

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1732

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 7 de diciembre de 2021

Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.

El Licenciado **Ernesto Cedeño Alvarado**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Circular N°DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021 (Instructivo para el desarrollo del programa de Educación Continua para la profesionalización de los servidores públicos que trabajan en los departamentos de compras y los requisitos para la certificación de capacitadores externos), emitida por la **Dirección General de Contrataciones Públicas**.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo,
de la Corte Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes planteados en el Informe de Conducta.

El Director General de la entidad demandada expidió la Nota No. DGCP-DS-DJ-988-2021 de 20 de agosto de 2021, por medio de la cual remitió a la Sala Tercera el Informe de Conducta, documento en el que se señala que mediante la Circular No. N°DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021, la entidad demandada emitió el instructivo que desarrolla del programa de educación continua para la profesionalización de los funcionarios y compila la información, la documentación y las formalidades mínimas exigidas para la Certificación de Capacitadores Externos, en atención a lo normado en el Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 y el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, que regula la Contratación Pública (Cfr. foja 60 del expediente judicial).

A propósito de la acción contencioso administrativa de nulidad que ocupa nuestra atención, la institución manifiesta que la circular objeto de reparo, en ningún momento limita el derecho que tienen las Universidades, los Centros de Estudios, los Magistrados y/o los particulares para desarrollar sus programas de Educación; ya que la facultad de aprobar y de fiscalizar los Programas de Educación Superior está asignada, por rango constitucional, a la Primera Casa de Estudios Superiores (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Añade la demandada, que prueba de lo manifestado en el párrafo anterior se observa desde el momento en que la Universidad de Panamá, a través de la Facultad de Administración Pública; la Universidad del Istmo e IApprendo Academy, en la actualidad se encuentran realizando cursos y diplomados en la mencionada materia sin la necesidad de acudir a la **Dirección General de Contrataciones Públicas** a certificarse (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

En ese mismo orden de ideas, en el Informe de Conducta se sostiene que la circular acusada de ilegal establece los pasos a seguir para desarrollar el programa de educación continua regulado en los artículos 16 y 17 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, como lo es la aprobación del Contenido Temático; además que se establecen los requisitos para la certificación de capacitadores externos, el cual reproduce lo indicado en el artículo 27 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020 (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento, la **Dirección General de Contrataciones Públicas** en su referido Informe, señala que es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Seguidamente, la entidad consideró oportuno aclarar que por mandato expreso del Texto Único de la Ley en referencia, procedió a elaborar un programa de Educación Continua destinado y encaminado a la certificación de los servidores públicos que participen de los distintos procesos de contrataciones estatales (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Consecutivamente, la institución menciona que del artículo 16 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas se colige claramente que los servidores públicos que laboren en los departamentos o en las direcciones de compras y que intervengan en los procesos de contratación deberán participar en un programa de educación continua; por consiguiente, ello la faculta, si así lo tiene a bien, a efectuar convenios con otras entidades, con el objeto que aquéllas capaciten a los servidores públicos en aspectos vinculados a las contrataciones estatales; a aprobar el contenido temático elaborado por ellas y establecer el procedimiento de certificación de los servidores públicos (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Sobre la base de lo normado en el artículo 17 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, la entidad demandada entiende que le corresponde desarrollar un programa de capacitación destinado a los servidores públicos que laboren en los departamentos o en las direcciones de compras, así como a todo funcionario que intervenga en los procesos de contrataciones, en el seguimiento y en la ejecución de los contratos realizados por las instituciones; y que será coordinado con la Dirección General de Carrera Administrativa con la finalidad que sean integrados dentro del Manual Único de Clasificación de Puestos del Estado (Cfr. foja 62 del expediente judicial).

Con sustento en los artículos 26 y 27 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, la **Dirección General de Contrataciones Públicas** estima que deberá aprobar todo contenido temático en la materia que le compete, cuyo propósito esté destinado y encaminado a cumplir con la certificación de los servidores públicos que laboren en los departamentos o las direcciones de compras de las diferentes instituciones del Estado; además de extender la certificación en la cual se reconoce y se aprueba a los capacitadores externos previo cumplimiento de los requisitos claramente establecidos en el reglamento (Cfr. foja 62 del expediente judicial).

La institución alude que: *“Lo que el letrado y parte actora de este proceso no adujo en su demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, es que los requisitos mínimos establecidos en la Circular No. DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021, vienen regulados expresamente en la reglamentación de la (sic) Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020, específicamente en el*

artículo 27 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020." (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

Como conclusión, en el Informe de Conducta la **Dirección General de Contrataciones Públicas** precisa que las universidades, los centros de estudio y los particulares tienen todo el derecho y la libertad de desarrollar sus programas de educación, con lo cual esa entidad señala que no impide que los instructores, los facilitadores o los profesores puedan dictar seminarios, capacitaciones o cualquier otro curso en la materia de contrataciones públicas al público en general; sin embargo, argumenta que para poder certificar al servidor público las horas mínimas que establece la norma, se requiere que el instructor, el facilitador o el profesor cumpla con lo regulado en los artículos 16 y 17 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 y el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020 (Cfr. foja 64 del expediente judicial).

II. La pretensión.

El Licenciado **Ernesto Cedeño Alvarado**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Circular N°DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021 (Instructivo para el desarrollo del programa de Educación Continua para la profesionalización de los servidores públicos que trabajan en los departamentos de compras y los requisitos para la certificación de capacitadores externos), emitida por la **Dirección General de Contrataciones Públicas**.

III. Las disposiciones que se estiman infringidas.

El activador judicial menciona que el acto acusado conculca las siguientes normas:

A. El artículo 36 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, que establece que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque ésta provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial); y

B. El artículo 16 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que regula la responsabilidad de los departamentos o direcciones de compras institucionales (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial).

IV. Suspensión provisional del acto acusado.

A través de la Resolución de veinte (20) de julio de dos mil veintiuno (2021), los Magistrados de la Sala Tercera en Pleno dijeron que luego de un examen preliminar de los cargos de violación expuestos por el demandante, es posible acceder a la petición de suspensión provisional, puesto que las infracciones legales invocadas aparecen como ostensibles, claras e incontrovertibles (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

Cuando analizaron el elemento relacionado con la apariencia de buen derecho, los Magistrados hacen referencia al argumento del demandante quien se refiere a la restricción impuesta por la **Dirección General de Contrataciones Públicas** fundamentada en el Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, con el fin de aprobar el contenido temático de lo que se vaya a impartir y el procedimiento de certificación de los servidores públicos que reciben las enseñanzas, pero no para los capacitadores externos que carecen de la condición de funcionarios (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

La Magistratura tomó en cuenta el argumento del actor, cuando establece que para acreditar las cuarenta (40) horas anuales a las que alude el artículo 16 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, la institución demandada ha introducido restricciones para la enseñanza de una rama de la educación, específicamente en el Derecho Público, y de ese modo, los lineamientos sobre temas de contratación pública que estarán sujetos a certificaciones y limitaciones de la **Dirección General de Contrataciones Públicas** amparada por el mencionado cuerpo normativo (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

De lo expuesto en el párrafo previo, el Tribunal colige que la circular en estudio infringe y restringe la enseñanza en la materia anotada (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

En lo que respecta al perjuicio notoriamente grave, los Magistrados hacen mención de lo manifestado por el accionante cuando sostiene que ni los mencionados juzgadores, el Procurador de la Administración, los Magistrados del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ni los abogados con experiencia en ese campo podrán ser profesores, instructores o facilitadores en temas contractuales, salvo que cuenten con la certificación y aprobación previa de la **Dirección General de**

Contrataciones Públicas, por los que se advierte una posible vulneración al ordenamiento jurídico (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Sala Tercera accedió a la suspensión provisional de los efectos de la Circular N°DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021, acusada de ilegal (Cfr. foja 53 del expediente judicial).

V. Concepto de la violación de las disposiciones invocadas en la demanda y el concepto de la Procuraduría de la Administración.

El accionante plantea que el artículo 36 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, se ha vulnerado por la **Dirección General de Contrataciones Públicas** porque quebrantó las formalidades legales al expedir el acto acusado, debido a que ha emitido una normativa que, a su juicio, impide que los profesionales conedores de la legislación contractual pública puedan impartir enseñanzas en esa materia que beneficie a los funcionarios que quisieran acreditar sus horas de enseñanza, salvo que acrediten un examen con los lineamientos que imponga la entidad demandada al margen de la Ley de Contrataciones Públicas (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial).

Según indica el recurrente, la institución no tenía competencia para restringir la libertad de enseñanza de profesionales idóneos en el campo del Derecho Administrativo, a través de la circular que ocupa nuestra atención, en la que se exige una certificación de capacitadores externos, mediante un examen para acreditarse como tales (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Aunado a lo anterior, el actor señala que se ha infringido el artículo 16 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, porque a su juicio, queda claro que la circular bajo censura establece una certificación de capacitadores externos, aun cuando esa disposición únicamente faculta a la institución para aprobar el contenido temático de lo que se vaya a impartir y el procedimiento de certificación de los servidores públicos que reciben las enseñanzas, pero no para los capacitadores externos que carecen de la condición de funcionarios (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Al revisar el contenido del acto objeto de reparo, esta Procuraduría observa que el mismo contiene varios puntos, a saber: **1.** Pasos a seguir para desarrollar el programa de educación continua; **2.** Aprobación del contenido temático; **3.** Requisitos para la certificación de capacitadores externos;

4. Evaluación de desempeño; 5. Reconocimiento de capacitaciones recibidas en otros centros de estudio; 6. Proceso de certificación de los servidores públicos; 7. Anexos; 8. Entrada en vigencia y efectos; 9. Marco jurídico (Cfr. fojas 34-40 del expediente judicial).

De los puntos descritos en el párrafo anterior, el demandante destaca el número 3, que guarda relación con los **requisitos para la certificación de capacitadores externos**, según el cual la **Dirección General de Contrataciones Públicas** certificará y aprobará a los profesores, los instructores o a los facilitadores de las universidades u otros centros de estudios que impartan sobre contratación pública (Cfr. fojas 38-39 del expediente judicial).

Para ello, deben contar con cinco (5) años de experiencia en esa materia; haber aprobado la evaluación (examen) para capacitadores externos sobre los tópicos allí descritos; con la indicación que, de no cumplir con esos requerimientos, se le inhabilitará el usuario del centro educativo y se dejará sin efecto el Acta que aprobó el contenido temático (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

La institución señala en su Informe de Conducta, que el acto acusado está sustentado en los artículos 16 y 17 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que a la letra dicen:

“Artículo 16. Responsabilidad de los departamentos o direcciones de compras institucionales. Los departamentos o las direcciones de compras institucionales se constituyen en enlaces entre la Dirección General de Contrataciones Públicas y las entidades públicas contratantes, y serán responsables por el cumplimiento de las políticas, los lineamientos y las directrices que sean establecidos por esta Dirección y por la ejecución de todos los procedimientos de contrataciones públicas objeto de esta Ley.

Recaerá en el jefe de compras remitir a la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término establecido en el reglamento, copia de la resolución que resuelve administrativamente el contrato y sanciona al contratista por incumplimiento del contrato u orden de compra.

Los servidores públicos que laboren en los departamentos o direcciones de compras institucionales y que intervengan en los procesos de contratación deberán participar en un programa de educación continua que incluirá un mínimo de cuarenta horas de capacitación al año, que serán certificadas por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Para tal efecto, la Dirección General de Contrataciones Públicas podrá efectuar convenios con otras instituciones con el objeto de que estas capaciten a los servidores públicos en aspectos vinculados a las contrataciones estatales.

La Dirección General de Contrataciones Públicas aprobará el contenido temático que incluirá, entre otros, temas de contratación pública, ética profesional y establecerá los aspectos relacionados con los requisitos y el procedimiento de certificación de los servidores públicos.” (Cfr. Gaceta Oficial 29,107-A de 7 de septiembre de 2020).

“**Artículo 17. Profesionalización de los servidores públicos.** La Dirección General de Contrataciones Públicas desarrollará un programa de capacitación destinado a los servidores públicos que laboren en los departamentos o direcciones de compras y a todo el que intervenga en los procesos de contrataciones públicas, así como en el seguimiento y ejecución de los contratos realizados por las entidades estatales.

Dicho programa de capacitación estará dirigido a todos los servidores públicos de los departamentos o direcciones de compras, los cuales serán evaluados y actualizados regularmente sobre temas de contratación pública y serán los encargados de garantizar el buen funcionamiento y la aplicación de los principios de la contratación pública en los procesos de compras del Estado desde el inicio hasta el final.

Los departamentos o las direcciones de compras institucionales se constituyen en enlaces entre la Dirección General de Contrataciones Públicas y las entidades públicas contratantes, y serán responsables por el cumplimiento de las políticas, los lineamientos y las directrices que sean establecidos por esta Dirección y por la ejecución de todos los procedimientos de contrataciones públicas objeto de esta ley.

El programa de profesionalización, las horas de capacitación, así como los derechos y obligaciones de los servidores públicos, serán coordinados con la Dirección General de Carrera Administrativa, con la finalidad de que sean integrados dentro del Manual Único de Clasificación de Puestos del Estado.” (Cfr. Gaceta Oficial 29,107-A de 7 de septiembre de 2020).

La redacción de los artículos 16 y 17 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, entre otras cosas, establece que son los servidores públicos que laboren en los departamentos o en las direcciones de compras institucionales y que intervengan en los procesos de contratación, los que deberán participar en un programa de educación continua que incluirá un mínimo de cuarenta (40) horas de capacitación al año, que serán certificadas por la **Dirección General de Contrataciones Públicas**.

Además, los artículos 16 y 17 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, también precisan que la institución demandada aprobará el contenido temático que incluirá, entre otros, temas

de contratación pública, ética profesional y establecerá los aspectos relacionados con los requisitos y el procedimiento de certificación de los servidores públicos.

La Ley previó tal situación, con el propósito que los funcionarios descritos en el párrafo anterior sean los encargados de garantizar el buen funcionamiento y la aplicación de los principios de la contratación pública en los procesos de compras del Estado desde el inicio hasta el final.

También se hizo con la finalidad que esos servidores públicos sean responsables por el cumplimiento de las políticas, los lineamientos y las directrices que se establezcan por esa Dirección y por la ejecución de todos los procedimientos de contrataciones públicas objeto de esa legislación.

Para los efectos de la educación continua, la **Dirección General de Contrataciones Públicas** podrá efectuar convenios con otras instituciones con el objeto que éstas capaciten a los servidores públicos en aspectos vinculados a las contrataciones estatales.

Según advierte este Despacho, lo descrito en los párrafos previos no supone que el capacitador externo deba estar sometido a la mencionada educación continua ni al proceso de certificación; ya que ella va dirigida puntualmente a los servidores públicos que laboren en los departamentos o en las direcciones de compras institucionales y que intervengan en los procesos de contratación.

Por consiguiente, los requisitos que se le exigen a los instructores, los facilitadores o los profesores de contar con cinco (5) años de experiencia en esa materia; y haber aprobado la evaluación para capacitadores externos sobre los tópicos allí descritos; con la indicación que, de no cumplir con esos requerimientos, se le inhabilitará el usuario del centro educativo y se dejará sin efecto el Acta que aprobó el contenido temático no constan en los artículos 16 y 17 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006 (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

Recordemos, la entidad alude que: *"Lo que el letrado y parte actora de este proceso no adujo en su demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, es que los requisitos mínimos establecidos en la Circular No. DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021, vienen regulados expresamente en la reglamentación de la (sic) Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020,*

específicamente en el artículo 27 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020.” (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

El artículo 27 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, estipula:

“Artículo 27. Certificación de capacitadores externos. La Dirección General de Contrataciones Públicas certificará, reconocerá y aprobará a los profesores, instructores o facilitadores de las universidades u otros centros de estudios. Los profesores, instructores o facilitadores que impartan los temas deberán cumplir con los requisitos siguientes:

1. Cinco años mínimo de experiencia en contrataciones públicas debidamente acreditados por la entidad respectiva.
2. Haber aprobado la evaluación para capacitadores externos ante la Dirección General de Contrataciones Públicas.

La Dirección General de Contrataciones Públicas elaborará un formulario de evaluación de desempeño del profesor, instructor o facilitador, el cual les será entregado a estos, una vez la Dirección General de Contrataciones Públicas apruebe los contenidos temáticos. Los profesores, instructores o facilitadores deberán facilitar a cada participante el formulario, culminadas las capacitaciones, los formularios serán remitidos la (sic) Dirección General de Contrataciones Públicas.”

En relación con este tema, este Despacho debe aclarar que en el proceso que se analiza no se discute la legalidad del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020; sin embargo, para los fines de aclarar la posición adoptada por la institución demandada, es preciso indicarle que los reglamentos dictados en ejercicio de la potestad que establece el artículo 184 (numeral 14) de la Constitución Política de la República no pueden apartarse del texto ni del espíritu de la ley que dicen desarrollar.

En este mismo orden de ideas, la Sala Tercera mediante la Sentencia de veintisiete (27) de febrero de dos mil siete (2007), indicó lo siguiente:

“En lo que atañe al especial interés que concita la temática particular del presente caso, es de notar que la atención debemos concentrarla en los denominados Reglamentos de Subordinación o Ejecución de las Leyes que, como su nombre lo indica, son normas secundarias de contenido objetivo y general, cuya expedición tienen como finalidad específica facilitar el cumplimiento de la Ley **sin que puedan, en forma alguna, rebasar el texto o espíritu de esta última.**

La función de optimización asignada a los Reglamentos de Ejecución de las Leyes, en cuanto al cumplimiento de las finalidades perseguidas por éstas, **tiene que manifestarse con estricto apego a las exigencias de subordinación, desarrollo y complementariedad**, notas éstas que deben ser identificadas con vista en una lectura atenta del contenido y alcance de la Ley que se pretende reglamentar." (Énfasis suplido).

Esa es la razón por la cual el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, y la circular N°DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021, no pueden incluir los mencionados requisitos de contar con cinco (5) años de experiencia en esa materia; y haber aprobado la evaluación para capacitadores externos sobre los tópicos allí descritos, dirigidos a los instructores, los facilitadores o los profesores.

Decimos esto, puesto que se transgrede el artículo 36 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, que puntualiza que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque ésta provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo, invocado en la acción de nulidad que nos ocupa.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL la Circular N°DGCP-DS-DSC-009-2021 de 19 de febrero de 2021** (Instructivo para el desarrollo del programa de Educación Continua para la profesionalización de los servidores públicos que trabajan en los departamentos de compras y los requisitos para la certificación de capacitadores externos), emitida por la **Dirección General de Contrataciones Públicas**, por las razones explicadas.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General