a la letra establece:

"Artículo 113. (Modificado por La Ley 41 de 10 de julio de 2008) Notificación. Todas las resoluciones que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista **y en la ejecución del contrato**, así como las que dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios que deben mantener todas las instituciones del Estado.

Asimismo, las resoluciones que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas aceptando o rechazando la solicitud de registro de proponentes, así como las que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista, deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios de la entidad.

Transcurridos dos días hábiles, después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios las resoluciones o actos administrativos mencionados en el presente artículo, se darán por notificados y el interesado, si se considera agraviado con dicha decisión, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta Ley **o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato.**

Es obligación de los proponentes mantenerse informados de todas las

³Artículo 2564. Devuelto el expediente por dicho funcionario, se fijará en lista y se publicará edicto hasta por tres días en un periódico de circulación nacional, para que en el término de diez días, contados a partir de su última publicación, el demandante y todas las personas interesadas presenten argumentos por escrito sobre el caso.

⁴Según el Texto Único ordenado por la Ley 48 de 2001 (dictada por Asamblea Nacional el 10/05/2011 y publicada en la Gaceta Oficial Digital No. 26782 de 11/05/2011).

incidencias que se den en los procesos de selección de contratista en los cuales participa y, para ello, debe verificar con frecuencia, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", todos los anuncios y notificaciones con respecto a los actos públicos".

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE SE ADUCEN

INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante estima que se violó el artículo 17 de la Carta Política de manera directa por comisión. En esta norma se establece lo siguiente:

"ARTICULO 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona".

Así mismo, se indica que a la par con la violación del artículo 17 constitucional, se vulneró el artículo 32 de la Carta Fundamental, el cual es del tenor siguiente:

"ARTICULO 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria".

Argumento jurídico central de la accionante

Se plantea que la norma acusada de infringir el orden constitucional (dos frases del artículo 131 de la Ley 22 de 2006), establece el medio de impugnación de la decisión adoptada por la Administración Pública, para extinguir la relación de contrato, suscrita entre una empresa privada y una institución pública o entidad administrativa, por supuesto incumplimiento de parte de la empresa; sin embargo, la forma de notificación que ella consagra, realmente, impide que el interesado conozca, en tiempo oportuno, dicha decisión y por tanto, limita y hasta imposibilita, su derecho de defensa.

4

Concretamente, se acusa que la norma crea un mecanismo de comunicación electrónica de la decisión de la Administración de resolver (extinguir) el contrato administrativo de manera unilateral; que no se dirige especial, ni exclusivamente a la contraparte de la Administración (el contratista), sino que de manera general está accesible a cualquier persona que visite el sitio web llamado PanamaCompra. O sea, que la comunicación no es una notificación a título personal, sino que es más bien una publicación.

Que la "notificación-publicación", puede ser producida por "varios funcionarios", por lo que puede prestarse para la arbitrariedad y discrecionalidad; esto, en el sentido de que algún funcionario "que no esté de acuerdo con la manera de prestar el servicio de un contratista puede rescindir un contrato, ingresar al sistema, notificarlo a través del portal", sin que el contratista esté alerta de ello, y se le prescriba el término para oponerse a dicha actuación. Por tanto, al tratarse de una simple publicación, y no de una notificación, se pone en riesgo el derecho de debida defensa aún más, si no se tuviera acceso diario a la web. Por lo que el legislador al establecer este método de publicación-notificación, compromete la defensa de los intereses de las personas que no tengan acceso a la Internet, y que estén vinculadas por medio de estas relaciones contractuales con el Estado.

La parte indica que pudiera entenderse la publicación-notificación en la fase previa al contrato (de selección del contratista), pero cuando ya la relación se entable entre dos personas, lo lógico es que entre ellas se comuniquen de manera expedita (directamente) y no por conducto de sistemas electrónicos.

Según el accionante, es contradictoria esta regla de publicación-notificación con algunas exigencias al contratista establecidas en la ley, en donde se debe actuar de manera directa y personal; por ejemplo: el recibo de la orden de proceder, la firma del contrato. Es decir, que si la relación contractual se inicia con actuaciones comunicadas personalmente, ésta debe ser terminada, aunque de

manera anticipada como la resolución administrativa de contrato, de igual modo, o sea, personal.

Ahora bien, de ser estimada la infracción de la Carta Política, el accionante parece solicitar que:

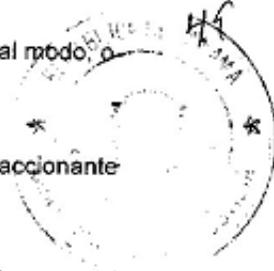
-El artículo de la Ley 22 de 2006 sobre la notificación, permita que se comuniquen vía electrónica, "todas las resoluciones y demás actos administrativos que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista"... "así como las que dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas". O sea, que en su sentido contrario, se excluyan las resoluciones que extingan el contrato por incumplimiento del contratista.

- Igualmente, que luego del periodo de publicación electrónica de las resoluciones, el cuadro de colizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en ese artículo (relacionados a la selección del contratista, las acciones de reclamo y la inhabilitación de contratistas), se den por notificadas* y que producto de ello, los proponentes que se consideren agraviados pueda interponer el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo; más no así el contratista, ante la resolución administrativa del contrato.

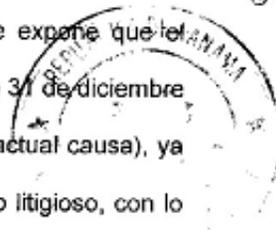
En otras palabras parece deducirse que, en ocasión de la resolución del contrato, se solicita que el contratista no pueda presentar recurso de apelación ante el Tribunal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Conforme a lo establecido en el artículo 2563 (anterior 2554) del Código Judicial, según el orden de reparto de causas constitucionales le correspondió a la Procuraduría de la Administración, representada por el doctor Oscar Ceville, emitir concepto en calidad de colaborador de la instancia. Ello se produjo por medio de la



Vista 217 de 1 de marzo de 2010, en la que básicamente se expone que el artículo 113 de la Ley 22 de 2006 fue modificado por la Ley 80 de 31 de diciembre de 2009, por lo que su sentido original (el cual fue objeto de la actual causa), ya no es el mismo, por lo que se ha producido la pérdida del objeto litigioso, con lo cual corresponde desestimar la causa por este hecho procesal.



ARGUMENTOS DE LA PARTE O CUALQUIER PERSONA INTERESADA SOBRE LA CAUSA

De conformidad con el artículo 2564 del Código Judicial, se abrió un término de diez (10) días hábiles para que la accionante o cualquier otras "personas interesadas" presenten argumentos respecto de la causa. No obstante, ello, durante el indicado trámite no se produjo intervención con argumentos nuevos de "personas interesadas".

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DE LA CORTE

Es de suyo iniciar el análisis de la presente acción de constitucionalidad por la objeción procesal del Ministerio Público, en el sentido de que no se debe entrar al conocimiento de fondo de la argumentación del accionante, ya que el acto acusado hoy en día no es el mismo, ya que fue modificado por ulteriores modificaciones legislativas.

a. Decaimiento del objeto del proceso alegado por la Procuraduría de la Administración

En razón de esta cuestión de tipo procesal, hay que reiterar que lo que se demanda es la declaratoria de inconstitucionalidad de dos frases del artículo 113 de la Ley 22 de 2006, que a la letra establecía al momento de la presentación de la acción in examine, lo siguiente:

"Artículo 113. (Modificado por La Ley 41 de 10 de julio de 2008)
Notificación. Todas las resoluciones que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, así como las que dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de

7

Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios que deben mantener todas las instituciones del Estado.

Asimismo, las resoluciones que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas aceptando o rechazando la solicitud de registro de proponentes, así como las que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista, deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios de la entidad.

Transcurridos dos días hábiles, después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios las resoluciones o actos administrativos mencionados en el presente artículo, se darán por notificados y el interesado, si se considera agraviado con dicha decisión, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta Ley o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato.

Es obligación de los proponentes mantenerse informados de todas las incidencias que se den en los procesos de selección de contratista en los cuales participa y, para ello, debe verificar con frecuencia, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", todos los anuncios y notificaciones con respecto a los actos públicos".

En la actualidad esta materia de las notificaciones dentro de los procedimientos administrativos de contratación pública, está regulada por el artículo 129 así:

"Artículo 129. Notificación. Todas las resoluciones y demás actos administrativos que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, así como las que dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Asimismo, las resoluciones que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas aceptando o rechazando la solicitud de registro de proponentes, así como admitiendo, rechazando o resolviendo una acción de reclamo, y las que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" las resoluciones, el cuadro de cotizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en este artículo, se darán por notificados. De considerarse agraviado el proponente con la decisión adoptada por la entidad, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta Ley o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato, salvo las excepciones que establece la presente Ley.

Es obligación de los proponentes mantenerse informados de todas las incidencias que se den en los procesos de selección de contratista en los cuales participa y, para ello, debe verificar con frecuencia, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", todos los anuncios y notificaciones con respecto a los actos públicos".

De una lectura detenida de las dos normas transcritas, se puede fácilmente concluir que pese a las reformas, las dos frases acusadas de inconstitucionales se mantienen idénticas y que la situación jurídica central alegada: que la notificación de las resoluciones o actos administrativos adoptados en materia contractual, se surte por medio de la publicación en el Sistema Electrónico PanamaCompra; es la misma hoy, que al momento de la demanda.

Por lo indicado, y atendiendo al principio de tutela judicial efectiva, no existe motivo para declarar el decaimiento del objeto del proceso, argüido por la Procuraduría de la Administración; por tanto, lo que procede es atender el derecho sustancial o el fondo de la cuestión constitucional planteada.

ANÁLISIS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS

LEITMOTIV

La situación jurídica a esclarecer está compuesta por el siguiente sustrato:

- a. Alcance del artículo 32 de la Carta Política: ¿En qué consiste el debido procedimiento administrativo?
- b. ¿Qué tipo de procedimiento administrativo es "la resolución de contratos públicos"? ¿Es totalmente electrónico, y por tanto virtual; en soporte de papel y por ello presencial; o es mixto? ¿Este procedimiento, dada su estructuración legal, le impide al contratista que se dirija y defienda, personalmente ante la Administración?
- c. ¿La publicación-notificación del Acto Administrativo que deja sin efecto un contrato administrativo por incumplimiento del

9

contratista, al ser un tipo especial de notificación establecida por la Ley 22 de 2006, produce indefensión a éste (al contratista del Estado), al no informársele de manera directa (personal), lo decidido por la Administración?

En términos generales la cuestión procesal es, si la publicación-notificación impide que la contratista del Estado pueda recurrir ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, por conducto del Recurso de Apelación, habida cuenta de no saber directa y personalmente, lo decidido por la Administración.

a. Alcance del artículo 32 de la Carta Política: ¿En qué consiste el "debido procedimiento administrativo"?

La parte accionante a la vez que alega la violación del artículo 17 de la Carta Política liga dicha supuesta infracción con la del artículo 32 de la Carta Fundamental, en el sentido de que se ha violado del debido proceso legal.

En materia administrativa, es decir en la vía gubernativa, los funcionarios no tramitan realmente un "proceso administrativo" sino, más bien, procedimientos administrativos, de los cuales derivan los "actos administrativos". Estos actos podrán ser demandados ante un Juez imparcial (la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) y por tanto, por medio de un verdadero proceso, el judicial.

Con todo y ello, en los procedimientos administrativos, este *principio de debida defensa*, tiene la connotación de ser una garantía a favor de las personas (generalmente en su condición de administrados), para que previamente a ser sancionado u obligado a realizar determinada prestación, sea escuchado, y sobre todo, cuente con una serie de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer claramente los hechos que se le imputan, y las disposiciones jurídicas que los fundamentan, así como evacuar pruebas y presentar alegatos en sus descargo.

Según el maestro Allan R. Brewer-Carias⁵, de esta garantía derivan, además, los derechos a ser notificado, a hacerse parte, a tener acceso al expediente, a ser oído, a presentar pruebas y alegatos, y a ser informado de los medios de defensa frente a la Administración.

A este derecho general, se le considera "derecho para los derechos", ya que de su ejercicio deriva la eficacia de la defensa de los derechos sustanciales. El mismo está previsto, como se ha visto en la Carta Política, en el Título sobre Garantías Fundamentales, y en instrumentos y Tratados Internacionales suscritos y ratificados por la República de Panamá, como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶ (artículos 10 y 11), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁷ (Declaración Americana) (artículos XVIII y XXVI), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸ (Convención Americana) (Artículos 8, 9 y 25).

⁵Brewer-Carias, Allan R., Principios del Procedimiento Administrativo., Editorial Civitas, S.A., Madrid (España), año 2000., páginas 173-174.

⁶Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

"Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

⁷"Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

"Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas...".

⁸Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

Conforme a derecho el debido proceso legal es, según la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho a "ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Sin embargo, en nuestra Norma Fundamental, ella (la garantía) es exigible en todos los ámbitos jurídicos y, dentro de ellos, por tanto, el administrativo.

En lo relativo a las acciones judiciales iniciada por una persona a fin de exigir sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos aspectos de un mismo cuerpo normativo y de garantías: **el primero**, exige a la ley establecer medios para impugnar; y **el segundo**, establece las particularidades de los Tribunales y los procedimientos para conocer y tramitar los recursos y la manera en que han de ser resueltos.

Según se desprende del artículo 32 constitucional, el debido proceso es más vasto que el derecho a un recurso, pues ampara a la persona en todo asunto jurídico que le afecte, incluso en procesos en su contra, iniciados por la Administración.

-
- c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

"Artículo 9.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, (...)".

56

Por lo indicado se puede afirmar que el debido proceso tiene una connotación social al ser una herramienta en contra de todo acto arbitrario.

En cuanto a la notificación, como uno de los componentes del debido procedimiento administrativo, el mismo surge al instante mismo del inicio de la formación de la voluntad administrativa, esto en el sentido de que se informe a los interesados o a quienes podrían ser afectados con el acto administrativo, de la intención de la Administración de adoptar determinada medida o resolución.

Por supuesto, que luego de dictado el acto, el mismo debe ser igualmente notificado a los interesados, como condición de eficacia (más no de validez).

b. ¿Qué tipo de procedimiento administrativo es "la resolución de contratos públicos"? ¿Es totalmente electrónico, y por tanto virtual; será en soporte de papel y por ello presencial; o es mixto? ¿Este procedimiento, dada su estructuración legal, le impide al contratista que se dirija y defienda, personalmente ante la Administración?

La Ley 22 de 2006 desde su promulgación en 2006, estableció que el incumplimiento por parte del contratista del deber de consumir el objeto del contrato y sus condiciones, dentro del término pactado, produce el derecho de la Administración a dejar sin efecto o extinguir la relación contractual, de manera unilateral (ver artículos 15, 73, 115 de la Ley 22 de 2006), además de que:

1. "Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato", (ver artículo 113 de la Ley 22 de 2006).

- 57
2. Una vez la Administración haya detectado el incumplimiento del contrato, podrá "otorgarle, ... un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento", (ver numeral 1 del artículo 116 de la Ley 22 de 2006⁹).
 3. "Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes", (ver numeral 2 del artículo 116 de la Ley 22 de 2006).

⁹Artículo 116. Procedimiento de resolución. La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.
3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas.
4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.
5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.
6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente.

Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000".

4. Si la entidad mantuviera su decisión de resolver el contrato, debe formalizar su acto para lo cual "debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas", (ver numeral 3 del artículo 116 de la Ley 22 de 2006).
5. Al mismo tiempo se pone en conocimiento a la compañía afianzadora para que haga uso de su derecho de opción entre pagar el importe de fianza o continuar con la obra, (ver artículo 115 de la Ley 22 de 2006).
6. El Acto Administrativo que resuelve el contrato es "recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa^{10*}, (ver numeral 4 del artículo 116 de la Ley 22 de 2006).
7. Una vez se agote la vía gubernativa, la parte agraviada puede acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a exigir la

^{10*}Artículo 131. Recurso de apelación a la resolución administrativa del contrato. Las resoluciones que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato podrán ser recurridas en apelación, anunciándola ante dichas entidades dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, y sustentándola dentro del mismo término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante apoderado legal. La entidad contratante, una vez anunciado el recurso de apelación, enviará el expediente completo, a más tardar el día hábil siguiente, al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. La apelación se surtirá en efecto suspensivo".

declaratoria de nulidad de dicho acto, (ver numeral 5 del artículo 116 de la Ley 22 de 2006).

Según se infiere, este procedimiento de resolución del contrato público (lo que en el derecho privado equivale a la rescisión del contrato), se surte por medio de diversas acciones en las que presencialmente se inspecciona la obra, se investigan las causas del retraso en su ejecución, se les señala al contratista tales hallazgos, se le debe permitir que justifique su incumplimiento (por medio de elementos de prueba que debe sustanciar ante la Entidad), y de no ser consideradas tales justificantes, se le puede resolver el contrato, pero con la obligación de la motivación del acto administrativo respectivo (con indicación de las disposiciones legales infringidas) y su debida notificación, por medios electrónicos.

Así las cosas, el procedimiento de resolución del contrato administrativo es mixto, puesto que se surte en sede administrativa practicando inspecciones, pruebas y alegaciones tanto de la Administración como del contratista, personalmente. Ahora bien, los actos administrativos decisorios son puestos en conocimiento de los interesados, por medios electrónicos.

c. ¿La publicación-notificación de la resolución administrativa del contrato público, produce indefensión al contratista del Estado, por no informársele de manera directa (personal), lo decidido por la Administración?

La publicación-notificación es un tipo especial de notificación establecida por la Ley 22 de 2006.

Según se ha visto, la acusación en esta Sede Constitucional se centra en la inconveniencia práctica de utilizar el medio legalmente establecido de notificación de los actos administrativos producidos en la vía administrativa-contractual.

En este sentido es evidente que la presunta violación del artículo 17 de la Carta Política no es expuesta de manera suficientemente clara ya que no se explica de qué forma este método de notificación pone en riesgo la vida, honra o integridad moral y bienes de las personas. Amén de que tampoco se explica explícitamente de qué forma el cumplir con el método legal de notificación indicado, impide a los funcionarios administrativos asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales de los contratistas del Estado.

Luego entonces, en lo que respecta al control que nos corresponde hacer, el mismo pasa por comparar el método legal de notificación establecido en la indicada norma legal, con respecto a los principios y garantías constitucionales establecidas en el artículo 32 de la Carta Política, para lo cual hay que determinar si las frases: **"en la ejecución del contrato"** del primer párrafo del artículo 113 (hoy 129) y **"o el recurso de apelación contra la resolución del contrato"** del tercer párrafo del indicado artículo, ambos de la Ley 22 de 2006, en su conjunto, producen graves daños al derecho de defensa de las personas.

Se debe principiar reconociendo que el debido procedimiento, consagrado en la Carta Fundamental es sobre todo, una exigencia de reserva de ley de las formas y los procedimientos, en función de que, además, se garantice la debida defensa de los intereses de las personas. No obstante, la garantía misma es desarrollada por el legislador y dentro del marco de la ley, se entenderá cumplida o no dicho precepto.

En cuanto al desarrollo de la garantía de publicidad de las actuaciones procesales en materia contractual, hay que tener presente lo mandado

61

expresamente en el artículo 141 (originalmente era el artículo 124) de la ley especial en materia de contrataciones públicas, en donde se indica que las decisiones o actos administrativos generados en toda las actuaciones administrativas de este género, deben ser publicadas en el Sistema Electrónico PanamaCompra, veamos:

"Artículo 141. Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". Se crea un Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas, por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), que se denominará "PanamaCompra", como una herramienta de apoyo a los procesos de contrataciones públicas, y deberá estar disponible, de forma gratuita, a toda la sociedad civil en la forma que establezcan esta Ley y sus reglamentos.

El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" será de uso obligatorio para todas las instituciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley y a las que se les aplique la presente Ley en forma supletoria. Las entidades públicas **deberán publicar en el Sistema Electrónico** de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" **toda la información** que se genere en las contrataciones menores, en los procedimientos de selección de contratista, en los procedimientos excepcionales de contratación y **en la etapa contractual**, conforme se disponga en el reglamento. ...". (La negrita es nuestra).

En otras palabras, desde su establecimiento en 2006, el Sistema de Contratación Pública exige de los funcionarios, que se publique electrónicamente, toda información en la materia, incluso lo relacionado al contrato público.

Ahora bien, este medio de publicación por mandato expreso del párrafo tercero del artículo 129 la Ley 22 de 2006 (anterior artículo 113), es la vez, la vía de notificación de lo decidido por la Administración, al indicar que: "...transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" las resoluciones, el cuadro de cotizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en este artículo, **se darán por notificados**". (La negrita es nuestra).

Se trata pues de una notificación por mandato de la ley. O sea, de una presunción de derecho.

Con todo y ello se debe aclarar que no es exacto afirmar que en términos generales, la comunicación de la resolución administrativa del contrato, se hace a

través de una página electrónica abierta directamente a todo visitante del Sistema Electrónico PanamaCompra¹¹ (en lo sucesivo el Sistema o PanamaCompra).

En efecto, dentro del marco legal de la precitada ley, toda actuación administrativa contractual debe ser incorporada al sistema por medio de un enlace en el Portal General o página principal, que conduce a otra dirección interna del portal, en donde ya más específicamente, se contiene el expediente electrónico. Es en este archivo ordenado cronológicamente en donde se van agregando todos los trámites y actuaciones generados en ese contrato público específico.

Para acceder a este expediente electrónico el sistema ha creado una numeración que contiene por lo menos 25 espacios o dígitos, comúnmente llamado número de acto público. El que conozca el número puede conocer todo lo relativo a determinado acto de selección de contratista y al contrato mismo. Es por ello que la actuación si bien es pública, no se encuentra accesible directamente, sino más bien, en sub-enlaces llamado expediente administrativo electrónico.

¿Por qué se establece la publicación-notificación como medio electrónico de comunicación?

Inicialmente, la forma de notificación de las decisiones en materia contractual era por edicto, luego, con la Ley 22 de 2006 fue mixta, ya que se podía notificar tanto por el Panamacompra como por edicto, y hoy en día es exclusivamente por el Sistema Electrónico. Esto obedece a un cambio de enfoque gubernamental en donde se pretende privilegiar la transparencia y eficiencia administrativa, en el sentido de poner en conocimiento de los ciudadanos, por medio de publicaciones obligatorias en la web, de todo lo actuado en esta materia, al mismo tiempo que aumentar la calidad de los servicios públicos.

¹¹Es de tener presente que el nombre que en la Ley 22 de 2006 le da a este sistema electrónico es PanamaCompra. O sea, se usa un vocablo en el que se utiliza el nombre de nuestro país, pero sin tilde.

En este orden de ideas, la nueva forma de gestión se denominó "Panamá Sin Papel", y se fundamentó en el artículo 112 de la Carta Política, al tratar de dotar a la sociedad de respuestas informáticas, que le facilitaran el acceso a la información estatal y, a la vez, el cumplimiento de principios administrativos tales como: "informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando así, la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad"^{12a}. (Ver considerandos uno y dos del Decreto Ejecutivo No. 928 de 21 septiembre de 2010, publicado en la Gaceta Oficial Digital No 26628 del viernes 24 de septiembre de 2010).

En la reciente Ley 83 de 9 de noviembre de 2012, "Que regula el uso de medios electrónicos para los trámites gubernamentales y modifica la Ley 65 de 2009, que crea la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental", publicada en la Gaceta Oficial Digital No. 27,160 de 9 de noviembre de 2012; se aprecia con claridad meridiana y de manera explícita, la intención del legislador, de dotar a todas las entidades públicas de reglas de obligatorio cumplimiento a favor de la gestión oportuna, eficiente y transparente de la cosa pública. Así, tenemos los artículos 1 y 2 de esta ley en donde se establece:

"Artículo 1. **Ámbito de aplicación.** Esta Ley establece las reglas y principios básicos, de obligatoria observancia para la ejecución de

¹²Este enfoque axiológico o principista tiene por base el artículo 34 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que a la letra establece:

"**Artículo 34.** Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada".

64

trámites gubernamentales en línea, excluyendo las acciones y los recursos legales en la vía gubernativa.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables al Gobierno Central, entidades autónomas, semiautónomas, municipales, la Asamblea Nacional, el Órgano Judicial, los intermediarios financieros y las sociedades en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio, en sus relaciones entre sí y entre estas y los usuarios, cuya aplicación de forma gradual será establecida por cada una de ellas.

Las notarías públicas a nivel nacional podrán, además de su régimen especial, aplicar las normativas que se establecen en esta Ley".

"Artículo 2. Principios generales. La ejecución de los trámites que los usuarios lleven a cabo en las entidades públicas, así como los que estas desarrollen entre sí, tendrán las limitaciones establecidas por la Constitución Política y el resto del ordenamiento jurídico, garantizándose el pleno ejercicio de los derechos que los usuarios tienen reconocidos, ajustándose a los siguientes principios:

1. **Presunción de certeza en la actuación.** La identidad y suministro de información de los usuarios, dentro de un trámite gubernamental administrativo en línea, se considerarán ciertas, salvo prueba en contrario. De requerirse una certificación impresa, por no existir interoperabilidad con el destinatario, se deberá cumplir con las formalidades legales exigidas para su validez jurídica.
2. **Gratuidad de la tramitación.** La tramitación en línea no generará gastos a los usuarios ni los servidores públicos percibirán derechos por su intervención, salvo por disposición legal que disponga lo contrario. Los formularios a ser utilizados y los documentos que emita la entidad tendrán carácter gratuito.
3. **Confidencialidad.** Los términos establecidos en la legislación nacional para regular el manejo de la confidencialidad de la información serán aplicables a los trámites en línea, salvaguardando la interoperabilidad entre entidades del Estado, sin menoscabar el derecho de los usuarios a autorizar el uso de su información calificada de carácter confidencial.
4. **Informalidad.** Los trámites gubernamentales en línea serán desarrollados de forma tal que resulten sencillos, entendibles y sin la exigencia de requisitos que compliquen o retarden el proceso.
5. **Transparencia.** Se garantiza que los trámites gubernamentales que se realicen en línea se ejecutarán de acuerdo con los procedimientos previamente establecidos y el interesado podrá conocer en todo momento el estado de su trámite".

En el Derecho Comparado, cuando se inició en Europa la implantación del proceso de automatización de las compras públicas, dicha idea se relacionó directamente con la de eficiencia y productividad de la economía. Así, se indicó en

el Plan de Acción sobre Administración Electrónica, que «Acelerar la Administración Electrónica en Europa en Beneficio de Todos» formulado por la Comisión Europea con un horizonte temporal situado en el año 2010, pasaba por la implantación de la Administración Electrónica como el desarrollo de servicios clave de gran impacto para los ciudadanos y las empresas, soportados en la expansión de la contratación electrónica. Concretamente, se pensó en que:

«Los ingresos de la Administración Pública suponen un 45% aproximadamente del PIB y las autoridades públicas compran del 15 al 20% del PIB, lo que significa de 1,5 a 2 billones de euros al año en Europa. La contratación y la facturación electrónicas podrían generar un ahorro aproximado del 5% en los costes totales de la contratación y una reducción de los costes de transacción del 10% o más, lo que se traduciría en un ahorro anual de decenas de miles de millones de euros. Las PYME, en particular, podrían beneficiarse de un acceso más fácil a los mercados de la contratación pública e incrementar sus capacidades en las TIC y, por ende, su competitividad».

Para concluir respecto de esta referencia al caso de Europa, cabe indicar que la base jurídica para posibilitar este resultado se recoge en la directiva 2004/18, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en la que, entre otras regulaciones, se establecen mandatos para que los funcionario y las empresas que quieran contratar con el Estado, se incorporen a la utilización de medios electrónicos en la contratación. Se aseguró que se reducirían plazos para la presentación de proposiciones si se envía la publicidad por medios electrónicos; la simplificación de la documentación de la oferta si se dispone del certificado electrónico del Registro de Licitadores; el acceso sencillo a publicidad por medios electrónicos con validez legal (procedimientos negociados con publicidad, anuncio previo, instrucciones internas de contratación de entes del sector público que no son Entidades Públicas); **la notificación con validez legal de la adjudicación provisional**; como medio de promoción de la eficiencia.

En este orden de ideas, hay que reconocer que todos los Poderes Públicos están procurando adecuar sus legislaciones a los requerimientos básicos de las

nuevas tecnologías de la información y la comunicación como uno de los primeros pasos jurídicos para brindar servicios públicos de calidad, según lo ordena el artículo 49 de nuestra constitución.

En efecto, la aplicación de las nuevas tecnologías es predicable al servicio de la administración de justicia, con el fin de mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

En este contexto, "...el ciberespacio también necesita una ciber-justicia. Cada vez se demuestra la incompatibilidad existente entre el mundo de las tecnologías de la información, la nueva economía y su mercado y la justicia ordinaria lenta, saturada y poco eficaz en muchas ocasiones, por todo ello, se hace necesaria una pronta adecuación a las nuevas necesidades". (Montesinos García, Ana. "Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación (TICS)" Revista Aranzadi Derecho de las Nuevas Tecnologías, "La resolución de conflictos en el entorno on line ORD (on line dispute resolution)", núm. 4, Navarra. p. 396, 2006.

¿Las notificaciones electrónicas impiden la debida defensa de los intereses de los contratistas?

Al cuestionar la validez constitucional de una norma (en realidad dos frases del artículo 131 de la Ley 22 de 2006) que regula de una nueva manera la garantía de la debida notificación, hay primero que identificar y explicar la vulneración de la esencia o finalidad de la garantía. O sea, que se debe esperar que la argumentación acusatoria indague respecto de la supuesta infracción del orden constitucional y, además aclare el verdadero sentido de las disposiciones constitucionales dejadas de lado. Sin embargo, en el presente caso, el indagador

se conforma con dejar planteada la duda respecto de la inconveniencia práctica y especial de la nueva regulación. Concretamente, se plantea la duda, pero no se brinda una salida ni se desentraña el sentido de la garantía.

Lo anterior, nos plantea la siguiente pregunta: ... ¿La simple acusación o puesta en duda de la validez constitucional de la norma legal que regula el medio de notificación de la decisión adoptada por la Administración Pública, por la cual se extingue una relación de contrato administrativo, por supuestamente impedir que el interesado conozca, en tiempo oportuno, dicha decisión; es suficiente para activar el control de constitucionalidad y, por ende, esperar que la Corte se pronuncie respecto de la validez constitucional de una norma legal?

Con todo y que a simple vista se deduce que para la accionante la norma que crea un mecanismo de comunicación electrónica de la decisión de la administración, en materia contractual, le resulta inconveniente por lo poco práctica para los intereses de los contratistas, y que sus argumentos se sustentan en la interpretación subjetiva de las normas acusadas, a partir de un caso también particular; por ser una situación de innegable novedad e incuestionable actualidad con respecto al derecho de defensa, más allá de las meras acusaciones del recurrente, amén de lo necesario que resulta, en función de la plena aplicación del principio *pro actione*, el cual implica que la Corte adopte una decisión de fondo; que nos adentremos a escudriñar si es conforme al orden constitucional la utilización de medios electrónicos en la notificación de actos administrativos.

Ya hemos visto el contexto axiológico-social y finalista-institucional en el que se ha producido la nueva regulación de contratos públicos, y más específicamente de la nueva forma de comunicación-notificación; además de las garantías del procedimiento administrativo de resolución administrativa de los contratos públicos; ahora detengámonos a identificar si con ella (la notificación electrónica), el contratista queda impedido o limitado en saber o estar alerta de lo

decidido por la Administración dentro del procedimiento de resolución del contrato público. O sea, si se pone en riesgo el derecho de debida defensa con este método de publicación-notificación.

Y por último, estudiemos lo relacionado a la validez jurídica en aplicar la notificación electrónica solo en parte del procedimiento administrativo contractual. Es decir, aplicarlo en la vía precontractual más no así, en la contractual.

¿Se pone en riesgo el derecho a la debida defensa con notificación electrónica?

La notificación de un acto administrativo es la circunstancia que le proporciona al mismo su eficacia, por lo que un acto válido jurídicamente, sería inútil si el destinatario no lo recibe, o si en sede administrativa o judicial se demuestra que no lo recibió.

Se violaría el debido proceso legal, si por ejemplo, se le negara al interesado acceso a la información decisoria de la Administración que le afecta sus derechos.

Así las cosas, la garantía del debido proceso incluye el derecho de la debida y oportuna notificación, conforme a ley.

Es imperativo que esta garantía sea desarrollada por el legislador, de manera formal; y que en dicha regulación se disponga la entrega real y a tiempo de la información concerniente a una persona interesada directamente. Esto deriva de la afirmación ya clásica de que: "un acto de la Administración es público cuando ha sido conocido por quien tiene derecho a oponerse a él". (Ver sentencia C-096 de 2001, de la Corte Constitucional Colombiana, con la ponencia del doctor Tafur Galvis).

Una situación controversial sería si nada permite acreditar la efectiva recepción del documento que debe ser notificado puesto que de ese hecho deriva

la fecha de cómputo del término prescriptivo de los recursos administrativos o de la demanda contencioso administrativa.

Lo esencial para la configuración de la falta de notificación es que se le impida al afectado defender sus derechos; ya que al haberle sido posible enterarse de la decisión que le afecta, no pudo interponer los remedios legales que corrigieran lo decidido.

Lo primordial es entonces que no haya habido comunicación alguna. No obstante, en el caso sub judice, la norma legal acusada, lo que ha establecido es un cambio o reemplazo de un medio de comunicación edictal, por otro más rápido, económico, masivo y completo.

Es decir, que por un lado, el medio tecnológico de comunicación en materia contractual, es un nuevo procedimiento y por tanto, configura un nuevo debido procedimiento administrativo; y por el otro, se sustenta en el Internet que es un medio masivo, gratuito, inmediato, permanente y completo, en el sentido de que:

1. No tienen barreras geográficas, puesto que se puede acceder desde cualquier parte del mundo.
2. Permite que las personas accedan con facilidad a la actuación administrativa, sin tener que gastar en desplazamiento, estrés por los congestionamientos vehiculares, gasto de tiempo, etc.
3. La comunicación está disponible 24 horas al día los 7 días de la semana.
4. No solo se comunica un extracto de lo decidido, sino el contenido íntegro del acto.

Así pues, no se eliminó un medio de comunicación o notificación de las decisiones contractuales del Estado, sino que se modificó la forma de hacerlo, instituyendo otro medio nuevo, más efectivo y completo. Por ello, se mantiene la vigencia del principio de publicidad de la actuación administrativa, por conducto de un nuevo procedimiento que se integra a la red de garantías de las personas, en la vía administrativa contractual.

69

Para esta Superioridad, no se pone en riesgo la integridad de la Carta Política por cuanto que los cambios operados en la forma de gestión y comunicación de las actuaciones administrativas en materia contractual, contribuyen a realizar los principios de publicidad, eficacia, economía y justicia en la contratación establecidos como exigencia para los servicios públicos y la función administrativa en los artículos 43, 49, 159 numeral 12 y 266 de la Carta Fundamental, habida cuenta de las utilidades de la comunicación electrónica.

70

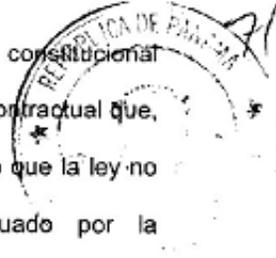
Por otra parte, al utilizarse en el artículo 129 de la Ley 22 de 2006 (antiguo 113 de la misma ley), este método de la publicación-notificación se soluciona el problema de la "constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado", pues se colocan en la página web respectiva del Sistema Electrónico PanamaCompra, el contenido completo de lo que se desea notificar, se fija de manera clara la fecha de la publicación y con la presunción de derecho establecida en el referido artículo 129, se asume que se produjo la notificación, al haber sido puesto en disposición del interesado lo decidido por la Administración.

Es decir, que por mandato de la ley, se garantiza la autenticidad de la comunicación y de su contenido y queda constancia fehaciente de la emisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron.

Así mismo, no hay que pasar por alto el hecho de que la norma acusada establece que la notificación se presume, un día después de la publicación en el Sistema Electrónico. Es decir, que la notificación realmente será el día hábil siguiente, y éste, tratándose de fines de semana, puede implicar varios días calendario después de la publicación; y en todo caso, más de veinticuatro horas después de la publicación.

27

Por todo lo anterior, es claro para esta instancia de control constitucional que no se ha producido la carencia o déficit de publicidad del acto contractual que resuelve administrativamente un contrato administrativo. Por cuanto que la ley no ha procurado un ocultamiento o clandestinidad de lo actuado por la Administración, sino al contrario, se ha valido de la tecnología para hacer aún más público lo actuado en materia contractual.



Relación entre el debido proceso legal, eficiencia administrativa y el deber de publicidad de los actos administrativos, vinculados con los cargos de inconstitucionalidad

En el caso bajo análisis, la Corte es de la opinión que el derecho a la debida defensa debe ser visto, en directa relación con los principios de economía y eficiencia de la actuación administrativa (confróntese con el numeral 12 del artículo 159 de la Carta Política), así como con el principio constitucional de publicidad de los actos públicos. Por tanto, un último aspecto a resaltar en este aparte, es si ¿Era necesario para el bien común, modificar la forma de notificación de los actos contractuales del Estado?

Para contestar esta interrogante veamos la relación entre el debido proceso legal, eficiencia administrativa y el deber de publicidad de los actos administrativos, vinculados con los cargos de inconstitucionalidad.

Así como en materia de la garantía fundamental del debido proceso la Constitución Política establece la condición de la reserva legal, en cuanto a la regulación de las Compras Estatales, también el constituyente estableció una Cláusula de Reserva Legal, por lo que el único instrumento para ampliar la regulación en estas dos materias es la ley.

La indicada cláusula de reserva de ley está contenida en el artículo 266 de la Carta Política, veamos:

"ARTICULO 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".



Es un hecho axiomático que las tecnologías de la información y las comunicaciones han generado un cambio profundo en el mundo y concretamente en nuestra sociedad, por lo que la legislación delegada por la Carta Política en su artículo 266, ha permitido que sea aprovechada, para el establecimiento de procedimientos administrativos tendientes a que la Administración escoge de manera más eficiente y transparente al contratista y que le dé seguimiento al proceso de ejecución del contrato público.

Por delegación expresa de nuestra Carta Política se ha regulado la materia contractual en el sentido de asentar la condición a toda persona que quiera contratar con el Estado, que esté consciente del hecho de que la información contractual que brinde o que se genere en todo el proceso, será publicada en internet, y que de igual manera, dicha publicación valdrá como una notificación. Esta condición en modo alguno intenta ocultarle o negarle al posible proponente o al contratista, los datos relevantes a la contratación, por el contrario, el sistema hace que la información tenga carácter público, y por tanto, a ella tenga acceso no solo él, sino cualquier persona interesada.

Vale recordar, que este nuevo carácter público de la información contractual no fue creado con la Ley 22 de 2006, sino con la Ley 06 de 22 de enero de 2002 que dicta normas para la transparencia en la gestión pública establece la acción de habeas data y dicta otras disposiciones, dictada por Asamblea Legislativa el 22/01/2002, Gaceta Oficial Digital 24476 de 23/01/2002 mejor conocida como Ley de Transparencia, en la que se llega a establecer que incluso los debates en el Consejo de Gabinete relacionados con un contrato público específico o con la contratación pública en general, es de carácter público. Veamos las normas de la Ley 4 de 2002 que mandan el carácter público de la información contractual:

"Artículo 10. El Estado informará a quien lo requiera sobre lo siguiente:

- 1) Funcionamiento de la institución, decisiones adoptadas y la información relativa a todos los proyectos que se manejen en la institución.
- 2) Estructura y ejecución presupuestaria, estadística y cualquier otra información relativa al presupuesto institucional.
- 3) Programas desarrollados por la institución.
- 4) Actos públicos relativos a las contrataciones públicas desarrolladas por la institución.

El Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República deberán presentar y publicar trimestralmente un informe sobre la ejecución presupuestaria del Estado, dentro de los treinta días siguientes a cada trimestre, el cual deberá tener, como mínimo, la siguiente información:

1. Desenvolvimiento del Producto Interno Bruto por sector.
2. Comportamiento de las actividades más relevantes por sector".

"Artículo 11. Será de carácter público y de libre acceso a las personas interesadas, la información relativa a la contratación y designación de funcionarios, planillas, gastos de representación, costos de viajes, emolumentos o pagos en concepto de viáticos y otros, de los funcionarios del nivel que sea y/o de otras personas que desempeñen funciones públicas".

"Artículo 14. La información definida por esta Ley como de acceso restringido no se podrá divulgar, por un periodo de diez años, contado a partir de su clasificación como tal, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción dejen de existir las razones que justificaban su acceso restringido.

Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

...

8. Las actas, notas, archivos y otros registros o constancias de las discusiones o actividades del Consejo de Gabinete, del Presidente o Vicepresidentes de la República, con excepción de aquellas correspondientes a discusiones o actividades relacionadas con las aprobaciones de los contratos.

..."

Esta materia luego de haber sido regulada por la Ley 6 de 2002, fue incorporada al texto de la Constitución por medio de las reformas de 2004, en los actuales artículos 42 (para el caso de la información privada), 43 (para las informaciones de carácter pública o las generadas en procedimientos administrativos) y 44 (en donde se instituye la acción de Habeas Data, como garantía de los dos primeros). Veamos el texto de estas normas:

"ARTICULO 42. Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Esta información sólo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley".

"ARTICULO 43. Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la Ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación".

"ARTICULO 44. Toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución. Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal. La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial".

Por lo anteriormente indicado, el legislador no vulnera las facultades conferidas en virtud de los artículos 32, 43, y 266 de la Carta Política, cuando opta por los procedimientos administrativos electrónicos para darle publicidad a la actividad contractual de las instituciones públicas.

La sustitución del deber de notificar personalmente por el uso de los sistemas electrónicos, hace parte de la potestad del Poder Legislativo de expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado, declarados en la Constitución, con el fin de asegurar la eficacia de las funciones administrativas, según lo prevé el artículo 159 de la Carta Fundamental y, especialmente, para lo siguiente: "organizar los servicios públicos establecidos en esta Constitución"; "dictar las normas oficiales o específicas a las cuales deben sujetarse el Órgano Ejecutivo, las entidades autónomas y

semiautónomas, las empresas estatales y mixtas"; y, "decretar las normas relativas a la celebración de contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o algunas de sus entidades o empresas".

Así mismo, al Poder Ejecutivo le es propia la función de "dirigir, reglamentar e inspeccionar los servicios establecidos en esta Constitución" (ver el numeral 10 del artículo 184 de la Carta Política), por lo que mal se podría argumentar que el cumplir con las funciones establecidas en la Ley 22 de 2006, es violatorio de la Constitución.

Muy por el contrario, el legislador en coordinación con el Órgano Ejecutivo, ha regulado la forma de gestión de servicios públicos, en aras de la eficacia, la economía, la publicidad y la celeridad.

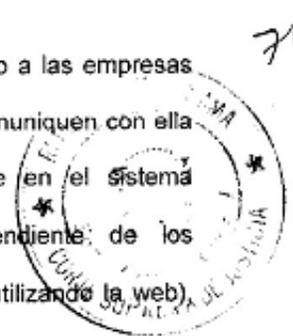
Por ello, la ley bien puede ordenar la supresión del uso de medios escritos de publicidad, privilegiando el uso de medios electrónicos, ya que está dentro de su órbita de competencias, el determinar el mérito y la oportunidad de la gestión de los servicios públicos administrativos, máxime si ello propende lograr mayor eficiencia, lo que reducirá costos y mayor agilización en los trámites administrativos contractuales.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia conceptúa que es conforme a la Constitución Política el que la ley permita que las actividades contractuales de la Administración Pública se adecúen a los avances aportados por la tecnología, en tanto que ello no sea violatorio al derecho al acceso a la información pública de interés para los contratistas o a los derechos de los administrados.

Las Administraciones Públicas, si quieren adaptarse a los cambios que está sufriendo la sociedad, como consecuencia de la introducción de las nuevas tecnologías, deben hacer un esfuerzo para caminar, lo más rápidamente posible, hacia lo que se ha denominado, con acierto, como la Administración Electrónica. Nueva Administración que, no lo olvidemos, debe estar orientada a profundizar en los criterios constitucionales que deben presidir la actitud de la Administración Pública.

75

El hecho de que la legislación administrativa haya exigido a las empresas que pretendan venderle al Estado bienes o servicios, que se comuniquen con ella (la Administración), desde el inicio al tener que registrarse en el sistema PanamaCompra como proponentes y luego el estar pendiente de los procedimientos que le conciernan, por vía electrónica abierta (utilizando la web), tuvo sus diversas razones de orden público, entre ellas, el poner a disposición de la ciudadanía mecanismos de fiscalización de las compras gubernamental, y con ello combatir la corrupción; el ser más eficientes y con ello brindar servicios públicos oportunos y de calidad.



Así que se ha propiciado en todos los niveles la instalación, equipamiento y servicio de soporte de sistemas que permiten producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, por medio de cualesquiera red de comunicación abiertas o restringidas como internet, telefonía fija y móvil u otras, con el fin de tener una más amplia cobertura de los servicios públicos. Por ello, no necesariamente se puede acceder a Internet por medio de un ordenador ya sea portátil o fijo (de uso dedicado a un lugar específico: la casa o la oficina), sino, por medio de teléfonos celulares inteligentes, tablees, u otros dispositivos electrónicos.

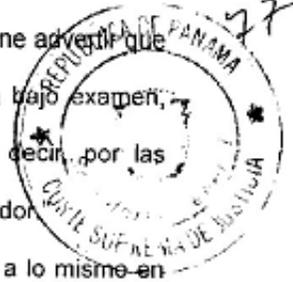
Además, se exige que dichos medios sean gratuitos y con tecnología neutral o sea, que se permita su acceso con la tecnología actual, y con la posibilidad de ser (el acceso) compatible con otras nuevas facilidades.

Solución que se le ha dado a esta problemática en el Derecho y la Jurisprudencia Comparada.

En la Jurisprudencia Comparada también se ha abordado esta espinosa situación por lo que cabe citar la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional de Colombia¹³ que estableció al estudiar el art. 95 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en especial el segundo inciso de

¹³ En Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1995.

dicho artículo, el siguiente precedente: " (...) Adicionalmente conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen, deberá ser determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador".



Por su parte, el Consejo de Estado colombiano se ha referido a lo mismo en sentencia del 23 de Octubre de 1993, con ponencia de la Dra. Myriam Guerrero¹⁴, al tratar el tema el envío de dato por medio de fax, expreso:

"No puede la ciencia jurídica ignorar o colocarse al margen de las innovaciones y progresos que la tecnología moderna y especialmente en el terreno de la informática impone en materia de concreción y transmisión del pensamiento. El derecho como tal es expresión de una cultura y al establecer las reglas que han de regular la conducta y las formas de manifestación de ésta, tanto para los gobernadores como para los gobernados, no puede deshacerse, olvidar o relegar los descubrimientos o invenciones provenientes de la tecnología y que como tales hacen parte de dicha cultura".

Incluso, la Corte Suprema de Justicia de la hermana República de Colombia en Fallo bajo la ponencia del doctor José Roberto Herrera Vergara¹⁵, aclara que el mensaje de datos, al incursionar en el mundo jurídico, puede hacer que se revierta la tesis formalista de admisión de recursos tradicionales como recurso extraordinario de casación, presentada por vía fax, dijo: "La tradicional exigencia del original del escrito de demanda de casación puede quedar satisfecha con un mensaje de datos, si la información contenida por éste es fácilmente consultable".

Y agregó en el mismo Fallo la Corte Colombiana que: "(...) el documento electrónico está contenido en soporte diverso al papel lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello, lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilado en forma humanamente comprensible. El documento electrónico es un método de expresión que requiere de un instrumento de creación, conservación, cancelación y transmisión: tal instrumento está constituido por un aparato electrónico. De esta forma la disciplina

¹⁴ Auto de julio 26, la Sala Comisario Administrativa de la República de Colombia, Sección Segundo con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

¹⁵ Sala Laboral, en Auto 13015 de Abril 3 de 2000.

de dicho documento no puede prescindir del computador que lo crea, lo conserva y lo cancela y la red de terminales de computador que permiten su transmisión”.

Culminando con este aparte, expreso que en reciente Fallo la Corte Constitucional de Colombia, por medio de la Sentencia C-016/13¹⁶, en un precedente aplicable a un proceso muy similar al caso en estudio, planteó de manera conclusiva que:

“Esta Corporación ha tenido múltiples oportunidades de pronunciarse sobre la constitucionalidad de disposiciones que ordenan el uso de medios electrónicos en diversos ámbitos de la actividad estatal. En esas ocasiones, la Corte ha reconocido la importancia de poner el derecho a tono con la realidad social, en este caso con los recursos tecnológicos existentes.

Cuando la Sala se ha visto enfrentada a valorar la presencia de los medios electrónicos en la gestión pública, ha tenido como norte, el respeto del principio de publicidad, el derecho a la información de los ciudadanos y, en particular, el carácter inviolable del derecho de defensa y del debido proceso.

...

No vulnera el legislador delegado las facultades conferidas en virtud del artículo 150 numeral 10, cuando opta por mecanismos electrónicos para darle publicidad a la actividad contractual del Estado. La supresión o sustitución del deber de publicar en medios escritos y otros sistemas electrónicos, hace parte de la potestad extraordinaria, pues, en aras de la eficacia, la economía y la celeridad; se puede ordenar la supresión del uso de medios escritos de publicidad privilegiando el uso de medios electrónicos. Tampoco se encuentra un uso excesivo de las facultades legislativas delegadas, cuando se estima como innecesaria la publicación en medios escritos impresos de alta circulación, de avisos de notificación que permitan surtir notificaciones de actuaciones administrativas, en materia tributaria aduanera y cambiaria y, en su defecto se autorizan publicaciones electrónicas.

El legislador extraordinario ha optado por mecanismos que estima más eficientes, los cuales reducen costos en los que se incurriría si se preservase el deber de seguir publicando en medios escritos e impresos, de alta circulación. El Tribunal Constitucional entiende que se aviene a la Carta el que se regulen las actividades de la Administración de conformidad con los avances tecnológicos, siempre y cuando, ello no vaya en detrimento de los derechos de los administrados”.

Dentro del procedimiento administrativo contractual ¿Se debe aplicar la notificación electrónica solo en parte?

¹⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-016-13.htm>

Aplicación de la Teoría de los propios actos.

Según se ha visto, la pretensión de la parte accionante es que en la fase de la ejecución del contrato, las acciones administrativas tendientes a relacionarse con el contratista, sean exclusivamente personales.

Ahora bien, ya se ha dicho que el procedimiento legal para la resolución del contrato, en la actual regulación no es estrictamente electrónico, sino mixto, porque se le permite a la Administración y al particular, entablar relaciones directas con el objeto de evitar la resolución administrativa del contrato.

En otro giro, en la fase precontractual de selección del contratista, no sería reprochable constitucionalmente que la comunicación sea electrónica. Es decir, la tecnología sería válida para poner en conocimiento de los participantes de un acto de selección que el mismo fue o no adjudicado.

Si esto fuera así tendríamos que, la empresa contratista, antes de ser contratada tendría que revisar el PanamaCompra para conocer el estatus y las incidencias de la selección del contratista; pero de ser adjudicado y suscribir el contrato, o cuando lo ejecute, la Administración tendría necesariamente que ubicarlo en donde esté, para notificarlo personalmente de sus actuar.

Ante esta dualidad, se podría aplicar la teoría de los actos propios, ya que la publicación-notificación, serviría para delimitar el objeto del contrato y de los compromisos del oferente antes de ser contratista, pero sería considerada insuficiente para hacer cumplir tales compromisos previos. ¿Cómo podría el contratista desconocer los documentos presentado en su oferta técnica y económica, cuando se acrediten éstas por su presentación vía electrónica?

Si se utiliza el medio electrónico para comprometerse, ¿Cómo va a desconocerse su validez al momento de la exigencia de tales compromisos?

Lo que se pretende pues sería contradictorio pues se valida el medio de comunicación para una cosa y se desconoce para otra.

En igual medida, en la jurisprudencia Argentina se presentó un caso similar en la justicia administrativa, impartida por la Cámara Federal de Apelaciones de La

79

Plata, resolviéndose que no puede ser desconocida la notificación realizada por un medio no previsto en la reglamentación vigente –correo electrónico– en tanto su validez resulte de la conducta asumida por la contraparte que la utilizó en algunas oportunidades para efectuar notificaciones, debiendo primar el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios (cnfr. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala I, 20/08/2009, in re: "M., C. A. c. U.N.L.P.", La Ley Online: AR/JUR/31994/2009).

Por las consideraciones antes expuestas, el PLENO DE LA CORTE DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la ley, **Declara que NO SON INCONSTITUCIONALES** la frase: "en la ejecución del contrato" del primer párrafo y de la frase: "o el recurso de apelación contra resolución administrativa del contrato" del tercer párrafo, ambos del artículo 113 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, hoy artículo 131 de la misma ley.

Notifíquese,

Victor L. Benavides P.
VICTOR L. BENAVIDES P.

Hernán A. de León Batista
HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA

Harry A. Díaz
HARRY A. DÍAZ

Luis R. Fábrega S.
LUIS R. FÁBRAGA S.

Jerónimo Mejía E.
JERÓNIMO MEJÍA E.

Harley J. Mitchell D.
HARLEY J. MITCHELL D.

Alejandro Moncada Luna
ALEJANDRO MONCADA LUNA

Oyden Ortega Durán
OYDÉN ORTEGA DURÁN

Jose E. Ayú Prado Canals
JOSE E. AYÚ PRADO CANALS

Yanixsa Y. Yuen
YANIXSA Y. YUEN
 Secretaria General