



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE N°: 268-2022

RECURRENTE: FUMIGADORA DON JORGE, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones N°0038-2022 de 27 de octubre de 2022, por el cual Mercados Nacionales de Cadena de Frío, S.A., adjudicó el acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-2-79-1-99-CM-002829.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS MARISCAL

RESOLUCIÓN N°252-2022-Pleno/TACP de 5 de diciembre de 2022 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El artículo 146 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, en adelante Ley 22 de 2006, establece que este Tribunal tiene competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia de los recursos de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de octubre de 2022, el Departamento de Compras de Mercados Nacionales de Cadena de Frío S.A., (la entidad), realizó convocatoria, a través de *PanamaCompra*, a todos los interesados en participar en el acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-2-79-1-99-CM-002829, para el “SERVICIO DE FUMIGACION PARA EL CONTROL DE INSECTOS VOLADORES Y RASTREROS” (sic).
2. El precio de referencia se estableció en cuarenta y nueve mil novecientos noventa balboas (B/.49,990.00).
3. La celebración del acto público se realizó el 26 de octubre de y contó con la participación de los siguientes proponentes:

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
4-700-1539-91	Aixa Mariela López	25-10-2022 09:47 p.m.	45,000.00
3-726-1249-50	Yanelis Gisselle Jaen Camarena	25-10-2022 11:04 p.m.	24,500.00
8-518-1550-42	Cornelio Rivas Garcia	26-10-2022 09:29 a.m.	40,900.00
983932-1-532761-43	PANAMA PEST MANAGEMENT, S.A.	26-10-2022 09:31 a.m.	32,100.00
1993126-1-739008-80	FUMIGADORA DON JORGE, S.A.	26-10-2022 09:37 a.m.	42,491.50
6--710-1159-90	LUIS EDGARDO DIAZ	26-10-2022 09:39 a.m.	41,730.00

4. El 27 de octubre de 2022, la entidad publicó el Cuadro de Cotizaciones N°0038-2022 de 27 de octubre de 2022, por el cual adjudicó el acto público en estudio, a la empresa proponente PANAMA PEST MANAGEMENT, S.A., por la suma de treinta y dos mil cien balboas (B/.32,100.00).



5. El 11 de noviembre de 2022, el licenciado Jorge Acosta, apoderado especial de la empresa FUMIGADORA DON JORGE, S.A. (recurrente o parte actora), presentó ante la Secretaría de este Tribunal, recurso de impugnación, visible de foja 008 a 023 del expediente jurídico, así como en *PanamaCompra*, en contra del referido acto administrativo.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El Tribunal, por medio del Magistrado Sustanciador, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos de ley, procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la ley y su reglamento, admitiendo el recurso de impugnación a través de la Resolución de Admisión N°214-2022/TACP de 14 de noviembre de 2022, publicada el 15 de noviembre de 2022, en *PanamaCompra*.

III. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE

La parte actora impugnó el acto administrativo, con fundamento en las siguientes razones:

1. La resolución impugnada carece de motivación, dado que se limitó a señalar que la propuesta de menor precio no cumple y la siguiente propuesta de menor precio sí cumple, procediendo a adjudicar el acto público, es decir, la resolución de adjudicación violó el principio de motivación, al no sustentar las razones por las que una y otra oferta, cumple o no, el pliego de cargos.
2. La impugnante sostuvo que las cuatros (4) ofertas de precios más bajos incumplieron el pliego, de allí que le entidad debió adjudicarle el acto público a la propuesta de Fumigadora Don Jorge, S.A., la quinta oferta de menor precio.
3. Por último, la recurrente solicitó a este Tribunal revocar el acto administrativo impugnado y restablecer el derecho vulnerado a Fumigadora Don Jorge, S.A., ordenando se le adjudique el acto público de marras.

IV. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA POR PARTE DE LA ENTIDAD

El 22 de noviembre de 2022, la entidad publicó en *PanamaCompra*, la Nota N°MNCF/GA/DC-185-2022 de igual fecha, remitiendo el Informe de Conducta suscrito por el Gerente General, del cual reposan fotocopias a fojas 039 y 040 del expediente de este Tribunal.

En dicho informe la entidad realizó un recuento de sus actuaciones, desde la convocatoria hasta la adjudicación del acto público, sin aportar elementos de juicio distintos a los visibles en *PanamaCompra*. Veamos extracto de la nota e informe, antes mencionados, remitidos por la entidad:

“ ...



... ”

Panamá, 22 de noviembre de 2022

Nota No.MNCF/GA/DC-185-2022



Señores Magistrados:

En atención a la **Resolución No.214-2022/TAPC (Admisión) de 14 de noviembre de 2022**, remitimos Informe de Conducta del **Acto Público No.2022-2-79-1-99-CM-002829**.

Cabe indicar que toda actuación está publicada en el sistema electrónico de contrataciones públicas Panamacompra, concerniente al acto público antes mencionado.

...

“ ...



INFORME DE CONDUCTA

SEÑORES MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, E. S. D.:

...

Que mediante Cuadro de Cotizaciones No. 0038-2022 de 27 de octubre de 2022, se procedió a la verificación de la propuesta con el precio más bajo (**Yanelis Gisselle Jaen Camarena, por un monto de B/.24,500.00**), determinándose que la misma no cumplió con los requisitos y exigencias del Pliego de Cargos.

Posteriormente se procedió a verificar la propuesta con el segundo precio más bajo, siendo ésta la presentada por (**PANAMA PEST MANAGEMENT, S.A., por un monto de B/.32,100.00**), determinándose que la misma cumplía con los requisitos y exigencias del Pliego de Cargos; y por lo tanto, adjudicar el Acto Público a dicho proponente.

...

IV. PRETENSIÓN SOLICITADA POR EL IMPUGNANTE

La empresa **FUMIGADORA DON JORGE, S.A.**, en su Recurso de Impugnación solicita **REVOCAR** el Cuadro de Cotización No.038-2022 y se le adjudique el Acto Público de selección de contratista No. **No.2022-2-79-1-99-CM-002829**.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos respetuosamente al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, una vez realizado el análisis de los hechos y las pruebas presentadas por el impugnante, nos permita realizar una nueva verificación de las propuestas presentadas y así continuar con el debido trámite y proceso correspondiente, objeto del presente acto público, que es un tema de salud pública, al tratarse de centros de manejo de alimentos que son comercializados a nivel nacional a través de los distintos mercados públicos.

...”

V. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A. Tipología del procedimiento de selección de contratista de marras

En cumplimiento del artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, procedemos a resolver el presente recurso, con base en los criterios que a continuación se exponen y teniendo en cuenta que el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa, es una Contratación Menor, dispuesta en el artículo 57 de la Ley 22 de 2006, que a la letra establece:

“Artículo 57. Contratación menor. El procedimiento para la contratación menor permitirá, de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que



no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone esta Ley.

En la contratación menor no se exigirá fianza de propuesta. Tampoco se exigirá fianza de cumplimiento, salvo que la entidad licitante lo considere necesario; no obstante, los contratistas seleccionados deberán garantizar a la entidad que se obligan a responder por los defectos de construcción de la obra, por vicios de las cosas o por el cumplimiento de las condiciones pactadas, en los términos que se establezcan en el reglamento de esta Ley.

En las contrataciones menores que no superen los diez mil balboas (B/.10,000.00), se aplicará un procedimiento expedito por cotizaciones, que será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.

En las contrataciones menores, las entidades deberán seleccionar preferiblemente a las micro y pequeñas empresas, siempre que estas empresas cumplan con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5 % en relación con la propuesta de menor precio presentada por empresa no Mipymes; entre las Mipymes, se deberá escoger a la que ofrezca el menor precio. Las micro y pequeñas empresas deberán estar clasificadas como mipymes dentro del Registro de Proponentes del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", para que la entidad licitante pueda verificar su condición de acuerdo con la ley.

La Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa deberá actualizar anualmente dicho registro, a fin de acreditar las empresas que mantienen tal condición.

Los contratos menores que realicen los municipios y las juntas comunales se celebrarán conforme al procedimiento establecido en la reglamentación correspondiente".

B. Criterios de interpretación.

1. Constitucionales

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables a los procedimientos de selección de contratista se deben a la fuente de toda norma, nos referimos a las disposiciones constitucionales, de las cuales son resaltables los artículos 215 y 266 de la Carta Fundamental. Veamos:

"Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios.

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial".

"Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

2. Legales

Según lo establece la propia ley, la interpretación de las reglas contractuales se sustenta en los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de



Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006.

“Artículo. 35. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

De igual forma, hemos procurado que los hechos afirmados por la empresa recurrente, hayan sido probados fehacientemente, a objeto de obtener, en derecho, un pronunciamiento sobre las circunstancias que lo llevaron a interponer la impugnación ante este Tribunal Colegiado.

Así pues, en atención al *Principio de Motivación*, pasamos a analizar los hechos sobre los cuales la recurrente fundamentó sus pretensiones.

C. Análisis de los cargos en contra de la actuación de la entidad

1. Falta de motivación

De acuerdo a la parte actora, la resolución impugnada violó el principio de motivación, ya que no expuso las razones por las que la propuesta de menor precio no cumple, así como tampoco sustentó por qué la segunda oferta de menor precio cumple el pliego de cargos.

Veamos la resolución referida por la actora:



RESOLUCION DE ADJUDICACION (Para Contratación Menor entre 10,000 y 50,000.00)

Cuadro de Cotizaciones No. 0038-2022 del 27 de octubre de 2022

Por el cual se adjudica la Contratación Menor No. 2022-2-79-1-99-CM-002829, para **SERVICIO DE FUMIGACION PARA EL CONTROL DE INSECTOS VOLADORES Y RASTREROS EN EL MERCA DAVID CMPC VOLCAN, CERRO PUNTA Y DOLEGA, MERCADO PUBLICO DE DAVID EN LA PROVINCIA DE CHIRIQUI, CMPC DE EL EJIDO EN LA PROVINCIA DE LOS SANTOS Y MERCADO PUBLICO DE CHITRE..**

La Licda. Johana De Gracia Jefa del Departamento de Compra y Proveeduría del Mercado Nacional De Cadena De Frio S.A., facultada Mediante Resolución No. MNCF-GG-10-2021, en ejercicio de sus facultades legales, o delegadas.

CONSIDERANDO:

Que mediante aviso de convocatoria publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” el 20 del mes de octubre del año 2022 se hizo el llamado a los interesados en participar como proponentes, para el Acto Público No. 2022-2-79-1-99-CM-002829, cumpliéndose con lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 y las normas reglamentarias.

Que el día 26 de octubre de 2022, fueron recibidas por parte de esta Entidad las propuestas para dicho acto público, detalladas en el siguiente cuadro:

PROPUESTAS RECIBIDAS:



No.	Proponente	Oferta Económica
1	LUIS EDGADO DIAZ	B/. 41,730.00
2	CORNELIO RIVAS GARCIA	B/. 40,900.00
3	AIXA MARIELA LOPEZ	B/. 45,000.00
4	YANELIS GISSELLE JAEN CAMARENA	B/. 24,500.00
5	FUMIGADORA DON JOSE, S.A.	B/. 42,491.50
6	PANAMA PEST MANAGEMENT, S.A.	B/. 32,100.00

Que conforme al procedimiento se verifico la oferta en atención al menor precio, determinándose que el proponente **YANELIS GISSELLE JAEN CAMARENA** además de haber ofertado el menor precio, NO cumplió con todos los requisitos exigidos por el pliego de cargos y por lo tanto su propuesta no representa el mejor interés para el Estado, se procede a verificar la oferta con el segundo menor precio, determinándose que el proponente **PANAMA PEST MANAGEMENT, S.A.** Si cumple con todos los requisitos exigidos por el pliego de cargos y por lo tanto su propuesta representa el mejor interés para el Estado

Que por todas las consideraciones descritas previamente y sumado al hecho que a la fecha no se han recibido acciones de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, [o estas ya han sido resueltas a favor de la entidad licitante], La Licda. Johana De Gracia Jefa del Departamento de Compra y Proveeduría del Mercado Nacional De Cadena De Frio S.A., facultada Mediante Resolución No. MNCF-GG-10-2021, en ejercicio de sus facultades legales o delegadas,

RESUELVE:

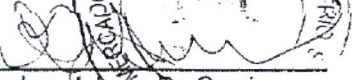
PRIMERO: Adjudicar el Acto Público No. 2022-2-79-1-99-CM-002829 al proponente **PANAMA PEST MANAGEMENT, S.A.**, por la suma de **TREINTA Y DOS MIL CIEN BALBOA con 00/100 B/. 32,100.00.**

SEGUNDO: Ordenar que se realice la publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", para su debida notificación, por el término de dos (2) días hábiles.

TERCERO: Advertir que, contra la presente resolución, podrá interponerse el Recurso de Impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 71 del Texto Único de Leyes 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma: 
Nombre: Johana De Gracia
Cargo: Jefa De Compra

Así las cosas, el artículo 26 de la Ley 22 de 2006, al referirse al *Principio de transparencia*, establece lo siguiente:

"Artículo 26. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

...

5. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto.

...". (Lo subrayado y resaltado es del Tribunal).

Siguiendo ese orden de ideas, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, aplicada de forma supletoria, respecto a la motivación de los actos administrativos, señala:

"Artículo 155. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

1. Los que afecten derechos subjetivos;
2. Los que resuelvan recursos;
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos; y
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley". (El subrayado es nuestro).



Las normas anteriores son claras al señalar que la motivación de los actos administrativos debe ser precisa y detallada, lo que en el caso que nos ocupa se traduce en que la entidad debió señalar de forma clara y precisa las razones por las que la propuesta de menor precio, presentada por la proponente Yanelis Gisselle Jaén Camarena, no cumplió el pliego de cargos y en relación a la propuesta adjudicataria, presentada por Panama Pest Management, S.A., se limitó a indicar *“Si cumple con todos los requisitos exigidos por el pliego de cargos”*, sin mayores consideraciones, contraviniendo los artículos referidos.

En ese contexto debemos precisar que la entidad no hizo referencia a instrumento por el cual haya revisado las propuestas, ni en el acto administrativo impugnado, ni en el informe de conducta. Así las cosas, este Tribunal constató que en el expediente electrónico del acto público, no reposa acta de verificación de propuestas, conforme el artículo 94 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, modificado por el Decreto Ejecutivo 34 de 2022, que a su letra señala lo siguiente:

“Artículo 94. Contrataciones menores que superen los diez mil balboas (B/.10,000.00) y no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00). Para las contrataciones menores de bienes, servicios u obras que superen los diez mil balboas (B/.10,000.00) y no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) se, procederá de la forma siguiente:

1. ...
- ...
5. Concluida la etapa de subsanación, la entidad aplicará lo dispuesto en los artículos 88, 89 y 90 de este reglamento cuando aplique, en caso contrario procederá a verificar en primera instancia, únicamente la propuesta del proponente que ofertó el precio más bajo, y comprobará el cumplimiento de todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.
6. En los casos de adquisición de un bien, servicio u obra, la entidad **deberá apoyarse con personal calificado en el objeto de la contratación, para la verificación del cumplimiento de todos los requisitos y especificaciones exigidos en el pliego de cargos. La entidad procederá a elaborar un acta en la que conste la revisión de todos los requisitos y especificaciones técnicas y será firmada por quien o quienes la elaboren y será incorporada al expediente electrónico cumpliendo con su publicación.**
7. ...
8. Si la entidad determina que quien ofertó el precio más bajo no cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, procederá inmediatamente a verificar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente...”. (Lo subrayado y resaltado es del Tribunal).

Como se observa, el artículo arriba citado es mandatorio, pues establece que para la verificación de las propuestas, las entidades **deben** apoyarse en personal calificado en el objeto de la contratación y también señala que la verificación debe constar en acta y ser publicada en *PanamaCompra*.

So pretexto de tratarse de una contratación menor, en la que según el precitado artículo 57 de la Ley 22 de 2006, se deben cumplir con un mínimo de formalidades, no es dable vulnerar los principios de contratación dispuestos en dicha ley, ni mucho menos obviar el cumplimiento de las disposiciones legales.

Así pues, la entidad está compelida a hacer un examen técnico de todas las ofertas, claro está, en orden al precio propuesto por cada una; y luego de publicar dicho informe, por medio de un acta, debe adoptar una determinación con respecto a la selección objetiva de la propuesta que será adjudicada.



Por lo anterior, está claro en la reciente legislación que, es competencia de la entidad hacer el examen técnico de las propuestas, por lo cual, este Tribunal no le corresponde realizar dicha labor.

En ese sentido, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 5 de mayo de 2017 señaló lo siguiente

“ ...

Por todo el desarrollo expuesto en los párrafos precedentes, es que esta Alta Magistratura, considera que se ha podido comprobar la vulneración de los preceptos legales contenidos en los artículos 34 y 155 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 (Procedimiento Administrativo General), tal como fuese invocado por la parte actora en su demanda, ya que el infringido artículo 34, dispone que “...Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición...”(Sic)(Resaltado por la Sala Tercera).

Tal como se pudo corroborar, en el presente caso existieron visibles vulneraciones al debido proceso legal, develándose una serie de inconsistencias contrarias a la objetividad que debe investir a toda actuación de la administración, que a la vez debe ceñirse al Principio de Estricta Legalidad, que la legitimara; aunado a que, no se debe olvidar que el acto demandado, surgió a la vida jurídica de oficio por parte de la entidad demandada, por lo que la única manera de contradecirlo por parte de la afectada por el mismo, era mediante el ejercicio recursivo que serviría de control de legalidad en la sede administrativa, procurándose la garantía del debido proceso legal, el cual fue definido en la misma excerta legal (Ut Supra), pero en el glosario contenido en su artículo 201, específicamente en el numeral 31, tal como se transcribe a continuación:

"Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

...

31. Debido proceso legal. Cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en materia de procedimiento, que incluye los presupuestos señalados en el artículo 32 de la Constitución Política: el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a alegar y el derecho a recurrir) y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa.

..." (Sic)(Resaltado por la Sala Tercera).

Adicionalmente en el mismo glosario precitado, pero en el inciso 90, se establece el concepto legal de "Resolución", definiéndolo como "un acto administrativo" que debe estar debidamente motivado y fundamentado en derecho, ya que a través del mismo, se deciden asuntos de mérito, se pone fin a una instancia o se resuelven incidentes o recursos en la vía gubernativa, por lo que éste debe cumplir con las siguientes exigencias formales: contener un número que lo distinga, junto con la fecha de su expedición, llevar el nombre de la autoridad que lo emitió, así como las explicaciones de los criterios que justifican su emisión, mientras que en su parte resolutive contendrá la decisión, "...así como los recursos gubernativos que proceden en su contra, el fundamento de derecho y la firma de los funcionarios responsables..." (Sic)(Resaltado por la Sala Tercera).



En cuanto al numeral uno (1) del artículo 155 de la Ley 38 de 2000, el cual se constituye en la otra excerta legal, cuya infracción se pudo probar en este proceso, resulta de cardinal importancia resaltar que en la misma se exige la debida motivación de los actos administrativos, respecto a los hechos y fundamentos de derecho que lo sustenten, especialmente cuando estos "...afecten derechos subjetivos...". (Sic)(Resaltado por la Sala Tercera).

En ese sentido, si bien en el acto demandado en esta ocasión, se consignaron tres (3) considerandos, lo cierto es que la importancia de la debida motivación radica en el desarrollo argumentativo que fundamente una actuación administrativa que afectará derechos subjetivos, ya que con ello se acrecentarán las perspectivas valorativas que legitimen tal actuación, pues también está sujeta al escrutinio de quienes afecte, a través de los mecanismos de impugnaciones respectivos.

De igual modo, la doctrina especializada ha explicado diversas aristas de la "Motivación", señalando que "Se entiende que un acto administrativo se encuentra motivado en el caso en que su parte dispositiva o resolutive establezca de forma clara, expositiva y detallada los motivos, razones o fundamentos que justifican que la administración Pública adopte una determinada decisión en base a lo contemplado previamente en la Ley." (PARADA, Ramón. "Derecho Administrativo I: Parte General", Edición XVII, Editorial Marcial Pons, España. Págs.136 y 137).

En complemento al criterio doctrinal esbozado, el Doctor Jaime Javier Jované Burgos, considera que la finalidad de la motivación es: "1. Servir de mecanismo de control del acto administrativo, que es en la mayoría de los casos en las que más se requiere. 2. Se precisa con mayor certeza y exactitud el contenido propio de la voluntad expresada por la administración pública. 3. Coadyuva como elemento justificativo de la actividad administrativa ante la opinión pública en general". (JOVANÉ BURGOS, Jaime Javier. "Principios Generales de Derecho Administrativo, Tomo I". Cultural Portobelo. Panamá, 2001. Pág. 215).

En la misma línea de pensamiento, es imperativo hacer referencia a la Sentencia de 11 de junio de 2015, mediante la cual esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, sigue fortaleciendo el criterio jurisprudencial que se ha venido decantando en procesos análogos, reiterando la necesidad de una debida motivación de los actos administrativos, que fortalezcan la credibilidad y certeza de las actuaciones de la administración pública, sin menoscabo de las garantías procesales (como la del derecho a recurrir) consignadas en los instrumentos jurídicos respectivos, por lo que se transcribe un extracto de su parte resolutive a continuación:

"La falta de motivación del acto impugnado, viola el principio del debido proceso consagrado en el artículo 32 de la Constitución Nacional, y previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 38 de 31 de julio de 2000), que en su artículo 201, inciso 31, define el Debido Proceso Legal, como:

[...] (Op. Cit.)

En consecuencia, esta definición resuelve dos (2) cuestiones a saber: la relación con el tema de la juridicidad en las actuaciones administrativas; y la relación indudable con la garantía del debido proceso.

El administrativista argentino, Héctor J. Escola ha admitido, que el Principio del Debido Proceso, debe extenderse a los procedimientos administrativos. Veamos:

"El procedimiento administrativo, por ende, debe reconocer y admitir la garantía del debido proceso legal, no ya por aplicación de preceptos constitucionales que la administración pública no puede desconocer, sino incluso como exigencia de una mejor administración, ya que el administrado, como se sabe, con sus peticiones y reclamaciones es coadyuvante importante en el logro de una actividad administrativa legítima y eficaz. ... Si la Administración Pública debe reconocer las garantías del debido proceso legal,



si al administrado le corresponde exigir esa garantía, no es sólo por su situación subjetiva, jurídicamente amparada, sino porque en el campo del derecho administrativo se suma a esa consideración la de que el particular debe gozar de esa prerrogativa para poder cumplir últimamente su rol de gestor indirecto del interés público".

La Sala Tercera, en cuanto a la vulneración de este Principio de Derecho Administrativo, en fallo de 28 de enero de 2002, sentenció lo siguiente:

"Es importante acotar, que el derecho a recurrir contra las resoluciones que afectan un derecho subjetivo constituye, precisamente, un elemento integrador de la garantía fundamental del debido proceso, que en nuestro medio tiene rango de derecho fundamental. La jurisprudencia de la Sala Tercera ha sostenido reiteradamente, que "Esta garantía instrumental incluye la oportunidad de conocer los cargos deducidos en su contra y poder hacer los descargos correspondientes; aportar pruebas y participar en su práctica; derecho de alegar; así como a una decisión acto administrativo (sic) debidamente motivado; y a impugnar el mismo a través de los recursos legales previstos".

Lo anterior se subsume en normativa legal que rige para los actos administrativos que dicta la Administración Pública Panameña, al ser contemplada la motivación del acto administrativo que le cause estado al administrado. Así las cosas, la motivación del acto administrativo, no es más, que la exposición de los hechos y de los fundamentos de derecho, que conducen a que se dicte un acto administrativo; es decir, los hechos y el derecho que fundamenta su nacimiento.

Como señala la doctrina especializada, la motivación del acto es un elemento esencial del derecho de defensa, elemento inseparable del Debido Proceso, pues:

(...) aun cuando el acceso a la Justicia permanezca abierto, es razonable afirmar que la defensa jurídica de los afectados es tanto más compleja de articular cuanto menor sea la información que se disponga sobre la causa de la actuación administrativa. Las posibilidades de defenderse con éxito contra una actuación administrativa disminuyen cuando drásticamente no se conocen las razones de decisión. Es obvio que resulta más sencillo rebatir las razones que han llevado a la Administración a tomar una decisión que, simplemente, imaginárselas y tratar de argumentar ante quien tenga la competencia de la revisión cuantas consideraciones pueda imaginar en defensa de sus intereses.

La motivación es, pues, un elemento esencial del derecho de defensa. Cuanto mejor conozca el administrado las razones por las cuales se dictó una resolución, mejor podrá defender sus derechos. Y a la inversa: el desconocimiento de las razones por las cuales se dictó una resolución dificultan en exceso, cuando no imposibilitan, el ejercicio del derecho de defensa.

Esta funcionalidad de la motivación cobra, además, esencial trascendencia cuando el acto administrativo es discrecional, porque solo a partir de un relato de los hechos que se han considerado para tomar la decisión y de las razones invocadas en atención al caso concreto podrá llevarse a cabo un control completo de la decisión administrativa, mediante las técnicas ya depuradas que son aceptadas por nuestra jurisprudencia.

(...)

La ausencia de motivación provoca un efecto particularmente perverso sobre el derecho de defensa de los ciudadanos: la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra un acto desfavorable carente de motivación suelde saldarse con la nada gratificante decisión de la justicia de reconocer el defecto de motivación y devolver el expediente a la Administración, exigiéndole una motivación conforme a derecho, sin ulteriores consecuencias. (Vid. GARCÍA PÉREZ, Marta, "La Motivación de los Actos Administrativos", en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, et al (eds.), Visión Actual del Acto



Administrativo (Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, República Dominicana, 2012, pp. 504-505). (Subrayado es nuestro).

[...]

Esta Superioridad destaca, que las nuevas corrientes doctrinales del derecho administrativo, hacen énfasis en que es indispensable para la buena administración, motivar todos los actos administrativos. Al respecto, se ha señalado:

"La doctrina viene reclamando en los últimos tiempos otro modo de entender la motivación, desde una perspectiva, sino distinta, al menos complementaria de la tradicional: como una institución que, junto con el procedimiento, debe garantizar el cumplimiento de buena administración." (GARCÍA PÉREZ, Marta. "La motivación de los actos administrativos". Visión actual del acto administrativo (Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), República Dominicana, 2012, pág. 510).

La motivación y argumentación que debe caracterizar toda actuación administrativa, no es exclusiva de la potestad sancionadora, pues se extiende al marco de ejercicio de potestades discrecionales; así lo ha establecido la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, en relación con la Administración Pública, adoptada en Panamá en el marco del XV Congreso Iberoamericano de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Cap. segundo, numeral 4).

La Sala aprecia, que la falta de motivación del acto impugnado, ha puesto en estado de indefensión al funcionario, toda vez que al no tener conocimiento de dichas razones o justificaciones de la Administración para proceder a su desvinculación del servicio público, mal ha podido ejercer en la vía gubernativa su derecho a defensa, y el derecho a aportar las pruebas que pudieran refutar tales consideraciones atribuidas por la Autoridad.

...

Agotado el examen de rigor, en el cual se ha demostrado que el acto impugnado deviene en ilegal...

A modo concluyente, el acto administrativo acusado, amerita que sea declare nulo, en vista de las manifestaciones de ilegalidad examinadas, que lo viciaron desde su expedición y consecuente examen en la vía gubernativa; por tanto, al haberse comprobado las infracciones de los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, no es necesario entrar a discernir sobre la violación de las demás normas que se aducen infringidas por la parte actora; por ende, lo procedente es que se reconozca la pretensión respecto a dicha declaración de nulidad...". (El subrayado es nuestro).

En ese orden de ideas, no podemos soslayar que dentro del recurso de impugnación se evidenció que la entidad incurrió en una causal de nulidad, toda vez que la entidad no motivó el acto administrativo impugnado, vulnerando directamente el artículo 26 de la ley 22 de 2006 y el artículo 155 de la Ley 38 de 2000.

Así el artículo 166 de la Ley 22 de 2006, sobre las causales de nulidad absoluta, señala lo siguiente:

"Artículo 166. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona". (El subrayado es del



Tribunal).

En virtud de ello, lo procedentes es anular el acto administrativo impugnado, con fundamento en el en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 de 2021:

“Artículo 244. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar o revocar restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o anular lo actuado por la entidad contratante”. (El subrayado es del Tribunal).

Reproducimos el artículo 164 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 164. Cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Las resoluciones emitidas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante las cuales se deciden o resuelven los recursos de impugnación y apelación son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes.

La entidad contratante deberá acatar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución que resuelve el recurso”. (El subrayado es nuestro).

Referente a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal ordenará su devolución, conforme lo establece el artículo 245 del Decreto Ejecutivo 439 de 2021:

“Artículo 245. Devolución de la fianza de recurso de impugnación. En la resolución que decida el recurso de impugnación a favor del recurrente, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ordenará la devolución inmediata de la fianza consignada. En los casos en que transcurra el término máximo establecido sin pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, procederá igualmente la devolución de la fianza a favor del recurrente”. (El subrayado es del Tribunal).

En atención a todo lo anteriormente expuesto, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el Cuadro de Cotizaciones N°0038 -2022 de 27 de octubre de 2022, mediante el cual MERCADOS NACIONALES DE CADENA DE FRÍO S.A., adjudicó la compra menor N°2022-2-79-1-99-CM-002829.

SEGUNDO: DECLARAR que los efectos procurados a través de la presente resolución, tienen el propósito enderezar el procedimiento de selección de contratista N°2022-2-79-1-99-CM-002829, a fin de que la entidad genere acta de revisión de las propuestas, así como el acto administrativo que concluya la selección objetiva del contratista (ya sea por medio de adjudicación, declaratoria de desierto, rechazo de propuestas, etc.), debidamente motivados, y notifique oportunamente dichas actuaciones a través de *PanamaCompra*, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación constituida mediante Cheque Certificado N°002639 del Banco General, expedido el 8 de noviembre de 2022, por la suma de cuatro mil novecientos noventa y nueve balboas (B/.4,999.00), según Diligencia de Consignación No.215-2022 de 11 de noviembre de 2022, visible a folio 025 del expediente jurídico de este Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución, para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el referido sistema.

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

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.268-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, modificado por el Decreto Ejecutivo 34 de 24 de agosto de 2022 y Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN,
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

