

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 499

Panamá, 15 de mayo de 2019

Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.

La Licenciada Cinthia N. Trotman G., actuando en nombre y representación de **Ventas Corporativas SE**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 067-2018 PLENO/TACP de 3 de abril de 2018, (Decisión) dictada por la **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP)**, y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

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

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 23 y 24 del expediente judicial).

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.

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la sociedad demandante sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes normas:

A. El artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, que regula las contrataciones públicas, el cual señala que 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; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente..." (Cfr. foja 11 del expediente judicial);

B. Los artículos 52 (numeral 4) y 201 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los que señalan, respectivamente, los vicios de nulidad absoluta en que se incurre cuando se dictan actos administrativos, entre estos cuando se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales y la definición de acto administrativo (Cfr. fojas 12 a 13 del expediente judicial); y

C. El artículo 991 del Código Civil, el cual señala que la indemnización de los daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor salvo las disposiciones contenidas en artículos anteriores (Cfr. foja 14 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Conforme está sentado en autos, el día 23 de junio de 2017, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, publicó en el portal electrónico de Contrataciones Públicas denominado "Panamá Compra", el Aviso de Convocatoria a los interesados en participar como proponentes, en el Acto Público de Selección de Contratista 2017-0-13-0-08-CM-009861, para el "Suministro de 196 Tóner Ricoh", con un precio de referencia de veintinueve mil novecientos dieciocho balboas (B/29,918.00) (Cfr. fojas 25 y 26 del expediente judicial).

En esa misma línea, mediante la Resolución 118 de 3 de julio de 2017, se le adjudica el Acto Público 2017-0-13-0-08-CM-9861 "a la empresa Edwin Acosta RUC. 4-719-1954 D.V." Sin embargo, con posterioridad, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral consideró conveniente cancelar dicho acto público (Cfr. foja 25 del expediente judicial).

En efecto, la Contraloría General de la República a través del Formulario 4441355-111976-2017 de 2 de agosto de 2017, señaló al Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral: "No hubo transparencia en este acto público, proveedor (sic) al que se le adjudicó presentó dos propuestas. Una no corresponde al acto público, el día siguiente a la apertura de sobres aclara mediante nota". En atención a lo indicado la entidad contratante emitió Resolución 170 DC y P de 4 de diciembre de 2017, en la cual se resolvió lo siguiente:

"...

PRIMERO: RECHAZAR las propuestas presentadas para el acto público de compra menor 2017-1-13-0-08-CM-9861 referente al Suministro de 196 tóner Ricoh según Especificaciones Técnicas.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la resolución 118 de 03 de julio de 2017, que guarda relación con la mayor menor 2017-1-13-0-08-CM-0098861 para el Suministro de 196 tóner Ricoh según Especificaciones Técnicas.

TERCERO: CANCELAR la compra menor 2017-1-13-0-08-CM-009861 para el Suministro de 196 tóner Ricoh según especificaciones Técnicas, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 58 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (Texto Único).

CUARTO: SOLICITAR el cambio de estado para la compra menor 2017-1-13-0-08-CM-009861 celebrada 23 de junio de 2017.

..." (Cfr. foja 26 del expediente judicial).

Producto de su inconformidad, la empresa **Ventas Corporativas SE**, a través de su apoderada especial, interpuso un recurso de impugnación en contra de la resolución descrita en el párrafo anterior, lo que dio lugar a que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas emitiera la **Resolución 067-2018-Pleno/TACP de 3 de abril de 2018**, por medio de la cual se resolvió lo siguiente:

"...

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes los efectos de la Resolución 170 DC y P de 4 de diciembre de 2017, proferida por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, que rechazó las ofertas y canceló el acto público 2017-0-13-0-08-CM-009861, por las razones fundamentales en la parte motiva de la presente decisión administrativa, y en su lugar se declara **DESIERTO**.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Recurso de Impugnación, la cual fue presentada a través del cheque certificado 000364 de 20 de diciembre de 2017, por un monto de Tres Mil Ochocientos Cincuenta y Seis balboas con un centésimo (B/.3,856.01),

expedido por Global Bank, el cual se encuentra a orden del TACP/Contraloría General de la República.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo de Compra Menor 2017-0-13-0-08-CM-009861, al Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, contenido de un (1) tomo, conformado por ciento doce (112) fojas útiles, tal y como se indica en el Informe de Trámite que reposa a foja 61 del expediente del tribunal.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma nos e admitirá recurso alguno..." (Cfr. fojas 23 y 24 del expediente judicial).

A continuación, la apoderada judicial de la empresa **Ventas Corporativas SE**, acudió a la Sala Tercera a interponer la acción contencioso administrativa bajo análisis, en la que solicita que se declaren nulas, por ilegales, las resoluciones antes mencionadas y que, como consecuencia de ello, se reciba la entrega por parte de la empresa contratista del suministro de 196 Tóner Ricoh según especificaciones técnicas solicitadas por la sección de almacén para los diferentes despachos y regionales del Ministerio de Trabajo, que le fueron adjudicados mediante Resolución 118D.C YP de 3 de septiembre de 2017 y que proceda a pagar a Ventas Corporativas SE, el monto total de la Orden de Compra por la suma de VEINTICINCO MIL SETECIENTOS SEIS BALBOAS CON SETENTA Y CINCO CENTÉSIMOS (**B/.25,706.75**), y adicional a ello, la suma de DIEZ MIL BALBOAS CON 00/100 (**B/.10,000.00**), en concepto de indemnización por el perjuicio causado a la empresa, puesto que al no permitir la entrega del suministro, ello incidió en los intereses bancarios, a la inversión en la compra de los equipos y otra serie de afectaciones económicas asociadas a la no ejecución de la Orden de compra por causas no imputables a la empresa contratista, los cuales son gastos asociados a la compra de los equipos y a la no ejecución del contrato. La suma total de ambos rubros es de: **TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SEIS BALBOAS CON 75/100 (B/.35,706.75)** (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

A juicio de la apoderada judicial de la demandante, la entidad demandada vulneró el debido proceso legal y vició aún más el acto emitido por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral cuando emite el acto administrativo contenido en la Resolución 067-2018-Pleno/TACP de 3 de abril de 2018 (Decisión), ya que la entidad administrativa para ejercer la figura del rechazo de las ofertas, debe ejercerlas sobre la base de causas únicamente de orden público e interés social, a través de

una adecuada, veraz y sólida motivación, situación jurídica que nunca se dio y que el Tribunal dejó pasar por alto (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

También señala, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas pasa por alto la actuación improcedente del Ministerio de Trabajo quien basó su decisión de rechazar la propuesta de la actora en una supuesta observación de la Oficina de Control Fiscal de la Contraloría General del Ministerio de Trabajo, que a su juicio, no tiene la competencia para ordenar y dejar sin efecto una adjudicación de una entidad contratante. Añade que la Contraloría General de la República no tiene facultad alguna para decidir sobre aspectos sustanciales y jurídicos propios de los actos de selección de contratista (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los cargos de ilegalidad planteados en la demanda, con sustento en la Resolución 067-2018-Pleno/TACP de 3 de abril de 2018, emitido por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el cual señala claramente en su parte motiva lo siguiente:

“ ...

La Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 120 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

El Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 339, 340 y s.s., establece los requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación, con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso, y el Decreto Ejecutivo 188 de 27 de noviembre de 2009 cual reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado 'Panamá Compra'.

VII. ANALISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Luego del preámbulo indicado, se verifica que la decisión que se recurre decidió rechazar la propuesta y cancelar el acto público que había sido adjudicado a la persona natural EDWIN O. ACOSTA M., por el motivo primordial de que al momento de iniciarse el trámite para el refrendo, la Contraloría General de la República realizó observaciones contentivas de que no hubo transparencia en el acto público que ocupa, debido a que el proveedor que resultó beneficiado con la adjudicación

presentó dos propuestas y que una de ellas no correspondía al procedimiento de selección de contratista que se encuentra en contencioso.

...

En el caso de la propuesta presentada por la persona natural EDWIN OSCAR ACOSTA MIRANDA, representante legal del comercio VENTAS CORPORATIVAS, SE, quien ofertó dos propuestas, una por el valor de Veinticinco Mil Setecientos Seis Balboas con setenta y cinco centésimos (B/.25,706.75), que se refleja en el formulario electrónico, y otra adjunta por el valor de Veintitrés Mil Seiscientos Cuarenta y Un Balboas con sesenta y cinco centésimos (B/.23,641.65). **Sobre este caso en particular, al contrario de los argumentos de la jurista CINTHIA TROTMAN, consideramos que nos encontramos ante una propuesta alternativa que va en contra de las disposiciones contenidas en el pliego de cargos que se reflejan en las condiciones generales.**

Independientes que se haya presentado la propuesta de forma electrónica, consta un adjunto que mantiene un propósito y que nosotros como administradores de justicia no podemos entrar en el debate de cuál de las dos es la necesaria para evaluar. Tampoco podemos aceptar la tesis de la apoderada especial que por error cometido provoque la no adjudicación a su representada, cuando es de conocimiento de todos que estamos ante un procedimiento con reglas del juego claras y definidas que no deben prestarse a la confusión y que se encuentran contempladas en la ley y en el pliego de cargos, que fue publicado para que todas las personas naturales o jurídicas con la intención de participar, sepan de antemano las condiciones estipuladas en los términos de referencia.

..." (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 21 y 22 del expediente judicial).

De igual manera, el Pleno del Tribunal de Contrataciones Públicas, señaló lo siguiente:

"...

Siguiendo con la revisión, corresponde el ejercicio con la persona natural TANIA VANESA CORONADO, con un monto de Veinticinco Mil Novecientos Veintiséis Balboas con sesenta y cinco centésimos (B/.28,926.65). **De la observación de los documentos presentados, vemos que incumplió con el punto 2 de otros requisitos del pliego de cargos, al presentar la nota de compromiso de entregar de entregar los tóner solicitadas con fecha de entrega de 15 días hábiles y completamente genuinos, pero sin estar debidamente notariados.**

Tampoco apreciamos la aportación del requerimiento exigido en el punto 3 de otros requisitos del pliego de cargos, cual es las dos (2) cartas de referencia que indiquen la venta de tóner a otras empresas, dirigidas al Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y con fecha del año 2017, lo que significa que no es apta para ser susceptible de adjudicación.

La última propuesta es la presentada por la empresa RICOH PANAMÁ, S.A., con un precio de Veintinueve Mil Novecientos Sesenta y Cuatro Balboas con Cuarenta y Dos centésimos (B/.29,964.42). **Dicha oferta tampoco cumple con los términos de referencia, ya que el modelo del formulario de propuesta indica que a final de cada renglón debe colocarse la marca, el modelo, el país de origen y la casa productora, hecho que no fue satisfecho.**

...” (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 22 y 23 del expediente judicial).

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas a través de su Informe de Conducta destacó lo siguiente: “...Ante el escenario jurídico-fáctico, mostrado, consideramos que no era aplicable el rechazo de ofertas y por ende la cancelación del acto, en observancia del artículo 58 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, puesto que esa decisión no se encontraba sustentada en el orden público ni mucho menos en el interés social. **No obstante, luego del estudio de las diversas propuestas, consideramos que lo procesalmente aplicable es la declaratoria de desierto**, por ajustarse al numeral 2 del artículo 56 del Texto Único de la ley 22 de 2006, por considerarse que ninguna de las ofertas cumple con los requisitos del pliego de cargos...” (Cfr. foja 44 del expediente judicial).

Al respecto, el artículo 56 del Texto único de la Ley 22 de 2006, tal como estaba vigente al momento en que se dieron los hechos indica lo siguiente:

“Artículo 56. Acto desierto. La entidad licitante, mediante resolución motivada, declarará desierto el acto de selección de contratista por las siguientes causas:

1. Por falta de proponentes; es decir, cuando no se recibió ninguna oferta.
2. Cuando ninguna de las propuestas cumple con los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.
3. Si las propuestas presentadas se consideran riesgosas, onerosas o gravosas.
4. Si todas las propuestas presentadas en el acto provienen de un mismo grupo económico de sociedades vinculadas, conforme al numeral 42 del artículo 2 de la presente Ley.
5. Cuando los postores en un acto de subasta de bienes públicos no hubieran ofertado un precio igual o mayor del valor estimado para el acto, y en el caso de subasta en reversa, no hubieran ofertado un precio igual o menor del precio máximo de referencia.
6. Cuando se considere que las propuestas son contrarias a los intereses públicos.

7. Cuando el objeto de contratación esté contenido en el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios, y ninguna de las ofertas mejora los precios y condiciones contenidos en él.

Declarado desierto el acto, la entidad pública podrá convocar a un nuevo acto. La nueva convocatoria se realizará con la antelación prevista en el artículo siguiente.

En caso de subasta en reversa, si solo se presentara una propuesta, la entidad podrá, en lugar de declararla desierta, negociar directamente el contrato únicamente con ese proponente, a un precio que sea igual o menor del precio máximo de referencia; o igual o superior al valor estimado, en los casos de subasta de bienes públicos."

En abono a lo anterior, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso bajo análisis se **cumplieron con los presupuestos de motivación consagrados en la ley**, puesto que en la parte resolutive del acto acusado se establece de manera clara y precisa la justificación de la decisión adoptada por la institución; es decir, que la autoridad nominadora sustentó a través de elementos fácticos jurídicos que la decisión adoptada fue producto de un completo análisis en la que se acreditaron las causales establecidas para la infracción.

Todo lo expresado en los párrafos precedentes nos lleva a concluir que no le asiste la razón a la empresa **Ventas Corporativas SE**, cuando indica que la **Resolución 170 DC y P de 4 de diciembre de 2017**, emitida por el **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral** y la **Resolución 067-2018 PLENO/TACP de 3 de abril de 2018**, dictada por la **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP)**, ha infringido las normas señaladas por la recurrente, por lo que esos cargos de infracción deben ser desestimados por la Sala Tercera.

En cuanto al pago de diez mil balboas (B/.10,000.00), por los supuestos daños y perjuicios, supuestamente causados a la empresa no oponemos a esa pretensión puesto que la solicitud que hace la recurrente en tal sentido **es un elemento característico propio de los procesos contencioso administrativos de indemnización o reparación directa y no de los de plena jurisdicción**, por lo que tal pretensión también debe ser desestimada por ese Tribunal.

En relación con lo antes indicado, esta Procuraduría considera oportuno hacer referencia a lo manifestado por el Tribunal en la Resolución de 20 de febrero de 2019, que precisamente resolvió

el recurso de apelación que propuso la Procuraduría de la Administración en contra de la Providencia que admitió la demanda en estudio, en la cual se indicó:

“...

En esa línea de pensamiento, y sin perjuicio de lo antes expuesto, consideramos imperante aclararle a la apoderada judicial de la demandante, que la jurisprudencia de **la Sala Tercera ha sido enfática al pronunciarse en aquellos asuntos relacionados con la reclamación de una compensación económica, por los perjuicios derivados de la emisión del acto administrativo atacado de ilegal, cuando ha sido incluida dentro de una acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, señalando que esa pretensión no es propia de las acciones de plena jurisdicción, siendo el más reciente el dictado en la Sentencia de 5 de agosto de 2016, en la que expuso lo siguiente:**

‘Finalmente, debemos descartar la solicitud de reconocimiento de indemnización por daños y perjuicios, ya que la misma no va a ser considerada por este Tribunal Colegiado, primeramente porque la determinación de los posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contencioso administrativos de indemnización y no de plena jurisdicción, debido a que estos últimos, por su naturaleza, solo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estiman lesionados...’

Ese marco de ideas ha dejado de manifiesto, **que el resarcimiento de perjuicios no constituye una restauración del derecho subjetivo lesionado, por razón de la emisión del acto impugnado; puesto que, la naturaleza propia de las acciones de plena jurisdicción es no sólo buscar la nulidad del acto impugnado, sino que el derecho de la parte afectada retorne a su estado original; es decir, a la situación en la que se encontraba antes de la expedición del acto impugnado, de ahí la diferencia entre la acción contencioso administrativa contractual, en la que se requiere el pago de una compensación económica por el perjuicio causado, al darse un incumplimiento de lo pactado en el contrato y la acción de plena jurisdicción, que persigue la reparación del derecho particular lesionado.** Por lo tanto, al pronunciarse sobre el tema antes descrito, la Sala deberá tener en consideración, este planteamiento.

...” (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 71 y 72 del expediente judicial).

En atención a las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 170 DC y P de 4 de diciembre de 2017** emitida por el Ministerio de Trabajo y

Desarrollo Laboral ni la **Resolución 067-2018 PLENO/TACP de 3 de abril de 2018**, dictada por la Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP); y, en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Se **aduce** como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 837-18