

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN**

**Vista Número 171**

**Panamá, 31 de marzo de 2015**

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción**

**Concepto de la Procuraduría  
de la Administración**

El Licenciado Jaime Alonso Tuñón Hernández, actuando en representación de **Niedgaban, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución número 011-2013-TAdeCP de 30 de enero de 2013, emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**, y que se hagan otras declaraciones.

**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 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, por razón de los intereses contrapuestos en la vía administrativa entre la demandante Niedgaban, S.A. y Miguel Antonio Martínez Sánchez, el cual funge como representante legal de la empresa Taller de Servicios de Calderas Martínez.

**I. Breves Antecedentes.**

Según consta en autos, el 5 de octubre de 2012 el Departamento de Compras del Patronato del Hospital del Niño, entidad adscrita al Ministerio de Salud, convocó el acto público de selección de contratista número 2012-0-12-18-08-CM-005662, bajo la modalidad de Contratación Menor número 022-13, para la mano de obra: mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de cocina, en el período de enero a junio de 2013 (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

De acuerdo con el documento que describe el citado acto público y que se encuentra registrado en el sistema electrónico denominado PanamaCompra, los criterios de selección de contratista eran 1) el precio más bajo; y, 2) que la propuesta cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos (Cfr. foja 34 del expediente judicial).

También consta, que el 12 de octubre de 2012 la entidad licitante únicamente recibió las propuestas ofrecidas por Miguel Antonio Martínez Sánchez, por un monto de B/.4,686.60, y la empresa **Niedgaban S.A.**, por un valor de B/.4,644.44 (Cfr. foja 36 del expediente judicial).

Se observa, que el Patronato del Hospital del Niño a través del documento denominado Cuadro de Cotizaciones, emite la Resolución número 062 de 9 de noviembre de 2012, por medio de la cual adjudicó a Miguel Antonio Martínez el renglón número 1 del acto número 2012-0-12-18-08-CM-005662, bajo la modalidad de Compra Menor 022-13, por la suma de B/.4,686.60, el cual fue publicado el 14 de noviembre de 2012 en el Portal Electrónico PanamaCompra (Cfr. fojas 35-36 del expediente judicial).

El citado acto administrativo fue objeto de un recurso de impugnación interpuesto por la empresa **Niedgaban, S.A.**, ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, lo que dio lugar a la emisión de la Resolución número 011-2013-Pleno/TAdCP de 30 de enero de 2013 (Decisión), por cuyo conducto revocó en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones 062, a través del cual se le adjudicó a Miguel Antonio Martínez Sánchez (Taller de Servicios de Calderas Martínez) el acto público de selección de contratista 2012-0-12-18-08-CM-005662, emitido por el Patronato del Hospital del Niño; a su vez, lo declaró desierto y le recomendó a dicha entidad que procediera a una nueva convocatoria (Cfr. fojas 20-32 del expediente judicial).

Frente a esta decisión, la empresa **Niedgaban, S.A.**, ha acudido a la Sala Tercera para interponer la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en estudio, con el objeto que esa Corporación de Justicia declare nula, por ilegal, la Resolución número 011-2013-Pleno/TAdCP de 30 de enero de 2013 (Decisión), expedida por el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y que, a fin de restablecerle su derecho subjetivo lesionado, ordene al Patronato del Hospital del Niño que le adjudique el acto público de selección de contratista 2012-0-12-18-08-CM-005662, a la recurrente (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

## **II. Disposiciones legales que se aducen infringidas.**

**A.** La demandante estima que el acto administrativo acusado infringe los artículos 17, 18 (numeral 2) y 20 (numerales 1 y 5) del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, los que, en su orden, guardan relación con los principios generales que deben observar quienes intervengan en la contratación pública; las reglas que deberán cumplirse en aras de preservar el principio de transparencia, entre ellas, que los proponentes tengan la oportunidad de conocer los informes, los conceptos y las decisiones que se adopten y de expresar sus observaciones o controvertirlas; y el principio de responsabilidad al cual se someterán los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y de formalización de los contratos (Cfr. fojas 10-13 del expediente judicial).

**B.** También aduce infringidos los artículos 6 y 8 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, los que respectivamente se refieren al deber que tienen los servidores públicos de dar cumplimiento a los principios de eficacia y eficiencia en el procedimiento de selección de contratista (Cfr. fojas 13-15 del expediente judicial).

### **III. Concepto de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la institución demandada.**

Al sustentar la supuesta infracción de las normas invocadas, el apoderado judicial de la sociedad demandante argumenta que la entidad licitante pasó por alto solicitar a ambas proponentes la subsanación del documento denominado “Cronograma de Trabajo por el Tiempo del Contrato”, lo que, a su juicio, produjo un estado de indefensión en perjuicio de **Niedgaban, S.A.**, debido a que la entidad contratante nunca notificó a la actora que debía subsanar dicho documento, por lo que infringió los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, debido proceso y responsabilidad. Además, explica que los conceptos y las decisiones contenidas en el informe de subsanación no se subieron al portal electrónico PanamaCompra (Cfr. fojas 11-12 y 13-14 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los planteamientos expuestos por el apoderado judicial de la sociedad **Niedgaban, S.A.**, en torno a la supuesta ilegalidad de la Resolución número 011/2013-TAdeCP (Decisión) de 30 de enero de 2013, dictada por el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas; ya que las constancias del expediente judicial demuestran que **tanto la actora como la empresa que resultó favorecida con la adjudicación del acto público incumplieron con el requisito de entregar al Patronato del Hospital del Niño, en su condición de entidad licitante, el cronograma de trabajo**, en el cual los proponentes debían detallar las labores de limpieza, desengrasado y sanitización del techo, paredes y pisos, conforme lo dispuso el Formulario de Requisitos para la Presentación de Propuestas de la Compra Menor número 022-13 emitido por el Departamento de Compras y Proveeduría (Cfr. foja 37 y 40 del expediente judicial).

Lo antes expresado, demuestra que al resolver el recurso de impugnación promovido por **Niedgaban, S.A.**, mediante la Resolución número 011-2013-

TAdCP de 30 de enero de 2013, por cuyo conducto **revoca la adjudicación** que el Patronato del Hospital del Niño le hizo a Miguel Antonio Martínez Sánchez (Taller de Servicios de Calderas Martínez), el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas cumplió con su deber legal de valorar las pruebas conforme al principio de la sana crítica, lo cual le permitió arribar a la conclusión que, ante el evidente incumplimiento de lo estipulado en el pliego de cargos por parte de los proponentes del acto público de selección de contratista número 2012-0-12-18-08-CM-005662, **debía declararlo desierto** de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 56 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, según el cual *la entidad licitante **declarará desierto el acto de selección de contratista cuando ninguna de las propuestas cumpla con los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.***

En ese mismo orden de ideas, observamos que ese Tribunal Administrativo también decidió **declarar desierto el acto público de selección de contratista número 2012-0-12-18-08-CM-005662**, convocado por el Patronato del Hospital del Niño; sin embargo, antes de adentrarnos al análisis de esta medida, debemos aclarar que **a partir de la emisión de la Vista 734 de 6 de octubre de 2011** la Procuraduría de la Administración venía sosteniendo que los artículos 319 y 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, no indicaban expresamente que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas tenía la atribución de adjudicar o declarar desierto un acto público; ya que los proponentes únicamente tenían una expectativa de Derecho, de tal suerte que para restablecer la vulneración del mismo, el Tribunal Administrativo solamente podía retrotraer la situación al momento previo de la adjudicación o declaratoria de desierto del acto público (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

La Sala Tercera en Sentencia de 10 de mayo de 2015, bajo la ponencia del Magistrado Luis Ramón Fábrega, abordó sobre el tema de la atribución que le ha

conferido el acápite c del artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, reglamentario del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para restablecer el derecho vulnerado, de la siguiente manera:

“Por otra parte y respecto al hecho que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas no tiene la atribución de adjudicar una compra a favor de un proponente; considero importante resaltar que dicha afirmación estaría desnaturalizando la razón de ser y creación de ese Tribunal como enmendador de las actuaciones ilegales o arbitrarias suscitadas en sede administrativa.

Nótese que desde la facultad primaria otorgada por el artículo 104 de la Ley 22 de 2006, se puede deducir la facultad o atribución de decidir definitivamente una controversia suscitada en sede administrativa sobre las adjudicaciones de los actos de selección de contratista, veamos lo que dice esta norma:

...

El hecho que esta norma señale que el Tribunal de Contrataciones Públicas es un ente independiente e imparcial, no significa que escapa de la esfera administrativa, ya que su actuación o funcionamiento lo hace dentro del marco de la Administración, o, mejor dicho, en sede administrativa. Ello nos lleva a deducir que al resolver una controversia sobre la adjudicación de un contratista, el Tribunal no sólo queda facultado para revisar la actuación y procedimiento de la entidad administrativa contratante, sino que también lo faculta para confirmar, modificar lo decidido por la administración, y más aún, en el evento que revoque la adjudicación, queda facultado para restablecer el derecho subjetivo que le asiste al contratante afectado.

Este razonamiento jurídico también encuentra asidero jurídico en lo preceptuado en el artículo 319 del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, al señalar que:

...

De igual forma, con el numeral 36 del artículo 2 y el artículo 114 de la Ley 22 de 2006, que define el recurso de impugnación como:

...

De estas dos disposiciones se infieren dos aspectos importantes a saber, que el Tribunal de Contrataciones actúa en sede administrativa, por tanto está facultado para corregir, enmendar o revocar los agravios cometidos por la Administración, y en consecuencia disponer u ordenar el acto

correcto y conforme a Derecho; y que el recurso de impugnación tiene como propósito enmendar los agravios de una resolución de adjudicación. Esos agravios no pueden ser otros que un derecho subjetivo que no fue reconocido por la Administración, el cual se traduce que no le fue adjudicado el acto, a pesar de tener mejor derecho que los demás aspirantes. Por lo tanto, el Tribunal de Contrataciones Públicas tiene competencia y facultad para determinar, dentro del recurso de impugnación presentado, si una persona natural o jurídica tiene mejor derecho para que se le adjudique un acto de selección de contratista, entonces así debe declararlo.

...

De lo antes expuesto, considera esta Sala que con la emisión del acto impugnado por la entidad demandada, no se infringe el contenido de las normas señaladas por la demandante; por lo que se procede a declarar que no es ilegal el acto impugnado.”

A manera de comentario, debemos anotar que la Sentencia en referencia contó con el Salvamento de Voto del Magistrado Víctor Benavides, el cual al pronunciarse sobre el tema de la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para restablecer el derecho vulnerado sostuvo lo siguiente:

“Por otra parte, no escapa a nuestra percepción, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se abrogó la facultad de restablecer el derecho vulnerado a ..., propietario del negocio ..., disponiendo que se le adjudicara la compra menor relacionada con el suministro de corte rasante de veinte mil novecientos metros cuadrados (20,900 m<sup>2</sup>) de terreno, del Complejo Hospitalario Doctor Arnulfo Arias Madrid; siendo contraria esta determinación, a las facultades jurisdiccionales establecidas en el artículo 319 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, concordante con el artículo 354 del mismo cuerpo legal, en los cuales no se aprecia que la entidad requerida pueda decidir sobre la adjudicación de compra menor, a favor de un proponente.

Por tales motivos, sostengo que la Resolución objeto de censura, deviene en parcialmente nula, por inobservar las últimas disposiciones legales, en cuanto a las facultades jurisdiccionales a ella adscrita.”

Luego de hacer una detenida reflexión sobre el tema objeto de estudio, la Procuraduría de la Administración considera necesario volver a replantear su posición en cuanto a la facultad que tiene el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para adjudicar o declarar desierto un acto público en aras de restablecer el derecho vulnerado, señalando en esta oportunidad que mediante el artículo 104 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como un **ente independiente e imparcial con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tendrá competencia privativa para conocer, en única instancia, del recurso de impugnación.**

De acuerdo con lo establecido en los artículos 2 (numeral 38) y 130 de ese mismo cuerpo normativo, el recurso de impugnación tiene por objeto que dicho Tribunal Administrativo **revise los procedimientos de adjudicación o declaración de desierto de un acto de selección de contratista, así como la resolución de rechazo de las propuestas o la resolución administrativa del contrato**, que llevan a cabo las entidades licitantes, cuando las personas, naturales o jurídicas, que participan en tales actos se sientan agraviadas con la decisión de la Administración Pública.

El artículo 130 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, establece que, una vez finalizada la tramitación del recurso de impugnación, el Tribunal Administrativo procederá a resolverlo en un período de diez (10) días hábiles contados a partir del vencimiento del término de alegatos.

No obstante, advertimos que ese cuerpo normativo no contempla expresamente las facultades que puede ejercer el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para resolver el recurso de impugnación; aspecto que ha sido regulado por medio del artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, reglamentario de la Ley de Contrataciones Públicas, al



disponer que: “El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a: confirmar lo actuado por la entidad contratante; modificar lo actuado por ésta; **revocar lo actuado por tal entidad, restableciendo el derecho vulnerado**; o anular lo actuado por ella.

En ese sentido, es necesario recordar que el artículo 15 del Código Civil es claro al indicar que las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, **tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes**; de ahí que debemos concluir señalando que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas está facultado para revocar lo actuado por la entidad y restablecerle el derecho conculcado al afectado con la decisión.

Una vez aclarada la posición de este Despacho respecto a las facultades reglamentarias que tiene el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para adjudicar o declarar desierto un acto de selección de contratista, debemos indicar que, en el caso que nos ocupa, las piezas que componen el expediente judicial demuestran que la empresa **Niedgaban, S.A.**, y Miguel Antonio Martínez Sánchez (Taller de Servicios de Calderas Martínez) incumplieron lo estipulado en el pliego de cargos emitido por el Patronato del Hospital del Niño, el cual sirvió de fundamento para establecer los parámetros generales y especiales que debían cumplir los proponentes en el acto público de selección de contratista número 2012-0-12-18-08-CM-005662; por lo tanto, ese Tribunal Administrativo no podía hacer otra cosa que declararlo desierto, como en efecto lo hizo, al emitir el acto acusado de ilegal.

Sobre la base de los fundamentos de hecho y de Derecho antes expresados, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Resolución número 011-2013-TAdeCP (Decisión)

de 30 de enero de 2013, dictada por el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y, en consecuencia, se denieguen el resto de las peticiones de la demanda.

**IV. Pruebas:** Con el propósito que sea solicitado por la Sala Tercera e incorporado al presente proceso, se **aduce** como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso que nos ocupa, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

**V. Derecho:** Se niega el invocado en la demanda.

**Del Señor Magistrado Presidente,**

Rigoberto González Montenegro  
**Procurador de la Administración**

Mónica I. Castillo Arjona  
**Secretaria General**

Expediente 196-13