



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE N°: 159-2018

APELANTE: APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A.

ACTO RECURRIDO: Resolución No.DG-117-18 de 22 de octubre de 2018, que resolvió administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017, correspondiente al acto público de selección de contratista por Contratación Menor No.2017-1-37-0-08-CM-011505, expedida por el INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH) e inhabilitó a la empresa contratista por tres (3) meses.

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°056-2019-Pleno/TACP de 12 de abril de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

En virtud que la orden de compra objeto del presente recurso de apelación, se perfeccionó antes de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 2017 que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, debemos atender lo dispuesto en el artículo 100 de la aludida excerta legal, en el sentido que se le aplicarán las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento.

De conformidad con los artículos 120 del **Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011**, y 319 del **Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006**, que la reglamenta, este Tribunal tiene competencia privativa para conocer del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

I. ANTECEDENTES.

El INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH) a través de la Resolución No.273 de 16 de junio de 2017 (fojas 129 y 130 del expediente administrativo), adjudicó a la empresa APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., el acto público de selección de contratista por Contratación Menor No.2017-1-37-0-08-CM-011505, para la adquisición de *materiales eléctricos e instalación de transformador monofásico*, por el monto de VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS OCHO BALBOAS CON 93/100 (B.25,208.93), en consecuencia la entidad expidió la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017 (foja 138 a 146 del expediente administrativo), la cual fue publicada en *PanamaCompra* el 11 de septiembre de 2017, con el respectivo refrendo de la Contraloría General de la República.

21

A través de la Resolución No.DG-38-18 de 7 de marzo de 2018, publicada el 13 de marzo de 2018 en *PanamaCompra*, el INADEH resolvió administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017, expedida a favor de la empresa APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., en consecuencia la contratista interpuso Recurso de Apelación, que fuera resuelto por este Tribunal mediante el acto administrativo No.126-2018-Pleno/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión), anulando la nota mediante la que se comunicó a la contratista, la intención de resolver la referida orden de compra por haber sido proferida con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido y como resultado también anuló la resolución administrativa, toda vez que la entidad no cumplió con el debido proceso para este tipo de actuaciones.

Mediante la Nota No.DG-2416-18 de 10 de octubre de 2018 (fojas 222 y 223 del expediente administrativo), publicada en *PanamaCompra* en igual fecha, el INADEH comunicó a la contratista APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A. el inicio de los trámites para resolver administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514, “por incumplimiento, según el Informe técnico fechado 24 de octubre de 2017” (sic).

Consecuentemente a través del acto administrativo impugnado, la entidad resolvió administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017, expedida a favor de la empresa APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A.

II. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.

Lo constituye la Resolución No.DG-117-18 de 22 de octubre de 2018 (fojas 224 a 227 del expediente administrativo), proferida por el INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH), publicada en *PanamaCompra* el 23 de octubre de 2018, mediante la cual resolvió administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017, expedida a favor de la APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., para la adquisición de *materiales eléctricos e instalación de transformador monofásico*, por el monto de VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS OCHO BALBOAS CON 93/100 (B.25,208.93), e inhabilitó a la contratista por el término de tres (3) meses.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La licenciada Adneris Esther Ramos Córdoba, apoderada especial de la contratista APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., mediante escrito visible de fojas 013 a 017 del expediente jurídico, promovió recurso de apelación en contra del acto administrativo que resolvió administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017.

Se opuso la actora a la resolución administrativa de la orden de compra, señalando que durante el desarrollo del proyecto se evidenciaron claras discrepancias entre la entidad y la empresa contratista, así también expuso que el ingeniero asignado a la supervisión de la obra por parte del INADEH, sugirió adiciones necesarias en el listado de partes de la orden de compra, por tanto estaba anuente de los cambios, en atención a que en el pliego no se establecieron las instrucciones para la instalación de los equipos, lo cual a criterio de la actora otorgó discrecionalidad al contratista, para adecuar la instalación a los requisitos de la carga.

Por las consideraciones antes expuestas la apelante solicitó a este Tribunal, revocar y dejar sin efecto el acto administrativo recurrido.

IV. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

El 9 de noviembre de 2018 el Director General del INADEH, remitió mediante Nota No.DG-3635-18 de 7 de noviembre de 2018 (foja 061 del expediente jurídico), el expediente administrativo del acto apelado, según informe secretarial que reposa a foja 068 del expediente de este Tribunal.

V. ETAPA PROBATORIA.

Con Resolución de Pruebas No.005-2019-TACP de 11 de enero de 2019, este Tribunal en Sala Unitaria se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas aportadas por la empresa recurrente.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Expresados los antecedentes del proceso y en atención a las constancias procesales correspondientes al Recurso de Apelación impetrado, este Tribunal entra en el análisis con base en las consideraciones que exponemos a continuación.

El artículo 131 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, consagra los presupuestos procesales del recurso de apelación que se interpone en contra de la resolución administrativa de un contrato, advirtiendo que el mismo debe anunciarse y sustentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato.

Observamos dentro del presente proceso que la entidad contratante, en el acto administrativo impugnado, indicó que la notificación se entendería transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a la publicación en el portal, lo cual no podemos pasar por alto debido a que como antes se expresó, conforme el artículo 100 de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, a los contratos perfeccionados antes de la entrada en vigencia de dicha excerta legal, se le aplican las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento, caso en el que se encuentra la Orden de Compra de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017, es decir su marco normativo se ubica en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, **ordenado por la Ley 48 de 2011**, y el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006.

En ese orden de ideas, el artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, es del tenor siguiente:

Artículo 129. Notificación. *Todas las resoluciones y demás actos administrativos que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, así como las que dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".*

Asimismo, las resoluciones que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas aceptando o rechazando la solicitud de registro de proponentes, así como admitiendo, rechazando o resolviendo una acción de reclamo, y las que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" las resoluciones, el cuadro de cotizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en este artículo, se darán por notificados. De considerarse agraviado el proponente con la decisión

adoptada por la entidad, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta Ley o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato, salvo las excepciones que establece la presente Ley.

Es obligación de los proponentes mantenerse informados de todas las incidencias que se den en los procesos de selección de contratista en los cuales participa y, para ello, debe verificar con frecuencia, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", todos los anuncios y notificaciones con respecto a los actos públicos.

(el subrayado es nuestro)

Visto lo anterior y atendiendo al artículo 131 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, en el que se establece que las resoluciones que emiten las entidades contratantes resolviendo administrativamente un contrato, pueden ser recurridas en apelación ante este Tribunal, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la dicha resolución, encontramos que la parte actora presentó la apelación en el día seis (6) posterior a la notificación, dado que el acto administrativo apelado fue publicado en *PanamaCompra* el martes 23 de octubre de 2018, la notificación se surtió el día siguiente, entonces los cinco (5) días para la interposición del recurso transcurrieron del jueves 25 al miércoles 31 de octubre de 2018 y el recurso de apelación fue presentado en este Tribunal el 1 de noviembre de 2018.

Ahora bien, este colegiado no puede soslayar que la propia entidad indujo en error a la parte actora, toda vez que como antes se indicó el acto administrativo fue fundamentado en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, **ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017**, (norma que al 6 de julio de 2017, fecha en que se perfeccionó la orden de compra no se encontraba vigente), y señaló que la notificación se entendería transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a la publicación, por ello, en apego al principio de confianza legítima en la Administración, no se puede castigar a la contratista por el error inducido por la Administración Pública.

Así las cosas, no puede responsabilizarse a los administrados por los errores en que incurra la Administración, representada por una entidad pública concreta o un servidor público determinado, porque se presume que la Administración Pública y los servidores públicos actúan de conformidad a la Ley y que todos los documentos que emanan de la Administración Pública son conformes al derecho vigente.

El administrado deposita o tiene confianza en las actuaciones de la Administración y en quienes ejercen la función pública, y esa confianza debe ser tutelada y respetada por la propia Administración o por los organismos de control de los actos administrativos, tal es el caso de este Tribunal. Una actuación contraria conllevaría también a la violación del principio de confianza legítima del administrado en las actuaciones de la Administración o de quien desempeñe una función pública, razón por la cual el presente recurso fue acogido en esta instancia administrativa.

Prosiguiendo con el estudio del recurso, constatamos que la entidad, pese a lo expresado por el Pleno de este Tribunal a través de la Resolución de Decisión No.126-2018-Pleno/TACP de 11 de junio de 2018, publicada en el registro electrónico del acto público No.2017-1-37-0-08-CM-011505 en *PanamaCompra* el 26 de junio de 2018, **nuevamente incurrió en causal de nulidad absoluta cuando**, si bien notificó a la contratista el inicio del procedimiento de resolución administrativa de la orden de compra, **no le concedió el término de cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos y las pruebas que estimara convenientes**, conforme lo establecían los

artículos 116 de la referida ley y 262 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006:

“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.*

...”

(el subrayado es nuestro)

Se desprende que el procedimiento aplicado por la entidad contratante para resolver la orden de compra, posee vicios de nulidad absoluta, tomando en consideración que no siguió el procedimiento legalmente establecido en el artículo 116 de la Ley de Contrataciones Públicas, al omitir otorgar la oportunidad para que la contratista se defendiera de los argumentos expuestos por la entidad, contenidos en la nota de intención de resolver administrativamente la orden de compra (visible a fojas 222 y 223 del expediente administrativo).

Ante tales hechos, es importante mencionar que el debido proceso es un derecho fundamental, que se encuentra desarrollado en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, como a continuación:

“Artículo 32. *Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa pena, administrativa, policiva o disciplinaria.*

(el subrayado es nuestro)

En ese mismo sentido el principio del debido proceso, instaurado dentro la norma con rango legal que regula la contratación pública (artículo 17) y desarrollado en el artículo 9 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, consagra expresamente lo siguiente:

“Artículo 9: (Principio del debido proceso)

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.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

- a) *Los funcionarios públicos observarán las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública.*

...” (el subrayado es nuestro)

Concordantemente, la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que regula el Procedimiento Administrativo General, aplicada de manera supletoria, en el numeral 31 del artículo 201, indica la siguiente:

“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”.*

(el subrayado es nuestro)

Pues bien, ha sido el norte de este Tribunal a través de distintos precedentes, enmarcar la importancia del cumplimiento al debido proceso dentro de los procedimientos de resolución administrativa del contrato, velando porque se respeten y brinden a los contratistas, todas las garantías que establece la norma, procurando salvaguardar su derecho a la defensa frente a las actuaciones de la Administración.

Al respecto la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 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.”

(el subrayado es nuestro)

Así también, la Ley 38 de 31 de julio de 2000 sobre procedimiento Administrativo General, aplicada de manera supletoria al proceso que nos ocupa, en su artículo 52 numeral 4 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”*.

Por su parte, el artículo 135 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, indica lo siguiente:

“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 nuestro)

En ese orden de ideas, es importante puntualizar que en el recurso en estudio no cabe la declaratoria de nulidad relativa, contemplada en el artículo 136 de la Ley 22 de 2006 debido a que la omisión de la entidad en brindar la oportunidad a la contratista de presentar sus descargos y pruebas, en oposición a las razones consideradas por la entidad para resolver la orden de compra, se configura como una causal de nulidad

absoluta taxativamente determinada en la misma norma, conforme los artículos 134 y 135, lo cual es violatorio de la garantía constitucional del debido proceso, recogida a su vez en la Ley de Contrataciones Públicas y la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Adicionalmente, mal podría ser declarada como nulidad relativa cuando ello no fue objeto de censura por la parte actora en el presente recurso, conforme lo establece el artículo 136 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011:

***“Causales de nulidad relativa:** Las demás infracciones al ordenamiento jurídico, serán meramente anulables, a petición de quien tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado, dentro de los términos que, para la impugnación de actos administrativos, establece la presente Ley y supletoriamente el procedimiento administrativo general; transcurridos dichos términos se entenderán saneados”.*

Por otro lado, la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que regula el Procedimiento Administrativo General, aplicada de manera supletoria, en el numeral 28 del artículo 201, señala que los actos administrativos viciados por una causa de nulidad absoluta, no pueden ser convalidados o subsanados, como es el caso que nos ocupa.

De manera conclusiva y atendiendo a los señalamientos esbozados, este Tribunal es del criterio que es nula la actuación realizada por el INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH), mediante la Nota No.DG-2416-18 de 10 de octubre de 2018, que notificó a la contratista APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., la intención de resolver administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514, así como la Resolución No.DG-117-18 de 22 de octubre de 2018, que materializó la resolución administrativa de dicha orden de compra, por cuanto se realizaron con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido y en este punto, el procedimiento de resolución administrativa de la orden de compra no es posible reponerlo.

Reiteramos a la entidad que en la resolución administrativa de los contratos u órdenes de compra, perfeccionados antes de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, debe apegarse estrictamente a lo normado en el “Capítulo XV Causales de Resolución del Contrato”, del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, en el que se establecen las reglas a seguir en el procedimiento de resolución.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR la Nota No.DG-2416-18 de 10 de octubre de 2018, que notificó a la contratista APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., la intención de resolver administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514, debido a que fue proferida con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, siendo una causal de nulidad absoluta.

SEGUNDO: ANULAR en todas sus partes la Resolución No.DG-117-18 de 22 de octubre de 2018, mediante la cual el INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH), resolvió administrativamente la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio

29

de 2017, suscrita a favor de la empresa APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., para la adquisición de *materiales eléctricos e instalación de transformador monofásico*, debido a que la entidad contratante no cumplió con el debido proceso para este tipo de actuaciones.

TERCERO: DEVOLVER al INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH), el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de resolución administrativa de la Orden de Compra No.2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017, el cual consta de un (1) tomo, integrado por doscientos sesenta y un (261) folios útiles.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación en el referido sistema.

QUINTO: ADVERTIR a las partes que la presente 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.

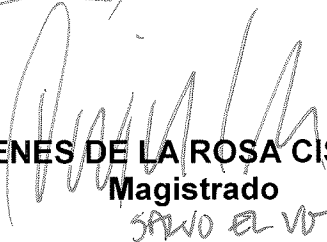
SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.159-2018 previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá; artículos 17, 113, 115, 116, 120, 129, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138 y 141 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011; artículos 9, 262, 319, 359, 360, 364 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; artículos 52 numeral 4, 201 numerales 28 y 31 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 y artículo 100 de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

SAVO EL VOTO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, DENTRO DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ORDEN DE COMPRA N°2017-1000112-514 DE 26 DE JUNIO DE 2017 EXPEDIDA POR EL INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH)

En atención a la facultad que me otorga el artículo 115 del Código Judicial, hago de su conocimiento mi disentir con las fundamentaciones utilizadas por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, para arribar a la decisión proferida mediante la Resolución N°056-2019-Pleno/TACP de 12 de abril de 2019, en la que dispusieron ANULAR la Nota N°DG.2416-18 de 10 de octubre de 2018 y ANULAR la Resolución N°DG-117-18 de 22 de octubre de 2018 mediante la cual el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano resolvió administrativamente la Orden de Compra N°2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017.

Resulta ya conocida mi postura en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas según corresponde a la ley procesal en el tiempo y a ello me referiré en lo sucesivo, realizando un análisis del contexto.

La orden de compra citada deviene como consecuencia de la adjudicación del acto de selección de contratista N°2017-1-37-0-08-CM-011505 a la empresa APLICACIONES Y TECNOLOGÍA, S.A., mediante resolución N°273 de 16 de junio de 2017 publicada en el portal electrónico de “*panamacompra*” ese mismo día. Ello nos indica que, en efecto, se trata de un procedimiento que durante su fase de adjudicación se surtió bajo los parámetros de la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011, puesto que era el instrumento legal vigente a la fecha. Aquí la primera fase dentro del proceso de compras o adquisiciones de bienes por parte del Estado.

Una vez adjudicado el acto público, sigue lo que corresponde a su perfeccionamiento (segunda fase) a través de la orden de compra N°2017-1000112-514 de 26 de junio de 2017. En el caso particular que nos ocupa, hubo un incumplimiento denunciado por la entidad, razón por la que inició el procedimiento de resolución administrativa del contrato, confeccionando y

Una firma manuscrita en tinta oscura, que parece ser una abreviatura o un nombre estilizado.

publicando, luego de haber pasado por este Tribunal en grado de apelación, la nota o carta de intención N°DG-2416-18 de 10 de octubre de 2018 en la que se avista el vicio grave que genera la nulidad en la que nuevamente se ha consumido el pretendido procedimiento de resolución administrativa del contrato; toda vez que, no se concedió el término de 5 días hábiles que expresa la Ley para que el contratista conteste y a la vez presente las pruebas que considere pertinentes. Aunado a ello, debe ponderarse que este procedimiento de resolución administrativa del contrato, debe ventilarse bajo las normas vigentes al momento de perfeccionarse la orden de compra, es decir, Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley N°48 de 2011 y no bajo el ordenamiento citado por la entidad en la carta de intención, ni en la resolución administrativa del contrato. Vemos pues, cómo una vez más, la entidad realizando una errónea interpretación de la ley en el tiempo y de su contenido, genera nulidad sobre el mismo documento que se le había permitido subsanar.

Ahora bien, procedo a presentar mis consideraciones respecto al tema de la sustanciación del recurso de apelación en nuestra sede. Estamos claros que, desde su inicio hasta la Resolución Administrativa de la orden de compra, el procedimiento de selección de contratista debe ampararse bajo los criterios dispuestos en la Ley N°22 de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011, ya que, el contrato se perfeccionó bajo la vigencia de la Ley anterior y por ende en esta ley debe ampararse su razonamiento jurídico. Lo anterior, en virtud de lo que dispone el artículo 100 de la Ley 61 de 2017.

Artículo 100. A los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento. En la celebración de

No obstante, debemos hacer una distinción entre el tratamiento que se le da al procedimiento de selección de contratista y a la fase de ejecución del contrato dentro de la entidad y que abarca el procedimiento de resolución administrativa del contrato, versus el que se imprime en esta colegiatura con motivo de la presentación de los recursos de impugnación, apelación y eventualmente acciones de reclamo.

A pesar de que he reiterado esta postura, me refiero a ella una vez más, indicando que ya en fase de interposición de recurso de apelación, ha transcurrido lo que corresponde al trámite y análisis de fondo del acto de selección de contratista y consecuente formalización de la relación contractual, lo que ocurre con la emisión del contrato u orden de compra en este caso. Ello quiere decir que el recurso de apelación viene a ser un nuevo evento en la existencia de la

182

contratación que ha realizado determinada entidad estatal y en la que no se han visto satisfechos los fines de la misma, siendo entonces que, le son aplicables las normas **de procedimiento vigentes al momento en que se invocan las acciones recursivas ante una instancia o entidad distinta a la que emite la decisión para que la viabilidad de sus actuaciones sean revisadas.**

El referido artículo 100 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017, indica que “a los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento”. Ello significa que la ley a aplicar, en esos casos, es la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 48 de 2011, en cuanto a la parte sustantiva, o hasta su perfeccionamiento con la orden de compra o refrendo del contrato. No así la parte procedimental del recurso de apelación que se ventila en esta colegiatura, el cual tiene por fecha de anuncio ante la entidad el día 23 de octubre de 2018 y de sustentación ante los estrados del Tribunal el 1 de noviembre de ese año, cuando ya se encontraba vigente el texto único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 61 de 2017 y su reglamento (Decreto Ejecutivo N°40 de 2018) en los cuales se dictan los lineamientos y etapas del recurso de apelación. En ese orden, por reglas de interpretación, en lo que respecta a la parte procesal del recurso de apelación, debe analizarse bajo el amparo de la Ley vigente al momento de su presentación. En resumen, se aplica el artículo 145 del texto único vigente en la actualidad en lo que atañe a las notificaciones y el artículo 149 ibídem que versa sobre el recurso de apelación a la resolución administrativa del contrato.

Todo lo anterior, con base en lo que expresa la primera parte del artículo 32 del Código Civil, que a la letra dice:

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios **prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir**”.*

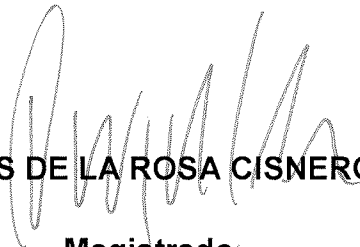
Por último, mantengo mi postura en cuanto que la nulidad que debe declararse a de ser relativa. En ese orden de ideas, si se tratara de una nulidad absoluta, la entidad no habría tenido la posibilidad de enmendar en la primera ocasión el error en la nota de intención y el contratista no habría podido retornar a esta instancia vía recurso de apelación, puesto que a criterio del resto de la sala la nulidad es absoluta. De hecho, siguiendo ese criterio, si la nulidad es absoluta, no cabría tampoco analizar el fondo del recurso de apelación, debido al antecedente jurídico declarado, operando el rechazo de plano por improcedente. El solo hecho

de entrar a resolver el fondo es una contradicción en cuanto al concepto de las nulidades.

En este caso particular se profirió la nota de intención, pero con un contenido defectuoso, por lo que, cabe la posibilidad de la convalidación. Al respecto, el artículo 201 de la Ley 38 de 2000 en el numeral 28 explica el concepto de la convalidación en los siguientes términos: *“Hacer válido lo que no lo era. Acto jurídico por el cual se torna eficaz un acto administrativo que estaba viciado de nulidad relativa; de allí que no son convalidables o subsanables aquellos actos atacados por una causa de nulidad absoluta. Con la convalidación o saneamiento, se procura economía procesal y que la parte útil del acto administrativo no se deseche por la inútil; produce efectos retroactivos, pero sin perjuicio de los derechos de terceros que tal vez hayan adquirido durante la vigencia del acto convalidado o saneado”*.

No obstante, como no es la opinión del resto de los Magistrados que componen esta sala, en la humildad que me caracteriza, SALVO EL VOTO.

Sin otro particular,



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

Magistrado



ALBERTO CARLOS VASQUEZ REYES
Secretario General