

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número: 416

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 25 de abril de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma Lau & Dudley, actuando en nombre y representación de **Zago Group. S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 100 de 1 de diciembre de 2017, emitida por la **Asamblea Nacional**, su acto confirmatorio, y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda

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 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

Este Despacho considera oportuno manifestar que la providencia que admitió el proceso que nos ocupa fue objeto de un recurso de apelación mediante Vista Número 700 de 5 de junio de 2018, recurso que se fundamentó en el artículo 43 (numeral 2) de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946; es decir, el apartado correspondiente a “lo que se demanda”, ya que para lograr, que se decrete el derecho de compensación contractual por gastos incurridos, es necesario que se cumplan con los presupuestos necesarios para que sea procedente el reclamo.

Al respecto, no podemos perder de vista que para que exista compensación, luego de la ejecutoria del acto público, por los gastos incurridos, es primordial que la entidad licitante ejerza su facultad de rechazo de oferta, sin haberse formalizado el contrato. Sin embargo, en el caso que ocupa nuestra atención la entidad demandada no ha rechazado la adjudicación de la Licitación Pública por Mejor Valor 2016-0-01-0-08-AV-006894, para el

Proyecto de Modernización y Ahorro Energético a la empresa **Zago Group. S.A.**, por lo tanto, la solicitud del pago de la compensación a la que alude el artículo 58 del Texto Único de Contratación Pública, fue considerada por este Despacho, como prematura.

Al efecto, la Sala Tercera estimó que dicho señalamiento guarda relación con el fondo de la situación sometida a escrutinio del tribunal. Por ende, este Despacho, procederá a contestar la demanda en estudio.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es un hecho cierto; por tanto, se acepta.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Undécimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la sociedad demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 3, 21 y 52 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006; no obstante mediante el Texto Único de 27 de junio de 2011, que regula la Contratación Pública, se ordenó la respectiva Ley y las disposiciones consideradas como infringidas por el actora quedaron de la siguiente manera: artículos 3, 22 y 58; vigentes al momento de los hechos y las cuales indican; su marco regulatorio, la interpretación de las reglas contractuales y la

facultad de la entidad licitante de rechazar propuestas en cualquier etapa del proceso (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes y descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de la entidad demandada.

De acuerdo con las evidencias que constan en autos, el acto acusado en el presente negocio jurídico lo constituye la Resolución 100 de 1 de diciembre de 2017, emitida por la Asamblea Nacional, mediante la cual se negó la solicitud presentada por el Licenciado Jorge Hernán Rubio Carrera de la firma Rubio, Álvarez, Solís & Ábrego, en representación de la Empresa **Zago Group. S.A.**, quien reclama en concepto de derecho de compensación la suma de setecientos treinta y seis mil balboas con 00/100 (B/.736.000.00) (Cfr. fojas 15-16 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el mencionado acto administrativo, la demandante interpuso un recurso de reconsideración, mismo que fue decidido por medio de la Resolución 101 de 20 de diciembre de 2017, en la cual se mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal. Dicho pronunciamiento le fue notificado a la hoy recurrente el 15 de enero de 2018, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 12-16 y 17-20 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, el 16 de febrero de 2018, la sociedad demandante, **Zago Group, S.A.**, por medio de su apoderado judicial, acudió a la Sala Tercera para interponer la demanda que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nula, por ilegal, la resolución acusada, así como su confirmatorio, y que como consecuencia se decrete el reconocimiento al derecho de compensación contractual contenido en la Ley de Contrataciones Públicas (Cfr. fojas 3-10 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, la apoderada judicial de la sociedad recurrente argumenta que la entidad demandada mediante resolución administrativa le adjudicó de forma definitiva el acto público por Mejor Valor 2016-0-01-0-08-AV-006894, para la Modernización y Ahorro Energético de la Asamblea Nacional, y una vez redactado el

contrato público y firmado por los contratantes, fue remitido a la Contraloría General de la República, para su refrendo (Cfr. fojas 7 del expediente judicial).

Indica que de la Nota 168 de 17 DFG de fecha 11 de enero de 2017, la Contraloría General de la República, realizó algunas observaciones con relación a aspectos técnicos y financieros del contrato de suministro 122/AN/AVPAEAN-2016, para Modernización y Ahorro Energético de la Asamblea Nacional, sin embargo, pese haber sido subsanado la entidad se ha negado a refrendar el contrato (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Sigue indicando el apoderado judicial, que en la participación de la licitación y posterior a su adjudicación para la formalización y puesta en ejecución del contrato, incurrió en las erogaciones propias a la elaboración de las propuestas (cálculos, estudio, agrimensura, etc) costos de adjudicación y formalización del contrato; inversión en adquisición de equipos y maquinarias; costos de diseño de puentes a ser usados en el proyecto; y otras inversiones que ascienden a la suma de setecientos treinta y seis mil balboas con 00/100 (B/736,000.00) (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Agrega que la **Asamblea Nacional**, a través de la Resolución 100 de 1 de diciembre de 2017, negó la pretensión de reconocimiento y compensación de pago por los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio de su representada (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos planteados por la demandante, podemos percatarnos que las normas que se estiman vulneradas se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, por lo que esta Procuraduría procede a contestar los cargos de infracción de manera conjunta, advirtiendo que, conforme se demostrará, no le asiste la razón a la misma.

En atención a lo argumentado por la accionante, este Despacho se opone a la supuesta infracción de las normas citadas como infringidas, toda vez que los procedimientos realizados por la **Asamblea Nacional** para negar la solicitud de compensación requerida se encuentran dentro de los parámetros establecidos en el artículo

58 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, vigente al momento de los hechos, cuyo contenido literal es el siguiente:

"Artículo 58. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público sin mayor fundamentación. En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, la entidad puede rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.

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

...

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

De igual manera resulta de importancia hacer alusión al citado artículo 158 del Decreto Ejecutivo 366, vigente al momento en que se dieron los hechos, el cual establece:

"Artículo 158. Compensación de gastos por rechazo de propuesta.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia el adjudicatario o contratista según fuere el caso tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente o a recibir compensación de los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera rechazar una propuesta después de ejecutoriada la adjudicación. En estos casos los adjudicatarios rechazados deberán presentar la documentación correspondiente que sustente su solicitud de compensación por los gastos incurridos, la cual deberá ser evaluada por la entidad y resuelta en un plazo máximo de diez (10) días hábiles."

De las normas transcrita podemos percatarnos, que al momento que las entidades licitantes ejerzan la **facultad de rechazo** de propuesta luego de ejecutoriada la resolución de adjudicación del acto público y antes de la formalización del respectivo contrato, el adjudicatario tendrá derecho de recibir una compensación por parte de la entidad, sobre los gastos por él incurridos durante el proceso de selección de contratista.

En atención a lo expuesto, es importante destacar que mediante nota de 5 de marzo de 2018, la **Asamblea Nacional**, remitió el informe explicativo de conducta, en el cual, entre otras cosas, manifiesta lo siguiente:

“... ”

1. La Asamblea Nacional llevó a cabo el Acto de Contratación Pública denominado ‘Licitación Pública por Mejor Valor N°2016-0-01-0-08-AV-006894 para el proyecto de Modernización y Ahorro Energético de la Asamblea Nacional de 29 de junio de 2016.

2. El acto fue adjudicado a la empresa Zago Group, S.A., y una vez firmado el contrato y asignado el N°122/AN/AVPAEAN-2016, fue remitido a la Contraloría General de la República, para su debido refrendo, a fin de perfeccionar la fase de contratación.

3. La Contraloría General de la República, mediante Nota N°.168-17 DFG de fecha 11 de enero de 2017 en su párrafo final, indicó que: **‘Le indicamos que la Contraloría General de la República en uso de sus facultades legales y constitucionales, no refrendara este documento, ya que no representa los mejores intereses para el Estado’** esto sin hacer un análisis de porqué la Contraloría ha arribado a esa conclusión; **lo que la decisión de no perfeccionar el contrato, no recayó en la Asamblea.**

4. Luego en la Nota 1431-17 DFG de 8 de marzo de 2017, hace observaciones con relación a aspectos técnicos y financieros referentes al contrato, y expresa que **“...que por razones económicas esta Institución no refrendará este contrato, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984 (Orgánica de la Contraloría General de la República)”**.

5. El contrato hasta la fecha no ha sido refrendado.

6. La empresa Zago Group, S.A., procedio a impetrar solicitud ante la Asamblea Nacional, reclamando el pago de gastos por la suma de setecientos treinta y seis mil balboas con 00/100 (B/.736.000.00), por supuestos gastos incurridos en un acto público cuyo monto era de un monto de un millón setecientos ochenta mil doscientos cinco balboas (B/.1.780.205.00), o sea el 41.35 por ciento lo que resulta a todas luces exagerado.

7. La Asamblea Nacional dictó la Resolución N°100 de 1 de diciembre de 2017 con la cual niega la solicitud, decisión que fue confirmada por la Resolución N°101 e 20 de diciembre de 2017.

B. Criterios de Justificación de lo Actuado:

1. Lo actuado por la Institución, se apega estrictamente a lo mandado por la Ley 22 de 2006 y al Decreto Ejecutivo 366 de 2006.

2. La suma que reclama el solicitante en concepto de compensación es la cantidad de setecientos treinta y seis mil balboas con 00/100 (B/.736.000.00), sin embargo solo presenta un cuadro elaborado por el mismo interesado, adicionalmente no se aporta ninguna prueba, ni factura de gastos que fundamentan dicha petición.

...

6. De los artículos precedentes se desprende que es facultad privativa de la Contraloría General de la República, refrendar o no los

contratos que considere, ya sean por razones de carácter jurídico, técnico o económico.

7. De igual manera, el Texto Único de la Ley 22 de 2006 en su artículo 74 establece que:

‘Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista’.

...

8. Que en efecto la entidad convocó un acto público, que el mismo fue adjudicado y que se confeccionó y firmó por las partes el contrato; pero tal como hemos manifestado el mismo no nació a la vida jurídica, por carecer del refrendo por parte de la Contraloría General de la República. En estas condiciones especiales, hay que analizar, si es aplicable a la situación, la norma que prevé una compensación por los gastos incurridos, lo que debe ser sustentado con documentos que demuestren lo mismo.

9. Al respecto el artículo 58 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, norma dictada por el reclamante como fundamento de su petición, nos dice:

‘Artículo 58. Ejecutoriada la adjudicación del acto público, esta obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera ejercer la facultad de rechazo de su oferta, sin haberse formalizado el contrato’.

10. Este artículo es concordante con el artículo 158 del Decreto Ejecutivo N°366 de 2006, que reglamenta la Ley 22 de 2006 y que dice:

‘Artículo 158: (Compensación de gastos por rechazo de propuesta). El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia el adjudicatario o contratista según fuere el caso tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera rechazar una propuesta después de ejecutoriada la adjudicación. En estos casos los adjudicatarios rechazados deberán presentar la documentación correspondiente que sustente su solicitud de compensación por los gastos incurridos, lo cual deberá ser evaluado por la entidad y resuelta en un plazo máximo de diez (10) días hábiles.’

11. De ambas normas se extrae que, para que el reclamo de compensación sea procedente, deben existir las siguientes condiciones:

- a. Que el contrato no se haya formalizado.

b. Que la entidad licitante, ejerza su facultad de rechazo de propuesta.

c. Que la compensación es únicamente por los gastos incurridos, no así por el lucro cesante, perjuicios, pérdida por ganancia, materiales, ni ningún otro concepto.

d. Que los adjudicatarios rechazados presenten la documentación correspondiente que sustente su solicitud de compensación por los gastos incurridos. Se refiere a documentos o facturas fiscales que sustenten gastos y obviamente que no sean generados por la parte interesada. Aún en caso de asistirle el derecho al reclamante, no podría la Institución considerar su petición sin las pruebas idóneas.

12. Como podemos observar del expediente del acto público, los presupuestos necesarios para que sea procedente el reclamo, no se dan, ya que la entidad no ha rechazado las propuestas, la decisión provino de la Contraloría, la cual en la citada nota N°1431-17 DFG del 8 de marzo de 2017, expreso ‘...que por razones económicas esta institución no refrendará este contrato, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984 (Orgánica de la Contraloría General de la República).’ (El resaltado es nuestro)

...(Cfr. fojas 24-31 del expediente judicial”

Contrario a lo argumentado por el recurrente, consideramos que la Resolución 100 de 1 de diciembre de 2017, acusada de ilegal, no infringe ninguna de las disposiciones legales invocadas en el escrito de la demanda, puesto que de acuerdo con las evidencias procesales, el accionante, no cumplió con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 22 de 2006, sobre contrataciones públicas, ya que es necesario que la entidad licitante ejerza la facultad de rechazo de la oferta, sin haberse formalizado el contrato que es el caso que ocupa nuestra atención, para poder requerir la compensación de los gastos incurridos, tal como podemos observar en el portal de “PanamaCompras”, la licitación por Mejor Valor 2016-0-01-0-08-AV-006894, para la Modernización y Ahorro Energético de la Asamblea Nacional, no ha sido rechazada por la entidad demandada y la misma sigue adjudicada a la empresa demandante.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la

Resolución 100 de 1 de diciembre de 2017, emitida por la **Asamblea Nacional**, ni su acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones de la sociedad recurrente.

IV. Pruebas.

A. Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por la sociedad actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 157-18