



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 054-2017

RECURRENTE: COMIPEL, S.A.

ACTO RECURRIDO: Resolución SBP-ADM-0008-2017 de 14 de marzo de 2017, dictada por la Superintendencia de Bancos, correspondiente al Acto Público No. 2016-3-10-0-08-CM-004474, que decidió Rescindir la Orden de Compra No. 722 de 19 de octubre de 2016, para la adquisición de una trituradora de papel, y a la vez inhabilitó por el término de tres (3) meses a la empresa COMIPEL, S.A., para participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

RESOLUCIÓN No.033-2018/TACP de 15 de febrero de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que 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 Apelación contra la Resolución Administrativa de un Contrato y los efectos de la Inhabilitación del contratista.

El Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 359 a 364 y s.s., establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Apelación.

I. ANTECEDENTES:

El Estado representado en esta oportunidad por la Superintendencia de Bancos, convocó el Acto Público de selección de contratista N° 2016-3-10-0-08-CM-004474, para la adquisición de trituradora de papel, según especificaciones, el cual, luego de las formalidades de la ley de contrataciones públicas y de la

21



aplicación del procedimiento legalmente establecido, le fue adjudicado a la empresa COMIPEL, S.A., por un monto de Cinco Mil Setecientos Sesenta con 00/100 (B/.5,760.00), ya que, pese a haber sido la única oferta, cumplió con cada una de las condiciones establecidas en los términos de referencia del presente procedimiento de selección de contratista.

Ya en la etapa de ejecución o de entrega del objeto contractual, la Superintendencia de Bancos decidió, mediante la Resolución No. SBP-ADM-0008-2017 de 14 de marzo de 2017, Rescindir la Orden de Compra No. 722 de 19 de octubre de 2016, basándose en que la entrega inicial se pactó para el día 15 de noviembre de 2016, dado a que la misma se estableció dentro de quince días calendario una vez refrendada la orden de compra, y que a pesar de habersele otorgado una prórroga hasta el día 23 de diciembre del mismo año, aun así la contratista incumplió con la entrega del objeto contractual, hecho que originó la resolución de la orden de compra y su consiguiente inhabilitación.

Por su parte, la empresa COMIPEL, S.A., por conducto de su representación legal, anunció y sustentó dentro del término procesal de la ley especial que nos gobierna, el recurso de apelación, por encontrarse en total desacuerdo con la decisión dictada por la Superintendencia de Bancos.

Motiva su disconformidad en el único hecho de que la Nota No. SBP-DA-GC-N-1064-2017, fechada 15 de febrero de 2017, que se refiere a la nota de intención de resolución del contrato, la cual le concede a la empresa un término de cinco (5) días hábiles para que conteste y presente pruebas que considere pertinente para sustentar su incumplimiento, no fue publicada en el portal electrónico. Hecho que considera violatorio a la ley de contrataciones públicas, específicamente lo contemplado en el artículo 116 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

II. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Luego del agotamiento de las fases previas del presente proceso y de los planteamientos antes vertidos, esta Colegiatura, en virtud del contenido del numeral 2 del artículo 120 del Texto Único de la Ley N°22 del 27 de junio de 2006, procede a desatar lo contencioso, a fin de darle respuesta a los administrados y a la administración, respecto al acto administrativo en etapa de ejecución, como consecuencia del recurso de apelación que fue anunciado y sustentado dentro del marco de la ley que nos gobierna.

Por ello, lo que continúa es determinar si estamos ante un yerro jurídico que deba ser remediado o no en esta fase de agotamiento de la vía gubernativa, verificando si la entidad realizó el procedimiento dentro del marco de la ley sustantiva-adjetiva, para posteriormente concluir con la confirmación del acto público en debate, la revocatoria de la decisión administrativa o la declaratoria de nulidad relativa o absoluta del proceso.



Así, pues, tenemos que la Superintendencia de Bancos a través de la Resolución No. SBP-ADM-0008-2017 de 14 de marzo de 2017, decidió rescindir la Orden de Compra No. 722 de 19 de octubre de 2016 e inhabilitar a la empresa COMIPEL, S.A., por el término de tres (3) meses, por considerar que la misma incumplió con la entrega del objeto contractual, cual había sido pactado su entrega, luego de la concesión de prórroga, el día 23 de diciembre de 2016.

No obstante, no podemos entrar en el fondo del asunto, es decir, determinar si en efecto existe o no incumplimiento en la entrega de la trituradora de papel, sin antes evaluar la actuación de la entidad en el tema del procedimiento legalmente establecido, y para ello, debemos remontar a lo que dispone el artículo 116 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que trata sobre el procedimiento de resolución.

De la revisión del recurso de apelación presentado por la empresa recurrente y el expediente administrativo suministrado por la entidad contratante, esta instancia administrativa observa que se presentaron deficiencias en la aplicación del procedimiento de resolución administrativa del contrato, vulnerando lo dispuesto en el artículo 116 del texto único de la Ley 22 de 2006.

Este Tribunal no puede dejar de soslayar que el procedimiento para la resolución administrativa del contrato debe iniciarse, con un documento de formulación de cargos, que debe ser notificado al contratista, en donde se le dé la oportunidad de exponer las razones de su incumplimiento y que aporte las pruebas eximentes de culpabilidad, en caso de que existan. Así, el Artículo 116 de la Ley 22 de 2006, dispone que:

"Artículo 116. Procedimiento de resolución.

La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas:

- 1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.*
- 2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.*
- 3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas.*
- 4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.*
- 5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso - administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.*
- 6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente. Las <lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000".*

y



Ahora bien, la nota de intención a que hacemos referencia, más allá que se pretendió notificar de manera personal a la recurrente, debido a que no se realizó en debida forma (foja 52 del expediente administrativo), además tampoco cumple con el artículo 129 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ya que debió notificarse a través del portal electrónico "PanamaCompra", ya que esa es la única forma de notificación que la ley especial reconoce. Realizar lo contrario, sería una actuación alejada del derecho y que no puede ser avalada por esta Colegiatura, toda vez que ello sería permitir que las entidades apliquen la ley de forma distinta a la legislada, vulnerando el mandato constitucional que nos recuerda el deber de los funcionarios públicos de realizar únicamente lo que la ley y la constitución nos permite.

Al examinar el procedimiento de resolución administrativa realizado por la Superintendencia de Banco, a la luz de la norma antes citada, se colige que se pretermitió una etapa en el procedimiento, toda vez que en el registro del acto público No. 2016-3-10-0-08-CM-004474 en el Portal de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", no existe constancia alguna que a la empresa COMIPEL, S.A., se le hayan formulado cargos al inicio del procedimiento de resolución administrativa de la Orden de Compra No. 722 de 19 de octubre de 2016; en virtud que la actuación administrativa previa a la emisión de la Resolución N° SBP-ADM-0008-2017 de 14 de marzo de 2017, lo constituye la orden de compra refrendada por la Contraloría General de la República.

Y aunque la nota de intención de resolución de la orden de compra fue notificada de manera personal, no compartimos el hecho que se tome como válida la notificación por conducta concluyente que aborda la Ley No. 38 de 2000, ya que la supletoriedad de las leyes únicamente son aplicables cuando exista un vacío, en este caso, en el procedimiento de notificación, el cual no ha sido la oportunidad, por esa razón no podemos permitir que las entidades realicen procedimientos distintos a la ley positiva, pues el artículo 129 de la ley que nos gobierna, de manera directa sostiene que todas las resoluciones y demás actos administrativos que emitan las autoridades contratantes dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, así como las que dicte el Tribunal de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

La ordenanza citada y contemplada en nuestra ley positiva, nos impide a que interpretemos las normas de la contratación pública, siguiendo trámites, procedimientos distintos o adicionales a los expresados por la ley especial.

Consideramos que no cabe la supletoriedad en materia de notificación, y que debemos respetar el proceso debido en materia de comunicación, ya que independiente de que el accionante realice cualquier tipo de actuación dentro del tiempo oportuno, estaríamos avalando la desnaturalización de la notificación legal que exige el artículo 129 Texto Único de la Ley 22 de 2006, permitiendo de esa forma que los administradores de justicia realicen las notificaciones de forma extralimitada y al

9



margen de la ley que nos gobierna, creando con ello una desigualdad entre las partes y la aplicación de procedimientos distintos a los correspondientes.

Este Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo, si se ha vulnerado la garantía del debido proceso legal, la pretermisión de una etapa en el procedimiento de resolución administrativa del contrato, afectó la validez del mismo. Así, el numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, establece que los actos administrativos son nulos "si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal", al igual que el artículo 135 de la ley de contrataciones públicas.

En concordancia con lo expuesto, el Principio del Debido Proceso, el cual constituye uno de los principios rectores de la contratación pública, consagrado en el Artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006, dispone que:

"El debido proceso establece que todas las personas tienen derecho a las garantías esenciales, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista, y en las demás etapas de la contratación pública y permitirle ser oído y hacer valer sus derechos ante la entidad licitante, la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Con motivo de los señalamientos esbozados, es improcedente la resolución administrativa de la Orden de Compra No. 722 de 19 de octubre de 2016, referente a la trituradora de papel, toda vez que no se cumplió con el trámite dispuesto en la Ley para la resolución administrativa de la orden de compra; en consecuencia resulta improcedente la declaratoria de inhabilitación de la empresa COMIPEL, S.A., ni de la resolución administrativa de la orden de compra mencionada.

Cabe destacar que la declaratoria de la nulidad será desde el acto de notificación de la nota intención de resolución, lo que significa que el proceso se retrotraerá para que se proceda con la notificación de dicha nota en el portal electrónico y se continúe con el proceso.

De igual forma, como quiera que estamos declarando la nulidad de lo actuado, nos avocamos al contenido del artículo 58 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que nos indica que "cuando se anule un acto administrativo, y en su adopción o celebración se compruebe que ha mediado culpa grave o dolo del funcionario que lo emitió o celebró, o el acto haya causado perjuicios a la Administración Pública o a una dependencia estatal, la autoridad que decreta la nulidad deberá iniciar o propiciar el inicio de una investigación o proceso para determinar la responsabilidad disciplinaria, penal o patrimonial en que pueda haber incurrido dicho funcionario".

Por lo anterior, realizamos un llamado a la entidad, con el propósito que se inicie una investigación disciplinaria en contra del funcionario encargado de realizar la notificación, de conformidad a lo establecido en el artículo ut supra.

91

Por las razones anteriormente expuestas y valoradas, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes la Resolución No. SBP-ADM-0008-2017 de 14 de marzo de 2017, dictada por la Superintendencia de Bancos, correspondiente al acto Público No. 2016-3-10-0-08-CM-004474, por haberse celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, el cual se retrotraerá desde el acto de notificación de la nota de intención de resolución de la Orden de Compra No. 722 de 19 de octubre de 2016.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente Administrativo del presente proceso, contenido de un (1) tomo conformado de sesenta y cinco (65) fojas útiles, tal y como se indica en el informe secretarial que se conserva en la foja 28 del expediente del Tribunal.

TERCERO: 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 un (1) día hábil posterior a su publicación en el portal electrónico.

CUARTO: ADVERTIR a las partes, que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción correspondiente ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.054-2017/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de 1972, reformada por los Actos Reformativos de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983, y con las reformas introducidas por los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994 de Panamá, Texto único de la Ley N°22 del 27 de junio de 2006; Decreto Ejecutivo N°366 del 28 de diciembre de 2006, Ley 38 de 31 julio de 2000; Código Judicial.

Notifíquese y Cúmplase,

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

JOSE ARANDA RIOS
Magistrado

KAREN S. SOLÍS M.

Secretaria General, Encargada

CONCURRE EN
EL VOTO.





REPUBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTE: MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE: 054-2017

RESOLUCION No. 033-2018/TACP DE 15 DE FEBRERO DE 2018 (Decisión)

Con el respeto acostumbrado debemos manifestar que estamos de acuerdo con la decisión de declarar la nulidad en el caso *sub lite*. Empero con respecto al tema, es de rigor señalar que compartimos la existencia de un vicio o causal de nulidad; no obstante, sobre el particular expresamos los siguientes puntos a efectos de motivar nuestra opinión:

SOBRE LA PRETENDIDA NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN

No podemos negar la importancia del régimen de comunicaciones procesales a través de las notificaciones, institutos procesales indispensables por razón del principio del contradictorio, la bilateralidad y el debido proceso. Sin embargo, resulta dubitable el hecho que siempre que nos encontremos bajo el escenario de una indebida comunicación del acto procesal (notificación) a la parte afectada (recurrente), ésta pierde la oportunidad de objetar o impugnar dicho acto, ya que existe la posibilidad que el contratista afectado por la resolución administrativa de un determinado contrato, interponga en debida forma el remedio procesal indicado en la legislación, evitando que el acto de que se trate surta efectos en su contra. De lo anteriormente expuesto, es claro que se comete una irregularidad administrativa, empero debemos recordar que en materia de nulidades rigen los principios de especificidad y trascendencia, lo cual impide declarar nulo un acto procesal, si el defecto o error que presenta no está erigido como una auténtica causal de nulidad; en tanto que el segundo, es decir, el principio de trascendencia proclama que "la declaratoria de nulidad sólo procede en caso de agravio o perjuicios procesales al que la alega, salvo las nulidades insubsanables" (art. 741 C.J.) concordantes con los artículos 134 al 140 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006. Con todo el primero esta ya bastante atemperado, mientras que el segundo goza de mayor vigencia normativa y jurisprudencial hoy en día.

Así las cosas, debemos señalar que mantenemos el criterio vertido en cuanto a reducir al mínimo las sanciones de nulidad procesal, por efectos del principio de economía procesal y eficacia. Sin embargo, de una lectura minuciosa, nos encontramos con la realidad fáctica que la alegada notificación personal no fue realizada en debida forma como consta a foja 52 del expediente administrativo. No

podemos en aras de la economía; convalidar actuaciones que serían claras vulneraciones a los derechos fundamentales; otra sería la suerte si hubiéramos podido constatar que el acto de notificación personal se hubiere hecho en debida forma, ya que ante tal supuesto -aún cuando la notificación no se colgó en el portal "PanamáCompra" no encontraríamos una verdadera vulneración a los derechos del litigante quien se vería reducido a ejercer los derechos y remedios procesales que la ley otorga, pero este no es el caso.

Es por lo anterior que una vez precisadas las consideraciones adicionales que me llevan a respaldar la decisión adoptada por la mayoría de mis colegas del Pleno en el proceso de marras presento mi voto concurrente.

Fecha ut supra.


José Aranda Ríos
Magistrado


Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada



JAR/c.a.c.y.