



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. **081-2019**

RECORRENTE: **KEPLER SOFTWARE, S.A.**

ACTO APELADO: Resolución N° A-029-19 de 22 de mayo de 2019 proferida por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, que declara resuelta administrativamente en todas sus partes la orden de compra N°4200167600 de 4 de septiembre de 2018, adjudicada a la empresa KEPLER SOFTWARE, S.A.

MAGISTRADO PONENTE: **DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS**

RESOLUCIÓN No.111-2019-Pleno/TACP de 5 de julio de 2019.

CONSIDERANDO:

Que la Ley N°22 de 27 de junio del 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 61 de 2017, que regula las Contrataciones Públicas en Panamá, en su artículo 136, 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, entre otros, del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la sanción al contratista por incumplimiento del contrato y contra la resolución que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas en la que se impone multa a los servidores públicos.

Así las cosas, el Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 216 y siguientes, establece los requisitos para la presentación del Recurso de Apelación.

I. ANTECEDENTES

El día 22 de mayo de 2019 la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia publicó en el portal electrónico “*panamacompra*” la Resolución N°A-029-29 de 22 de mayo de 2019 por medio de la cual declaró resuelta administrativamente en todas sus partes la orden de compra



N°4200167600 de 4 de septiembre de 2018 adjudicada a la empresa KEPLER SOFTWARE, S.A. En dicha resolución también se dispuso inhabilitar a la empresa contratista por el término de 9 meses. (fs.06-07 exp. del tribunal)

II. RECURSO DE APELACIÓN

El día 31 de mayo de los corrientes, el licenciado MARIO ANTONIO CRUZ VERGARA presentó ante los estrados del Tribunal sustentación de recurso de apelación que había sido anunciado el día anterior ante la entidad. (fojas 9-17 y 24)

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

El recurso de apelación que se presenta ante este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, tiene sustento legal en la Ley 22 de 2006 (Texto Único) y el Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 216 y siguientes.

Primeramente el artículo 149 de la Ley 22 de 2006 expresa que *las resoluciones que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato, podrán ser recurridas en apelación, anunciándola ante dichas entidades dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato y sustentándola dentro del mismo término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante apoderado Legal*. Lo anterior es concordante con el 217 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018.

Dicho esto, procedemos a verificar si la presente acción recursiva cumple con las formalidades de Ley para ser ponderado en el fondo. A primera revisión nos percatamos que el poder que fue aportado con la sustentación del recurso no está firmado por el poderdante, constituyéndose esta situación en un vicio del consentimiento que impide continuar con el análisis del recurso. Cómo determinar si el recurrente está facultado para presentar el recurso, si no adjunta con su escrito ni siquiera una copia del poder de representación, ni la certificación de existencia de la empresa, en los que se pueda constatar que el apoderado legal está legitimado por el representante legal para tal mandato.

En este caso particular, observamos que el término para presentar el recurso de apelación vencía el día 31 de mayo, día en que el licenciado MARIO ANTONIO CRUZ VERGARA sustentó la acción recursiva, adjuntando poder sin la firma del poderdante. Tres días después, cuando ya el término se había vencido, aportó escrito que denominó "Escrito de Adición", el cual no es más que su intento por



subsanan los errores en los que había incurrido, puesto que aportó, ~~ahora se~~ Poder de representación notariado dirigido al Tribunal con el objeto de anunciar y sustentar recurso de apelación y certificación del Registro Público de la empresa KEPLER SOFTWARE, S.A. Recordemos que en el procedimiento del recurso de apelación establecido en el artículo 149 de la ley de contrataciones públicas vigente, el anuncio se realiza ante la entidad dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato y se sustenta dentro del mismo término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, **mediante apoderado legal**. Este detalle nos obliga a exigir al recurrente cumplir con las condiciones mínimas de presentación de una acción recursiva, que en todo caso se activa por la gestión de un profesional del derecho debidamente facultado para ello.

Observemos lo que expresa el párrafo primero del artículo 627 del Código Judicial que se aplica por supletoriedad en el caso que nos ocupa:

“Art. 627. **Además de la firma del poderdante**, puede llevar el poder la del apoderado como una prueba de que este lo acepta”.

Por otro lado, tampoco se presentó, dentro del término para sustentar el recurso de apelación, certificación de registro público en el que se haga constar la existencia de la empresa y su representante legal; por tanto, se trata de una acción que desde sus inicios se encuentra viciada, sin posibilidades de ser considerada para análisis en el fondo por parte de esta colegiatura.

Dicho lo anterior, citamos lo que al respecto establece el artículo 216 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018, en el sentido que, las resoluciones que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato y contra la resolución que emita la DGCP en la que se impone multa a los servidores públicos, **podrán ser recurridas mediante apoderado especial ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**. Obviamente, esta representación legal debe contar con todos los parámetros de ley para que se pueda ejercer el poder, lo cual no ocurrió en el caso particular que nos ocupa, y en atención a ello será el fallo que corresponde.

Visto lo anterior, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENTE el recurso de apelación presentado por el licenciado MARIO ANTONIO CRUZ VERGARA, en contra de la Resolución N°A-029-19 de 22 de mayo de 2019, que declaró la resolución administrativa de la orden de compra N°4200167600 de 4 de septiembre de 2018 e inhabilitó a la empresa KEPLER SOFTWARE, S.A. por el término de 9 meses.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su presentación en el portal. (Art.145 de la Ley N°22 de 2006 ordenada por la Ley N°61 de 2017).

TERCERO: ADVERTIR a las partes que esta resolución no agota la vía gubernativa.

CUARTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°081-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

QUINTO: DEVOLVER el expediente administrativo conformado por 248 fojas útiles a la entidad AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 149 y demás concordantes del Texto Único de la Ley 22 de 2006. Artículo 216 y 217 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018 por medio del cual se reglamenta la Ley de Contrataciones Públicas. Ley 38 de 31 de julio de 2000 sobre Procedimiento Administrativo General en lo aplicable. Artículo 627 del Código Judicial.

Notifíquese y Cúmplase,

Diógenes de la
Rosa Cisneros

Firmado digitalmente por Diógenes de la Rosa
Cisneros
DN: cn=Diógenes de la Rosa Cisneros, o=Diógenes
de la Rosa Cisneros, c=Panamá, ou=Tribunal
Administrativo de Contrataciones Públicas,
ou=Presidencia TACP, email=diogenes@tacp.gob.pa
Motivo: He revisado este documento.
Ubicación:
Fecha: 2019-07-16 14:37:05-00

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado
Con salvamento de voto,

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

KAREN SOLÍS
Secretaria General, encargada





REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZALEZ

Con el respeto de acostumbrado, dejo constancia que no comparto la decisión de rechazar de plano el recurso de apelación impetrado, tal como viene expuesto en la Resolución de mayoría N°111-2019-Pleno/TACP de 5 de julio de 2019. (Decisión), al considerar que los vicios que se han señalado como causal de no viabilidad del recurso, son perfectamente subsanables. Veamos:

1. Hemos sostenido y reiteramos nuestra posición respecto a que los errores que contenga un poder de representación, así como la falta de presentación del certificado del Registro Público que acredite la existencia de una persona jurídica, son subsanables.
2. A esos efectos, el artículo 696 del Código Judicial aplicable al procedimiento que nos atañe, claramente establece los defectos o vicios que deberán ser saneados por el juzgador, entre los que se destaca asegurar que *“se integre debidamente la relación procesal”*.
3. Adicionalmente, tenemos que el artículo 733 del Código Judicial no consagra entre las nulidades no haber constituido apoderado legal. Tampoco el Código Judicial enuncia la no concurrencia al procedimiento mediante apoderado legal como una nulidad insubsanable, lo que reafirma mi postura de que se trata de un simple vicio susceptible de subsanación.
4. Igualmente, resulta aplicable el artículo 862 del Código Judicial, por cuanto está norma destaca que: *“Los documentos no firmados sólo tendrán valor que corresponda si son reconocidos expresamente por la parte a quien se atribuyen, o si se demuestra que provienen de dicha parte por los medios comunes de pruebas, en concordancia con las otras pruebas del proceso y con sujeción a las reglas de la sana crítica”*.
5. A mi criterio, la parte afectada podría alegar que no se le requirió para reconocer el documento tal como destaca la norma o que la carta de garantía provenía de ella, debido a que tal circunstancia se encuentra acreditada en el expediente, puesto que dicho documento fue presentado conjuntamente con toda su propuesta, según lo previsto por la norma legal, en el sentido que: *“Los documentos no firmados sólo tendrán valor que corresponda... si se demuestra que provienen de dicha parte por los medios comunes de pruebas, en concordancia con las otras pruebas del proceso”*.

6. La ley de Contratación Pública claramente consagra la posibilidad de subsanar las actuaciones de las partes:

Artículo 158. **Convalidación de los actos anulables**. La administración podrá convalidar los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan.

Artículo 159. **Complementación de los actos anulables**. Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos necesarios, la administración lo pondrá en conocimiento a su actor, concediéndole el plazo de diez días para complementarlo.

7. Por su parte, el artículo 52 de la Ley 38 de 2000, también aplicable al procedimiento de contratación pública, en casos de vacíos, tampoco considera como una nulidad absoluta no haber comparecido al procedimiento a través de apoderado, por lo cual resulta un vicio subsanable.
8. En tanto, el artículo 60 de la misma Ley 38 de 2000, advierte que: *“cuando en cualquier momento se considere que algunos de los actos de las partes no reúnen los requisitos necesarios para que surtan efecto jurídico, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para complementarlo”*.
9. A propósito, resulta oportuno citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de agosto de 2015, bajo la Ponencia del Magistrado Abel Zamorano, en virtud de la cual se ordenó la corrección de un poder debido a que faltaba en el sello de autenticación de firmas suscrito por el Notario Público, la firma de los testigos, veamos:

“Por otra parte, en atención al segundo cargo de oposición se observa que el poder otorgado a la licenciada Ledezma ante la Notaria Pública Segunda del Circuito de Coclé, se realizó sin la presencia de los testigos según consta a fojas 167-168, tal como lo exige el artículo 1730 del Código Civil que señala: “Harán fe las atestaciones que ante dos testigos hagan notarios al pie de documento privado”. La falta de estos testigos implica que el poder fue otorgado sin cumplir los requisitos de Ley, y en consecuencia debe ser corregido, por lo cual lo procedente es devolverlo a través de un despacho para que en el término de cinco (5) días, el Consejo Municipal de Aguadulce corrija el error antes indicado”.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema de Justicia ordenó corregir un “Poder Especial” por carecer de la solemnidad correspondiente que señala la ley, utilizando como fundamento jurídico el artículo 1730 del Código Civil, con lo cual la más alta Corporación de Justicia de nuestro país dio la oportunidad al recurrente de corregir el poder en lugar de causarle perjuicios por un error en que incurrió la Notaria Pública Segunda del Circuito de Coclé.

10. Una actuación distinta de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de no admitir la demanda por el error en que incurrió la notaría al no encontrarse en el

sello de autenticación de firma suscrito por el notario las firmas de los testigos, hubiese representado una falta de tutela. Dicho de otro modo, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en particular el derecho de acceso a la justicia que se deriva de aquel.

11. Tampoco se ha tenido en cuenta el artículo 642 del Código Judicial, que determina:

“Por regla general, ninguno puede representar a otro en proceso, sino con poder otorgado con las formalidades legales; pero para notificarse de una demanda, contestarla, y para proponer o contestar alguna acción, incidente o recurso, cuando de no hacerlo pueda la parte sufrir gran perjuicio, no se necesita poder.

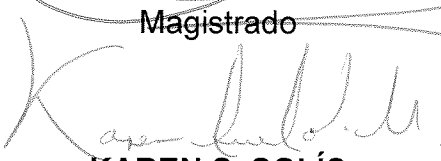
Cualquiera puede hacerlo, dando caución a satisfacción del juez de que la parte por quien habla lo aprobará como hecho por ella misma en el término hasta de dos meses, prorrogables por causa justificada hasta por un mes más a prudente arbitrio del juez”.

12. En cuanto a la no aportación de la Certificación del Registro Público, el artículo 637 del Código Judicial determina que, para comprobar la existencia legal de una sociedad, quién tiene su representación en proceso, o que éste no consta en el Registro, hará fe el certificado expedido por el Registro dentro de un año inmediatamente anterior a su presentación, sin señalar que su no aportación no permita la subsanación de la actuación de la parte que acude al proceso.

En consecuencia, lo conducente era que el sustanciador hubiese ordenado el saneamiento del poder y la aportación del certificado del Registro Público que acreditase la existencia y representación legal de la sociedad recurrente, para que se integrara debidamente la relación procesal y evitar dejar al administrado en indefensión, por los errores en que incurrió el profesional del derecho.

Siendo que los planteamientos esbozados no fueron acogidos por el resto de los magistrados, salvo el voto.


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


KAREN S. SOLÍS
Secretaria General Encargada

