



Lex Nostra

“Derecho Administrativo al servicio ciudadano”

Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica

Año 1, Edición 2, Diciembre 2023

Revista cuatrimestral,
ISSN 2953-3228



Expectativas legítimas versus el derecho a regular de los Estados en los arbitrajes de inversión.



José Dolores Moscote y la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.



La inversión ilegal en el arbitraje internacional de inversiones.

Nota del Editor

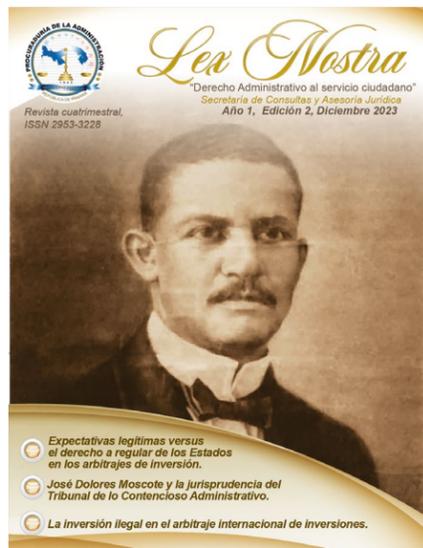
La satisfacción del escritor es, el fiel convencimiento que quien lea su obra (el escrito), comprenda a plenitud el sentido y querer que quiso compartir; es decir, que su texto redactado haya tenido la total comprensión del lector.

Desde nuestra recién y exitosa primera edición y publicación, de la revista electrónica *Lex Nostra*, en formato digital, contamos con una pluralidad y diversidad de temas jurídicos, todos ellos de actualidad; pero a pesar de su corto tiempo, hoy se enaltece la misma, habida cuenta que esta segunda edición, contiene artículos relevantes, de exitosos y distinguidos profesionales altamente reconocidos por el foro; investigadores ellos, del más alto nivel académico, de trayectoria nacional e internacional, cuyos aportes jurídicos giran en torno a un tema de gran importancia y actualidad, como lo es el Arbitraje de Inversión Internacional.

Es importante destacar, que si bien la primera edición de *Lex Nostra*, fue dedicada al derecho constitucional de petición, primordialmente, esta segunda publicación contiene importantes escritos en materia de silencio administrativo, la potestad sancionatoria del Estado, el fuero laboral por discapacidad, el principio de igualdad en la ley de contrataciones públicas y la incorporación de la sección “Colecciones Jurídicas”, que reúne jurisprudencia sistematizada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en esta ocasión, dedicada a los aportes del Dr. José Dolores Moscote, entre otros temas de actualidad.

Invitamos una vez más de manera cordial, a todo el colaborador (a) de la Procuraduría, u otro profesional del derecho, que desee participar y escribir un artículo jurídico, para la Revista *Lex Nostra*, nos los hagan llegar a la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica, a través de su Consejo Editorial.

Jorge A. Berrocal Siles-Meléndez
Editor



Título: Dr. José Dolores Moscote (Cartagena de Indias, 4 de abril de 1879-Panamá, 4 de abril de 1956). Padre de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Panamá, maestro de enseñanza primaria, profesor de educación secundaria, decano de la Facultad de Derecho y decano General de la Universidad de Panamá, conjuer y magistrado de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Jugó un papel preponderante en la redacción del proyecto de la Constitución Política de 1946 y en la creación de la Universidad de Panamá; así como de la Ley N°135 orgánica de la jurisdicción contenciosa administrativa. Destacado docente, jurista y escritor que se adelantó a su tiempo, al contribuir al establecimiento del régimen contencioso-administrativo.

Fotografía: José Dolores Moscote, retrato donado por sus familiares, al Órgano Judicial y reposa en la Sala III de lo Contencioso Administrativo y Laboral

Fecha: diciembre 2023

Técnica: Edición digital.

Editor



Jorge A. Berrocal Siles-Meléndez

Jefe de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración. Docente universitario.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Cuenta con estudios doctorales en Métodos Alternos y Solución de Conflictos, por la Universidad de Nuevo León, México y el Órgano Judicial de Panamá; Maestría en Educación con énfasis en Docencia Superior y Postgrado en Pedagogía, por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) y Maestría en Derecho Marítimo de la Universidad Santa María La Antigua (USMA); recientemente ha culminado estudios superiores en el Postgrado Internacional Especialista en normas del Trabajo y Derechos Fundamentales, en la Escuela Interamericana de Diálogo Social, Tripartismo y Resolución de Conflictos de la Universidad de Panamá y el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral

Posee un Postgrado en Corrupción Política y Económica y Postgrado en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, España; Postgrado y Especialidad en las Relaciones entre el Estado y las Administraciones Locales del Instituto Nacional de Administración Pública, Paris, Francia; Postgrado de Formación y especialización en Derecho Internacional Humanitario, en La Antigua, Guatemala; Diplomado en Talento Humano de la Universidad Tecnológica de El Salvador; Diplomado en Regulación y competencia de las telecomunicaciones por la Universidad Tecnológica de Panamá y la Universidad Externado de Colombia; Diplomado en Derecho Administrativo por la Universidad de Panamá y la Procuraduría de la Administración; Diplomado en Derecho Internacional de Refugiados de la Universidad de Panamá y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados.

Cuenta con una trayectoria laboral de más de 28 años en la Administración Pública y en la Administración de Justicia; se ha desempeñado como Asistente de Magistrado de la Sala Tercera De lo Contencioso Administrativo y Laboral; Fiscal Superior de Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación; desde el año 1993, ingresó a la Procuraduría de la Administración ocupando en la actualidad la Jefatura de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica.

Docente Universitario con más de 18 años de experiencia en diferentes Universidades Públicas y Privadas del país; es profesor de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad del Istmo (UDI).



RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

MARIA LILIA URRIOLA DE ARDILA
SECRETARIA GENERAL

ANASIRIS POLO ARROYO
SUB SECRETARIA GENERAL

COMITÉ EDITORIAL

JORGE A. BERROCAL SILES-MELÉNDEZ JEFE DE LA SECRETARIA DE CONSULTAS Y
ASESORÍA JURÍDICA

JOSÉ OTERO JEFE DE LA OFICINA DE RELACIONES PÚBLICAS

DAISY CEDEÑO ABOGADA DE SECRETARIA DE CONSULTAS Y
ASESORÍA JURÍDICA

GABRIEL VEGA YUIL ABOGADO DE LA SECRETARIA DE CONSULTAS Y
ASESORÍA JURÍDICA

GISEL ALEJANDRA OLMEDO ABOGADA DE SECRETARIA DE CONSULTAS Y
ASESORÍA JURÍDICA

PORTADA

JOICE ESCALA RELACIONES PÚBLICAS

PORTADA

MARIO BEJERANO PUBLICACIÓN

La Revista Jurídica "Lex Nostra" es editada por la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración

Antiguo Palacio de Bellas Artes, Ave. Cuba, Planta Baja, La Exposición-Calidonia

Los artículos publicados en esta revista son responsabilidad exclusiva de sus autores y no de la Procuraduría de la Administración

Revista Digital

Teléfono (507) 500-3337
Sitio en Internet: www.procuraduria-admon.gob.pa
Correo electrónico: sconsultas@procuraduria-admon.gob.pa
Panamá, 2023

Índice

Expectativas Legítimas Versus el Derecho a Regular de los Estados en los Arbitrajes de Inversión	6
<i>Dra. Margie-Lys Jaime</i>	
El Silencio Administrativo como Vía para Acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	17
<i>Janitzel J. Rosario C.</i>	
Consideraciones sobre la potestad sancionatoria del estado, y su importancia en el derecho administrativo.....	25
<i>Carolina Arango</i>	
El Principio de Igualdad en la Ley de Contrataciones Públicas.....	33
<i>Diógenes de la Rosa Cisneros</i>	
El Fuero laboral por Discapacidad y las 144 horas anuales pagadas para Citas Medicas, tratamiento y Actividades Educativas en el Sector Público.....	40
<i>Virgilio Carrión y Gisel Alejandra Olmedo</i>	
La Inversión Ilegal en el Arbitraje internacional de Inversiones.....	49
<i>Dr. Carlos Arrue Montenegro</i>	
José Dolores Moscote y la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.....	57
<i>Demetrio Dobras Ramos</i>	
Colecciones Jurídicas.....	58
Formato de Habeas Data.....	68
Instructivo para los Autores	70

Expectativas Legítimas Versus el Derecho a Regular de los Estados en los Arbitrajes de Inversión



Egresada de la Universidad de Panamá con altos honores, cuenta con un Doctorado y una Maestría en Derecho de las Relaciones Económicas Internacionales, ambos por la Universidad de París II (Panthéon-Assas), una Maestría en Arbitraje y Comercio Internacional por la Universidad de

Versalles, Francia, y una Maestría en Negocios Internacionales y Derecho Económico con un Certificado en Derecho de la Organización Mundial de Comercio, por la Universidad de Georgetown, Washington, D.C.

Dra. Margie-Lys Jaime

Abogada experta en arbitrajes comerciales, litigios internacionales y arbitrajes inversionista-Estado

Expectativas Legítimas Versus el Derecho a Regular de los Estados en los Arbitrajes de Inversión

Contenido.

1. Introducción. 2. El concepto de expectativas legítimas y los estándares de protección bajo el tratado. 3. El derecho a regular de los Estados como defensa en los arbitrajes de inversión. 4. A manera de conclusión. 5. Bibliografía.

Resumen.

Ante una posible demanda de arbitraje por parte de la compañía First Quantum Minerals Ltd. como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad del Contrato con Minera Panamá por parte de la Corte Suprema de Justicia, el presente artículo confronta las expectativas legítimas que puede tener un inversionista al momento de realizar su inversión, con el derecho a regular de los Estados en áreas como el medio ambiente y la salud humana, dentro del contexto de un arbitraje de inversiones. El artículo provee un panorama actual del derecho internacional de las inversiones a la luz de la doctrina y de las decisiones arbitrales recientes en la materia.

Palabras Claves.

Expectativas legítimas, derecho a regular, arbitraje de inversiones, expropiación indirecta.

1. Introducción

La coyuntura en que se encuentra hoy en día el país, ante el fallo de inconstitucionalidad de la Ley 406 de 2023 que aprueba el contrato de concesión celebrado entre el Estado y la sociedad Minera Panamá S.A¹, ha promovido una serie de reflexiones en torno a las posibles demandas que pudiera ejercer la Minera a raíz de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Al examinar el contrato suscrito con Minera Panamá, resulta evidente que una de las opciones que tendría Minera Panamá sería demandar por la vía contractual, sobre la base de la cláusula cuadragésima sexta del Contrato minero que dispone que cualquier controversia o reclamación que surgiera o que estuviera

¹ Ley 406 de 20 de octubre 2023 que aprueba el contrato de concesión minera celebrado entre el Estado y la sociedad Minera Panamá S.A (“Contrato minero”). Gaceta Oficial N°29894-A. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Fallo s/n del 27 de noviembre de 2023 que Declara que es inconstitucional la Ley 406 de 20 de octubre de 2023. Gaceta Oficial No. 29922 de 2 de diciembre de 2023.

relacionada con el Contrato, o con su cumplimiento, deberá ser resuelta por arbitraje internacional en derecho, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, esta cláusula excluye de la competencia del tribunal arbitral las “controversias que se refieran a la guarda de la integridad de la Constitución Nacional de la República de Panamá.”

En principio, podría suponerse que le correspondería a un tribunal arbitral conformado en virtud de esta cláusula determinar si es o no competente para resolver una controversia que tenga como base la nulidad del Contrato minero. Esto en virtud del principio del Kompetenz-Kompetenz por medio del cual el tribunal arbitral tiene competencia para conocer y decidir sobre su propia competencia². No obstante, dado lo particular de la cláusula arbitral, hay suficientes

² Este principio está reconocido expresamente en el Artículo 202 de la Constitución Política de la República de Panamá.

argumentos para suponer que un tribunal arbitral podría declararse no competente, considerando al objeto de la declaratoria de inconstitucionalidad fuera de su competencia. Además, la inconstitucionalidad de la Ley 406 que afecta la validez del contrato minero, podría también afectar la validez misma de la cláusula arbitral³.

El Contrato minero también incluye una disposición según la cual:

Cada PARTE renuncia, a partir de la fecha de la publicación en Gaceta Oficial de la ley que aprueba este Contrato, a toda demanda, reclamación o acción, presente o futura, contra la otra PARTE, en cualquier foro de resolución de disputas, ya sean el foro previsto en el Contrato de 1997 o cualquier otro y bajo cualquier ley, ya sea de Panamá o cualquier otro país, incluyendo cualquier tratado internacional, por los efectos e impactos que pudieran haber resultado de la declaratoria de inconstitucionalidad la Ley 9 de 1997 por la Corte Suprema de Justicia⁴.

La renuncia se extiende a todas las compañías “afiliadas” declaradas por Minera Panamá entre las cuales se encuentra First Quantum Minerals Ltd., de nacionalidad canadiense⁵. Frente a la nulidad total del contrato, esta disposición también ha de considerarse nula, por lo que en teoría First Quantum Minerals Ltd. o cualquiera de sus compañías afiliadas, podría intentar una reclamación derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 9 de 1997 por la Corte Suprema de Justicia. No obstante, ante un

³ De acuerdo con el principio de separabilidad del convenio arbitral, la cláusula arbitral es independiente de las demás estipulaciones del contrato y por tanto la nulidad del contrato no entraña ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria. Sin embargo, esto no quiere decir que en ciertas ocasiones no pueda determinarse la nulidad del convenio o invalidez del convenio arbitral. Jaime M (2023) Arbitraje Comercial Internacional, Mizrachi & Pujol, p 58.

⁴ Cláusula Quincuagésima séptima del Contrato minero.

⁵ De acuerdo con el Anexo 6 del Contrato minero, son afiliadas: 1. FQM Panama Holdings II Ltd; 2. FQM Panama Holdings I Ltd; 3. First Quantum Minerals Ltd; 4. Korea Panama Mining Corp; 5. Korea Mine Rehabilitation and Mineral Resources Corporation.

arbitraje sobre la base de un tratado de inversión que resulte aplicable, estas tendrían que probar que su inversión fue afectada de tal forma que pueda considerarse como expropiada indirectamente por el Estado panameño.

Como es de conocimiento público, la empresa continuó con su explotación luego de que la decisión de la Corte fuera publicada en Gaceta Oficial⁶, por lo que difícilmente pudiera alegar que su inversión fue expropiada indirectamente como resultado de la decisión de la Corte de 2017⁷. Ahora bien, esto no quiere decir que la Minera haya actuado bajo un contrato válido⁸. De hecho, las Partes reconocen en el Contrato minero que este constituye un “nuevo contrato” entre las Partes⁹. Esto es concordante con el Fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 27 de noviembre de 2023, según el cual el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad es que esta “debe ser interpretada en el sentido que no existe concesión”¹⁰.

⁶ Fallo N° S/N de jueves 21 de diciembre de 2017, Por el cual se declara que es inconstitucional la Ley 9 de 25 de febrero de 1997, por la cual se aprueba el contrato celebrado entre el Estado y la Sociedad Minera Petaquilla, S.A. Gaceta Oficial N° 29439 de 22 de diciembre de 2021.

⁷ El Artículo 3 de la Ley 406 de 2023 señala que tendrá efectos retroactivos hasta el 22 de diciembre de 2021. Sin embargo, una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley elimina este efecto, pese a que la decisión de la Corte sólo tiene efectos a futuro. De hecho, uno de los Artículos considerados como infringidos por la Corte Suprema de Justicia en su fallo de inconstitucionalidad es el Artículo 46 de la Constitución. Cabe entonces preguntarse cuál es la situación jurídica de la mina entre el 22 de diciembre de 2021 y el 20 de octubre de 2023, fecha en que entra en vigencia el Contrato-Ley. Esto va mucho más allá del análisis de este artículo por lo que no será abordado, pero resulta pertinente cuestionarse sobre el particular.

⁸ En sus Vistas, en los alegatos y en la opinión, la Procuraduría de la Administración ha sostenido la tesis de que hay un nuevo contrato de concesión, partiendo de la idea que el primero quedó insubsistente por decaimiento, tras la declaratoria de inconstitucionalidad de 2017. Ante un tribunal internacional de inversiones, esto también podría motivar un análisis sobre la legalidad de la inversión durante este periodo.

⁹ Considerando cuarto del Contrato minero.

¹⁰ Fallo s/n del 27 de noviembre de 2023 que declara que es inconstitucional la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, p. 233. La Corte también hace una comparación de la Ley 9 de 1997 y la Ley 406 de 2023, resaltando que se está ante una nueva Ley que aprueba un nuevo contrato de concesión (p. 137-

La otra opción natural que tendría First Quantum Minerals Ltd. y/o sus accionistas y/o compañías afiliadas ante una declaratoria de inconstitucionalidad sería demandar bajo un tratado de inversiones que sea aplicable al caso concreto¹¹. En principio, asumimos que el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Panamá y Canadá (TLC Panamá-Canadá) podría ser aplicable a una demanda interpuesta por First Quantum Minerals Ltd.¹², pero también podrían haber otros tratados aplicables dependiendo de la nacionalidad de sus accionistas y compañías afiliadas¹³. En efecto, sólo aquellos accionistas que tengan la nacionalidad de un Estado que haya suscrito un tratado de inversiones o un tratado de libre comercio que cuente con un capítulo de inversiones podrían acceder a la vía del tratado para demandar al Estado directamente.¹⁴ Esto claramente podría resultar en demandas paralelas bajo distintos instrumentos internacionales.¹⁵

161).

¹¹ Sobre la distinción entre las reclamaciones bajo el contrato y bajo el tratado ver Jaime M. (2007) De la distinción entre treaty claims y contract claims dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones, 4 Revista peruana de arbitraje, p. 157.

¹² El Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Panamá y Canadá fue firmado el 14 de mayo del año 2010 en la ciudad de Toronto, Canadá y aprobado mediante la Ley No. 69 de 26 de octubre de 2010. Gaceta Oficial 266653-A. Fecha de entrada en vigor, 01 de abril de 2013. Panamá también ha suscrito el Convenio entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de las Inversiones (“APPRI”), aprobado mediante Ley 39 de 14 de noviembre de 1997. El Artículo 9.38 del TLC dispone que el APPRI continuará operativo por un periodo de 15 años detrás la entrada en vigencia del TLC (es decir, hasta abril de 2028), pero únicamente para efectos de cualquier incumplimiento de las obligaciones del APPRI ocurrido antes de la entrada en vigencia del TLC (es decir, antes del 1 de abril de 2013).

¹³ Potencialmente podrían ser también aplicables el Tratado de Libre Comercio entre Corea y las Repúblicas de Centroamérica, aprobado por Ley 182 de 2020. Gaceta Oficial, 29159-A; y el Tratado de Promoción Comercial suscrito entre Panamá y Estados Unidos, aprobado por Ley 53 de 13 de diciembre de 2007, en vigencia desde el 31 de octubre de 2012.

¹⁴ Para un análisis sobre la competencia racione personae en los arbitrajes de inversión, ver Jaime M. (2021) La Jurisdicción de los tribunales arbitrales en el Arbitraje de Inversión. En El Derecho Internacional de las Inversiones, José Manuel Álvarez Zaratre & Maciel Zenkiewicz, Externado de Colombia, p. 284-290.

¹⁵ Sobre los arbitrajes paralelos ver, Jaime M. (2022) Arbitrajes Paralelos: más allá de la distinción entre “contract

En el siguiente apartado se abordará el concepto de expectativas legítimas de los inversionistas y sus implicaciones en la determinación de una expropiación indirecta por parte del Estado receptor de la inversión. Posteriormente, analizaremos el derecho a regular de los Estados a la luz de los tratados de nueva generación. Por último, haremos unas reflexiones finales a manera de conclusión.

2.El concepto de expectativas legítimas y los estándares de protección bajo el tratado

Las expectativas legítimas de un inversionista se consideran como aquéllas que éste pudo tener al momento de realizar su inversión, pero también en la estabilidad legal necesaria para el desarrollo de la misma. Es decir, que el inversionista tiene el derecho de esperar que durante el desarrollo de su inversión no van a hacerse **cambios regulatorios discriminatorios** que afecten **arbitrariamente** las reglas del juego.

En un estudio reciente, se encontraron cuatro razonamientos comunes realizados por los tribunales arbitrales respecto a las expectativas legítimas:

(i) su limitación temporal, dado que pueden ser creadas al inicio y, en ciertas oportunidades, durante la ejecución de la inversión; (ii) su limitación material, que deriva de la específica actuación estatal que las genera; (iii) el examen de la conducta del inversionista y, en especial, el deber de debida diligencia, y (iv) la privación sustancial de la propiedad como un criterio de importancia para identificar las expropiaciones indirectas¹⁶.

En muchas ocasiones, los tribunales arbitrales han utilizado las expectativas legítimas del inversionista como parte de su análisis para determinar si el Estado ha cumplido con su obligación de proveer un trato

claims” y “treaty claims”, Revista CESCON, p. 75.

¹⁶ Esis Villarroel I., De Abreu M., Briceño Olivares G. (2022) El análisis de las legítimas expectativas en la identificación de las expropiaciones indirectas tras una década de práctica arbitral (2010-2020). Revista Derecho del Estado n°53, septiembre - diciembre, p. 376.

justo y equitativo.¹⁷ En ese sentido, el tribunal arbitral en Tecmed c. México señaló que el Estado receptor debe garantizar un trato que no afecte “las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista para realizar la inversión”¹⁸. Al respecto, Thomas Wälde ha expresado:

En los últimos años, cabe observar un considerable crecimiento del papel y del alcance del principio de las expectativas legítimas, que inicialmente cumplía una función exegética subsidiaria consistente en reforzar el enfoque interpretativo adoptado, y en la actualidad constituye una subcategoría autónoma y una base independiente para una reclamación fundada en el “nivel de trato justo y equitativo”¹⁹.

El estándar de trato justo y equitativo está presente en casi todos los tratados. En el TLC Panamá-Canadá, por ejemplo, el trato justo y equitativo se encuentra dentro del “nivel mínimo de trato” que debe otorgarse a una inversión cubierta por el tratado y que no requiere un trato más allá del exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario.²⁰ Al respecto, en el caso S.D. Myers Inc. c. Canadá, el tribunal arbitral señaló que “cuando se demuestra que un inversionista fue tratado de manera injusta o arbitraria, el trato se eleva a un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional”²¹. Ciertamente, dentro del análisis que debe hacer todo tribunal al verse confrontado ante una alegación de violación al trato justo y equitativo, se encuentra el evaluar si la medida fue arbitraria o fuera de toda proporcionalidad y razonabilidad. En otras palabras, si se trata de una medida que no sirve a ningún propósito legítimo y no está basada en

estándares legales sino más bien en la discreción de la autoridad estatal y por tanto, en incumplimiento del debido proceso²².

Ahora bien, existen ciertos criterios que deben tomarse en consideración al momento de evaluar las expectativas legítimas. En efecto, las expectativas deben ser razonables y justificadas para que un inversionista actúe basándose en esa conducta.²³ En ese mismo orden de ideas, la doctrina ha identificado ciertos criterios objetivos como: (i) la confianza que el inversionista pudo tener en la conducta del Estado receptor de la inversión; (ii) la imposibilidad de dicho Estado de atender las expectativas creadas; y (iii) el hecho de haber provocado un daño como consecuencia de la actuación del Estado²⁴.

El hecho de que se haya causado un daño es importante ya que puede suceder que, aunque se pruebe la violación al trato justo y equitativo, esta violación no pueda ser compensable por falta de cuantificación del daño. Así, por ejemplo, en *Infinito Gold c. Costa Rica*, aunque el tribunal encontró que Costa Rica había violado el trato justo y equitativo con la emisión de la Ley de 2011 que prohibía la minería en áreas declaradas reservas biológicas, reservas forestales y refugios estatales de vida silvestre; consideró que la Demandante no había logrado establecer que dicho incumplimiento le había causado un perjuicio cuantificable y por tanto no le otorgó una indemnización en daños.²⁵

Más allá del trato justo y equitativo, las expectativas legítimas se han visto como un elemento a tomar en consideración cuando estamos frente a una alegación de expropiación indirecta. En *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. y Terra Raf Trans Trading Ltd. c. Kazajistán*, por ejemplo, el Tribunal

consideró que las medidas dictadas por el Estado condujeron no sólo a la expropiación de los activos de los inversionistas, sino también a la violación de la expectativa de continuar ejecutando las operaciones por el plazo acordado a pesar de que las autoridades que les aseguraban su cumplimiento²⁶.

Al respecto, la doctrina ha identificado ciertos criterios para determinar si estamos frente a una expropiación indirecta, incluyendo: (i) el grado de interferencia de la medida estatal en la propiedad del inversionista (impacto económico, duración de la medida); (ii) el carácter del acto estatal en estudio (análisis de la legitimidad y proporcionalidad de la medida), y (iii) la vulneración de las legítimas expectativas del inversor²⁷.

Esto ha traído como consecuencia que la nueva generación de tratados plasme la práctica arbitral en la materia. En este sentido, el Anexo 9.11 del TLC Panamá-Canadá dispone:

La determinación acerca de si una medida o serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta exige un análisis de caso por caso y basado en los hechos que considere, entre otros factores:

(i) el impacto económico de la medida o serie de medidas, aunque el simple hecho de que la medida o serie de medidas de una Parte tenga un efecto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que se haya producido una expropiación indirecta,

(ii) el grado en que la medida o serie de medidas interfiere con las expectativas distinguibles y

²⁶ Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. y Terra Raf Trans Trading Ltd. c. Kazajistán, laudo de 19 de diciembre de 2013. Citado por Esis Villarroel I., De Abreu M., Briceño Olivares G. (2022) El análisis de las legítimas expectativas en la identificación de las expropiaciones indirectas tras una década de práctica arbitral (2010-2020). Revista Derecho del Estado N°53, septiembre - diciembre, p. 398.

²⁷ Esis Villarroel I. (2022) La identificación de la expropiación indirecta: un análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente. ACADI, Bogotá, p. 69.

razonables de la inversión, y

(iii) el carácter de la medida o serie de medidas. (lo subrayado es nuestro)

Por ejemplo, en *Tza Yap Shum c. Perú*, donde el tribunal arbitral consideró que las medidas dictadas por las autoridades peruanas, con una duración de dos años aproximadamente, tuvieron una decisiva influencia en la inversión al punto de hacerla inviable²⁸.

Se ha alegado que si se hubiera llamado a una licitación en lugar de negociar directamente con Minera Panamá un nuevo contrato, este acto se hubiese convertido en una expropiación indirecta porque se estarían afectando bienes de propiedad privada.²⁹ No compartimos esta opinión ya que en todo caso la medida que hubiera sido objeto de análisis por un tribunal como una posible medida expropiatoria hubiera sido la terminación del contrato como consecuencia de la declaratoria de inconstitucional de 2017. Cualquier tipo de licitación o proceso de contratación pública, mientras se apegue a la legislación vigente, no podría ser válidamente cuestionada por un tribunal internacional.³⁰

De acuerdo con la “jurisprudencia arbitral” y la doctrina en la materia, la determinación de una expropiación indirecta responde a una investigación de hechos en la cual deben tomarse en consideración distintos aspectos, incluyendo la interferencia de la medida con las legítimas expectativas en la inversión.³¹ En efecto, hay distintos factores para

²⁸ Tza Yap Shum c. Perú, CIADI, Laudo de 7 de julio de 2011, párr. 156 (considerando que las medidas cautelares previas resultaron en la expropiación de la inversión del Demandante en consideración a la gravedad de su impacto y duración).

²⁹ Alegatos de Arturo Hoyos, demanda de inconstitucionalidad presentada por Juan Ramón Sevillano, 17 de noviembre de 2023, p. 16-19.

³⁰ Sobre el concepto de expropiación indirecta ver Páez M. (2006) La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos del Estado, Revista de Estudios Internacionales, p. 5.

³¹ Esis Villarroel I. De Abreu M. (2022) La identificación de la expropiación indirecta: un análisis de los criterios de

¹⁷ Xavier Junior E.C., Costa Morosini F. (2021) El Estándar de trato justo y equitativo. En El derecho internacional de las inversiones (Eds. J.M. Alvarez & M. Zenkiewicz), p. 417.

¹⁸ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A c. México, CIADI, laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 154.

¹⁹ International Thunderbird Gaming Corporation c México, CNUDMI, opinión independiente de Thomas Wälde, 1 de diciembre de 2005, párr. 37.

²⁰ Artículo 9.06 del TLC Panamá-Canadá.

²¹ S.D. Myers Inc. c. Canadá, CNUDMI, laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263.

²² Ver EDF Limited c. Rumania, ICSID, laudo, 8 de octubre de 2009, párr. 303 (citando al Profesor Christoph Schreuer).

²³ Ver International Thunderbird Gaming Corporation c México, CNUDMI, laudo, 6 de enero de 2006, párr. 147.

²⁴ Xavier Junior E.C. (2021) El Estándar de trato justo y equitativo. En El derecho internacional de las inversiones (Eds. J.M. Alvarez & M. Zenkiewicz), p. 438.

²⁵ Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica, CIADI, laudo, 3 de junio de 2021, párr. 584, 712.

determinar si un Estado ha realmente contravenido a las expectativas legítimas de un inversionista, empezando por el hecho de que no siempre estaremos en frente de expectativas “legítimas”; mucho tiene que ver el comportamiento del inversionista, además de las manifestaciones o declaraciones que pudo haber hecho el Estado receptor de la inversión. Sobre el particular, el Fallo de la Corte Suprema de 27 de noviembre de 2023 hace alusión a la doctrina de las “manos limpias”, y el respeto de las normas jurídicas del Estado receptor de la inversión.³² En ese mismo orden de ideas, resalta la “necesidad ética de contratar con base al estándar más elevado de derecho al ambiente entre el país receptor y el país de origen del inversionista”³³. En ese sentido, las expectativas legítimas no pueden basarse en manifestaciones específicas que sean contrarias a derecho.³⁴

En conclusión, los estándares de protección como el trato justo y equitativo y la protección de una expropiación indirecta sin indemnización deben ser analizados bajo ciertos criterios hoy en día bien definidos. Por tanto, para saber si realmente un Estado ha incumplido con alguno de estos estándares internacionales, deberá analizarse caso por caso, tanto el comportamiento del Estado receptor de la inversión como el comportamiento del alegado inversionista.

3.El derecho a regular de los Estados como defensa en los arbitrajes de inversión

El derecho a regular de los Estados no es algo que sea objeto de discusión. Todo Estado tiene derecho a regular dentro de sus fronteras. Sin embargo, ese derecho a regular puede ser cuestionado cuando se confronta a las obligaciones internacionales que haya podido adquirir el Estado receptor de la inversión con respecto a las inversiones recibidas dentro de su territorio³⁵.

privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente. ACDI, Bogotá, p. 72.

32 Fallo s/n del 27 de noviembre de 2023 que declara que es inconstitucional la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, p. 219.

33 Id. 220.

34 Balcerzak F. (2021) Los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones. En *El derecho internacional de las inversiones* (Eds. J.M. Alvarez & M. Zenkiewicz), p. 635.

35 Sobre el derecho a regular ver Titi C. (2022) *The*

De ahí que la nueva generación de tratados incorpora expresamente el derecho a regular de los Estados. Así, por ejemplo, en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA), incorpora un artículo sobre inversiones y medidas reglamentarias (Artículo 8.9):

1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.

El TLC Panamá-Canadá no incluye una disposición directa sobre el derecho a regular, pero si una disposición sobre medidas relacionadas con la salud, la seguridad y el ambiente (Artículo 9.16):

Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la disminución de sus medidas internas de salud, seguridad o ambiente. En consecuencia, una Parte no deberá eximir de la aplicación de tales medidas o abstenerse de aplicarlas, u ofrecer eximir de la aplicación de tales medidas o abstenerse de aplicarlas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención en su territorio de la inversión de un inversionista. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido este tipo de incentivos, podrá solicitar conversar con la otra Parte, y las dos Partes deberán entablar conversaciones con miras a evitar tales incentivos.

Right to regulate in international investment law. Courses of the summer school on public international law. Vol. 18.

De forma similar, el Tratado de Libre Comercio entre Panamá y Corea dispone:

Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental³⁶.

Estas disposiciones son un reflejo de que la regulación en el ámbito de la salud y el medio ambiente es objeto de un intenso escrutinio pues afecta derechos y la calidad de vida de los ciudadanos. Hoy en día, el mundo ha tomado conciencia de la importancia del cambio climático y el desarrollo sostenible, de ahí que los tratados de nueva generación incluyan normas sobre responsabilidad social empresarial y obligaciones concretas para los inversionistas dentro de los tratados de inversión.³⁷ El hecho de que un tratado contenga obligaciones para el inversionista puede ser importante ya que puede ser la base para una eventual demanda reconventional, fundamentada en el no cumplimiento de estas obligaciones por parte del inversionista.³⁸

Asimismo, los tratados suelen incluir excepciones generales en los siguientes términos:

Para efectos del Capítulo Nueve (Inversión):

(a) una Parte podrá adoptar o aplicar una medida necesaria: (i) para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, que las

36 Artículo 9.11 (Inversión y Medio Ambiente) del Tratado de Libre Comercio con Corea. Ver también Artículo 10.11 (Inversión y Medio Ambiente) del Tratado de Promoción Comercial suscrito con Estados Unidos.

37 Baltag C., Joshi R. Duggal K. (2023) Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little? *ICSID Review*, Vol. 38, No. 2, p. 381. Ver también Gehring M., Kent A. (2014) Sustainable development and IIAs: from objective to practice. En *Improving International Investment Agreement*. (Eds. A. Mestral & C. Lévesque) p. 284.

38 Bubrowski H. (2014) Balancing IIA arbitration through the use of counterclaims. En *Improving International Investment Agreement*. (Eds. A. Mestral & C. Lévesque), p. 212.

partes entienden incluyen medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, (ii) para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional que no sea incompatibles con este Tratado, o (iii) para la conservación de recursos naturales agotables vivo o no vivos; (b) Siempre que la medida a la que se refiere el subpárrafo (a) no sea: (i) Aplicada de forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre las inversiones o entre los inversionistas, o (ii) Una restricción encubierta sobre comercio internacional o inversiones.³⁹

La inclusión de excepciones generales calcadas del derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el comercio internacional, ha sido criticada dado la tendencia de los tribunales a aplicar interpretaciones restrictivas, por lo que se prefieran excepciones ambientales específicas que no estén supeditadas a un requisito de consistencia con el tratado⁴⁰.

Adicionalmente, el TLC Panamá-Canadá, como otros tratados de nueva generación, incluyen una excepción a la expropiación indirecta (Anexo 9.11):

Excepto en circunstancias extraordinarias, como cuando una medida o serie de medidas es tan estricta con respecto a su objetivo que no pueda razonablemente percibirse como que se adoptó y aplicó de buena fe, una medida no discriminatoria de una Parte que es diseñada y aplicada para proteger los objetivos

39 Artículo 23.02 (Excepciones Generales) del TLC Panamá-Canadá.

40 Lorenzoni Escobar L. (2021). Protección del medio ambiente y derecho internacional de las inversiones. En *El derecho internacional de las inversiones* (Eds. J.M. Alvarez & M. Zenkiewicz), p. 656. Ver también Newcombe A. (2014) The use of general exceptions in IIAs: increasing legitimacy or uncertainty. En *Improving International Investment Agreement*. (Eds. A. Mestral & C. Lévesque) (concluyendo en que el problema de aplicar excepciones generales es sintomático dada la dificultad de transplantar esta cláusula del derecho del comercio internacional al tratado de protección de inversiones), p. 282. Sobre la experiencia de Latinoamérica con este tipo de excepciones: Jaime M. (2022) *The Non-Precluded Measures Defence. A View from Latin America*. TDM, Vol. 19, Issue 4.

legítimos de bienestar público, como la salud, la seguridad y el ambiente, no constituye una expropiación indirecta.

Este tipo de disposiciones ha sido objeto de análisis por los tribunales arbitrales que reconocen el derecho a regular de los Estados, comprobándose que ante una medida no discriminatoria para proteger objetivos legítimos del Estado no estamos frente a una expropiación indirecta y por tanto no se requiere compensación por parte del Estado. En ese sentido, el tribunal arbitral en *Suez c. Argentina* recalcó:

*Como lo han señalado numerosos casos, al evaluar un reclamo de expropiación es importante reconocer el derecho legítimo de un Estado a regular y ejercer su poder de policía en interés del bienestar público y no confundir medidas de esa naturaleza con expropiación. El Restatement (Tercero) de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos del American Law Institute subraya este punto cuando afirma que "... un Estado no es responsable por la pérdida de propiedad o por otras desventajas económicas resultantes de impuestos generales, regulaciones, decomisos de buena fe por delito, u otra acción comúnmente aceptada como dentro del poder policial de los Estados, si no es discriminatoria..." En el contexto de las disputas sobre inversiones, se ha hecho referencia a la doctrina de los poderes policiales, por ejemplo, en *Methanex v. Estados Unidos* y *Saluka v. República Checa*. En esta última decisión, el tribunal señaló que "el principio de que un Estado no comete una expropiación y por lo tanto no está obligado a pagar compensación a un inversionista extranjero desposeído cuando adopta regulaciones generales que son 'comúnmente aceptados como parte del poder policial de los Estados' y forman parte del derecho consuetudinario actual". (citas omitidas)⁴¹*

De forma similar, en *Chemtura Corporation c. Canadá*, el tribunal determinó que la decisión del gobierno para la regulación del lindane (compuesto utilizado para la fabricación de shampoo), había sido un ejercicio válido de sus poderes de policía para proteger la salud humana y el medio ambiente. En su determinación, el tribunal arbitral analizó que la medida: (i) no había sido arbitraria ya que había respetado el debido proceso; (ii) no había sido ni discriminatoria ni excesiva; y (iii) había sido tomada en buena fe para mitigar los riesgos de exposición del lindane.⁴² Mismo resultado en el caso de *Philip Morris c. Uruguay*, en donde el tribunal concluyó que "la adopción de las Medidas Impugnadas por parte de Uruguay constituyó un ejercicio válido del poder de policía del Estado, con la consecuencia que desestima el reclamo de expropiación en virtud del Artículo 5(1) del TBI".⁴³ Este caso es sumamente interesante pues confronta el derecho del inversionista de usar su marca de cigarrillos con las obligaciones internacionales adquiridas por el Uruguay en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.⁴⁴

Dentro de este contexto, podría considerarse que, si un Estado tiene compromisos internacionales que cumplir como, por ejemplo, el Acuerdo de Escazú, la Declaración de Río sobre el medio ambiente, o el Convenio de París sobre el cambio climático, estas obligaciones internacionales podrían contraponerse frente a una posible demanda arbitral.⁴⁵ La Corte

⁴² *Chemtura Corporation c. Canadá*, laudo, 2 de agosto de 2010, párr. 254.

⁴³ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. República del Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, laudo 8 de julio de 2016, párr. 287. Ver Concepto de la Procuraduría de la Administración, abordando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, y el Acuerdo de Escazú. Vista No. 1981 de 9 de noviembre de 2023, p. 37-38.

⁴⁴ Sobre la excepción de tabaco ver, *Korzun V.* (2017) *The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 398.

⁴⁵ Ver Concepto de la Procuraduría de la Administración, abordando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, y el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la

⁴¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 139.

Suprema de Justicia, dentro de su Fallo de 27 de noviembre de 2023, no sólo hace alusión a este tipo de compromisos adoptados por Panamá, sino que también se refiere a los poderes de policía (*police powers*) que siendo plenamente justificados y razonables, no deberían generar medidas compensables.⁴⁶

De este análisis podemos concluir que bajo ciertas circunstancias una medida adoptada por el Estado puede ser considerada como una medida regulatoria no compensable en lugar de una medida expropiatoria. La determinación tendrá que hacerla el tribunal caso por caso.

4.A manera de conclusión

En su análisis, la Corte Suprema de Justicia concluyó, entre otras cosas, que el tipo de concesión pactada a través de la Ley 406 de 2023 no solo no se ajustó a la Ley que determina el mecanismo de su formación, sino que tampoco cumplió con los requisitos ambientales que prescribe la Ley General de Ambiente; y que, por tanto, esta riñe con el artículo 257 de la Constitución Política de Panamá.⁴⁷ Asimismo, señaló que lo que ha debido identificar el legislador es que "se le llevó un contrato marginal a los valores constitucionales subyacentes a las leyes de contenido o proyección ecológica y, además, carente del elemento esencial que le pondría en situación de precaver aprobar un acuerdo del que derivasen perjuicios ambientales."⁴⁸

Este escrito demuestra que el análisis que eventualmente tendrá que hacer un tribunal arbitral sobre la base de un tratado de inversiones aplicable ante una posible demanda de *First Quantum Minerals Ltd.* o de cualquiera de sus accionistas y/o Información, la participación pública y el Acceso a la Justicia en asuntos ambientales (Acuerdo de Escazú). Vista No. 1981 de 9 de noviembre de 2023, p. 37-38.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Pleno, Fallo s/n del 27 de noviembre de 2023 que Declara que es inconstitucional la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, p. 223.

⁴⁷ De acuerdo con el numeral 5 del Artículo 257 de la Constitución "Los derechos mineros otorgados y no ejercidos dentro del término y condiciones que fije la Ley, revertirán al Estado." Corte Suprema de Justicia, Pleno, Fallo s/n del 27 de noviembre de 2023 que Declara que es inconstitucional la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, p. 177.

⁴⁸ Id, p. 198.

compañías afiliadas no es algo sencillo. En efecto, el tribunal tendrá que analizar las actuaciones tanto del Estado, en su conjunto, como las actuaciones de la empresa concesionaria; además de realizar un análisis exhaustivo de las normas de protección que se encuentran en el tratado de inversión que sea aplicable, a la luz del derecho internacional público y de otros compromisos internacionales que ha podido suscribir el Estado panameño.

Lo cierto es que este asunto no termina con la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario, el análisis empieza con esta decisión de la Corte, y las consecuencias jurídicas que esta inconstitucionalidad pudiera ocasionar tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional.

Bibliografía

- Balcerzak F. (2021) Los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones. En *El derecho internacional de las inversiones* (Eds. J.M. Alvarez & M. Zenkiewicz), p. 609-643.
- Baltag C., Joshi R. Duggal K. (2023) Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little? *ICSID Review*, Vol. 38, No. 2, p. 381-421.
- Bubrowski H. (2014) Balancing IIA arbitration through the use of counterclaims. En *Improving International Investment Agreement*. (Eds. A. Mestral & C. Lévesque), p. 212-229.
- Esis Villarroel I., De Abreu M., Briceño Olivares G. (2022) El análisis de las legítimas expectativas en la identificación de las expropiaciones indirectas tras una década de práctica arbitral (2010-2020). *Revista Derecho del Estado* n.º53, septiembre - diciembre, p. 375-408.
- Esis Villarroel I. De Abreu M. (2022) La identificación de la expropiación indirecta: un análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente. *ACDI, Bogotá*, p. 65-103.
- Gehring M., Kent A. (2014) Sustainable

development and IIAs: from objective to practice. En *Improving International Investment Agreement*. (Eds. A. Mestral & C. Lévesque). p. 284-302.\

- Jaime M. (2023) Arbitraje Comercial Internacional, Mizrahi & Pujol.

- Jaime M. (2022) The Non-Precluded Measures Defence. A View from Latin America. TDM, Vol. 19, Issue 4.

- Jaime M. (2022) Arbitrajes Paralelos: más allá de la distinción entre “contract claims” y “treaty claims”, Revista CESCON, p. 75-90.

- Jaime M. (2021) La Jurisdicción de los tribunales arbitrales en el Arbitraje de Inversión. En *El Derecho Internacional de las Inversiones*, José Manuel Álvarez Zaratre & Maciel Zenkiewicz, Externado de Colombia, p. 275-316.

- Jaime M. (2007) De la distinción entre treaty claims y contract claims dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones, 4 Revista peruana de arbitraje, p. 157-181.

- Korzun V. (2017) The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 355-414.

- Lorenzoni Escobar L. (2021). Protección del medio ambiente y derecho internacional de las inversiones. En *El derecho internacional de las inversiones* (Eds. J.M. Alvarez & M. Zenkiewicz), p. 645-672.

- Newcombe A. (2014) The use of general exceptions in IIAs: increasing legitimacy or uncertainty. En *Improving International Investment Agreement*. (Eds. A. Mestral & C. Lévesque). p. 267-283.

- Páez M. (2006) La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos del Estado, *Revista de Estudios Internacionales*, p. 5-36.

- Titi C. (2022) The Right to regulate in international investment law. *Courses of the summer school on public international law*. Vol. 18.

- Xavier Junior E.C., Costa Morosini F. (2021) El Estándar de trato justo y equitativo. En *El derecho*

internacional de las inversiones (Eds. J.M. Alvarez & M. Zenkiewicz), p. 417-454.

El Silencio Administrativo como Vía para Acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa



Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, expedido por la Universidad de Panamá. Posee Maestría en Derecho Administrativo por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de la República de Nicaragua; Maestría en Derecho Comercial en la Universidad Interamericana de Panamá y Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Americana.

Cuenta con Posgrado en Derecho Procesal Penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de la República de Nicaragua; Postgrado en Docencia Superior de la Universidad Interamericana de Panamá; Diplomado en Derecho y Derecho Procesal Familiar en la Universidad de Panamá y obtiene Grado Técnico en el Curso Inicial para Operadores del Sistema Penal Acusatorio del Instituto Superior de la Judicatura; posee idoneidad para ser Juez de Circuito Civil e idoneidad para ser Magistrada de la Corte Suprema de Justicia.

Janitzel J. Rosario C.

Abogada de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración. Docente Universitaria.

<https://orcid.org/0009-0007-3506-6527>

Laboró 11 años en el Órgano Judicial ocupando diversos cargos a saber: Asistente de Juez de Circuito Civil, Alguacil Ejecutor Civil, Secretaria Judicial en Juzgado Seccional de Familia; Juez Suplente Municipal Civil; Juez Suplente Especial de Circuito Civil; Juez de Cumplimiento en el SPA; Asistente de Magistrado del Tribunal Superior Civil; Asistente de Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y desde el año 2020, forma parte del recurso humano de la Procuraduría de la Administración y en la actualidad ocupa el cargo de Abogada en la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica.

Ha impartido docencia en la cátedra de Derecho Civil en la Universidad Americana. En la actualidad es profesora de la cátedra de Derecho Civil y Familia en la Universidad de Panamá, con 9 años de servicio.

El Silencio Administrativo como Vía para Acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Contenido.

1. La jurisdicción contenciosa administrativa. 2. Silencio administrativo. 3. Derecho de petición. 4. Recursos o actos de impugnación. 5. Deber de responder de la Administración pública. 6. El silencio administrativo positivo. 7. El silencio administrativo negativo como medio de agotar la vía administrativa o gubernativa para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. 7.1 Agotamiento de la vía gubernativa. 7.2 Requisitos para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa en virtud del silencio administrativo negativo. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

Resumen.

El administrado tiene el derecho a presentar quejas o recursos administrativos en contra de actos o resoluciones de los cuales considere que se le está violentando un derecho, y es deber de la institución dar una respuesta en el término legalmente establecido; sin embargo, cuando está última no cumple con su deber legal, no es suficiente que el administrador sea sujeto de un proceso disciplinario y que se le sancione por el incumplimiento de sus funciones; esta inactividad administrativa no debe producir lesiones al administrado, por lo que se han establecidos los mecanismos legales para que el usuario del sistema obtenga una solución a su favor por la inactividad institucional; o pueda acceder a la jurisdicción contenciosa-administrativa para que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia analice la presunta existencia de un derecho subjetivo agraviado.

Palabras Claves.

Jurisdicción contenciosa administrativa, silencio administrativo, derecho de petición, recursos o actos de impugnación; deber de responder de la administración pública, silencio administrativo positivo, silencio administrativo negativo, agotamiento de la vía gubernativa.

1. La jurisdicción contenciosa administrativa.

Los derechos humanos pueden ser definidos de manera La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es la que está encargada de llevar los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, ordenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

Sin embargo, de conformidad al artículo 28 de la Ley 135 de 30 de abril de 1943, “Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, no son acusables ante dicha jurisdicción las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan

origen en un contrato civil celebrado por la nación o el municipio; las resoluciones que dicten los jueces de paz y las correcciones disciplinarias impuestas al personal de la fuerza pública y del cuerpo de policía a ella asimilado, excepto cuando impliquen suspensión, postergación para el ascenso o separación del cargo de empleados que sean inamovibles según la ley.

2. Silencio administrativo.

Tal como lo expone el autor Diego Paulo Isabella, en su obra el Silencio administrativo y acceso a la justicia, el significado jurídico del silencio administrativo se adquiere por imperio del mandato de la ley (Isabella, 2022).

Mediante Auto de 18 de mayo de 2022, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo define lo que es el silencio administrativo de la siguiente manera:

“El silencio administrativo es un fenómeno jurídico, que se encuentra revestido de gran relevancia e importancia, toda vez que la Ley le otorga el efecto procesal de hacer viable una acción ante la jurisdicción contencioso administrativo, cuando la Administración no brinde una respuesta a las solicitudes o recursos que originen actos recurribles ante esta instancia, y que ante ella se instauren por considera la presunta existencia de un derecho subjetivo agraviado.

Así pues, el objeto de esta figura es servir de garantía para el particular frente a la inactividad de la Administración en los procesos iniciados a instancia de parte, para que la misma tenga la posibilidad de accionar los medios impugnativos correspondientes. (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción L.M.C. vs Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre.)

De conformidad a la Ley 38 de 31 de julio 2000, “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”, el silencio administrativo es el medio de agotar la vía administrativa o gubernativa; es cuando la Administración no contesta la petición o el recurso interpuesto por el administrado, en el término de dos meses, contados a partir de su presentación, por lo que se entiende que la petición o recurso ha sido negado, quedando, por tanto, abierta la vía jurisdiccional de lo contencioso-administrativo ante la Sala Tercera de la corte Suprema de Justicia para que, en el caso que el administrado lo decide, interponga el correspondiente recurso de plena jurisdicción con el propósito de que se le restablezca su derecho subjetivo, supuestamente violado (numeral 104 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000).

El silencio administrativo al que hace alusión la Ley 38 de 2000 es lo que se conoce en la doctrina como silencio administrativo negativo, que comprende un sentido de denegación de una petición o recurso por el mero vencimiento del plazo que para ello tiene asignado la Administración pública (Isabella, 2022).

3. Derecho de petición

El derecho de petición es un derecho de rango constitucional, toda vez que lo encontramos regulado en el artículo 41 de la Constitución Política de Panamá, el cual establece que:

“Artículo 41- Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución. El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días...”

En cuanto al tema, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que “el derecho de petición es el medio ordinario que la Constitución Política pone al alcance de todas las personas para formular requerimientos de cualquier tipo ante una dependencia pública o ante un servidor público, en ausencia de normas que regulen especialmente la petición que se desea presentar, cuyo procedimiento se encuentra previsto en la Ley 38 de 2000” (Sentencia de 12 de agosto de 2021. Acción de Habeas Data Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana vs Ministerio de Salud).

La Ley 38 de 2000, en su artículo 201, numeral 74, define la petición como “la acción de pedir a la autoridad, fundamentalmente por escrito, el reconocimiento de un derecho en interés particular o social”; sin embargo, no es la única que desarrolla la materia.

Al ejercer el derecho de petición, se debe tener claro quién es el solicitante, sea un usuario del sistema o un funcionario institucional; la calidad del sujeto en muchas ocasiones determina la normativa aplicable, la especial o la general.

Se entiende para el caso en concreto, que la norma especial puede ser la ley que crea la institución o el reglamento interno de personal de dicha autoridad, toda vez que pueda que regule el derecho de petición

con sus propios términos y efecto jurídico. Por otro lado, la normativa general es la Ley 38 de 31 de julio 2000, “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”.

Esta figura jurídica en la doctrina “...comprende el derecho de reclamar, demandar o solicitar a los órganos administrativos una conducta u omisión concreta”; lo que conlleva “el deber de la Administración de dar respuesta a tales peticiones en forma expresa, cierta y oportuna” (Isabella, 2022).

Ahora bien, es importante recordar que no toda solicitud presentada ante la autoridad administrativa puede ser considerada como un derecho de petición, ya que también existe otra figura jurídica, como lo es el derecho al acceso público de la información, que es regulado por la Ley 6 de 22 de enero de 2002, “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones”; ambos derechos de rango constitucional.

De lo antes expuesto, el derecho de petición es un mecanismo que tiene toda persona, sea un particular, usuario del sistema administrativo o un funcionario de dicha entidad, para petitionar, solicitar, quejarse o de presentar cualquier tipo de requerimiento, de manera respetuosas, sin obstáculos legales o discrecionales, la solución o respuesta a una determinada pretensión; teniendo, por tanto, la Administración pública el deber de responder dentro del término constitucional de treinta días hábiles o en el término que indique la ley especial, lo cual, por lógica jurídica, debe ser en igual o en menor tiempo.

4. Recursos o actos de impugnación

Tal como lo indica la Ley 38 de 2000, en el artículo 201, numeral 84, el recurso es un acto de impugnación formal a través del cual se ataca, contradice o refuta, por escrito, una actuación o decisión de la autoridad encargada de resolver el proceso administrativo.

Dicha ley en su artículo 162 establece que los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder; mientras que el artículo 163 hace alusión a que las resoluciones que decidan el proceso en el fondo y aquellas de mero trámite que, directa o indirectamente, conllevan la misma decisión o le pongan término al proceso o impidan su continuación, serán susceptibles de ser impugnadas por las personas afectadas por ellas, mediante los recursos contemplados por esta ley.

Siendo así, la Ley 38 del 2000 indica los recursos que el administrado puede interponer en contra de las resoluciones o actuaciones emitidas por la autoridad administrativa; siendo estos el de reconsideración, que se presenta ante la misma entidad que emite la resolución; el recurso de apelación, el cual será presentado ante la autoridad de primera instancia que emite la resolución, quien decidirá su viabilidad y posteriormente será decidido por la autoridad de segunda instancia; el recurso de hecho, que se interpone ante la autoridad de segunda instancia; y el recurso de revisión administrativa, que se interpone con el objeto de que la máxima autoridad administrativa anule, por causas extraordinarias, las resoluciones o decisiones que agoten la vía administrativa.

Sin embargo, cada institución pública contempla dentro de su normativa especial (ley que crea la institución, ley orgánica, reglamento interno de personal, etc.) un apartado que establece los recursos administrativos que se pueden interponer en contra de las actuaciones o resoluciones emitidas por la entidad, que por lo general establecen los efectos jurídicos y los términos para accionar y para resolver los mismos. Si existe un vacío legal, entonces de manera supletoria se aplica la Ley 38 del 2000.

5. Deber de responder de la Administración pública

Toda actuación de los servidores públicos debe estar precedido por los principios de lealtad al Estado, de honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada. De

igual manera, sus actos deben efectuarse con arreglo a las normas de informalidad, de imparcialidad, de uniformidad, de economía, de celeridad y de eficacia, garantizando así la realización oportuna de la función administrativas sin menoscabar el debido proceso legal, con apego al principio de estricta legalidad; siendo este el contenido del artículo 34 de la Ley 38 del 2000.

Sin embargo, la inacción de la Administración es la “falta de respuesta expresa a una pretensión del administrado cuando se requiere una decisión expresa y fundada del órgano competente que debiera ser pasible de sanción” (Isabella, 2022).

Por disposición constitucional y legal, es deber de la autoridad administrativa dar respuesta al derecho constitucional de petición, el cual, según el artículo 41 de nuestra carta magna, es de 30 días; y resolver los recursos ordinarios y extraordinarios propuesto por los administrados, dentro del término establecido por la ley que rige la entidad administrativa.

Sin embargo, en ocasiones la ley especial no establece un término para dar respuesta al derecho de petición o resolver el recurso; en esos casos se aplicará de manera supletoria los artículos 40, numeral 1 y el artículo 67 de la Ley 38 de 2000, para el derecho de petición, que hacen alusión a que la entidad tiene 30 días hábiles para resolver las pretensiones; mientras que en el caso del recurso de apelación, hasta 15 días hábiles contado a partir de la fecha en que ingresó el expediente al despacho respectivo.

Tal como se deduce de nuestro ordenamiento jurídico, es obligación de los funcionarios públicos, el dar respuesta al administrado de manera expresa, ya sea a favor o en contra del mismo; pero debe ser de manera oportuna.

6. El silencio administrativo positivo

Encontramos en nuestra jurisdicción administrativa que la falta de respuesta por parte de la entidad pública puede tener efecto positivo o un efecto negativo, lo que dependerá de la normativa jurídica aplicable a la

petición o recurso administrativo.

En cuanto al efecto positivo del silencio administrativo, podemos traer a colación el contenido del artículo 30 del Decreto Ejecutivo 143 de 29 de septiembre de 2006, que adopta el Texto Único de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, modificado por la Ley 68 de 1 de septiembre de 2011, el cual contempla el silencio administrativo positivo, y establece lo siguiente:

“Artículo 30: Impugnaciones: Las resoluciones de la Autoridad podrán ser impugnadas por cualquier persona natural o jurídica o por los órganos competentes del Estado, cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos, interponiendo los recursos de reconsideración o de apelación, según corresponda.

Las resoluciones del administrador serán impugnadas únicamente por recurso de reconsideración ante el propio administrador; el cual agotará la vía gubernativa.

Las resoluciones de los directores nacionales podrán ser impugnadas mediante los recursos de reconsideración o de apelación. Es potestad del afectado hacer uso directamente del recurso de apelación ante el administrador. El cual agotará la vía gubernativa.

Las resoluciones del director ejecutivo serán impugnadas únicamente por recurso de apelación ante el administrador; el cual agotará la vía gubernativa.

La Autoridad tendrá el plazo de quince días para decidir el recurso de reconsideración o de apelación respectivo. Si en este plazo no lo ha resuelto, la decisión se considerará favorable al recurrente.” (Lo destacado es nuestro)

Este tema fue tratado por la Sala Tercera de lo Contenciosos Administrativo, mediante sentencia de 4 de agosto de 2003, en el caso Cable & Wireless

Panamá, S.A., vs Ente Regulador de los Servicios Públicos, y estableció que el silencio administrativo positivo se asimila a un verdadero acto administrativo, cuando en su momento analizó el contenido del artículo 21 de la Ley 26 de 1996 (hoy artículo 30 de la Ley 26 de 1996, modificado por la Ley 68 del 2011):

“Finalmente, con relación a la violación que se alega al artículo 21 de la Ley 26 de 1996, que otorga al Ente Regulador de los Servicios Públicos un plazo de dos meses para decidir el recurso de reconsideración, pues, de lo contrario la decisión se considerará favorable a quien recurre, la Sala advierte que contempla lo que en la doctrina administrativa y la jurisprudencia se conoce como silencio administrativo positivo, que se asimila a un verdadero acto administrativo. Agustín Gordillo nos ilustra en ese sentido cuando afirma que “recientemente se ha apuntado que la conducta omisiva de la administración puede permitir aplicar principios jurídicos como el de la confianza legítima o buena fe, en el sentido que era razonable extraer determinada interpretación de ese silencio... Por excepción, cuando el orden jurídico expresamente dispone que ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considerará que la petición ha sido aceptada, el silencio vale como acto administrativo.” Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, “El Acto Administrativo”, Quinta Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, págs. X-30 y X31.”

En Panamá, el silencio administrativo positivo tiene que estar estipulado en la ley especial, ya que, por regla general, al darse el incumplimiento de la institución de resolver la petición presentada o el recurso interpuesto en el tiempo establecido por ley, y han transcurrido dos meses desde la presentación de los mismos ante la autoridad que corresponde, se entiende que la Administración ha negado la petición o el recurso respectivo.

7. El silencio administrativo negativo como medio de agotar la vía administrativa o gubernativa para acceder a la jurisdicción

contencioso administrativa

El silencio administrativo negativo “fue el remedio creado normativamente para paliar la situación de indefensión que se generaba a partir de la inactividad administrativa” y tiene como fundamento permitir a los interesados el acceso a la instancia siguiente, y finalmente, a la vía jurisdiccional (Isabella, 2022).

En cuanto al silencio administrativo negativo, la Sala Tercera de lo contencioso Administrativo y Laboral determinó, en la Sentencia de 6 de marzo de 2020, lo siguiente:

“Con respecto al silencio administrativo negativo, consideramos importante señalar que las normas que regulan este tema, le imponen, un deber a la Administración de dar respuesta dentro de los dos meses siguientes, a las solicitudes, peticiones, quejas o recursos. De manera que no pronunciarse dentro de ese término, se entiende que ha ocurrido el silencio administrativo, y por tanto configurada una negativa presunta, la cual constituye el punto de partida para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en búsqueda de la nulidad, por ilegal, de dicho acto y el restablecimiento de los derechos subjetivos si se trata de plena jurisdicción”. (Demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción, para que se declare nula, por ilegal, la Nota N°106-01-112-DGMM de 23 de febrero de 2017)

Como se puede deducir, el silencio administrativo negativo producto de la inactividad de la Administración pública en contestar el derecho de petición o resolver un recurso, posibilita el acceso a la justicia contenciosa administrativa, lo que evita que el administrado sufra lesiones lesivas en sus derechos subjetivos, en virtud de la paralización por parte de la institución del trámite pendiente de resolver.

7.1. Agotamiento de la vía gubernativa

Para poder acceder a la vía contencioso administrativa, el solicitante o recurrente debió agotar la vía gubernativa. Dentro de la normativa especial de la gran mayoría de las instituciones públicas, se establece la forma en que procede la misma.

Sin embargo, si existe algún vacío en dicha norma

especial, se aplica de manera supletoria el Título XII, del Agotamiento de la Vía Administrativa, de la Ley 38 de 2000, que en su artículo 200 establece las formas de agotar la vía gubernativa, siendo esta:

“Artículo 200. Se considerará agotada la vía gubernativa cuando:

- 1. Transcurra el plazo de dos meses sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario o autoridad, siempre que dicha solicitud sea de las que originan actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa;*
- 2. Interpuesto el recurso de reconsideración o apelación, señalados en el artículo 166, se entienda negado, por haber transcurrido un plazo de dos meses sin que recaiga decisión sobre él;*
- 3. No se admita al interesado el escrito en que formule una petición o interponga el recurso de reconsideración o el de apelación, señalados en el artículo 166, hecho que deberá ser comprobado plenamente;*
- 4. Interpuesto el recurso de reconsideración o el de apelación, según proceda, o ambos, éstos hayan sido resueltos.”*

Tal como se puede observar, para poder considerar que se ha agotado la vía gubernativa y acceder así a la jurisdicción contenciosa administrativa, en el caso del derecho de petición, se requiere que no solo hayan transcurrido dos meses desde el momento en que se presentó la solicitud ante la entidad administrativa sin recibir algún tipo de respuesta, sino que dicha solicitud sea de las que originan actos recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Mientras que en el caso del recurso de reconsideración o apelación, al no darse respuesta alguna dentro de los dos meses siguientes de su presentación ante la autoridad administrativa, se entiende negado el mismo, y se da por agotada la vía administrativa, dando la oportunidad legal de acudir a jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, se debe tener presente que aun cuando ha operado el silencio administrativo negativo por

parte de la autoridad administrativa, no procede de manera inmediata el reconocimiento por parte de la Sala Tercera del derecho supuestamente violado.

Este Órgano del Estado, a través de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de 9 de julio de 2020, indicó lo siguiente:

“No obstante, hay que aclarar que aunque ha operado el silencio administrativo de la Administración Pública, eso no significa que la solicitud formulada el 17 de marzo de 2015 debe ser reconocida por la Sala de manera automática; puesto que, esta figura jurídica contemplada en el artículo 200 de la Ley 38 de 2000, únicamente tiene por finalidad permitir el agotamiento de la vía gubernativa ante el silencio de la administración, y una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos que dispone la Ley 135 de 1943 para esos efectos, pueda acceder a la jurisdicción Contencioso Administrativa en el término previsto en la Ley. (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción presentada por Bella Edilma Pinilla de Conte contra el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos.)

7.2. Requisitos para acceder a la jurisdicción contencioso administrativo en virtud del silencio administrativo negativo

Es importante aclarar que el agotamiento de la vía gubernativa a través del silencio administrativo negativo tiene que ser probado, por lo que el accionante debe presentar junto con el libelo de demanda cierta documentación, tal como se expuso en el Auto de 4 de mayo de 2016:

De lo señalado se colige que el silencio administrativo se considera como tal cuando han transcurrido 2 meses sin que haya pronunciamiento alguno por parte de la Administración, con la cual se considerará agotada la vía gubernativa. Sin embargo, existen dos requisitos procesales para la comprobación del silencio administrativo, primero, gestión por

la parte actora antes de acudir a la Sala frente a la Administración de que no se ha resuelto el recurso o petición incoada, y, segundo, solicitar a la Sala, en el libelo de demanda, que se oficie la Administración certificación sobre si se ha resuelto el recurso o petición incoada. (Demanda de Plena Jurisdicción. Janeya Valencia c/ Autoridad Nacional de la Administración de Tierras)

Tal como se deduce de la jurisprudencia, existen dos requisitos procesales con los que debe cumplir el accionante para comprobar que la autoridad administrativa incurrió en el silencio administrativo negativo. El primero consiste en la gestión por la parte actora, antes de acudir a la Sala, frente a la Administración, de que no se ha resuelto el recurso o petición incoada; y el segundo, radica en solicitar a la Sala, que se emita oficio a la Administración para que certifique si se ha resuelto el recurso o petición incoada.

Aunado a ello, para que se tramite la demanda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo se debe cumplir con las formalidades y normativas establecidas en la Ley 135 de 30 de abril de 1943, “Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, modificada por la Ley 33 de 1946; siempre y cuando no contradiga lo establecido en el Código Judicial, tal como lo dispone su artículo 98 al establecer lo siguiente:

Artículo 98: Las leyes 135 de 1943, 33 de 1946 y 39 de 1954, se aplicarán por la Sala Tercera en cuanto no contradigan lo dispuesto en este Código.

8. Conclusiones:

Es la ley la que otorga el efecto procesal al silencio administrativo y se produce en virtud de la inactividad de dar respuesta por parte de la entidad pública al usuario o funcionario público de dicha autoridad.

El silencio administrativo tiene un efecto positivo, cuando la misma norma que regula la institución así lo determina, y consiste en favorecer al usuario del sistema, concediendo el recurso o el derecho de

petición solicitado.

El silencio administrativo tiene un efecto negativo, cuando así lo determina la norma que rige a la autoridad administrativa; y si existe un vacío legal en cuanto al tema, se aplica de manera supletoria la Ley 38 de 2000, que hace alusión exclusivamente a este tipo de silencio.

No todo derecho de petición al no ser satisfecho por la entidad, puede ser objeto de análisis por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo; por lo que, aun cuando haya transcurrido el tiempo del silencio administrativo negativo, no se pueda considerar que se agotó la vía gubernativa y accionar la jurisdicción contencioso administrativa.

Para poder accionar a la jurisdicción contencioso administrativa, se requiere agotar la vía gubernativa.

Tanto la ley especial que regula las instituciones públicas, como la Ley 38 del 2000, establecen los casos en que se considera agotada la vía gubernativa, lo que da pie a acceder a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y accionar la jurisdicción contencioso administrativa.

9. Bibliografía.

Libros:

1. Isabella, Diego P. Silencio administrativo y acceso a la justicia. Provincia de Buenos Aires, página 17, Año 2022.

Leyes:

- Constitución Política de la República de Panamá. Sistemas Jurídicos, S.A. Año 2004.
- Ley 38 de 31 de julio de 2000, “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”.
- Ley 6 de 22 de enero de 2002 “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones”.
- Ley 135 de 30 de abril de 1943 “Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, modificada por la Ley 33 de 1946.
- Código Judicial de la República de Panamá, Edición 2022. Sistema Jurídico S.A.

Consideraciones sobre la potestad sancionatoria del estado, y su importancia en el derecho administrativo.



Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, expedido por la Universidad Latina de Panamá. Posee una Maestría en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos con énfasis en arbitraje, en la Universidad del Istmo.

Cuenta con Posgrado en Mediación y Conciliación, de la Universidad del Istmo; Posee registro como mediadora comunitaria expedida por el Ministerio de Gobierno.

Inició su vida en la administración pública en el Municipio de Panamá, como Corregidora de Policía del Corregimiento de Ancón; y desde el año 2015, forma parte del recurso humano de la Procuraduría de la Administración, donde ha desempeñado distintos cargos como abogada en la Secretaría General, Abogada de la Secretaría de Procesos Judiciales, y actualmente ejerce como Abogada en la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica.

Carolina Arango

Abogada de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración.

<https://orcid.org/0009-0007-2917-0694>

Consideraciones sobre la potestad sancionatoria del estado, y su importancia en el derecho administrativo.

Contenido

1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 3. Imposición de sanciones. 4. Potestad sancionatoria en Panamá. 5. La potestad sancionatoria del Estado en el derecho administrativo. 6. Conclusión 7. Referencias bibliográficas.

Resumen analítico

Las leyes jurídicas confieren al Estado la facultad de imponer sanciones, y esta es conocida como potestad sancionadora. Esta función es esencial en el marco del Estado panameño, ya que le permite hacer cumplir las leyes y los reglamentos, así como sancionar a aquellos individuos y entidades que los infrinjan. En consecuencia, la potestad sancionatoria se ejerce a través de diversos organismos y entidades, que incluyen el poder judicial, los tribunales administrativos y los organismos reguladores.

Palabras clave

Derecho, Justicia, Sanción, Potestad, Ius Puniendi.

1. Introducción

En Panamá, la potestad sancionadora o ius puniendi está sujeta a ciertas limitaciones y protecciones legales. Por ejemplo, las personas y entidades acusadas de infringir la ley tienen derecho al debido proceso¹, lo que implica el derecho a ser juzgado por un juez natural, el derecho de defensa, el principio de legalidad, el derecho a presentar pruebas, el derecho a una sentencia justa, y la prohibición de ser juzgados dos veces por el mismo hecho, conocido como cosa juzgada, entre otros. Estos derechos garantizan que las sanciones impuestas sean proporcionales a la gravedad de la infracción y que el Estado evite imponer penas o sanciones excesivamente severas o desproporcionadas.

2. Consideraciones generales

De acuerdo a lo señalado por el autor Libardo Rodríguez, el origen y el estado actual del derecho administrativo, lo encontramos en la época posterior a la revolución francesa, con algunos antecedentes que van desde la época de la Monarquía, en donde ya se conocían tribunales especializados en asuntos

administrativos que defendían los intereses de la acción y a su vez lo del rey, como por ejemplo las Cámaras de cuentas, jurisdicciones para problemas de aguas y bosque, y la Corte de Moneda; sin embargo, estas actividades estaban sujetas a la soberanía del monarca, que implicaba “toda justicia emana del rey”.

También lo encontramos en la antigua Grecia y Roma, donde se desarrollaron los primeros sistemas legales y se establecieron los fundamentos del derecho. A lo largo de la historia, el estudio y la evolución del derecho han dado lugar a diversas ramas y disciplinas dentro de las ciencias jurídicas, abarcando áreas como el derecho civil, penal, constitucional, administrativo, laboral, internacional, entre otras. Estas disciplinas se basan en la interpretación y aplicación de las leyes y normas legales para regular las relaciones entre individuos y entidades en una sociedad, es decir, la convivencia social es la principal actividad que da pie a su nacimiento (Donaire, 2003). El estudio de las ciencias jurídicas implica el análisis de casos, la investigación legal, la redacción de documentos legales y la comprensión de los principios legales y jurisprudencia.

Sobre esta importante ciencia, existen numerosas obras y autores reconocidos en el ámbito de las ciencias jurídicas. Algunos clásicos incluyen:

Tabla 1
Principales autores de las ciencias jurídicas

Texto	Autor	Año	Aporte
El espíritu de las leyes	Charles de Secondat, barón de Montesquieu	1748	Según el autor francés, la administración de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial no deben asumirse por un solo responsable.
El contrato social	Jean-Jacques Rousseau	1762	Desde esta teoría del contrato social se basa en su mayoría en la filosofía liberal, especialmente sobre el liberalismo clásico por su visión filosófica del individuo como fundamental.
Principios de Derecho Político	Carl Schmitt	1928	El concepto de Estado hace referencia al de «político», y el Estado es definido como el estatus político que ostenta un pueblo organizado sobre un territorio delimitado.
Teoría pura del derecho	Hans Kelsen	1934	El filósofo austríaco Hans Kelsen habla de la autonomización del Derecho de la Política, Sociología, Moral e Ideología.
El concepto de derecho	Herbert Hart	1961	Supone la unión de reglas en un sistema complejo y abierto que las organiza.

Fuente: elaboración propia

Una vez identificada la raíz del conocimiento jurídico, centro mi atención en la potestad sancionadora, que es una herramienta importante para mantener el orden y garantizar el cumplimiento de la ley en Panamá. No obstante, es fundamental que se utilice de forma responsable y justa, para proteger los derechos de todas las personas y entidades sujetas a su autoridad. Es decir, la facultad de imponer sanciones o penas es un atributo esencial de la autoridad del Estado.

En ese sentido, debemos señalar que la potestad

sancionatoria del Estado o ius puniendi ha sido definido por el diccionario de la Real Academia Española como: “La Potestad del Estado para castigar mediante los dos sistemas represivos existentes en nuestro derecho: el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y el derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la administración” (<https://dpej.rae.es/lema/ius-puniendi>).

Para Prado (2012), “la potestad sancionadora es una facultad de la Administración Pública para imponer sanciones derivadas de transgresiones a la ley”.

¹ artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000

Esta potestad permite a la Administración regular y controlar el comportamiento de individuos y organizaciones, asegurándose de que cumplen la ley y no realizan actividades que puedan perjudicar a la sociedad.

Según la doctrina, esta potestad sancionatoria está conformada por dos ordenamientos: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, respondiendo ambos a unos principios básicos comunes, elaborados tradicionalmente desde la dogmática jurídico-penal (GAMERO CASADO & FERNÁNDEZ RAMOS, 2007).

A lo largo de nuestra vida Republicana, el Estado panameño ha establecido distintas leyes y reglamentos que describen los tipos de sanciones que pueden imponerse por los diversos delitos o faltas administrativas cometidas. Vale resaltar que estas medidas también se aplican a los servidores públicos¹ por el incumplimiento de sus funciones.

En ese sentido, nuestra Constitución Política ha definido servidor público como:

“Artículo 299. Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentes en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado”

En este contexto, uno de los principales objetivos de la potestad sancionadora del Estado es mantener el orden y garantizar que la administración y sus administrados actúen de forma responsable. Asimismo, se enfoca en proteger el interés público y prevenir daños a la sociedad. En este sentido, se han creado diversos organismos reguladores y supervisores, con el objetivo de hacer cumplir las leyes y los reglamentos. En materia de derecho comparado, la jurisprudencia

¹ En el caso de los servidores públicos, le corresponde a la Procuraduría de la Administración vigilar la conducta oficial de los servidores públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia señale la ley (numeral 6, artículo 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000).

colombiana, específicamente la Sala Plena de la Corte Constitucional, al referirse a la potestad sancionatoria del Estado en Sentencia de 9 de agosto de 2005, destacó lo siguiente:

“Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.

El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una de las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal”.

Como se advierte, el derecho a sancionar atribuido principalmente al poder judicial penal también tiene sus matices en el ámbito administrativo.

3. Imposición de sanciones

El Estado panameño está facultado para imponer sanciones por diversos motivos, como la violación de leyes y reglamentos, el incumplimiento de requisitos

administrativos y el incumplimiento de obligaciones contractuales. Cada una de estas sanciones está establecida en el ordenamiento jurídico panameño y el Estado es garante de su cumplimiento. Los tipos de sanciones que pueden imponerse incluyen multas, suspensión de licencias o permisos, revocación de licencias o permisos, e incluso penas de prisión en algunos casos: Molino (1998)

“...la pirámide del ordenamiento jurídico panameño es la siguiente: 1. La Constitución, 2. Los Tratados o convenios internacionales, 3. Las leyes formales-decretos leyes-decretos de gabinete. Decretos de gabinete sobre aranceles y tasas aduaneras -jurisprudencia obligatoria, 4. Reglamentos constitucionales, 5. Decretos ejecutivos-decretos de gabinete-resoluciones de gabinete-estatutos reglamentarios ordinarios-reglamentos autónomos. Acuerdos del Órganos del Estado-acuerdos de instituciones autónomas-resueltos ministeriales-resoluciones generales, 6. Acuerdos municipales-decretos alcaldicios-reglamentos alcaldescos, 7. Decisiones administrativas-sentencias judiciales-contratos-actos de autoridad-órdenes-laudos arbitrales y 8. La doctrina constitucional-reglas generales de derecho. Costumbre conforme a la moral cristiana” (pág. 110)

El poder del Estado para imponer sanciones es esencial para mantener el orden y garantizar el cumplimiento de la ley. Actúa como un elemento disuasorio para los posibles infractores y ayuda a promover una cultura de cumplimiento. Sin embargo, es importante garantizar que este poder se aplique de manera justa y de acuerdo con el debido proceso. El ordenamiento jurídico panameño establece diversos mecanismos para proteger a las personas de sanciones arbitrarias o injustas. Entre ellas se incluyen el derecho a un juicio justo, el derecho a recurrir las decisiones y el derecho a la representación legal.

4. Potestad sancionatoria en Panamá

La potestad sancionadora del Estado es un aspecto fundamental de todo ordenamiento jurídico. En Panamá, este poder se ejerce primeramente en la Constitución Política, además de una serie de leyes y reglamentos, que establecen las normas y

procedimientos para la imposición de sanciones. Esta potestad sancionadora encuentra su fundamento en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá (2004)², en concordancia con el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos³. Veamos.

- *Constitución Política:*

“Artículo 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, policivas o disciplinaria”

- *Convención Americana de los Derechos Humanos.*

“Artículo 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

...”

Al respecto, vemos que lo establecido en su artículo 32 de la Constitución Política, da fe de la posición de la República de Panamá sobre la garantía de los derechos de los imputados y el debido proceso, aunado a esto, tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, que protege el derecho a garantías judiciales y debido proceso. Estas garantías incluyen el derecho a ser oído por un juez competente e imparcial, el derecho a un juicio justo, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa adecuada, entre otros. El objetivo es asegurar que las

² En lo referente a la Constitución Política de la República, originalmente adoptada en 1972, conviene tener presente que también ha sufrido múltiples modificaciones: en 1978, 1983, 1994 y 2004. El último Texto Único de la Constitución Política fue publicado en la Gaceta Oficial No. 25176, después de la reforma constitucional de 2004. (p. 3).

³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como pacto de San José, fue aprobada mediante la Ley No. 15 de 28 de octubre de 1997.

personas acusadas de un delito o falta administrativa sean tratadas de manera justa y se respeten sus derechos fundamentales durante todo el proceso. Esta protección es imprescindible para prevenir abusos y garantizar la justicia en los sistemas legales de los países que son parte de la Convención. Por lo antes descrito, Panamá como parte de la Convención, está obligado a respetar y proteger el debido proceso.

En torno a lo antes descrito, la potestad sancionadora del Estado es una función esencial que permite a la Administración mantener el orden social y garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos.

5. La potestad sancionatoria del Estado en el derecho administrativo

En el derecho administrativo existen dos tipos de procedimientos administrativos sancionatorios, cuyo fin es contrarrestar las conductas antijurídicas en las que pueda incurrir el servidor público o el administrado, como es el procedimiento administrativo sancionatorio y el procedimiento administrativo disciplinario.

En ese mismo orden de ideas, han sido diversos los pronunciamientos de la Sala Tercera que reconocen la potestad sancionadora del Estado. Como muestra de ello, traemos a colación la Sentencia de 11 de mayo de 2015, que a la letra dice:

“La potestad sancionadora de la Administración, es la facultad o competencia de las autoridades administrativas, desarrollada en aplicación del ‘ius punendi’, para fiscalizar los comportamientos de los administrados y el personal de servicio adscrita a ella, y para imponer medidas restrictivas de derecho ante la inobservancia de las reglas que prescribe. Se considera una garantía del cumplimiento del derecho positivo administrativo y como una función instrumental cuyo objeto es proteger los bienes e intereses definidos por el ordenamiento en cada materia o sector.

Esta potestad está sujeta al principio de legalidad, por lo que es atribuida a determinados órganos del Estado por medio de

ley, con la finalidad de imponer sanciones a los particulares y a los funcionarios que infringen sus disposiciones”.

Uno de los aspectos más críticos de la potestad sancionadora en el derecho administrativo es asegurar que las sanciones impuestas sean proporcionales a la gravedad de la infracción cometida. Esto es esencial para prevenir el abuso de poder por parte de los organismos estatales, que podría conducir a la violación del debido proceso legal. Por ello, existen procedimientos y requisitos específicos que deben seguirse para garantizar que las sanciones impuestas sean justas y equitativas.

En cuanto a las diferencias que existen entre estos dos procedimientos, tenemos que el procedimiento administrativo disciplinario tiene como principal objetivo de hacer cumplir de aquellas responsabilidades que tienen los servidores públicos frente al Estado. En otras palabras, el procedimiento disciplinario es aquella herramienta utilizada por la administración para sancionar a los servidores públicos que hayan incurrido en alguna falta administrativa que se encuentre debidamente tipificadas en la ley o los reglamentos, el cual ha sido regulado en el Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018, “Por la cual se establece y regula la carrera administrativa”, que establece lo siguiente:

“Artículo 1. Esta Ley desarrolla los Capítulos, 1º, 2º, 3º y 4º del Título XI de la Constitución de la República de Panamá; regula los derechos y deberes de los servidores públicos, especialmente los de Carrera Administrativa en sus relaciones con la Administración Pública y establece un sistema de administración de recursos humanos para estructurar, sobre la base de méritos y eficiencia, los procedimientos y las normas aplicables a los servidores públicos” (Lo destacado es nuestro).

De ahí que el Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018, se convierte en la ley de carácter

general en el ámbito disciplinario, utilizada por la Administración pública regular el comportamiento de los servidores públicos, con excepción de aquellas entidades que cuentan con una normativa interna de carácter especial para regular dicha materia (llámense reglamentos internos de personal).

En ese contexto, tenemos que los autores Brito Ruiz y Farfan Molina señalan que, para poder resolver el quebrantamiento del ordenamiento, es preciso disponer de los elementos de juicio suficientes que puedan constatar los hechos y la forma como ello sucedieron; por lo que no sería admisible tomar una decisión en el campo del derecho disciplinario, si no se cuentan con las pruebas suficientes para constatar la ocurrencia de los hechos y para demostrar la responsabilidad del servidor público (BRITO RUIZ & FARFAN MOLINA, 2008)

Así mismo, los citados autores han señalado que: “... toda actividad del servidor público que deba ser cuestionada, gira alrededor de las evidencias físicas que producen esas acciones. En ese sentido, la prueba de tales hechos se convierten en elemento modular del proceso disciplinario, lo mismo que la prueba acerca de la responsabilidad que cabe atribuirle al investigado” (BRITO RUIZ & FARFAN MOLINA, 2008)

Ahora bien, y en cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio, el mismo tiene la finalidad de salvaguardar la tutela del interés público, imponiendo sanciones y multas al administrado (persona natural o jurídica) por la violación de alguna normativa previamente regulada por algún organismo estatal. Desde esta perspectiva, podemos señalar que es un procedimiento dirigido a tutelar las actuaciones de los administrados, el cual quedará sujeto al ente fiscalizador de acuerdo a las facultades que la ley le haya otorgado y la materia que regule.

En torno a lo antes descrito, el procedimiento administrativo sancionador es una función esencial que permite a las entidades que sus administrados (particulares) cumplan las leyes y reglamentos.

En el Estado panameño, esta potestad recae en diversos organismos gubernamentales, un ejemplo de ello tenemos a la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), la Superintendencia de Bancos y la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental.

Alineado con lo ya descrito, dicha potestad sancionadora permite a estos organismos imponer sanciones a las personas u organizaciones que infrinjan las leyes o reglamentos de sus respectivas jurisdicciones. Estas sanciones pueden ir desde multas hasta la revocación de licencias o incluso cargos penales en algunos casos. El objetivo de estas sanciones es disuadir a particulares y organizaciones de realizar actividades que puedan perjudicar a la sociedad o al medio ambiente.

6. Conclusión

Tras la elaboración de este ensayo, se puede inferir que la potestad sancionatoria del Estado es una herramienta esencial para regular y controlar el comportamiento de la administración y los administrados. Su objetivo es mantener el orden y garantizar que todos actúen de forma responsable, al mismo tiempo que se vela por el interés público y se evitan daños a la sociedad. En general, el poder sancionador del Estado es una herramienta necesaria para preservar la legalidad y el orden en cualquier sociedad, y Panamá ha establecido un sistema sólido que equilibra la necesidad aplicar sanciones con la protección de los derechos individuales.

7. Bibliografía

Asamblea Nacional. (2004). Constitución Política de la República de Panamá. Obtenido de <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>

BRITO RUIZ, F., & FARFAN MOLINA, F. (2008). Asuntos Disciplinarios. Bogotá: Ediciones Jurídicas Axel.

Convención Americana de los Derechos Humanos. (11 de Febrero de 1978). Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre del 1969. Gaceta Oficial No. 9460. Obtenido de: <https://www.oas.org/dil/>

[esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf](#)

Donaire, P. (2003). Introducción a las ciencias jurídicas. Universidad Nacional de Cajamarca. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Obtenido de Coordinación de Investigaciones Jurídicas.: https://www.derechoycambiosocial.com/anexos/MISCELANEA/2021/Introduccion_al_derecho.pdf

Gaceta Oficial Panamá. (26 de octubre de 2022). Normativa para la Gestión de Cambios a los Servicios de las TIC de la AIG. Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental (AIG). Obtenido de: https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29652_A/94550.pdf

[GAMERO CASADO, E., & FERNÁNDEZ RAMOS, S. \(2007\). Manual Básico de Derecho Administrativo \(4ª ed.\). España: Editorial Tecnos .](#)

Molino, E. (1998). La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado. 1er. Ed. Edit. Dike. Colombia.

Prado, N. (julio-diciembre de 2012). El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública y sus límites tratándose de restricciones a derechos políticos. Obtenido de:

https://www.tse.go.cr/revista/art/14/prado_hidalgo.pdf

El Principio de Igualdad en la Ley de Contrataciones Públicas



Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá, con Maestría en Derecho Administrativo, por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Cuenta con Diplomado en Derecho Administrativo y Fundamentos de la Administración Pública, por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua; Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de Derechos Fundamentales, por la Universidad de Castilla - La Mancha, España. Ha asistido a cursos de formación específica de posgrado en “Fundamentos de Derecho Público Global”, de la Universidad de A Coruña, España; de “Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones”, por la Universidad Complutense de Madrid y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA), España; Especialización en Derecho Administrativo: Tradición y Cambio en un Mundo Globalizado: Una Respuesta desde el Derecho Administrativo, de la Universidad de Salamanca, España, y de “Políticas Públicas ante la Diversidad Familiar y la Igualdad: Perspectivas y Desafíos”, de la Universidad de Salamanca y la Unión de Asociaciones Familiares, con el apoyo del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e

Igualdad de España.

Con experiencia en la justicia administrativa y en la Administración pública. Se ha desempeñado como Magistrado del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (2016-2021), elegido como Magistrado Presidente en tres (3) períodos; Asesor del Presidente de la Asamblea Nacional; Abogado de la Oficina de Litigación e Investigación, Subjefe de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, Asistente de la Viceministra de Finanzas, Asesor del Despacho Superior y Abogado de la Unidad Coordinadora para el Proceso de Privatización (ProPrivat), todos en el Ministerio de Economía y Finanzas; Asesor del Despacho Superior del Municipio de Panamá; y, Asesor Legal de la Comisión de Incorporación de la Participación del Sector Privado (CIPSP) en el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN). En el ámbito privado, ha ejercido el derecho civil, comercial y administrativo, oferta pública primaria de valores, contratación pública, procesos contencioso administrativos, procesos ejecutivos, titulación de tierras, entre otros. Fue Director del Servicios de Orientación Legal (SOL) del Colegio Nacional de Abogados.

Diógenes de la Rosa Cisneros

Abogado de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración.

<https://orcid.org/0009-0000-0848-1070>

El Principio de Igualdad en la Ley de Contrataciones Públicas

Contenido

1. Introducción. 2. Igualdad de los proponentes (Igualdad de trato). 3. No discriminación. 4. Igualdad de oportunidad de los proponentes. 5. Libre concurrencia (Acceso).

Resumen

El principio de igualdad integra el eje central que sostiene los procesos de selección de contratista. En conjunto con otros principios, resulta indispensable para la transparencia de los actos públicos y, al promover una competencia real entre los interesados, para obtener la mejor propuesta, en calidad y precio, a fin de satisfacer el interés público. En el Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, el principio de igualdad está reconocido como de aplicación general, con énfasis en el trato igualitario, la no discriminación, la oportunidad de resultar adjudicatario y el acceso a participar.

Palabras claves

Contratación pública, principio de igualdad, trato igualitario, no discriminación, igualdad de oportunidad, libre concurrencia.

1. Introducción

La noción de igualdad no cuenta con una acepción doctrinal homogénea a nivel mundial, al estar condicionada, a grandes rasgos, en lo interno del individuo, por componentes psíquicos consustanciales, que le permiten construir una idea y límite propio, y externamente por factores culturales, socio-económicos y políticos inherentes a la sociedad.

Seguro existen otros elementos que repercuten en la percepción de igualdad, a ninguno de los cuales se pretende desestimar en la afirmación inicial. De entre estos, la vertiente conceptual que propugna la igualdad jurídica con relevancia real. A ver, la “jurídica o formal” es el parámetro esencial, el reconocimiento que todos los seres humanos nacen y son iguales, y se refleje como la igualdad ante la ley (en derechos y garantías) y en la aplicación de la ley (en valoración por parte de las autoridades). En cambio, la “real o material” está entrelazada con la equidad y advierte que, a pesar del amparo legal que reviste la igualdad, se siguen manteniendo distancias sociales, económicas y culturales entre la población, es decir que en la praxis

solo se ha procurado la igualdad de derechos y no de circunstancias personales, por esta razón apunta a que debe ser “real”, a que de la ley deriven los mismos derechos y, además, las mismas oportunidades para realizarlos.

Lo anterior contribuye a que existan distintas representaciones, y a que el alcance de igualdad quede supeditado al análisis del marco supranacional (tratados, convenios y demás instrumentos internacionales) y su armonía con el ordenamiento jurídico local.

En tal sentido, la República de Panamá ha suscrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que en los artículos 1 y 7 proclama que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*” y que “*todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación...*”, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

José), de la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobada vía la Ley No.15 de 28 de octubre de 1977, que en el artículo 24 contempla que “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”. En la Constitución Política patria el principio de igualdad está consagrado en los artículos 19 (no discriminación) y 20 (igualdad formal), en los siguientes términos:

“Artículo 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”

“Artículo 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.”

No obstante la trascendencia de la igualdad en el diario acontecer, ésta constituye un derecho no autónomo, es decir no susceptible de ser vulnerado en sí mismo, sino en forma simultánea con otro derecho. Por tanto, como se ha analizado, tendrá tantas implicaciones como haya contextos (género, raza, religión, etc.).

La Ley de Contrataciones Públicas no es ajena a esta realidad. Los vocablos “igual” e “igualdad” están pródigamente utilizados. Determina como principio general a la “igualdad de los proponentes” (art.25), que luego desarrolla como “igualdad de oportunidad de los proponentes” (art.33). Aun así, al examinarla se distinguen cuatro principios de igualdad, en función de aquello que pretende preservar dentro del acto público, a saber: el derecho y proceso en general (trato igualitario), la no discriminación, la oportunidad de ganar y el acceso a participar.

2. Igualdad de los proponentes (Igualdad de trato)

La primera manifestación de igualdad a que hace referencia el Texto Único de la Ley No.22 de 2006 es la igualdad jurídica o de trato, al postular que los interesados participarán en los procedimientos de selección de contratistas en “relación de igualdad” (n.1, art.2) y en “igualdad de condiciones” (n.36, art.2 y n.18, art.21) y “condiciones igualitarias” (n.46, art.2 y art.51).

La denotación se encuentra en el numeral 4 del artículo 33, que ratifica el derecho a igualdad de trato que tienen los seres humanos ante la ley, en armonía con el artículo 20 de la Carta Magna.

“Artículo 33.

...

4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías.”

De este acápite, debe resaltarse que, desde una perspectiva del individuo, se colige que todos quedan sometidos al imperio de la ley, en esta ocasión a las reglas y procedimientos de la Ley de Contrataciones Públicas, y de las demás leyes aplicables supletoriamente, así como a que le sean respetados todos los derechos y garantías reconocidas en la legislación.

Si bien el texto citado supra únicamente menciona a los proponentes, a lo largo de esta ley se salvaguarda a los derechos de terceros (art.168), interesados (art.30), participantes del proceso (n.47, art.2) y posibles postores o proponentes (n.46, art.2 y n.1, art.30), por lo que no corresponde entender que alguna persona, sea natural o jurídica, nacional o extranjera, pueda quedar fuera del amparo constitucional o que pueda ser beneficioso para el interés público que se constriñan las posibilidades de los interesados y, con ello, su participación en los actos públicos.

A manera indicativa, obsérvese el numeral 18 del

artículo 21, que más bien concierne a la igualdad de oportunidad de los proponentes, pero que en su práctica obliga al funcionario a entregar idéntica información a los interesados, dándoles con ello un trato igualitario, lo que a su vez les permitiría erigirse como proponentes en igualdad de condiciones. Sencillamente, no es sensato esperar que, desde la óptica de la transparencia, de un proceso desigual para los interesados, germine la igualdad de los proponentes.

“Artículo 21. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

...
18. *Suministrar en los pliegos de cargos información auténtica, exacta y precisa que permita a los proponentes hacer ofrecimientos en igualdad de condiciones. Cuando se compruebe que la información suministrada es inexacta y/o falsa y cause un perjuicio para el Estado, se aplicarán las sanciones establecidas en el artículo 18 de esta Ley.”*

Dicho esto, sí tiene justificación que solo los postores tengan la posibilidad de impugnar el resultado del procedimiento de selección de contratista, puesto que son quienes, al haber presentado su oferta, accedieron a las subfases de revisión y adjudicación y, por consiguiente, pueden considerar que se les ha sido vulnerado algún derecho con motivo de la valoración de su propuesta, en otras palabras son quienes gozan de legitimación activa.

En cuanto a la posición gubernamental, esta puede entenderse desde un rol de hacer, en la que el Estado está obligado a dar y propiciar un trato igualitario a todas las partes, garantizando y defendiendo los derechos fundamentales, aplicando la ley por igual; y, como un no hacer, al limitar el poder estatal, no permitiéndole infringir la igualdad con sus actuaciones, por ejemplo a implantar especificaciones en el pliego de cargos que puedan excluir o dificultar la participación de los interesados, sin que conste un razonamiento técnico debidamente motivado. No se trata de invocar la existencia de causas de interés u

orden público, sino de explicarlas y fundamentarlas con elementos de juicio razonables y objetivos.

Es dable comentar los artículos 11 (promoción de empresas nacionales) y 12 (promoción de empresas locales) del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, que respectivamente introducen una parcialización favorable a las empresas nacionales sobre las extranjeras o internacionales y a las locales sobre las no locales, entendiendo como empresa local a aquella domiciliada en dentro del municipio donde se ejecutará el objeto contractual. El artículo 12, incluso, autoriza la adjudicación a empresas locales, aun cuando no supongan la mejor oferta, siempre que el precio no sea superior en un cinco por ciento a la más baja propuesta económica que haya presentado alguna empresa no local.

Esta normativa, no obstante, no está catalogada como trato desigual, al tenor del artículo constitucional 20, que faculta a la Ley para “negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general” (artículo 11) y “tomar medias que afecten a los nacionales” (artículo 12), considerando que tales diferenciaciones tienen como designio el fortalecimiento de la economía nacional, mediante la contratación de empresas nacionales y locales, con miras a fomentar que los recursos públicos destinados al proyecto se mantengan y reinviertan en la plaza.

3. No discriminación

El principio de no discriminación está contemplado en el numeral 1 del artículo 33 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, en concordancia con el artículo 19 de la Constitución Política, en la siguiente forma:

“Artículo 33.

...
1. *Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.*

...”

Cabe destacar que el trato igualitario y la no discriminación, como derivados del mismo principio

capaces de generar tratos desiguales, a saber: (a) la raza, (b) el sexo, (c) la discapacidad, (d) la clase social, (e) la religión y (f) las ideas políticas. Se entiende entonces que, frente a cada uno de esos factores, surgen categorías de personas que, en una determinada situación, quedan en posiciones de ventaja o desventaja frente a otras. Esto es lo que se conoce como categorías sospechosas, sobre las que existe un mayor riesgo de que se produzcan tratos discriminatorios o desiguales motivados por circunstancias sociales, históricas y/o culturales.

Desde esa perspectiva, encuentra el Pleno que el artículo 19 de la Constitución, crea para el Estado más que la obligación de no discriminar, el deber de eliminar los tratos discriminatorios, que existen entre los grupos que se encuentran en ventaja y aquellos que, por una determinada circunstancia, están en una posición desventajosa.

En cuanto al artículo 20 de la Constitución, puede indicarse que consagra la denominada "igualdad ante la Ley" que se traduce en el derecho de toda persona a recibir del ordenamiento jurídico y de las autoridades el mismo trato y disfrutar de las mismas oportunidades.

Tradicionalmente, se ha interpretado este precepto en concordancia con el artículo 19, en el sentido de que las autoridades tienen el deber de dirigir sus actuaciones dispensando el mismo trato a todas las personas a las que sea aplicable una ley, sin excepción, sin hacer diferencia alguna entre las personas por causa de su raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas. Esto es lo que se conoce como igualdad en sentido formal.

Sin embargo, el concepto de igualdad ha evolucionado considerablemente alejándose cada vez más de la igualdad formal para dirigirse a un concepto de igualdad material, real y efectiva que se construye partiendo de

jurídico, están muy vinculados entre sí, mas no conforman un concepto equivalente. El primero -*todos tienen derecho a recibir un igual trato* - está enfocado hacia la población en general, sin realizar ningún tipo de categorización individual, mientras que el último - *no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de...* - abarca exclusivamente a seres o grupos específicos, sobre los cuales se ha establecido la necesidad de enfatizar en la igualdad de sus derechos.

Sin embargo, ninguno representa un mandato de carácter absoluto, libre de interpretaciones. El trato igualitario, como se desprende de lo transcrito en el apartado 1 del artículo 33, consiente la aplicación de un trato diferenciado frente a situaciones que lo justifiquen. Por su parte, la no discriminación estipula límites más estrictos, al señalar que no habrá distinciones (fueros, privilegios, discriminación) con motivo de las causas enunciadas en la Carta Magna (raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas), ni por otras acogidas con posterioridad, tales como minoría de edad, tercera edad, discapacidad, orientación sexual, pertenecer a minoría nacional, etc.

Al respecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 5 de julio de 2012, ha esclarecido el fondo, según el siguiente extracto:

“El “principio de no discriminación” se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Norma Fundamental, que preceptúa que “... no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas”.

Esta norma protege, prima facie, el derecho subjetivo de toda persona a recibir la misma protección y trato de parte de las autoridades y crea para el Estado el deber de no tratar de manera diferente a unas personas en relación con el trato que se brinda a otras en iguales circunstancias.

La lectura de esta disposición refiere también una serie de factores que el constituyente consideró

la base de que lo que la Constitución prohíbe son los tratos arbitrariamente desiguales, esto es, aquellos para los cuales no existe una explicación razonable que sustente el trato distinto o diferenciado."

...

No obstante, la simple existencia de esta diferenciación de trato no implica discriminación y sólo cuando la diferenciación no es razonable deviene en arbitraria y se lesiona el principio de igualdad.

Lo anterior descarta uno de los cargos de inconstitucionalidad que formula el recurrente, ya que no es cierto que toda mención de una diferenciación por sexo en una norma jurídica viole el principio de igualdad."

Siguiendo ese orden de ideas, en las contrataciones públicas, el principio de no discriminación se resume en que el Estado tiene prohibido hacer distinciones o exclusiones sobre circunstancias protegidas, que resulten irrelevantes para los fines públicos. Por ende, toda medida deberá cumplir con parámetros de objetividad (basada en hechos, sin emociones ni puntos de vista), legalidad (acorde a la ley), racionalidad (no arbitrario), razonabilidad (adecuación al fin) y proporcionalidad (no excesivo), de forma tal que evidencien no contar con una intención, ni con un efecto práctico discriminatorio.

4. Igualdad de oportunidad de los proponentes

Este principio está enunciado en el artículo 33 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006 y, tal como su título indica, atiende el derecho de todo concursante, con la capacidad de surtir lo requerido por el Estado, a tener la posibilidad de ganar, de resultar seleccionado para ejecutar el bien, servicio u obra.

"Artículo 33. Principio de igualdad de oportunidad de los proponentes. Este principio tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los

proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios."

Involucra un proceso en el que no se hayan establecido ventajas, abierto a una efectiva competencia, en observancia de los principios de contratación pública, no solo en cuanto a la igualdad de acceso al procedimiento, de trato y de todo aquello que suponga ausencia de ventajas, sino además al debido proceso (n.1, art.32), a la imparcialidad (n.6, art.26 y art.28) y a la selección objetiva de la propuesta (n.3, art.21; n.1, art.27 y n.3, art.33), entre otros. Todo con el puntual propósito de recibir un número plural de oferta, en beneficio del interés público, y que la escogencia del adjudicatario sea estrictamente en razón del mérito de su propuesta.

Debe entenderse que los principios de contratación pública son transversales, es decir que inciden en diversas ramas del mundo jurídico, e igualmente que se entrecruzan entre ellos. En este tema en cuestión, la imparcialidad hace referencia a la ausencia de todo tipo de interés personal, manteniendo la posición independiente que corresponde al Estado y a los servidores públicos, mientras que la selección objetiva consiste en eliminar la discrecionalidad en la evaluación de las propuestas, fijando previamente magnitudes específicas para determinación de la mejor oferta.

5. Libre concurrencia (Acceso)

El principio de libre concurrencia ostenta rango constitucional, cuando en el artículo 298 se indica que: "El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados", y su definición está contenida en el artículo 10 de la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007, "Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición".

"Artículo 10. Libre concurrencia. Se entiende por libre concurrencia la posibilidad de acceso de nuevos competidores al mismo mercado competente."

En el Texto Único de la Ley No.22 de 2006, este

principio está inserto en el artículo 26, numeral 3, se tutela el derecho a acceder al procedimiento de selección de contratista que tienen todas las personas, con capacidad para ofrecer lo requerido por el Estado e interés de contratar con éste.

"Artículo 26. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

...

3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los procesos de selección de contratista estarán abiertos a cualquier persona interesada. Para lo anterior se utilizarán los medios que, para tal efecto, indican esta Ley y sus reglamentos."

Parece prudente aclarar que, aun si el vocablo "libre" podría sugerir la libertad de los interesados para "decidir si participan" en el concurso público, este precepto jurídico en realidad atiende la "igualdad del derecho a participar".

Así, la ley exige que los actos públicos estén abiertos a los interesados, iniciando con hacer de conocimiento público el aviso de convocatoria, el pliego de cargos y cualquier documento, información o actuación que se surta durante el procedimiento (n.2, art.26 y art.30), lo cual es cónsono con el interés del Estado en promover la competencia (art.56) y obtener el mejor o mayor beneficio (n.2, art.21 y art.57).

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de la República de Panamá de 1972.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de la Organización de Naciones Unidas.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), de la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobada vía la Ley No.15 de 28 de octubre de 1977. Gaceta Oficial No.18468 de 30 de noviembre de 1977.

Leyes

- Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, "Que regula la Contratación Pública", ordenado por la Ley No.153 de 8 de mayo de 2020. Gaceta

Oficial No.29107-A de 7 de septiembre de 2020.

- Ley No.45 de 31 de octubre de 2007, "Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición". Gaceta Oficial No.25914 de 7 de noviembre de 2007.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia

- Acción de Inconstitucionalidad presentada por el Lic. Luis Esteban Martínez Carrera contra la oración "El 30 % de los candidatos aspirantes a cargos dentro del partido o a postulaciones a cargos de elección popular, sean mujeres" contenida en el artículo 67 de la Ley No.60 de 29 de diciembre de 2006. Ponente: Jerónimo Mejía E. Panamá, cinco (05) de julio de dos mil doce (2012). Expediente: 1011-07.

El Fuero laboral por Discapacidad y las 144 horas anuales pagadas para Citas Medicas, tratamiento y Actividades Educativas en el Sector Público



Es profesor en Ciencias de la Educación de la Universidad de Panamá, con amplia experiencia en el ámbito de la educación pública y particular en el área de Educación Especial y Rehabilitación. Se ha desempeñado como Asesor Técnico en SENADIS y SEDISCAP- OEA (Secretaría de Discapacidad para el Seguimiento del Decenio los Derechos y Dignidad de las Personas con Discapacidad 2009-2014). Tiene Maestrías en Corrección Pedagógica y Discapacidad en Docencia Superior de la Universidad Pedagógica Estatal Herzen, San Petersburgo Federación de Rusia.

Se ha desempeñado como Jefe del Promoción y Sensibilización, Asesor Técnico en la temática de Discapacidad, rehabilitación e inclusión, en la Dirección de Promoción y Participación Ciudadana de la SENADIS y Jefe de Derechos Humanos de Procuraduría de la Administración.

Actualmente es Jefe de la Oficina de Equiparación de Oportunidades de la Procuraduría de la Administración y Coordinador de la Comisión de DDHH del Consejo Nacional Consultivo de Discapacidad CONADIS.

Virgilio Carrión

Jefe de la Oficina de Equiparación de Oportunidades
<https://orcid.org/0009-0004-5486-7328>



Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Latina de Panamá. Entre sus estudios, cuenta con Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal con especialidad en Sistema Penal Acusatorio de la Escuela del Ministerio Público de Panamá y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de la República de Nicaragua; Maestría en Derecho Comercial por la Universidad Interamericana de Panamá y Maestría en Derecho Registral, Inmobiliario y Notarial de la Universidad Latina de Panamá; en la actualidad es estudiante graduanda de la Maestría en Docencia Superior de la Universidad Santander de Panamá.

Cuenta con Postgrado en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España; Grado Técnico obtenido en el Curso de Derecho Registral Iberoamericano (CADRI) otorgado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España y la Universidad Autónoma de Madrid, España; Grado Técnico obtenido en el Curso Inicial de Operadores del Sistema Penal Acusatorio del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá.

Actualmente en la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración.

Gisel Alejandra Olmedo

Abogada de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración.
<https://orcid.org/0000-0002-0064-5699>

El Fuero laboral por Discapacidad y las 144 horas anuales pagadas para Citas Medicas, tratamiento y Actividades Educativas en el Sector Público

Contenido

1. Personas con discapacidad: Deberes y derechos en lo laboral. 2. Oficinas de equiparación de oportunidades. 2.1. Expedientes paralelos. 2.2. Expediente por discapacidad. 2.3. Expediente por enfermedades crónicas. 3. Servidores públicos con discapacidad: generalidades y normativa aplicable. 3.1. Convenciones internacionales. 4. Deberes y derechos del servidor público con discapacidad, responsables y acompañantes de personas con discapacidad: Fuero y las 144 horas de permisos. 4.1. Fuero laboral por discapacidad. 4.1.1. Límites del fuero. 4.2. Derecho a las 144 horas anuales pagadas para citas médicas, tratamientos y actividades educativas relacionadas con la condición de discapacidad. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

Resumen

Antes se pensaba que una persona con discapacidad no contaba con la capacidad de desempeñar un puesto laboral y ni pensar, que fuese en el sector público; en la actualidad, el abordaje legal no permite hacer énfasis en las limitaciones que tiene la persona en el desempeño del puesto, sino por el contrario, promueve el desarrollo de sus dotes y habilidades en el medio laboral como cualquier servidor convencional de la Administración pública.

Palabras claves

Discapacidad, servidores públicos con discapacidad, persona con discapacidad, equiparación de oportunidades, régimen especial de estabilidad para el servidor público con discapacidad, 144 horas de permiso, fuero laboral por discapacidad.

1. Personas con discapacidad: Deberes y derechos en lo laboral

Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos de participar laboralmente, al igual que otros ciudadanos, y a su vez, tienen la obligación de cumplir con los deberes correspondientes a cada compromiso que adquieran en los diferentes ámbitos de su vida ciudadana. Esto significa que la persona está dispuesta a seguir lineamientos, reglas y deberes establecidos en las contrataciones tanto públicas como del sector privado.

La participación en igualdad de derechos se centra en la capacidad de la persona para realizar las mismas labores que otros pares en condiciones

convencionales, permitiendo que, aun existiendo limitaciones, las acciones de equiparación es el medio de participación de las personas en diversos ámbitos, sin olvidar que lo único diferente en este proceso es la condición o limitaciones de las personas, la aplicación de ciertos abordajes y accesibilidades (estructurales y aptitudinales), pero se mantienen los mismos deberes de cumplimiento (horarios, responsabilidades, comunicación de situaciones, cumplimiento de tareas y reglamentos internos, además de todo aquello que se requiera en su desempeño laboral).

Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que otras personas, los mismos deberes e igual cumplimiento de las normas laborales

establecidas para todos los servidores y trabajadores.

2. Oficinas de equiparación de oportunidades

Las oficinas de equiparación de oportunidades crean para garantizar el abordaje, acompañamiento y orientación de las acciones referentes a la equiparación de oportunidades, y así lo establece la Ley en el artículo 61-B (Ley 15 de 2016)¹.

Las direcciones de equiparación desarrollarán el acompañamiento y atención de las personas con discapacidad; desde planes anuales, programas y proyectos de atención a los procesos inclusivos, y los mismos incluyen a servidores contratados, ya sea en el sector público como en el privado, es decir, ambas instancias deben contar con sus respectivas direcciones de equiparación.

Personal técnico de equiparación:

- Director(a)
- Trabajador(a) Social
- Psicólogo(a)
- Secretario (a)

2.1. Expedientes paralelos

Para los procesos de abordaje a la inclusión laboral (en cooperación con las direcciones de recursos humanos), las direcciones de equiparación de oportunidades, crean el expediente paralelo (pestaña dentro del expediente convencional de contratación o denominado expediente de personal) que registrará información documentada que acredita las condiciones de discapacidad y/o enfermedades crónicas involutivas y/o degenerativas de las personas contratadas.

2.2. Expediente por discapacidad

Requiere **1 acreditación diagnóstica** emitida por **médico especialista tratante** de la condición de la persona, y se aportará por parte del contratado, además de los diversos documentos de las atenciones recibidas en su tratamientos y citas. Esto es necesario para llevar el control del otorgamiento de las horas

¹ Reforma la Ley 42 de 1999, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.

especiales que indica la norma.

2.3. Expediente por enfermedades crónicas

Requiere **2 acreditaciones diagnósticas emitidas por dos (2) médicos especialistas tratantes de la enfermedad de la persona o certificación diagnóstica emitida por la Comisión Interdisciplinaria nombrada para tal fin (art. 5 Ley 25 de 19 de abril de 2018)**².

Todo este proceso de equiparación para la inclusión laboral es una acción conjunta entre los funcionarios(as) o empleados que requieran dicha atención y las direcciones de recursos humanos en conjunto con equiparación de oportunidades. Siendo así, que el primer facilitador de información para la acreditación del expediente es el mismo funcionario.

Recursos humanos lo apoya en el seguimiento, orientación y cumplimiento en la custodia de información (confidencialidad de la información); así como en las acciones de equiparación que se requieran implementar; contando siempre con la asesoría técnica que se debe recibir desde la dirección de equiparación de oportunidades.

Todo lo aquí descrito permitirá siempre una atención técnica estructurada bajo una visión de derechos humanos en igualdad, que fortalece al contratado para establecer la defensa, respeto y desarrollo de sus derechos; asimismo, el servidor deberá cumplir con sus deberes para con la Administración.

3. Servidores públicos con discapacidad: normativa aplicable

En la República de Panamá, nuestra Constitución Política prohíbe la discriminación por condición de discapacidad en su artículo 19, el cual indica:

Artículo 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

(El subrayado es nuestro)

² Que modifica la Ley 59 de 2005, sobre protección laboral para personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral.

Esta norma de rango constitucional, de acuerdo a nuestra máxima corporación de justicia, protege el derecho de toda persona a recibir la misma protección y trato de parte de las autoridades y crea para el Estado, el deber de no tratar de manera diferente a unas personas en relación con el trato que se brinda a otras en iguales circunstancias, refiere también una serie de factores que el constituyente consideró capaces de generar tratos desiguales, a saber: (a) la raza, (b) el sexo, (c) la discapacidad, (d) la clase social, (e) la religión y (f) las ideas políticas.

Se entiende entonces que, frente a cada uno de esos factores surgen categorías de personas que, en una determinada situación, quedan en posiciones de ventaja o desventaja frente a otras. Esto es lo que se conoce como categorías sospechosas, sobre las que existe un mayor riesgo de que se produzcan tratos discriminatorios o desiguales por circunstancias sociales, históricas y/o culturales.

Es por ello, que la protección especial a favor de las personas con discapacidad, se ubica dentro de lo que doctrinalmente se conoce como garantías *legislativas diferenciadas*, que son aquellas que se establecen “... a favor de los más débiles (*favor debilis*) ...”, y son una modalidad de las denominadas acciones positivas moderadas, que buscan mediante la diferenciación de trato, reducir o eliminar las desigualdades existentes entre distintos grupos o géneros de la sociedad.

3.1. Convenciones internacionales

Instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad y la normativa legal vigente que las adopta en nuestro país:

INSTRUMENTO INTERNACIONAL	NORMAS DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ
Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Naciones Unidas	Constitución Política de la República de Panamá.
Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. (20 diciembre 1993). Naciones Unidas	Ley 2 del 27 de agosto de 1999. Equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptados en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.	Ley 25 de 10 de julio de 2007, Por la cual se aprueban la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptados en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

4. Deberes y derechos del servidor público con discapacidad, responsables y acompañantes de personas con discapacidad: Fuero Laboral y las 144 horas de permisos

Para efectos de desarrollar la protección consagrada en el artículo 19 de la Constitución Política, la Ley establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, siendo disposiciones de orden público, de interés social y de observancia general en la República de Panamá, es decir, que es de interés y beneficio para todos.

4.1. Fuero laboral por discapacidad

Se entiende por fuero laboral por discapacidad como el régimen especial de estabilidad que se materializa en una garantía laboral o protección que gozan los trabajadores de no ser despedidos injustificadamente por el empleador, por razón de una discapacidad física

o mental (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, 2022) de acuerdo a lo establecido en el artículo 45-A de la Ley 42 de 1999:

Artículo 45-A. La persona con discapacidad, padres, madres, tutor o el representante legal de la persona con discapacidad no podrá ser despedido o destituido ni desmejorado en su posición o salario, salvo que el empleador o superior acredite con antelación una causal establecida en la ley que justifique la terminación de la relación laboral.

En los casos de servidores públicos no se admitirá como causal el libre nombramiento y remoción, salvo que se trate de funcionarios nombrados en cargos de confianza.

Los servidores públicos que ocupen cargos que sean declarados insubsistentes serán nombrados en otra posición dentro de la respectiva institución.

Los trabajadores con discapacidad gozarán de estabilidad laboral por lo que sus empleadores deberán asegurar su inclusión en la planilla laboral permanente de la empresa o institución correspondiente, una vez hayan aprobado el período probatorio.

Al igual que otros fueros, como el de maternidad, sindical o el dado por enfermedad, el trabajador amparado por este régimen especial de estabilidad no podrá ser despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo sin causa justificada.

El citado artículo 45-A debe analizarse en conjunto con el artículo 43 de la Ley 42 de 1999:

Artículo 43. *El trabajador cuya discapacidad haya sido diagnosticada por autoridades competentes, tendrá derecho a permanecer en su puesto de trabajo, y de no poder ejercerlo, a que se tomen las medidas para lograr su readaptación profesional u ocupacional. De igual forma, tendrá derecho a la adaptación del puesto de trabajo que ocupa dentro de la empresa o institución. Cuando el puesto de trabajo no pueda ser readaptado, el trabajador deberá ser reubicado de acuerdo con sus posibilidades y potencialidades, sin menoscabo de su salario.*

La protección legal que se establece en el artículo 43 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999 responde al “principio de no discriminación” y establece las condiciones en las que el Estado deberá promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades.

El objetivo primordial de esta medida de protección está enfocado en evitar que el empleador pueda tomar represalias contra aquellos servidores que vean disminuida su capacidad laboral como consecuencia de su discapacidad, procurando con ello, que esta calidad de funcionarios se ubique en una situación de inferioridad respecto de otros que no se encuentren en dicha condición.

4.1.1. Límites del fuero

Cargos de confianza (artículo 45-A de la Ley 42 de 1999)

La norma establece que se exceptúan de dicho fuero por discapacidad, funcionarios nombrados en cargos de confianza (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, 2021).

Causal establecida en la ley que justifique la terminación de la relación laboral (artículo 45-A de la Ley 42 de 1999)

Contrato por tiempo definido, contrato por obra, contrato por servicios profesionales y personal transitorio o contingente

El artículo 210 del Código de Trabajo es expreso al establecer las formas de terminación del vínculo laboral. Los numerales 2 y 3 señalan la "expiración del término pactado, y por conclusión de la obra objeto del contrato”, es decir, que finaliza de manera legal en los términos, tiempo, plazos, condiciones establecidas y aceptadas por las partes; asimismo, en el sector público, los términos de este tipo de contrataciones están usualmente determinado en la Ley de Presupuesto General del Estado.

La terminación de la relación contractual entre el

Estado y un particular trae como consecuencia que cesen los derechos y obligaciones entre las partes. Los contratos con el Estado se caracterizan por contener “cláusulas exorbitantes”, que son estipulaciones legales (cláusulas) en un contrato administrativo que rompen con la igualdad del acuerdo de voluntad, regido por normas de derecho privado (reguladas por el Código de Trabajo) para establecer precisas prerrogativas transitorias y unilaterales a favor de la entidad pública contratante, como por ejemplo: “la institución se reserva el derecho de declarar administrativamente la Resolución del contrato, para lo cual, le comunica a EL CONTRATISTA con treinta (30) días de anticipación, y por escrito la fecha de terminación de la relación laboral”.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al personal transitorio, los contratos sucesivos sujetos a un período establecido y normas presupuestarias, ha indicado lo siguiente:

“En este punto, debemos manifestar que el artículo 280 de la Ley 176 de 13 de noviembre de 2020, que dicta el presupuesto general del Estado para la vigencia Fiscal de 2021, que era aplicable al último nombramiento de la señora KNHL en la institución, define el concepto del personal transitorio esencialmente de la manera siguiente: "Artículo 280. Personal transitorio son los funcionarios y contingente. Personal transitorio son los funcionarios que ocupan cargos en programas, actividades o proyectos, debidamente incluidos en la estructura de personal, cuyo periodo no será mayor de doce meses y expirará con la vigencia fiscal." De las constancias procesales se colige que la señora KNHL, era una funcionaria que era nombrada sucesivamente, por medio de Resueltos Internos del Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos (IFARHU), por un tiempo determinado, cuyo último nombramiento expiró el 31 de diciembre de 2021. Antes del vencimiento del contrato, es decir el 31 de diciembre de 2020, el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos (IFARHU), mediante Nota de 23 de diciembre de 2020, le informa que la relación laboral entre la entidad y la señora

KNHL, finaliza, ya que no será renovada. Decisión contra la cual la demandante interpone recurso de "reconsideración de mi contrato", argumentando que tenía una discapacidad física, y que había solicitado su permanencia, por lo establecido en la Ley 42 de 1999 en el artículo 54, modificado por la Ley 15 de 2016, el cual fue contestado por la Nota D.G./A. L.-1 I 0-2021-019 de 29 de enero de 2019, por el Director General, que confirma la decisión...”

“...este Tribunal colegiado es del criterio que la Administración fundamentó su decisión de no renovar el contrato a la señora KNHL, basado en que su ingreso a la institución fue mediante un contrato; y no mediante un concurso de méritos, por lo consiguiente, no se encuentra amparada en ningún régimen de carrera administrativa que limitase la facultad discrecional de la autoridad nominadora. Por tanto, es legal la decisión administrativa de no renovarle el contrato a la señora KNHL, porque su nombramiento es transitorio y de acuerdo con las Normas Generales de Administración Presupuestaria este es un puesto público temporal, posición en la estructura de personal del Estado para cumplir programas o actividades que tienen una duración de hasta 12 meses. Luego de lo plasmado, esta superioridad considera que el acto administrativo objeto de impugnación no vulnera las normas invocadas; por tanto, podemos indicar que lo procedente es confirmar el acto impugnado.”

-Violación del Reglamento Interno de Personal

La destitución solo procede después de concluido un proceso disciplinario respetando el debido proceso (es decir, que el servidor se haya podido defender), en el que se compruebe la comisión de una falta grave o gravísima cuya sanción sea la destitución.

4.2. Derecho a las 144 horas anuales pagadas para citas médicas, tratamientos y actividades educativas

De acuerdo con la ley, el trabajador tiene derecho a (144) horas al año para asistir a citas médicas, tratamientos, diligencias o actividades educativas

relacionadas con su condición. Este tiempo es independiente al derecho de vacaciones, licencia por enfermedad y demás permisos a los que tenga derecho de acuerdo con el reglamento interno de trabajo.

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley 15 de 2016³, por la cual se reforma la Ley 42 de 1999⁴, el empleador tiene la obligación de otorgarle a:

- (a) los trabajadores con discapacidad,
- (b) padres,
- (c) madres,
- (d) parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad,
- (e) parientes dentro del segundo grado de afinidad,
- (f) tutor,
- (g) persona autorizada por el representante legal de la persona con discapacidad facultada para acompañarla a sus citas, tratamientos requeridos, actividades educativas y,
- (h) conviviente en unión de hecho⁵.

Para aclarar términos, en cuanto a la consanguinidad y afinidad⁶, el artículo abarca el siguiente parentesco:

PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD	<i>Padres, hijos.</i>
SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD	<i>Abuelos, hermanos, nietos.</i>
TERCER GRADO DE CONSANGUINIDAD	<i>Bisabuelos, tíos, sobrinos, biznietos.</i>
CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD	<i>Primos.</i>

PRIMER GRADO DE AFINIDAD	<i>Suegros, yernos, nuera.</i>
SEGUNDO GRADO DE AFINIDAD	<i>Cuñados.</i>

3.....
Que modifica la Ley de Equiparación de oportunidades para personas con discapacidad.

4 Ley de Equiparación de oportunidades para personas con discapacidad.

5 Artículo 13 del Decreto Ejecutivo N°333 de 05 de diciembre de 2019.

6 Consulta C-103-15 de la Procuraduría de la Administración. Entidad consultante: Alcaldía de Olá.

En cuanto al término tutor, es la persona designada por un juez para la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes, de los que estando o no bajo la patria potestad, no tienen la capacidad jurídica de gobernarse por sí mismos (debe inscribirse en el Tribunal Electoral), y se entiende como *persona autorizada por el representante legal*, aquella persona que cuenta con una autorización por escrito por quien ejerce la representación legal de una persona con discapacidad para acompañarla a todas las actividades relacionadas con su condición.

En caso de familias numerosas, se ha observado la autorización por escrito otorgada por los demás miembros del núcleo familiar a un miembro específico, a efectos de acreditar que es la persona responsable, y dicha autorización consta en el expediente paralelo que maneja equiparación de oportunidades de la institución, en conjunto con recursos humanos.

Se hace importante mencionar que la Ley 15 de 2016 no solo abarca citas, terapias, retiro de medicamentos; además, contempla las *actividades educativas relacionadas con la condición de discapacidad* (por ejemplo: charlas, talleres, entre otros).

Para que el trabajador pueda hacer uso del derecho que le concede la ley, deberá como primer paso:

1. Hacer de conocimiento por escrito a recursos humanos y equiparación de oportunidades de la institución, su condición o que tiene un pariente con una condición de discapacidad o está autorizada para acompañarla, y para ello, deberá adjuntar a su solicitud, copia de la certificación de SENADIS (si cuenta con resolución) o 1 certificación de sus médicos tratantes (discapacidad) y 2 certificaciones de médicos tratantes (enfermedad crónica).

2. Acreditar el vínculo familiar: puede ser mediante certificado de nacimiento o certificaciones de árboles genealógicos, constancia de la convivencia en la unión de hecho, y si existe tutela, debe constar inscrita en el Tribunal Electoral. En caso de ser persona autorizada, adjuntar el documento firmado por el representante legal de la persona con discapacidad.

3. Los permisos deberán ser solicitados con 5 días

de antelación al uso de éste.⁷

4. La solicitud se podrá realizar posteriormente, y de modo excepcional, si el trabajador con discapacidad o la persona que ejerza su representación, tenga una urgencia médica comprobada, en cuyo caso deberá entregar la constancia hasta 5 días después del hecho o lo que disponga el Reglamento Interno de Personal.

Si bien la Ley otorga derechos, también impone obligaciones, por lo que el servidor tiene la obligación de llenar los formularios de permisos correspondientes y presentar la constancia de asistencia a los tratamientos, citas médicas, diligencias relacionadas con su condición y las actividades educativas. La Ley no establece cuando deben ser presentadas, pero se recomienda entregar las constancias a recursos humanos en un tiempo que no exceda los 5 días.

Es importante mencionar, que de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 12 del Decreto Ejecutivo 333 de 2019, se pueden otorgar 144 horas adicionales a las ya establecidas por la Ley, con previo análisis, evaluación y posterior aprobación de recursos humanos de la institución en conjunto con equiparación de oportunidades.

El servidor público que reclame la extensión de las 144 horas al año, deberá presentar al departamento de recursos humanos la certificación del médico tratante en donde se haga constar la extensión del tratamiento, misma que será anexada al expediente del servidor público. Una vez vencida la extensión solicitada, la entidad procederá a descontar los permisos e incapacidades propias del funcionario.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 13 del Decreto Ejecutivo 333 de 2019 señala que cuando dos o más familiares (responsables) de una persona con discapacidad, trabajen en el mismo lugar, las 144 horas deben ser otorgadas de manera individual a cada trabajador, sin embargo, las horas otorgadas no se duplican si el trabajador tiene más de una persona con discapacidad, salvo que sea la única persona a cargo de la persona con discapacidad; recordando

7 Artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 333 de 2019.

siempre que todo debe ser previamente analizado por recursos humanos en conjunto con equiparación de oportunidades.

5. Conclusiones

Vale la pena destacar los siguientes aspectos de mayor relevancia:

- Las entidades públicas deberán otorgar permiso (previo cumplimiento de los procesos de recursos humanos), por el tiempo necesario y debidamente justificado por quien lo utiliza: a la persona con discapacidad, su madre o padre, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal del discapacitado conviviente en unión de hecho o persona autorizada, para la asistencia a citas, tratamientos requeridos o actividades educativas relacionadas con la condición de discapacidad.

- El tiempo de los permisos pagados será de 144 horas al año, y ese tiempo no debe afectar (a) sus vacaciones, (b) periodos de incapacidad por enfermedad (c) ni cualesquiera otros permisos reconocidos por la ley.

- Para hacer uso de las 144 horas anuales al que tiene derecho el funcionario deberá (a) solicitar con anticipación los permisos y (b) presentar la constancia de asistencia al tratamiento o actividad.

- Finalmente, el servidor público con discapacidad, su madre, padre, tutor y/o representante legal gozarán de fuero laboral. Por lo tanto, no podrán ser despedidos, salvo que medie justa causa de destitución establecida por la ley.

6. Referencias Bibliográficas

Convenios Internacionales

• Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Organización de las Naciones Unidas (ONU).

• Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, 20 diciembre

1993, Organización de las Naciones Unidas (ONU).

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptados en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006

Leyes

- Constitución Política de la República de Panamá. Gaceta Oficial 25,176 de 15 de noviembre de 2004.

Código de Trabajo

- Ley 42 de 27 de agosto de 1999. Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad. Gaceta Oficial 23,876 de 31 de agosto de 1999.

- Ley 15 de 31 de mayo de 2016. Que reforma la Ley 42 de 1999, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad. Gaceta Oficial 28,046-B de 06 de junio de 2016.

- Ley 43 de 06 de junio de 2017. Que reforma la Ley 82 de 2013, sobre violencia contra la mujer, y modifica un artículo de la Ley 42 de 1999, sobre equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad. Gaceta Oficial 28,295-A de 07 de junio de 2017.

- Ley 25 de 19 de abril de 2018. Que modifica la Ley 59 de 2005, sobre Protección Laboral para personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral. Gaceta Oficial 28,509-A de 20 de abril de 2018.

- Decreto Ejecutivo 333 de 5 de diciembre de 2019, que reglamenta la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que reforma la Ley 42 de 1999, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y se dicta otra disposición. Gaceta Oficial 28917-A de 10 de diciembre de 2019.

Sentencias

- Amparo de Garantías Constitucionales en contra de

la orden de hacer proferida por la Resolución 103-09 del 11 de septiembre de 2009 del Ministerio de Obras Públicas, Pleno, 11 de octubre de 2009. Magistrado ponente: Jerónimo Mejía.

- Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, 12 de marzo de 2015. Magistrado ponente: Víctor Benavides.

- Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, 27 de mayo de 2021. Magistrado ponente: Cecilio Cedalise Riquelme.

- Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2022, Magistrado ponente: María Cristina Chen Stanziola.

- Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, 19 de agosto de 2022, Magistrado ponente: Carlos Alberto Vásquez Reyes.

Consultas a la Procuraduría de la Administración

- Consulta C-103-15 de 20 de octubre de 2015. Entidad consultante: Alcaldía de

La Inversión Ilegal en el Arbitraje internacional de Inversiones



Doctor en Derecho Internacional Privado de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II-Sorbonne Universités), Diplomado de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Cuenta con 20 años de experiencia profesional dedicada exclusivamente al arbitraje y a los litigios internacionales, representando Estados nacionales y empresas privadas y públicas

o interviniendo como árbitro en casos de arbitraje internacional de inversiones y comerciales sometidos al reglamento de la CCI, la CNUDMI, CIADI y el CeCAP. También es profesor universitario, conferencista y autor de publicaciones en materia de arbitraje y litigios internacionales.

Dr. Carlos Arrue Montenegro

Abogado y Árbitro en casos de arbitraje internacional de inversiones y comerciales sometidos al reglamento de la CCI, la CNUDMI, CIADI y el CeCAP. Profesor universitario, conferencista y autor de publicaciones en materia de arbitraje y litigios internacionales.

La Inversión Ilegal en el Arbitraje internacional de Inversiones

Contenido

I. Reconocimiento de la exigencia de legalidad de la inversión en el arbitraje de inversiones. A. Fundamento convencional de la exigencia de legalidad de la inversión en el derecho internacional. B. Fundamento en el derecho internacional consuetudinario. II. Tratamiento de la ilegalidad de la inversión en el arbitraje de inversiones. A. Determinación y prueba de la ilegalidad de la inversión. 1. Derecho aplicable a la legalidad de la inversión. 2. Prueba de la ilegalidad de la inversión. B. Consecuencias de la ilegalidad de la inversión. 1. La ilegalidad como excluyente de la jurisdicción del tribunal. 2. Consecuencias de la ilegalidad en el fondo del caso. 3. En busca de una solución intermedia entre las dos aproximaciones según el obiter dictum de Phoenix contra República Checa. III. Conclusiones.

Palabras claves

Arbitraje, arbitraje de inversiones, legalidad de la inversión, derecho de las inversiones, inversión extranjera.

Introducción

Desde hace varias décadas, el derecho de las inversiones no es materia exclusiva del derecho nacional de los Estados. De hecho, hoy en día, las inversiones extranjeras están principalmente regidas por el derecho internacional, mediante tratados internacionales que reglamentan tanto los estándares y reglas de protección de la inversión como el mecanismo de resolución de disputas inversionista-Estado. Al tratarse de instrumentos legales que se enmarcan en el derecho internacional, interviene necesariamente el derecho internacional consuetudinario que, en el plano internacional, constituye fuente principal del derecho internacional, en pie de igualdad con los tratados internacionales.

En base a la anterior consideración, se aplica la regla general en virtud de la cual un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹. Es así que el derecho nacional de los Estados es tratado en el derecho internacional como un hecho o un dato y, así concebido, el derecho nacional de los Estados puede ser sometido al escrutinio de un Tribunal

¹ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados.

Arbitral a efectos de determinar si hubo violación del tratado.

Ahora bien, esta regla general no es absoluta, pues existe en el derecho internacional una serie de ilustraciones en las que el derecho nacional es llamado a ser reconocido o tomado en consideración para efectos de determinar un asunto sujeto al derecho internacional². La exigencia de legalidad de la inversión ofrece un ejemplo muy claro de toma en consideración del derecho nacional por el derecho internacional en el que el derecho nacional del Estado receptor de la inversión sirve de base para sustentar la existencia o inexistencia de este requisito.

² En el arbitraje de inversiones existen varias ilustraciones en las que es de rigor tomar en consideración el derecho interno de los Estados para verificar el cumplimiento del derecho internacional:

- la determinación de la titularidad o propiedad del inversionista sobre la inversión – regidas por el derecho interno de los Estados y no por el derecho internacional – puede ser relevante para efectos de determinar la legitimidad o la competencia *ratione personae* del tribunal arbitral;

- el derecho nacional de los Estados puede ser relevante a efectos de confirmar que una materia regida por el derecho nacional es constitutiva de poderes de policía (*police powers*) en donde los poderes normativos del Estado específicamente ejercidos priman sobre reglas de carácter general del derecho internacional.

El tratamiento de la inversión ilegal en el arbitraje de inversiones tiene necesariamente como premisa que el derecho internacional exige que las inversiones sean legales. La demostración de esta premisa (y sus límites) permitirá analizar el tratamiento de la ilegalidad de la inversión.

Con estos parámetros, en las siguientes líneas se examinará el reconocimiento de la exigencia de legalidad de la inversión (I) y el tratamiento de la ilegalidad de la inversión en el arbitraje de inversiones (II).

I. Reconocimiento de la exigencia de legalidad de la inversión en el arbitraje de inversiones

La exigencia de legalidad de la inversión en el arbitraje puede tener un fundamento convencional en los tratados de inversión (A) y se le ha reconocido también un fundamento general en el derecho internacional consuetudinario (B).

A. Fundamento convencional de la exigencia de legalidad de la inversión en el derecho internacional

Siendo el derecho internacional de las inversiones materia de reglamentación por tratados internacionales, el primer fundamento que habría que examinar son los tratados internacionales que reglamentan la inversión. Los tratados internacionales en materia de inversiones son, en su mayoría, tratados bilaterales entre Estados, ya sea por medio de tratados que reglamentan exclusivamente la materia de inversiones (los “TBI”) o bien por medio de tratados más generales de libre comercio (los “TLC”) que establecen un capítulo dedicado a la protección de las inversiones. Vale la pena mencionar que la República de Panamá ha suscrito y ratificado un número importante de TBI con varios Estados³, y en los últimos años ha

³ La República de Panamá ha ratificado TBI con Finlandia (2009), Italia (2009), Suecia (2008), México (2005, aunque terminado), Ucrania (2003), República Dominicana (2003), Corea del Sur (2001), Holanda (2000), República Checa (1999), Cuba (1999), Uruguay (1998), España (1997), Chile (1996), Canadá (1996), Argentina (1996), Taiwán (1992), Alemania (1983), Suiza (1983), Reino Unido (1983), Francia (1982) y Estados Unidos (1982).

ratificado tratados de libre comercio con capítulos sobre inversiones.

En varios de los TBI se establece la protección de las inversiones realizadas de conformidad con el derecho del Estado receptor. Tal es el caso, por ejemplo, del TBI Panamá-República Dominicana que reitera esta exigencia dentro de la *definición de inversión*⁴, dentro del *ámbito de aplicación* del TBI⁵ y dentro de las *reglas de promoción, admisión y protección* de las inversiones⁶.

El TBI Panamá-República Dominicana es tan solo uno de la pluralidad de tratados ratificados por la República de Panamá que establecen normas similares⁷.

B. Fundamento en el derecho internacional consuetudinario

Además del fundamento convencional en base al tratado de inversión aplicable, el derecho internacional consuetudinario establece una serie de principios que fundamentan la exigencia de legalidad de la inversión, según ha sido reconocido por tribunales arbitrales.

Por ejemplo, tribunales arbitrales han usado como fundamento el principio de buena fe⁸ la teoría de las

⁴ TBI Panamá-República Dominicana, Artículo I(2): “Definiciones: El Término ‘inversión’ se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó”.

⁵ TBI Panamá-República Dominicana, Artículo II “Ámbito de Aplicación. El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas [...] por inversionistas de una Parte Contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante”.

⁶ TBI Panamá-República Dominicana, Artículo III(2) Promoción Admisión y Protección de las Inversiones: “Cada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentaciones por los inversionistas de la otra Parte Contratante”.

⁷ Ver Artículo 1(1) del TBI Finlandia Panamá, Artículo 1(1) del TBI Italia-Panamá, Artículo 1(1) del TBI Suecia Panamá; Artículo 1(1) del TBI Panamá-Ucrania, Artículo 1(1) del TBI Cuba-Panamá, Artículo 1(2) del TBI Uruguay-Panamá, Artículo I del TBI Chile Panamá, Artículo 1(2) del TBI Argentina-Panamá, Artículo 1(1) del Tratado Alemania Panamá, Artículo 2(a) del TBI Suiza Panamá, Artículo 1(1)(e) del TBI Francia Panamá

⁸ Phoenix Action, Ltd. v. República Checa, Caso CIADI

manos limpias (Clean hands)⁹, el principio Nemo Auditur (prohibición de prevalecerse de sus propias torpezas)¹⁰ consideraciones de política jurídica y equidad¹¹. En algunos casos, se han utilizado de forma combinada varios de estos fundamentos.

Lo que resulta interesante es que, siendo el derecho internacional consuetudinario una fuente primaria del derecho internacional general, estos principios parecen aplicarse inclusive en ausencia de tratado. En este sentido, el tribunal arbitral en el caso Phoenix contra República Checa indicó que la conformidad del establecimiento de la inversión con las leyes nacionales “está implícita incluso cuando no se establece expresamente en el TBI pertinente”¹².

Habiendo establecido los fundamentos jurídicos de la condición de legalidad de la inversión, queda por determinar el tratamiento de la ilegalidad de la inversión ante el tribunal arbitral.

No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009 (Stern, Bucher, Fernández-Armesto), p. 101; Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Gana, caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo del 18 de junio de 2010 (Stern, Cremades, Landau), p. 123; Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006 (Oreamuno, Landy, von Wobeser), p. 240.

⁹ Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas, Caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014 (Bernardini, Alexandrov, van den Berg), p. 328.

¹⁰ Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006 (Oreamuno, Landy, von Wobeser), p. 240.

¹¹ World Duty Free Company Limited v. República de Kenia, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006 (Guillaume, Rogers, Veeder), p. 178

¹² Phoenix Action, Ltd. v. República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009 (Stern, Bucher, Fernández-Armesto), p. 101: (“In the Tribunal’s view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws. If a State, for example, restricts foreign investment in a sector of its economy and a foreign investor disregards such restriction, the investment concerned cannot be protected under the ICSID/BIT system. These are illegal investments according to the national law of the host State and cannot be protected through an ICSID arbitral process. And it is the Tribunal’s view that this condition – the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT [...]”).

II. Tratamiento de la ilegalidad de la inversión en el arbitraje de inversiones

El tratamiento de la ilegalidad de la inversión por los tribunales arbitrales pasa necesariamente por la determinación y prueba de la ilegalidad de la inversión (A) así como de las consecuencias de la ilegalidad de la inversión en el arbitraje (B).

A. Determinación y prueba de la ilegalidad de la inversión

1. Derecho aplicable a la legalidad de la inversión
En general, el derecho que sirve de base para determinar si una inversión es legal o ilegal es el *derecho nacional del Estado receptor de la inversión*. El derecho internacional tiene, en general, poca injerencia en relación con la legalidad de la inversión debido a que no contiene, en general, reglas específicas que rijan los requisitos de validez y ejecución de las distintas actividades y formas de inversiones (las sociedades, los contratos con el Estado, las licencias de operación, etc.). No obstante, elementos de derecho internacional pueden servir para constatar la ilegalidad de la inversión en ciertos casos. No sería extraño que un tribunal arbitral utilice la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada por Resolución 58/4 de la Asamblea General de 31 de octubre de 2003 para confirmar un acto de corrupción reprochable a nivel internacional, blanqueo de capitales, tráfico de armas de destrucción masiva o instrumentos de protección de derechos humanos¹³.

Asimismo, en general, el derecho nacional de Estados distintos al receptor tiene poca vocación de aplicarse a la legalidad de la inversión debido a que, por definición, las inversiones protegidas son las que se realizan y están localizadas en el territorio del Estado receptor. Sin embargo, podría concebirse situaciones en las cuales parte de los elementos constitutivos de una inversión en el territorio están localizados en el extranjero, en cuyo caso leyes distintas pueden ser aplicadas. Un ejemplo de esta situación podría ser el control sobre las acciones de una sociedad por parte de una cadena de sociedades madres en el extranjero.

¹³ Tal sería el caso de instrumentos de protección del medio ambiente, por ejemplo.

las consecuencias de dicha ilegalidad en el derecho nacional. En el arbitraje de inversiones existen dos aproximaciones al tema: las posibles consecuencias excluyentes de la jurisdicción del tribunal (1) y las posibles consecuencias en el fondo de la controversia (2).

1. La ilegalidad como excluyente de la jurisdicción del tribunal

Analizar la ilegalidad como excluyente de la competencia del tribunal arbitral consiste en considerar la legalidad de la inversión como un requisito para efectos de determinar la existencia de una inversión que constituye un presupuesto del consentimiento del Estado al arbitraje de inversión. En otras palabras, si la inversión es ilegal, no existe inversión ni consentimiento al arbitraje.

El caso Phoenix v. República Checa constituye una ilustración clara de la ilegalidad como excluyente de la jurisdicción del tribunal, en el sentido de que la inversión ilegal no pueden ser objeto de protección y, por consiguiente, justifican la falta de jurisdicción del tribunal arbitral. En palabras del tribunal:

“En opinión del Tribunal, no se puede considerar que los Estados ofrecen acceso al mecanismo de solución de controversias del CIADI a inversiones realizadas en violación de sus leyes. Si un Estado, por ejemplo, restringe la inversión extranjera en un sector de su economía y un inversionista extranjero hace caso omiso de dicha restricción, la inversión en cuestión no puede protegerse bajo el sistema CIADI / TBI. Éstas son inversiones ilegales de acuerdo con la legislación nacional del Estado receptor y no pueden ser protegidas mediante un proceso arbitral del CIADI.”¹⁴

¹⁴ Phoenix Action, Ltd. v. República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009 (Stern, Bucher, Fernández-Armesto), p. 101: (“In the Tribunal’s view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws. If a State, for example, restricts foreign investment in a sector of its economy and a foreign investor disregards such restriction, the investment concerned cannot be protected under the ICSID/BIT system. These are illegal investments according to the national law of the host State and cannot be protected through an ICSID arbitral process. And it is the Tribunal’s view that this condition – the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the

2. Prueba de la ilegalidad de la inversión

Comenzando por la carga de la prueba de la ilegalidad de la inversión, es preciso retomar la regla general – aplicable al arbitraje internacional – en virtud de la cual quien afirma un hecho tiene la carga de probarlo. En este sentido, en principio la parte que alega la ilegalidad (en general, el Estado demandado) es quien tiene la carga de demostrar y sustentar la ilegalidad de la inversión. No obstante, pensamos que cuando el tratado establece o es interpretado en el sentido de que la legalidad de la inversión constituye una condición de la existencia de la inversión, le corresponde esta carga al inversionista, aunque se trate de una prueba prima facie de la legalidad de su inversión.

Un asunto más controvertido es la posibilidad del tribunal arbitral de intervenir de oficio en la determinación de la ilegalidad de la inversión. Consideramos que en circunstancias excepcionales en las que existen rasgos de corrupción, blanqueo de capitales o procesos amarillos en fraude a terceros, el tribunal arbitral tiene la facultad de intervenir oficiosamente, pero se trata de un poder que debería ser utilizado de forma muy excepcional.

En cuanto al estándar de prueba de la ilegalidad de la inversión, queda claro que la sola alegación de que la inversión no es legal es insuficiente. Es necesario demostrar con evidencia (instrumentos jurídicos aplicables y hechos) que la inversión es ilegal y enmarca la inversión.

Aspectos probatorios que podrían ser relevantes en el análisis de la legalidad son la gravedad de la ilegalidad, si la ilegalidad ocurrió al momento del establecimiento de la inversión o posteriormente, si el inversionista conocía la ilegalidad de su inversión y si el Estado reconoció y aceptó la ilegalidad. Se trata de aspectos que deben ser analizados casuísticamente para determinar las consecuencias de la ilegalidad.

B. Consecuencias de la ilegalidad de la inversión

Las consecuencias de la ilegalidad de la inversión en el arbitraje de inversiones son independientes de

El tribunal en el caso *Saba Fakes v. Turquía* concluyó que la exigencia de legalidad de la inversión no se trata de la verificación del concepto de inversión del Art. 25 del Convenio de Washington o del TBI, sino de una limitación al consentimiento al arbitraje como forma de protección de la inversión en el TBI¹⁵. Se trata entonces de una condición que limita el campo *ratione voluntatis* del acuerdo.

En el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, el tribunal confirmó igualmente que, si la inversión no se realiza de conformidad con la ley, el tribunal carece de jurisdicción:

“Fraport eludió a sabiendas e intencionalmente la ADL mediante acuerdos secretos de accionistas. En consecuencia, no puede reclamar haber realizado una inversión ‘de conformidad con la ley’. Tampoco puede alegar que los altos funcionarios de la Demandada posteriormente renunciaron a los requisitos legales y validaron la inversión de Fraport, ya que los funcionarios de la Demandada no pudieron haber tenido conocimiento de la violación. Dado que no existe una ‘inversión conforme a la ley’, el Tribunal carece de jurisdicción ratione materiae”¹⁶.

En el caso *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. República de Ghana*, el tribunal arbitral subrayó que “una inversión no sería protegida si fue creada en violación del principio nacional o internacional de buena fe [...] [o] si es realizada en violación del relevant BIT [...]”.

15 *Saba Fakes v. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo de 14 de julio de 2010 (Gaillard, van Houtte, Lévy), p. 114.

16 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, laudo del 16 de agosto de 2007 (Fortier, Cremades, Reisman), p. 401: (“Fraport knowingly and intentionally circumvented the ADL by means of secret shareholder agreements. As a consequence, it cannot claim to have made an investment ‘in accordance with law’. Nor can it claim that high officials of the Respondent subsequently waived the legal requirements and validated Fraport’s investment, for the Respondent’s officials could not have known of the violation. Because there is no ‘investment in accordance with law’, the Tribunal lacks jurisdiction *ratione materiae*”).

derecho del Estado receptor”¹⁷. En el presente caso se desprende además que la exigencia de legalidad tiene un alcance amplio que acapara la realización de las inversiones y las actividades.

En el mismo sentido, en el caso *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros v. Ucrania* ¹⁸ aunque llegó a la conclusión que en ese caso no había ilegalidad de la inversión, el tribunal estimó pertinente verificar la conformidad de los actos del inversionista con la legislación sobre controles de cambio, la ley ucraniana en materia de inversiones y la ley sobre administración de bienes del Estado (ucraniano).

En el caso *SAUR International S.A. v. República Argentina*, el tribunal subrayó que “la finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente las inversiones legales y *bona fide*”¹⁹, con especial deferencia al caso *Phoenix v. República Checa*.

1. El tribunal arbitral en el más reciente caso *Anglo-Adriatic Group Limited v. Albania*, el tribunal confirmó el estado actual del derecho internacional de las inversiones de que únicamente las inversiones realizadas de conformidad con el derecho local disfrutaban de la protección del tratado:

“The Tribunal’s conclusion is based on the following reasons. First, only investments made in accordance with Albanian law can enjoy the protection granted under the LFI, as Art. 1 LFI makes clear. The subject-matter of a dispute arising out of an illegal investment fall outside

17 *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Gana*, caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo del 18 de junio de 2010 (Stern, Cremades, Landau), p. 123: (“an investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith [...] [or] if it is made in violation of the host State’s law”).

18 *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al. v. Ucrania*, Caso CIADI No ARB/08/8, Decisión sobre la competencia de 8 de marzo de 2010 (Alexandrov, Cremades, Rubins), p 135-145.

19 *SAUR International S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad del 6 de junio de 2012 (Oreamuno, Landy, von Wobeser), p. 308.

the scope of Albania’s consent to arbitrate. Investment tribunals have come to analogous conclusions in similar contexts”²⁰

2. El tribunal en este caso decidió que no tenía jurisdicción *ratione materiae* debido que la parte demandante había violado ciertas normas de Albania en relación con unos préstamos por un monto de US\$5 millones de dólares.

2. Consecuencias de la ilegalidad en el fondo del caso

En este caso, la ilegalidad de la inversión no excluye el acceso al arbitraje de inversiones, pero la ilegalidad tiene repercusión en la aplicación de los estándares de protección establecidos en el tratado. En el caso *World Duty Free Company Limited v. República de Kenia*, el tribunal arbitral rechazó las pretensiones del demandante al constatar un actuar ilegal (resultante de corrupción), indicando que la protección de sus pretensiones equivaldría a asistir o incentivar al demandante en estas conductas ilegales²¹.

El tribunal anotó lo siguiente:

“A la luz de leyes nacionales y convenciones internacionales relacionadas con la corrupción, y a la luz de decisiones tomadas sobre la materia por tribunales estatales y arbitrales, este Tribunal está convencido de que la corrupción es contraria a las políticas del derecho internacional público de la mayoría, si no todos, los Estados o, para usar otra fórmula, para el orden público transnacional. Por

20 *Anglo-Adriatic Group Limited v. Albania*, Caso CIADI No. ARB/17/6, Laudo de 7 de febrero de 2019 (Fernández-Armesto, von Segesser, Stern), p. 286-287: (“The Tribunal’s conclusion is based on the following reasons. First, only investments made in accordance with Albanian law can enjoy the protection granted under the LFI, as Art. 1 LFI makes clear. The subject-matter of a dispute arising out of an illegal investment fall outside the scope of Albania’s consent to arbitrate. Investment tribunals have come to analogous conclusions in similar contexts”).

21 *World Duty Free Company Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006 (Guillaume, Rogers, Veeder), p. 178: ([I]t would be an ‘affront to public conscience’ to grant to the Claimant the relief which it seeks because this Tribunal would thereby appear to assist and encourage the plaintiff in his illegal conduct [...] Accordingly, the Tribunal rejects the Claimant’s submissions).

consiguiente, reclamaciones basadas en contratos de corrupción o contratos obtenidos mediante corrupción no pueden ser endosados por este tribunal”²²

El tribunal arbitral en el caso *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. República de Indonesia*, el tribunal arbitral – siguiendo la opinión del Juez James Crawford – señaló que “el principio de las manos limpias ha sido invocado en el contexto de la admisibilidad de demandas ante cortes internacionales y tribunales”²³, concluyendo que “la doctrina de las manos limpias hace inadmisibles la reclamación del demandante”²⁴.

3. En busca de una solución intermedia entre las dos aproximaciones según el obiter dictum de Phoenix contra República Checa

En lugar de tomar posiciones absolutas entre efectos jurisdiccionales o sustanciales, la aproximación sobre la ilegalidad de la inversión que parece ser más apropiada es que el tribunal esté dotado de suficiente flexibilidad para analizar los elementos del caso, tomando en consideración el carácter manifiesto de la ilegalidad, si toca la sustancia misma de la inversión y el grado de conocimiento que tenía (o que debía tener) el inversionista de la ilegalidad.

El tribunal en el caso *Phoenix* abrió la puerta esta posición intermedia, dejando a entrever en un *obiter dictum* que, si la ilegalidad no es tan grave o manifiesta, la jurisdicción del tribunal no quedaría excluida, sino que el tema se analizaría dentro del fondo de la controversia.

“La principal lección es que el propósito de la protección internacional a través del arbitraje CIADI no puede otorgarse a inversiones que se realicen en contra de la ley. El hecho de que una inversión infrinja las leyes del Estado receptor

22 *World Duty Free Company Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006 (Guillaume, Rogers, Veeder), p. 157.

23 *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. República de Indonesia*, Caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014 (Cremades, Hwang, Nariman), p. 646.

24 *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. República de Indonesia*, Caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014 (Cremades, Hwang, Nariman), p. 646.

puede ser manifiesto y, por lo tanto, permitirá que el tribunal niegue su jurisdicción. [...] No hay duda de que el requisito de conformidad con la ley es importante con respecto al acceso a las disposiciones sustantivas sobre la protección del inversionista bajo el TBI. Este acceso puede denegarse mediante una decisión sobre el fondo. Sin embargo, si es manifiesto que la inversión se ha realizado en violación de la ley, es conforme a la economía judicial declinar jurisdicción”²⁵.

La determinación final de las consecuencias de la ilegalidad de la inversión es casuística.

III. Conclusión

En el arbitraje de las inversiones, dominado por los valores del derecho internacional, la ilegalidad de la inversión, debidamente probada de conformidad con el o los derechos relevantes, puede tener consecuencias en la jurisdicción del tribunal arbitral o en la aplicación de los estándares de protección de las inversiones. Los requisitos de conformidad con la ley establecidos en los tratados de inversión y principios, valores y doctrinas del derecho internacional consuetudinario – como las manos limpias, el nemo auditur y la buena fe – justifican de esta exigencia.

No obstante, las circunstancias de cada caso, las cuales permiten determinar la materialidad de la ilegalidad, el momento en que se dio la ilegalidad, el conocimiento del inversionista de la ilegalidad y las posiciones adoptadas por el Estado frente a la ilegalidad son elementos que deben ser analizados

²⁵ Anexo RLA-14 Phoenix Action, Ltd. v. República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009 (Stern, Bucher, Fernández-Armesto), p. 102, 104: (“The core lesson is that the purpose of the international protection through ICSID Arbitration cannot be granted to investments that are made contrary to law. The fact that an investment is in violation of the laws of the host State can be manifest and will therefore allow the tribunal to deny its jurisdiction. [...] There is no doubt that the requirement of the conformity with law is important in respect of the access to the substantive provisions on the protection of the investor under the BIT. This access can be denied through a decision on the merits. However, if it is manifest that the investment has been performed in violation of the law, it is in line with judicial economy not to assert jurisdiction”).

para efectos de determinar en un análisis in concreto los efectos de la ilegalidad de la inversión. El tribunal arbitral debe hacer este análisis de conformidad con los parámetros generales del derecho internacional.

José Dolores Moscote y la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo



Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Jefe del Departamento de Documentación Jurídica e Investigación y analista de documentación jurídica en la Procuraduría de la Administración. Asistente de magistrado y secretario judicial en tribunales y juzgados de la jurisdicción de familia. Asistente legal en el Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP).

Autor de los artículos Las raíces de la codificación administrativa en Panamá, Incompatibilidades y dedicación exclusiva de los funcionarios, La declaración jurada de bienes e intereses en la función pública, Algunos medios de terminación del procedimiento administrativo y La publicación de los actos de alcance general en Panamá.

Demetrio Dobras Ramos

Jefe del Departamento de Documentación Jurídica e Investigación.

José Dolores Moscote y la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

Contenido

1. Algunas ideas introductorias acerca del Dr. Moscote. 2. Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. 2.1. Evasión de impuestos municipales. 2.2. Gastos públicos municipales. 2.3. Naturaleza jurídica del municipio. 2.4. Recurso de revisión. 2.5. Contraloría General de la República. 2.6. Cobro de impuestos. 2.7. Prescripción de la acción. 2.8. Falta competencia. 2.9. Suspensión provisional del acto. 2.10. Aplicación analógica de una norma. 2.11. Excepción de inexistencia de una obligación. 2.12. Inquilinos de un bien inmueble. 2.13. Sanción por faltas públicas. 2.14. Consejo de Gabinete. 2.15. Empleados del ramo educación. 2.16. Declaratoria de ilegalidad. 2.17. Doble tributación.

1. Algunas ideas introductorias acerca del Dr. Moscote

El Dr. José Dolores Moscote, quien merecidamente se ganó el mote de «padre de la jurisdicción contencioso-administrativa», nació en Cartagena de Indias, Colombia. A los 43 años edad adquiere la nacionalidad panameña, luego de más de veinte años de residencia en nuestro país. En el ámbito judicial, ejerció las funciones de magistrado del Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, magistrado suplente de este mismo tribunal y conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Fue magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en dos periodos consecutivos, y llegó a ser presidente de dicho tribunal en los primeros años de su creación.

Moscote impulsó la creación de la jurisdicción contencioso administrativa en la Constitución de 1941, y tuvo un papel destacado en la elaboración de la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa. Su buen criterio no solo se ve reflejado en el texto de aquella ley, sino también en el extenso documento —exposición de motivos— que él mismo redactó para justificar la imperiosa necesidad de crear una jurisdicción que se constituyera en un “dique contra las irregularidades y los excesos de las autoridades administrativas”, en una “sólida valla contra lo arbitrario discrecional en condiciones políticas normales”, y que condujera a “realzar el

prestigio de la Administración y a favorecer el culto del Derecho por el constante hábito de respetarlo (Díaz E., 1947).

Para el ilustre jurista, la jurisdicción contencioso administrativa era el remedio necesario contra el autoritarismo administrativo, tan contrario a la paz social como el autoritarismo político. Son ideas que, si bien fueron revolucionarias en su época, hasta el punto de producir pavor entre las “mentes retrasadas o espíritus suspicaces” —en las palabras del propio Moscote— que se oponían a esta nueva institución, no dejan de tener actualidad, ya que nos recuerda que las actuaciones de los servidores públicos tienen como límite inexpugnable la legalidad, lo que significa que las autoridades, en su actuar, no pueden ir más allá de lo que la ley les permite.

Creía fervientemente Moscote en la «racionalización del poder». Esta racionalización del poder, según la concepción propuesta por el autor, no significa debilitar al Estado, sino todo lo contrario. La debilidad del Estado es el talón de Aquiles del que se han aprovechado aquellos que desean usurpar el poder. Por eso, la racionalización del poder fortalece la democracia, creando cortapisas, pero no solo frente al Estado, sino frente a los llamados grupos de poder. Racionalizar el poder tampoco significa despojar al Estado de sus controles, porque el mejor gobierno

no es el que menos gobierna, sino el que establece mejores controles. En definitiva, la racionalización del poder se “propone amparar al ciudadano contra las extralimitaciones y probables abusos del Órgano Ejecutivo y administrativo del Gobierno” (Moscote, 1943, p. 29).

No hay duda de que la creación de la jurisdicción contenciosa fue alentada por el espíritu progresista y reformista del Dr. Moscote. En su calidad de magistrado y presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dicho órgano colegiado adquirió reconocimiento y prestigio, pese a las suspicacias de sus detractores, quienes lo calificaban como un órgano que se “confunde consustancialmente con la Administración pública” (Cuestión jurídica importante, 1947, p. 2).

Los aportes del Dr. Moscote como magistrado del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aunque no tengan el influjo que en su momento tuvieron sus obras de derecho constitucional panameño, son una valiosa contribución al desarrollo, mejoramiento y evolución de la jurisdicción contencioso administrativa y del derecho administrativo panameño.

Por la importancia del legado de este eximio panameño, queremos con esta recopilación de extractos de jurisprudencia resaltar su labor durante los años productivos en que fungió como magistrado del Tribunal de lo contencioso Administrativo. Para cumplir con esta tarea, hemos elegido una serie de resoluciones dictadas entre 1945 y 1950, en las que el jurista actuó como ponente en la solución de cuestiones relativas a la legalidad de actos dictados por la Administración.

2. Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

La actividad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a lo largo de sus pocos años de existencia fue sin duda prolífica, pese a que la estructura organizativa del sector público de aquella época se circunscribió a seis ministerios de Estado (Gobierno y Justicia, Relaciones Exteriores, Hacienda

y Tesoro, Educación, Salubridad y Obras Públicas, y Agricultura y Comercio), la Asamblea Nacional, el Órgano Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, unas pocas entidades descentralizadas y autónomas, y los municipios.

Según el magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Juan Manuel Díaz, la jurisprudencia más importante que desarrolló el Tribunal se dio entre los años 1947 y 1950, ya que su intervención “en los problemas administrativos del Estado, tuvo la difícil tarea de referirse por primera vez a los problemas electorales, a los de la jurisdicción del Trabajo y a las del tribunal en su plena capacidad de revisor de los actos administrativos ejerciendo los contenciosos de plena jurisdicción y el de anulación, en la forma establecida por la Ley 33 de 1946” (Díaz E., 1956, p. V).

En esta sección se reproducen algunos fragmentos de la extensa producción de resoluciones dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, bajo la ponencia del Dr. José Dolores Moscote.

2.1. Evasión de impuestos municipales

LOS MUNICIPIOS ESTÁN FACULTADOS PARA IMPONER MULTAS POR EVASIÓN DE IMPUESTOS.

Consideran los recurrentes que el Decreto Ley 27 de 1947, que contiene el estatuto municipal, no faculta a los concejos para imponer multas por vía genérica. Como el artículo 103 del citado Decreto Ley 27 considera exacciones municipales, inter alia, las multas, al igual que los derechos, tasas e impuestos; y como el municipio tiene competencia indiscutible para establecer las exacciones que consisten en derechos, tasas, impuestos, etc., no estima el Tribunal que sea lícito conceptuar que el concejo no está facultado para establecer la sanción de multa, sobre todo cuando la autonomía municipal instituida por la Constitución conduce a reconocer al municipio, dentro de los límites constitucionales, y en materia fiscal, potestades jurídicas análogas a las que son atributo del Estado. Numerosas leyes sancionan con multa la evasión de impuestos, y nada extraño tendría que un acuerdo estableciera dicha sanción para la

evasión de un impuesto municipal.

Sentencia de 21 de junio de 1950.

2.2. Gastos públicos municipales

TODO GASTO PÚBLICO DEBE AUTORIZARSE POR ACUERDO MUNICIPAL.

Como se ve, la primera parte del artículo 122 del Decreto Ley 27 de 1947 requiere la autorización de un acuerdo para que pueda el municipio efectuar un gasto público. Este requisito fue cumplido debidamente en la orden para la compra de acciones de la Compañía Municipal de Panamá. Efectivamente, el acuerdo que autoriza tal compra fue aprobado en los dos debates reglamentarios por el Concejo Municipal, y obtuvo después la sanción del señor alcalde del distrito. Aprobado por la Comisión Internacional de Hacienda, fue luego enviado a la Contraloría General de la República donde se solicitó a la Compañía Municipal de Electricidad la inversión. Esta fue dada en favor del municipio en forma de hipoteca sobre la finca n.º 8742, que comprende un terreno con once casas, propiedad de la Compañía Familia Severino, S.A. Aceptada esta garantía por el señor contralor General de la República, previo registro de las respectivas escrituras, se ordenó al señor auditor municipal que diese cumplimiento al acuerdo respectivo, es decir, el 31-A de 20 de abril de 1949.

Sentencia de 1 de febrero de 1950.

2.3. Naturaleza jurídica del municipio

EL MUNICIPIO SE HALLA INVESTIDO DE UNA DOBLE CONDICIÓN: LA DE ENTIDAD PÚBLICA Y LA DE PERSONA JURÍDICA.

No debe pasarse por alto que el municipio, por su doble condición de entidad pública y de persona jurídica, está ampliamente facultado para ejecutar la clase de actos que se examina. En la primera calidad concurre con sus actos, en relación directa con la autorización o facultad que ha recibido del constituyente y del legislador, al ejercicio de la soberanía, y por eso se halla investido de la facultad de decretar impuestos y contribuciones y de ordenar, de conformidad con la constitución y la ley, los gastos indispensables para el servicio de la administración. En la segunda calidad, es

decir, como personas jurídicas, el municipio se asemeja a las personas naturales y puede celebrar los actos y contratos de la vida civil ordinaria, diferenciándose de estas en que en tanto las personas naturales pueden ejecutar todos aquellos actos de carácter civil que la constitución o la ley, por motivos de moralidad o de interés público, no les prohíban, las personas jurídicas solo pueden ejecutar los actos de contratos de igual carácter que les permite la Constitución y la ley, el Concejo Municipal, por medio de su Acuerdo 31-A de 20 de abril de 1949, no violó en ninguna de sus partes el artículo 122 del Decreto Ley 27 de 1947.

Sentencia de 1 de febrero de 1950.

2.4. Recurso de revisión

UNA SENTENCIA DEFINITIVA EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA SOLO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE REVISIÓN.

Ya se ha reproducido el artículo 40 de la Ley 33 de 1946, que rige la situación procesal de las sentencias y autos definitivos de la jurisdicción contenciosa. Fuera de la solicitud de aclaración o de la corrección aludidas en esa norma, las sentencias definitivas en materia contencioso-administrativa solo son susceptibles del recurso revisión que establece el artículo 51 de la mencionada ley. La reconsideración de que trata el artículo 40 se refiere exclusivamente a los autos, y sería subvertir la ley, la jurisprudencia y la doctrina entender que tal precepto ampara la posibilidad de la reconsideración o revocatoria de una sentencia. En la jurisdicción de trabajo, las sentencias de primera y segunda instancia únicamente son recurribles en apelación (artículo 477 del Código Laboral) y en casación transitoriamente denominada recurso administrativo (artículo 340 y 533 del mismo Código). Y en la jurisdicción civil, “la sentencia no puede revocarse ni reformarse por el Tribunal que la pronuncia, en cuanto a lo principal” (artículo 559 del Código de Procedimiento).

Sentencia de 20 de abril de 1950.

2.5. Contraloría General de la República

LA REVISIÓN DE LAS CUENTAS ES UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA INHERENTE AL RÉGIMEN

INTERNO DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Se sostiene en la demanda, también, que de acuerdo con el artículo 223 de la Constitución, la Contraloría no tiene funciones administrativas, lo que no se ajusta exactamente al contenido de dicho artículo, puesto que lo que realmente dice en su parte final es que “no ejercerá funciones administrativas que no sean inherentes a su régimen interno”. ¿No es, acaso, de su régimen interno la función de examinar y revisar las cuentas que le presenten para su pago? Y si esta función no es de carácter administrativo, ¿de qué carácter sería y a qué título podrían caer bajo la competencia de este organismo los actos del Contralor realizados en ejercicio de sus funciones? Ahora bien: a la luz del criterio que se traduce en las consideraciones anteriores, debe entenderse que el mejor medio de que puede valerse el Contralor para darle forma a sus actos es el de las resoluciones motivadas, como lo ha hecho en el presente caso, lo cual, por otra parte, no implica que sea necesariamente improcedente el recurso de revocatoria.

Resolución de 23 de octubre de 1946.

2.6. Cobro de impuestos

LOS IMPUESTOS CREADOS CON POSTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO CON LA NACIÓN DEBEN COBRARSE.

Como se puede apreciar en el Contrato n.º 13 de 19 de julio de 1927 (cláusula 11), se exime a la Chiriquí Land Co. del pago de diversos impuestos existentes en ese entonces, pero entre los cuales no figuran ni el impuesto del fondo obrero y del agricultor ni el impuesto sobre la renta, los cuales fueron establecidos con posterioridad.

Es cierto que tanto en este convenio, como en el celebrado con la Tonosí Fruit Co., se consignan ciertas exenciones para impuestos que se llegasen a establecer en el futuro, y en tal sentido, se eximió a la Chiriquí Land Co. del pago de impuestos sobre la producción, transporte y explotación del guineo y productos similares, sobre la introducción de los aparatos, máquinas, etc. y demás elementos

necesarios para el desarrollo de sus actividades, los impuestos provinciales y municipales de la provincia de Chiriquí y sus distritos y los inmuebles que se determinan en la cláusula 11 del referido contrato. Pero debe observarse que ninguna de las referidas exenciones incluyó el impuesto que grava la renta del contratista, ya sea en su forma actual (impuesto sobre la renta) o en la anterior conocida como fondo obrero y del agricultor.

Trata el actor en este negocio de justificar el hecho de no pagar dichos impuestos, alegando que en el contrato celebrado entre la nación y la Tonosí Fruit Co. (y del cual sirvió de base para celebrar el que se analiza) figura una cláusula (10.ª) que expresamente exime a la Tonosí Fruit Co. del pago del impuesto sobre la renta y que, por consiguiente, la Chiriquí Land Co. Tampoco debe pagarlo.

Si bien es cierto que en la cláusula 10.ª del contrato celebrado con la Tonosí Fruit Co. la nación eximió a esta empresa del pago del impuesto sobre la renta, también es igualmente cierto que posteriormente la Asamblea Nacional, por medio de la Ley 30 de 1927, suprimió, como ya se ha dicho, la referida cláusula 10.ª en la que se eximía a la compañía del pago del impuesto sobre la renta.

Sentencia de 10 de febrero de 1950.

LAS DUDAS DE LOS EMPLEADOS FISCALES NO EXIMEN EL COBRO DE LOS IMPUESTOS.

El fundamento que sirvió para considerar en la resolución que se acusa de ilegal, que no cabía la imposición de la multa de que trata el artículo 32 de la Ley 52 de 1941, es el de que los funcionarios del Departamento del Impuesto sobre la Renta tuvieron duda sobre si la Compañía Panameña de Fuerza y Luz y sus accionistas estaban o no exentos del pago del impuesto sobre la renta. Que, por tanto, dichos funcionarios no liquidaron el impuesto, ni expidieron ni cobraron los recibos correspondientes.

Este argumento carece por completo de solidez, pues la obligación de satisfacer los impuestos establecidos

por una ley no puede quedar sujeta a las dudas de los funcionarios encargados de colectarlos.

La responsabilidad de tales funcionarios por su negligencia o ignorancia en exigir el pago de los impuestos, como ya se ha dicho, no eximía la Compañía del pago de ellos, máxime cuando ésta tenía conocimiento de la obligación en que estaba de satisfacerlos, puesto que los había deducido, año tras año, de los dividendos pagados a sus accionistas y los había retenido imputándolos luego en su declaración en vida a la Administración de Rentas, como gastos. Es decir, la Compañía estaba infringiendo, a sabiendas, el artículo 32 de la ley mencionada.

No es posible admitir que por las dudas que tengan los funcionarios del Departamento de Rentas los impuestos claramente establecidos por la ley dejen de recaudarse, y menos en el presente caso en que se trataba de impuestos sobre dividendos que la compañía estaba obligada a retener y luego remitir a la Oficina Recaudadora, de modo que la remisión de la entidad retenida podía ser anterior o simultánea con la confección de los recibos, que no es más que una cuestión de mero orden interno de esa Oficina.

Sentencia de 3 de febrero de 1950.

2.7. Prescripción de la acción

EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN PUEDE INTERRUPTIRSE POR EL COBRO CONSTANTE DE LOS IMPUESTOS.

Sostiene el representante de la Chiriquí Land Co. que el impuesto sobre la renta prescribe a los cinco años contados a partir del último día del término en que debió ser pagado, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 52 de 1941.

Sin embargo, es bien conocido el hecho de que el Gobierno nacional jamás ha dejado de cobrar los referidos impuestos a la Chiriquí Land Co., y que solo por las tácticas dilatorias de que siempre se ha valido esta para el pago de los impuestos demandados, es que no ha pagado lo que por sentencia de este Tribunal se ordenó.

El artículo 1711 del Código Civil dice:

“La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor, por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”.

A la luz de esta disposición y por el hecho de que en otras ocasiones, como en la presente, los tribunales han conocido de negocios referentes a la renuncia de la Chiriquí Land Co. a pagar los impuestos sobre la renta y del fondo obrero y del agricultor, es claro que la empresa demandada no puede alegar prescripción de la acción para el cobro de los impuestos en consideración demandados.

Cabe agregar que con anterioridad a la vigencia de la Ley 52 de 1941, que regula el impuesto sobre la renta y la que señala en cinco años el término de prescripción para las acciones relacionadas con el cobro de dicho impuesto, ese término de prescripción para el cobro de ellos era el de quince años, que fija el artículo 1701 del Código Civil, ya que esos gravámenes fueron creados por disposiciones anteriores a la mencionada Ley 52 de 1941.

Sentencia de 10 de febrero de 1950.

2.8. Falta competencia

UN JUEZ CIVIL ORDINARIO QUE ADVIERTE QUE CARECE DE COMPETENCIA DEBE DICTAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO.

En auto de 6 de julio de 1945, el Tribunal superior del Segundo Distrito Judicial se abstuvo de continuar conociendo de la demanda civil ordinaria promovida por el fiscal de ese Tribunal, en nombre y representación de la nación, contra el Municipio de Aguadulce y el señor UU, para que fuera declarado nulo el Acuerdo 8 de 1940, que aprobó el contrato celebrado entre ese municipio y el mencionado señor U. También declaró dicho tribunal que el conocimiento del negocio correspondía al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, y dispuso enviar el expediente a este tribunal.

Al examinar los autos remitidos, se encuentra que,

careciendo de competencia el tribunal ante el cual fue interpuesta la demanda, luego de acogida esta, se debió dictar la nulidad de todo lo actuado, conforme al artículo 309 de la Ley 25 de 1939. Por otra parte, el envío de la demanda de nulidad al Tribunal de lo Contencioso Administrativo no la coloca en la vía de los trámites regulares, porque el Poder Ejecutivo autorizó al fiscal del Segundo Distrito Judicial para promoverla, y de dicha autorización él no puede hacer uso ahora, dado que ante este despacho actúa un fiscal especial —el fiscal del Tribunal de lo Contencioso Administrativo—, a quien no concierne tampoco esa misma autorización.

El apoderado del señor U, en memorial de 31 de agosto de 1945, solicita que sea archivado el juicio, fundándose en que el agente del Ministerio Público demandante no puede actuar ante este Tribunal. Pero ya se ha dicho que no es posible imprimirle tramitación alguna al presente negocio, porque es nulo lo actuado y porque tanto la declaratoria de esta situación como la solicitud del abogado Jurado deben ser resueltas por el Tribunal que acogió la demanda.

Resolución de 21 de septiembre de 1945.

2.9. Suspensión provisional del acto

LOS EFECTOS DE UN ACTO QUE CONMINA AL PAGO DE UNA MULTA ELEVADA PUEDEN SUSPENDERSE PROVISIONALMENTE.

El demandante solicita la suspensión de una resolución dictada por la Administración General de Rentas Internas, por la cual la compañía a la que representa fue condenada a pagar una multa de B/.225,999.20. A juicio del actor, el depósito de tal cantidad de dinero es prácticamente imposible, ya que ello equivaldría al remate de la compañía condenada. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo declara la suspensión provisional del acto acusado, por estimar que, de no accederse a esta solicitud, se ocasionaría a la empresa un perjuicio notoriamente grave, antes de haberse considerado la legalidad de las resoluciones acusadas.

Resolución de 9 de marzo de 1950.

2.10. Aplicación analógica de una norma

UNA NORMA QUE REGULA UNA PROFESIÓN NO PUEDE APLICARSE POR ANALOGÍA A OTRA PROFESIÓN.

La Junta Nacional de Higiene, creyendo que, por el procedimiento de la analogía podía salvar la dificultad que se le presentaba al no existir disposición alguna en que fundarse para negar la solicitud del demandante, invoca también el artículo 5 del Decreto 328 de 1942, que se inserta: “Artículo 5. La Junta Nacional de Higiene no aceptará los títulos de doctor expedidos por instituciones extranjeras de mal crédito, así como de cualquiera escuela nacional o extranjera que no sea reconocida oficialmente, y en ningún caso los diplomas de doctor expedidos por correspondencia”.

El decreto en que se haya este artículo se refiere nada más a la profesión de dentistería, y evidentemente la Junta Nacional de Higiene no puede aplicarlo por analogía a una solicitud de exámenes de revalidación del título de doctor en Optometría, porque, no obstante su aparente generalidad, a ello se opone el sentido restringido y específico de la materia que regula. Además, para establecer por el procedimiento análogo una regla legal o un principio de derecho, para llegar a una solución de similitud deducida de dos situaciones distintas se requiere no solo que tal solución sea deseable para suplir el silencio de la ley, sino que el intérprete de esta no se convierta en legislador, ya que entonces la analogía no sería, como debe ser, el medio de extender racional y científicamente el alcance de sus disposiciones, sino en el de fijarle discrecional o arbitrariamente.

Sentencia de 17 de septiembre de 1945.

2.11. Excepción de inexistencia de una obligación

EL COBRO DE UN GRAVAMEN ADICIONAL AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA ES UNA OBLIGACIÓN INEXISTENTE.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la Isthmian Investment Corporation, en el juicio de jurisdicción coactiva seguido contra dicha empresa por el juez ejecutor de la provincia

de Panamá, para cobrarle la suma de B/4,203.02 en concepto de gravamen adicional del impuesto sobre la renta.

De los artículos 1, 6 y 8 de la Ley 52 de 1941 se desprende claramente que esta ley crea un gravamen sobre la renta, esto es, sobre el flujo periódico de riqueza que recibe el contribuyente anualmente después de deducir todos los gastos en que ha incurrido para la adquisición de dicha riqueza. No se concibe, por lo tanto, que se pretenda gravar con el impuesto creado por la Ley 52 mencionada, objeto distinto al de la renta, ya que hacerlo equivaldría a la creación de un nuevo impuesto, cual es potestad exclusiva del Órgano Legislativo.

No se puede gravar con el impuesto sobre la renta el capital mismo con que opera el contribuyente, sea este una persona natural o una persona jurídica, y ya se trate del capital original o del capital incrementado por superávit lícitos (véase sentencia de fecha 29 de septiembre de 1950).

El impuesto sobre el capital no está contemplado en la Ley 52 de 1941, de allí que tenga razón el apoderado excecpcionante cuando afirma que, si la Ley 52 no grava el capital, como en efecto no lo grava, la obligación que se pretende cobrar no existe.

Sentencia de 3 de octubre de 1950.

LA OBLIGACIÓN QUE SURGE DE LA LIQUIDACIÓN ADICIONAL DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA ES INEXISTENTE SI NO HA SIDO NOTIFICADA PERSONALMENTE

De conformidad al artículo 20 de la Ley 52 de 1941, la Administración General de Rentas Internas, en el convencimiento de que el monto del impuesto sobre la renta gravable del año de 1942 a cargo de Isthmian Investment Corporation era mayor del que resultaba de la liquidación hecha en su oportunidad con base en la declaración del contribuyente, formuló una liquidación adicional del impuesto sobre la renta distinguida con el número 662, gravando adicionalmente a Isthmian Investment Corporation en la suma de B/4.203.02.

De conformidad al mismo artículo citado inciso 2, “la liquidación adicional será hecha dentro del año siguiente a la fecha de la liquidación y será notificado al contribuyente por medio de un aviso escrito, que le será entregado personalmente o por correo certificado, a la dirección postal que él designe en su declaración”.

El artículo 21 de la misma ley complementa lo anterior al disponer que “no se podrá cobrar la parte del impuesto liquidado conforme al artículo anterior sino después de los 15 días siguientes a la fecha de la notificación de la liquidación adicional”.

Es evidente, por lo tanto, que si la liquidación adicional número 662 no fue notificada en los términos del artículo 20 a la Isthmian Investment Corporation, el plazo de 15 días de que trata el artículo 21 no ha comenzado a correr, y la obligación que la liquidación adicional en vuelve no es aún exigible.

Sentencia de 3 de octubre de 1950.

2.12. Inquilinos de un bien inmueble

LA SUBARRENDATARIA QUE NO UTILIZA UN INMUEBLE PARA FINES DE HABITACIÓN NO DEBE CONSIDERARSE UNA INQUILINA

¿Puede considerarse a la señora de ‘C’ como inquilina de la casa n.º 4 de propiedad del señor ‘A’ para los efectos de la devolución de las sumas pagadas por el aumento en los alquileres de que trata el artículo 5 del Decreto Ley 43 de 1942? Se verá.

De acuerdo con la Real Academia Española inquilino es la persona que ha tomado una casa o parte de ella para habitarla. Es decir, es requisito indispensable que para ser inquilino de una casa, ha de ser esta habitada por la persona a quien se le ha arrendado.

En el presente caso consta en el expediente instruido ante la Junta de Inquilinato, que la señora de ‘C’ ocupaba un apartamento de dicha casa y arrendaba los restantes a otras personas. En efecto, a folio 17 de dicho expediente aparece un certificado expedido por el secretario de la Junta de Inquilinato en el cual

se hace constar el canon de arrendamiento fijado por la Junta a los cuartos y piezas subarrendadas por la señora de ‘C’ a los señores MC, RL, HC, MM, AP y JG. Dichos precios fueron fijados por la Junta en virtud de queja presentada por uno de los inquilinos contra la señora de ‘C’ por exceso en el cobro del alquiler. Más aún. El apoderado de la señora de ‘C’ en su libelo de demanda ante este tribunal manifiesta que “la resolución impugnada por el Departamento de Previsión Social, implica que sólo el que habita una casa es inquilino, y por lo tanto, capaz de reclamar sobre materia inquilinaria. Primero, esta afirmación no es exacta, por cuanto mi mandante sí vivía en esa casa; ella ocupaba un apartamento y subarrendaba el resto de la propiedad” (subraya el Tribunal).

Existía, pues, un fin lucrativo por parte de la señora de ‘C’ al subarrendar a las otras personas el resto de la propiedad.

En las condiciones que se dejan apuntadas, ¿puede considerarse a dicha señora como inquilina de la casa citada y, por consiguiente, con derecho a exigir la devolución del aumento de alquiler ordenado?

El Tribunal considera que no. La intención principal (y puede decirse que casi única) del Decreto Ley 43 de 1942, es la de proteger al inquilino que ocupa un local solo o con su familia y, por consiguiente, sin fin especulativo alguno, de los desmanes y exigencias del casero o arrendador, situación que se le hace al inquilino más angustiosa debido a la conocida escasez de viviendas de tipo llamado de inquilinato. No fue la intención de dichas disposiciones velar por los intereses en pugna de dos comerciantes, como es el caso de la divergencia surgida entre la señora de ‘C’ y el señor ‘A’, los que los coloca prácticamente en el plano de dos arrendadores en cuanto a los inquilinos se refiere. Claro es que intereses de esta clase no pueden gozar del amparo tutelar del Estado que reconoce el Decreto Ley 43 en favor de los inquilinos. Tales pugnas, que nacen del choque de intereses estrictamente comerciales y, por consiguiente, especulativos, pertenecen al campo del derecho privado y deben, por lo tanto, dirimirse ante los tribunales de justicia ordinaria, pero no al amparo de disposiciones cuya

génesis es estrictamente de carácter social, como lo es el artículo 59 del decreto citado y como ya en otras ocasiones así lo ha manifestado este Tribunal.

El claro interés de lucro que animaba a la señora de ‘C’ al subarrendar los cuartos a las otras personas (quienes realmente venían a ser sus inquilinos) destruye por completo toda posibilidad de que ella pueda invocar a su favor la disposición contenida en el artículo 5 ya tantas veces citado.

Es evidente que cualquier recargo sobre la suma que pagaba la señora de ‘C’ al señor ‘A’ por el arriendo de la propiedad de este último, automáticamente iba a ser cargado por la señora de ‘C’ a los alquileres pagados por los ocupantes de la casa citada y a los cuales ella subarrendaba. Por ser ello así, cualquier suma que se ordenase devolver a favor de la señora ‘C’ vendría a constituir un enriquecimiento sin causa por parte de esta, ya que, de proceder tal devolución, estarían llamados a recibirlas ella y los otros inquilinos de dicha casa y no solo el intermediario o subarrendador de la misma. El Tribunal no puede considerar como inquilinaria toda relación existente entre el arrendador y arrendatario, sin importarles cuál sea el uso a que la destine este último. Es precisamente este último punto, el fin a que se dedique la casa arrendada, lo que debe determinar la clasificación o no como inquilino de quien la ocupa.

Sentencia de 10 de marzo de 1950.

2.13. Sanción por faltas públicas

EN EL RAMO DE EDUCACIÓN UNA FALTA PÚBLICA SOLO DA LUGAR A LA SANCIÓN DE SUSPENSIÓN

Sobre la comisión de la falta estipulada en el artículo 141 de la Ley Orgánica de Educación, el Dr. Moscote consideró que el empleado del ramo de educación había cometido una falta pública al abandonar su empleo para dedicarse a otros menesteres de carácter particular o privado, pero que la sanción que cabía aplicarle, de acuerdo con dicho artículo, era la de suspensión y no la de destitución a que equivale la declaratoria de insubsistencia del nombramiento

que en él se había hecho. Expresó, asimismo, que la suspensión es una pena diferente de la destitución, aunque a esta se le dé otro nombre. Además, manda imperativamente el referido artículo 141, que, a la suspensión, pena temporal, sigan, luego, determinados requisitos que en el caso presente no se han cumplido con el pretexto de que son “meras las disposiciones procedimentales” que les exigen y de que el empleado sancionado no forma parte del servicio educativo, pero que, en todo caso, debieron cumplirse, ya que su indiscriminada o indiscriminable posición de “inferior”, según la terminología utilizada en el texto del artículo 141, en su servicio así lo exigía.

Sentencia de 17 de agosto de 1949.

2.14. Consejo de Gabinete

LAS OPINIONES DEL CONSEJO DE GABINETE NO TIENEN VALOR OBLIGATORIO

Es verdad que lo afirmado por el señor Contralor es lo mismo que se lee en el acta del Consejo de Gabinete del día en que el negocio fue considerado allí; pero, aparte de que lo que consta en ese documento son también meras afirmaciones o indiferencias, el Tribunal no se siente inclinado a considerar que lo que se dice resuelto por el Consejo tiene el valor que se le atribuye. Esa entidad no posee, fuera de las facultades específicas, decisivas o ejecutivas que la Constitución y las leyes le señalan, la de resolver en forma una cuestión administrativa, originada por las necesidades del servicio público cuyo conocimiento corresponde, por razones de competencia, al presidente de la República y al ministro del ramo, o a este solo, según la naturaleza de los casos. No puede prevalecer la tesis, muy corriente entre nosotros, de que las opiniones del Consejo, expresadas en su función de cuerpo consultivo, son verdaderas resoluciones de valor obligatorio. Otra cosa muy distinta es que para llegar a éstas, sea preciso o conveniente oír lo que opine el Consejo antes de dictarlas.

Sentencia de 25 de febrero de 1949.

2.15. Empleados del ramo educación

EL PERSONAL DOCENTE Y EL ADMINISTRATIVO SON EMPLEADOS DEL

RAMO DE EDUCACIÓN

Sobre el alcance de la expresión «empleados del ramo educación», contenida en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Educación, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo explica que el análisis de este artículo debe efectuarse, por razones elementales de hermenéutica, de un modo integral y no solo fraccionadamente. En tal sentido, hace hincapié en el carácter general de la primera parte del artículo, referente a “todo miembro del personal docente y administrativo de la educación”, y si bien al final de esta primera parte alude a que «el término de la licencia» es una garantía especial para maestros y profesores, ello no excluye ni disminuye en nada las otras que en artículo les reconoce a quienes están comprendidos en el concepto de lo administrativo. Con respecto a la segunda parte del artículo, en concordancia con la primera, habla de “los empleados del ramo de educación”, frase cuya amplitud conceptual no permite, por su obvio sentido lógico, que se separe de ella una clase particular de empleados de los que comprende. Empleados del ramo de educación son todos los que figuran en el servicio que él presta, de modo que la posibilidad del traslado de alguno de ellos de una escuela a otra resulta común para todos, así la práctica más frecuente haya sido sólo la de trasladar a los maestros o profesores. Nada se opondría a que fuese trasladado, por razones comprobadas y justas del servicio, un miembro del personal administrativo de un plantel a otro, por ejemplo, un secretario, o un contabilista, siempre que, para ello, no se violaran las disposiciones legales pertinentes. Y todavía más. La redacción de la tercera parte del artículo en examen “tampoco podrán ser removidos sino mediante el proceso establecido en esta Ley”, tiene una evidente relación directa de contenido con la segunda que impide entender nada extraño a lo que ella realmente expresa. Se refiere a los “empleados del Ramo”, entre los cuales está incluido “todo miembro del personal docente y administrativo”.

Sentencia de 17 de agosto de 1949.

2.16. Declaratoria de ilegalidad

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE NORMAS DE ORDEN

PÚBLICO

El acto de la Junta de Inquilinato que convino en el aumento, así como el del Departamento de Previsión Social que lo eliminó, no pueden ser considerados ahora por el hecho de que la disposición legal que lo autorizaba fue declarada ilegal por fallo de este Tribunal, de fecha 11 de enero de 1950, ya que las leyes o medidas de orden público tienden a mantener la situación normal de la sociedad. Por eso, si el Órgano Ejecutivo se excedió en sus facultades al tomar medidas que consideró de orden público y después este Tribunal, por sentencias de fecha 15 de noviembre de 1949 y de 11 de enero de 1950, declaró ilegales determinados artículos que fueron aplicados por la Junta de Inquilinato, es obvio que al ir a fallar determinado caso se debe abstener el Tribunal de aplicar tales normas, por más que estas existieran cuando fue dictado el fallo recurrido. *Sentencia de 17 de abril de 1950.*

2.17. Doble tributación

NO HAY DOBLE TRIBUTACIÓN EN IMPUESTOS CON BASES Y OBJETOS DISTINTOS.

La doble tributación existe cuando en ambos impuestos, es decir, tanto en el establecido por la nación como en el de municipio se han tomado las mismas bases o el mismo objeto para la imposición. Y en el presente caso se observa que la base u objeto de la imposición del impuesto municipal establecido en el artículo 54 del Acuerdo Municipal 10 de 15 de noviembre de 1942, dictado por el Concejo Municipal de Panamá, ha sido la concesión de un permiso para la apertura de cantinas en horas —después de las doce de la noche— que, aunque prohibidas por el artículo 1282 del Código Administrativo, pueden ser permitidas mediante el pago de B/. 15.00 mensuales, mientras que el impuesto nacional establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 37 de 1942 se paga por la apertura para el expendio de licores hasta las doce de la noche.

Sentencia de 16 de agosto de 1950.

Referencias bibliográficas

Cuestión jurídica importante. (27 de mayo de

1947). El Panamá América. <https://bit.ly/46fdNrL>

DÍAZ E., M. A. (1956). Jurisprudencia de lo contencioso administrativo. Imprenta Nacional.

MOSCOTE, J. D. (1943). Instituciones de garantía: Título XV de la Constitución. Imprenta Nacional.

Formato de Habeas Data

ACCIÓN DE
HABEAS DATA

SOLICITUD DE ACCESO A
INFORMACIÓN PÚBLICA

HONORABLE MAGISTRADO PRESIDENTE DEL PRIMER TRIBUNAL SUPERIOR DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMÁ.

Yo _____, mayor de edad, sexo , mayor de edad, cédula/pasaporte de identidad personal No. _____ domicilio en _____, teléfono residencial _____,

(lugar donde recibo notificaciones, correspondencia)
oficina _____, celular _____, correo electrónico _____, concuro respetuosamente a su despacho, con el objeto de promover ACCIÓN DE HABEAS DATA, con la finalidad de garantizar el ejercicio de Derecho de Acceso a la Información Pública, prevista en la ley, en contra de _____, conforme los hechos que detallo a continuación:
(nombre de funcionario y cargo)

PRIMERO: El día _____, concurrí a _____, con el propósito que: (informe brevemente en que consistió la solicitud de acceso a información pública)
(fecha en que presentó la solicitud) (oficina en que presentó la petición)

SEGUNDO: Que no obstante lo anterior: (marque con una X)

- Han transcurrido más de treinta (30) días calendario sin que se haya otorgado la respuesta.
- La respuesta a lo solicitado se ha efectuado de manera incompleta o insuficiente.
- La respuesta es inexacta.

TERCERO: Que la información solicitada es de acceso público, conforme lo establecen los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002.

CUARTO: Que en consecuencia presento Acción de Habeas Data, (explicar brevemente las razones)

PRUEBAS: En calidad de tal(es) presento, el recibido de la solicitud entregada, el día ____ de ____ de 20__.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Panamá; Ley 6 de enero de 2002 "Que dicta normas para la transparencia en la Gestión Pública, establece la Acción de Habeas Data y dicta otras disposiciones".

Panamá ____ de ____ de 20__.

Nombre: _____ Cédula o pasaporte: _____

Nota: Saque copia de este formulario, una vez lo firme, a fin que de que se selle su recibido como constancia de presentación, si no recibe respuesta en treinta (30) días calendario.

ACCIÓN DE HABEAS DATA

SOLICITUD DE ACCESO A INFORMACIÓN DE
CARÁCTER PERSONAL (Rectificación y Protección,
Supresión, Eliminación).

HONORABLE MAGISTRADO PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Yo _____, mayor de edad, sexo , cédula / pasaporte de identidad personal No. _____ domicilio en _____, teléfono residencial _____,

(lugar donde recibo correspondencia o notificaciones)
oficina _____, celular _____, correo electrónico _____, concuro a su despacho, con el objeto de promover ACCIÓN DE HABEAS DATA, con la finalidad de garantizar el ejercicio de mi Derecho de Acceso a la Información Personal que reposa en los archivos de la _____, a cargo de _____
(nombre de la institución, oficina) (nombre del titular)

previsto en la ley y que no se me ha entregado, conforme a los hechos que detallo a continuación:

PRIMERO: El día _____, concurrí a _____, con el propósito que (informe brevemente en que consistió la solicitud de acceso a información personal) :
(fecha en que presentó la solicitud) (oficina en que presentó la petición)

SEGUNDO: Que no obstante lo anterior: (marque con una X)

- Han transcurrido más de treinta (30) días calendario sin que se haya otorgado la respuesta.
- La respuesta a lo solicitado se ha efectuado de manera incompleta o insuficiente.
- La respuesta es inexacta.

TERCERO: Que los artículos 42 de la Constitución Política de la República de Panamá y 3 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, establecen el derecho a solicitar o acceder a la información personal, contenida en bases de datos o registros públicos o privados y a requerir su rectificación y protección, corrección, supresión o eliminación.

CUARTO: Que en consecuencia, la Acción de Habeas Data se presenta (explicar brevemente las razones)

PRUEBAS: En calidad de tal(es) presento, el recibido de la solicitud entregada, el día ____ de ____ de 20__.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 6 de enero de 2002 "Que dicta normas para la transparencia en la Gestión Pública, establece la Acción de Habeas Data y dicta otras disposiciones".

Panamá ____ de ____ de 20__.

Nombre: _____ Cédula o pasaporte: _____

Nota: Saque copia de este formulario, una vez lo firme, a fin que de que se selle su recibido como constancia de presentación, si no recibe respuesta en treinta (30) días calendario.

Instructivo para los Autores

1. Publicación de los ensayos.

La Procuraduría de la Administración, publicará cuatrimestralmente la Revista Digital de contenido jurídico titulada “Lex Nostra”, producto del aporte literario/intelectual de todos y cada uno de los Abogados de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica e invitados Especiales, que escribirán artículos de actualidad; además, de otros colaboradores institucionales o externos, que deseen hacer uso de este medio, para incorporar un tema inédito de su autoría, en materia de derecho administrativo.

El objetivo de la revista es acercar el derecho administrativo al ciudadano e igualmente promover la producción de artículos académicos de corta extensión, así como de interés para el foro y la academia, redactados en un lenguaje sencillo y de fácil comprensión.

2. Criterios para la selección y aprobación de artículos.

Los criterios de selección de los manuscritos estarán basados en los siguientes aspectos:

- Pertinencia del tema con el eje temático de la revista;
- Originalidad (inédito; no podrá presentarse un artículo, que ya haya sido publicado con anterioridad);
- No deben haber sido publicados en medios impresos ni digitales (total o parcialmente).

El manuscrito debe estar de acuerdo con la temática y enfoque de la revista y cumplir con los requerimientos establecidos en el Instructivo para los autores.

Los artículos serán sometidos al rigor de una revisión temática por el Consejo Editorial de la revista y una vez aprobados, se notificará a los autores el resultado que podrá ser:

Negado: no acepta apelación,
Suspendido: el Consejo Editorial indicará al autor sus recomendaciones, quien deberá atenderlas para que su artículo sea publicado.
Aceptado: El artículo será publicado sin mayores modificaciones.

Los artículos aceptados se programarán para publicación, lo cual será informado al autor.

3. Información sobre el autor.

Es indispensable incluir nombres y apellidos del autor, lugar y/o área de trabajo (especialidad académica, de tenerla); debe incluir una fotografía reciente tamaño carné de medio cuerpo tomada de frente en formato JPG.

El articulista, debe enviar en un documento aparte, un resumen corto de su hoja de vida actualizada al correo electrónico de la revista; el cual será colocado como referencia del autor, en su publicación.

4. Sobre el artículo a publicar.

El tema del manuscrito debe enmarcarse dentro del área de conocimiento general y específico declarado en

la Revista y señalado para el número particular para el cual se convoca.

Con relación al envío del artículo, el autor debe enviarlo al correo electrónico: sconsultas@procuraduria-admon.gob.pa en las condiciones establecidas.

Con relación a la estructura de los artículos, éstos deberán incluir el título; bibliografía; resumen analítico de no más de 100 palabras que se incluirá al inicio del mismo. Un resumen de palabras claves, en español. Se debe evitar en todo lo posible, las faltas ortográficas, de puntuación, gramaticales y de sintaxis.

Los artículos deben cumplir con el formato siguiente:

- Tamaño: carta 8 y ½ x 11;
- Fuente: calibre light 12 puntos;
- Interlineado 1.5;
- Procesador Word;
- Extensión de un mínimo de ocho (8) y máximo de doce (12) páginas, incluidas las referencias bibliográficas.

Las normas de citación de la Revista, son una adaptación de las normas de la American Psychology Association (APA), en lo referente principalmente a estilo, citación, referenciación y presentación de figuras y tablas.

Los títulos y subtítulos, deben ir numerados con el sistema decimal 1, 1.1; 1.2; 1.3, 2, 2.1; 2.2; 2.3, 3; 3.1, 3.2, 3.2.1. Así mismo, los títulos no se deben escribir con mayúscula cerrados y/o sostenidos, solo se escriben con mayúscula inicial.

Las figuras y tablas, fotografías, imágenes y gráficos, deben tener numeración consecutiva, título y su respectiva fuente.

Respecto de las referencias bibliográficas, éstas, se deberán incluir al final del escrito y deben organizarse por orden alfabético. No se debe incluir bibliografía que no fue utilizada en el artículo.

Comité Editorial

Escanea el siguiente código para descargar la primera edición de la revista *Lex Nostra*
“Derecho Administrativo al servicio ciudadano”



