



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 046-2021

RECURRENTE: MOISÉS CRISTÓBAL ESPINOSA

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No. DAF de 21 de abril de 2021, proferida por la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Senacyt) dentro del procedimiento de selección de contratista No.2021-0-06-0-08-CM-006422.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

**RESOLUCIÓN N°066-2021-Pleno/TACP de 3 de junio de 2021 (Decisión-
Contra Proyecto).**

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 74 de la Ley No.153 de 8 de mayo de 2020, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 146 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 238 al 246, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

Conforme al principio de transparencia y publicidad que regula la Ley No.22 de 2006 positiva y presente en todos los contratos públicos, la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación para resolver las necesidades de los ciudadanos de la localidad por la función pública que ejerce, convocó el presente procedimiento de selección de contratista, para la limpieza, preparación de superficie, impermeabilización y sellado completo de techo tipo panel sándwich y losa, estableciendo como fecha de presentación

57 B



de las ofertas, el día 6 de abril de 2021, desde las 9:00 de la mañana hasta la 1:00 de la tarde, y para la apertura de propuestas el mismo día, pero a partir de la 1:01 de la tarde, de acuerdo a lo establecido en el artículo No.47 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 y con la antelación necesaria conforme a las reglas del artículo 48 del mismo texto legal, para que todo el interesado en participar del acto público que nos ocupa presentara su respectivas propuestas de acuerdo a los requisitos que para la licitación pública se requieran, y así, mediante un acto público, transparente, confiable y en Derecho, adjudicar el procedimiento señalado, a la persona jurídica, natural o consorcio que satisfaga los requerimientos indicados en el pliego de cargos; siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley de contratación pública, y a las leyes complementarias. Acto de selección de contratista en el cual se estableció un precio de referencia de Cuarenta y Nueve Mil Balboas con 00/100 (B/.49,000.00).

En dicho procedimiento público participaron cinco (5) proponentes en su orden de oferta: MOISÈS CRISTÒBAL ESPINOSA, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A., WORLD INNOVATIVES SOLUTIONS CORP., ESPECIALISTAS EN SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN, S.A., INVERSIONES RMA, S.A.

Posteriormente, luego de cumplir con los procedimientos de ley, así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la entidad contratante, la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, notificó a las partes del Cuadro de Cotizaciones No. DAF de 21 de abril de 2021, cuando el día 27 de abril de 2021 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la adjudicación del procedimiento de selección de contratista a la proponente INVERSIONES RMA, S.A., por considerar que es la oferta que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos y la que representa los mejores intereses para el Estado.

El Cuadro de Cotizaciones No. DAF de 21 de abril de 2021, fue recurrida en tiempo procesal oportuno por el apoderado especial de la persona natural MOISÈS CRISTÒBAL ESPINOSA, propietario del establecimiento comercial denominado MOESPISA; alegando lo siguiente:

Que el acto administrativo que adjudica el presente procedimiento de selección de contratista fue firmado por una persona distinta al representante legal de la entidad, y que a pesar de que en dicha resolución se establece que es mediante delegación, tal facultad no ha sido publicada en el expediente electrónico para corroborar la aseveración realizada, lo que a su criterio transgrede el contenido del artículo No.71 de la Ley especial de compras estatales. En ese sentido, arguye que estamos ante un vicio de nulidad por falta de legitimación legal conforme lo estipula el artículo 52 de la Ley No. 38 de 2000, específicamente el numeral 2, por dictarse por autoridades incompetentes.

27



Le llama la atención que cuatro de cinco propuestas hayan sido descartadas por el incumplimiento del mismo requisito, es decir, por no satisfacer el punto No. 2.12 y 4 de las especificaciones técnicas del pliego de cargos, membrana seca de 1.5 mm ò 59 mils y la impermeabilización de cubierta metálica si soldadura de por lo menos 1.5mm de espesor, entre otros.

Considera que se tratan de especificaciones técnicas que coinciden de manera exacta con las de la marca Liquid Rubber, ofertada por la empresa INVERSIONES RMA, S.A., la cual fue beneficiada con la adjudicación del presente acto público, por esa razón considera que únicamente las características del objeto contractual podían ser cumplido por un solo proponente, circunstancia que choca de forma directa con el principio de igualdad de oportunidad de los proponentes.

En cuanto a la adjudicación a la empresa INVERSIONES RMA, S.A., menciona que incumplió con varios requisitos de los términos de referencia, y a pesar de eso la entidad no realizó ningún pronunciamiento al respecto, por ejemplo: no aportó ficha técnica de la masilla acrílica que será utilizada para la impermeabilización de las losas y vigas canales.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota No. N-SNAC-DAF-COMP-2021-349 de 10 de mayo de 2021, remitió a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el informe de conducta respectivo, argumentando lo siguiente:

La entidad motiva las razones por la cual solicitó las especificaciones técnicas que la impugnante alega. Indica que el uso de fungicida es clave para eliminar todo rastro de material orgánico antes de la aplicación al igual que inhibe el futuro crecimiento de estas. Además, previene la proliferación de hongos y moho a futuro debido a que protege la superficie, garantizando así el óptimo desempeño del producto impermeabilizante a aplicar.

El uso de poliuretano permite crear una membrana aislante uniforme con ausencia de juntas o traslapes, adhiriéndose a cualquier superficie y rellenando cualquier hueco o imperfección existente. Que el componente de poliuretano en la membrana de losa es de suma importancia para la aplicación sobre la losa. El componente de poliuretano permite una mayor durabilidad ante el tránsito de personas, especialmente importante, ya que existe un tráfico de personas por el mantenimiento de equipos sobre ella y que adicionalmente es un material resistente y duradero altamente flexible, reflectivo y altamente resistente al salitre o químicos y económico para futuros mantenimientos.

21 R



En cuanto al espesor mínimo de 1.5mm, se recomienda ese espesor que permite garantizar el correcto desempeño del producto, considerando sus cualidades de alto tráfico y de resistencia al agrietamiento y al astillado. De considerarse un espesor menor, las propiedades físicas del producto podrían no responder de la manera más óptima a las extremas condiciones climáticas locales. El espesor de la membrana es directamente proporcional a la durabilidad y al costo del sistema.

Indica que lo que están garantizando es una membrana de espesor mínimo de 1.5mm para garantizar una mayor durabilidad y penetración sobre el sustrato. Refiere que se está utilizando una membrana de caucho elástica y no una capa o dos capas de pintura elastomérica. Que son dos sistemas completamente diferentes con costos muy diferentes y que es evidente que los materiales dicen impermeabilizar, pero no son iguales.

Con respecto a la elongación, a manera de pregunta indican ¿qué ventajas hay al proponer un producto con una elongación de 1450% sobre productos de 200 a 300%

Motivan que debido a las altas temperaturas y altos índices de humedad que se encuentran a nivel local, es imprescindible contemplar que los productos a aplicar sobre concreto o mortero expuestos en superficies exteriores cuenten con propiedades de elongación elevadas, evitando de esta manera que el producto impermeabilizante se debilite, cristalice o rompa, debido a la dilatación y contracción generada en las superficies por los cambios climáticos.

La unidad solicitante considera que esos puntos son claves y esenciales para poder obtener un servicio de impermeabilización profesional con materiales de alto nivel y desempeño. Indican que, si la opinión hubiese permitido el uso de menores espesores y menores especificaciones técnicas, el costo de referencia hubiera sido muy por debajo del indicado en este acto en público de selección de contratista.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

No constan alegatos en interés de la ley o particular pese a concederse el término por imperio de la ley.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El acto administrativo que es objeto de impugnación entra al conocimiento de este foro de justicia especial, por tratarse de materia privativa y por la naturaleza del asunto sobre hechos que han surgido por la emisión de una resolución de adjudicación derivado de un procedimiento de selección de contratista por contratación menor, emitida por la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y de la cual se encuentra disconforme uno de los proponentes participantes.

[Handwritten signature]



En ese sentido, este cuerpo colegiado se coloca en estado de emitir un juicio jurídico en razón de los elementos de convicción que han sido presentado para su examen y posterior valoración, los cuales se encuentran recopilados en el portal estatal "PanamaCompra".

Los hechos traídos a este escenario se desprenden del recurso incoado respecto a la resolución objeto de contencioso, la cual procederemos a examinar objetivamente conforme a las reglas que nos demarcan los postulados del artículo 57 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y su reglamentación, teniendo en mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los Cincuenta Mil Balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose así con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley especial de adquisición gubernamental.

También debemos tomar en cuenta lo establecido en el cuarto párrafo del artículo citado, 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 a la ley.

De igual forma, en virtud de la promoción de las empresas locales, el artículo 89 del mencionado decreto ejecutivo sostiene que, cuando se realicen actos de contratación menor en los cuales participen empresas locales y no locales, la entidad seleccionará la propuesta presentada por la empresa local, siempre que esta cumpla con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto sea mayor de un 5% en relación con la propuesta de menor precio.

Para que se lleve a cabo la promoción de las empresas locales se debe dejar constatado en el pliego de cargos tal situación de conformidad a los términos del artículo 6 del Decreto Ejecutivo No.439 de septiembre de 2020. Querer de la entidad que se encuentra reflejado en la sección de Criterios de Selección, cuando en sus últimas líneas de la condición expuesta sostiene que "...se adjudicará atendiendo lo establecido en los artículos 88, 89 y 90 "del acto administrativo expuesto.

Todos esos aspectos se deben evaluar al momento de adjudicar un procedimiento de selección de contratista en su modalidad de contratación menor; es decir, si se tratan de micro y pequeñas empresas o empresas locales, por el concepto de la promoción a la que se refiere la Ley No.153 de 2020 y el Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020.

[Handwritten signature]



Otro aspecto a destacar es que si nos encontramos ante un procedimiento de selección de contratista por contratación menor, como es el caso, con la participación de propuestas de micros y pequeñas empresas, y a la vez de empresas locales, en ese caso la entidad seleccionará en primer lugar la propuesta presentada por la micro o pequeñas empresas, siempre que esta cumpla con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto sea no mayor de un 5% en relación con la propuesta de menor precio presentada por empresas local.

Conocida las reglas del juego desde la convocatoria del acto público, lo siguiente sería la verificación de la oferta de menor precio, a fin de determinar si satisface o no el pliego de cargos, de lo contrario, seguir con el examen hasta lograr la adjudicación o la declaratoria de desierto. Sin embargo, antes de entrar en el análisis de fondo, nos corresponde estudiar el procedimiento legalmente establecido por la ley No.153 de 2020, y así establecer si se ha llevado a cabo en debida forma y en ese mismo sentido establecer si no se ha ocasionado vulneración de derechos al momento de tomarse una decisión.

Así las cosas, lo primero que salta a la vista es la referencia que hace la entidad sobre el formulario de propuestas a utilizar, el cual es distinto al establecido por la Dirección General de Contrataciones Públicas y que forma parte de los documentos estandarizados para los procedimientos de selección de contratista, que busca que los procedimientos de selección de contratista se desarrollen de una manera uniforme y homologada, de tal manera que tanto las entidades licitantes como proveedores del Estado, participen de un proceso en el cual todos los documentos utilizados mantengan el mismo esquema o patrón, disminuyendo así la dualidad de criterios, interpretaciones o incluso reclamos respecto a la verificación o evaluación de éstos y así otorgarle mayor eficiencia y eficacia a los procesos de adquisiciones de las entidades contratantes Estado.

Con esa estandarización también se busca que los participantes no se confundan con tantos documentos distintos de las diferentes entidades y así el acto público en su etapa precontractual se desarrolle de una manera más transparente.

El Artículo 32 Constitucional reconoce que nadie será juzgado sino por autoridad competente **y conforme a los trámites legales**, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria.

Este principio constitucional ha sido objeto de amplios estudios por la doctrina patria y objeto de copiosa jurisprudencia que ha contribuido a moldear y precisar su contenido. Basta ojear las colecciones de recensiones jurisprudenciales para confirmar este aserto, concluyendo en que, la protección de garantías que debe recibir quien acude a la Administración en procura del reconocimiento de su derecho sin ningún tipo de distinción, tomando en consideración los factores objetivos de la adjudicación como lo es el de la oferta de menor precio y la plena justicia en la adjudicación, principios constitucionalmente reconocidos, **deben ser dirigidos desde la perspectiva del administrado**, sobre todo si

27



el procedimiento tiene por objeto el reconocimiento o la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo digno de protección, como es el caso de controvertir el informe de la comisión verificadora dentro del término de ley.

A propósito de los formularios, el artículo 45 de la ley especial indica que las entidades incluirán, dentro del pliego de cargos, los modelos o los formularios que necesariamente garanticen la prestación de ofertas en igualdad de oportunidades. Estarán comprendidos dentro de estos, **el de propuesta**, en caso de que la institución lo estime conveniente, los modelos de las fianzas, las cartas, el proyecto de contrato y el modelo del convenio de asociación accidental, entre otros, siendo esos formularios un mínimo y no excluyentes del resto. Iguales menciones hacen referencia los artículos 52 y 58 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020.

El artículo 46 de la reglamentación reitera que, *“en la elaboración del pliego de cargos, la entidad contratante elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, el pliego de cargos, **utilizando los documentos estandarizados aprobados por la Dirección General de Contrataciones Públicas y en atención a los modelos**, resoluciones y las circulares generales que emanen de esta dirección...”*.

Todas esas situaciones de forma deben ser ventiladas antes de entrar en el razonamiento de fondo, para evitar la transgresión de la ley y de la transparencia del acto público iniciado por la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, pero esa realización no puede ser llevada de cualquier manera, sino conforme lo establece el ordenamiento jurídico como parámetro de actuación para todo ciudadano y en especial del servidor público, quien debe regirse bajo esos lineamientos que son inherentes al ejercicio de la actividad administrativa; es decir, desarrollada conforme a la ley, como una de las manifestaciones del poder público estatal y que de igual forma debe someterse a ella (la ley). Y es que precisamente es esa adaptación en que se circunscribe una de las bases del Estado de Derecho sin la cual sería posible el logro de sus objetivos, por ser ese un mecanismo de control de la actividad pública y garantía presente del administrado en la justicia frente a la Administración.

Todo lo anterior deviene ante la potencial vulneración de derechos que hemos observado, por una parte, al ignorarse lo demandado por la ley y la reglamentación, al colocar formularios distintos a los requeridos por ley.

Esas inconsistencias como mencionamos, indudablemente contrarían la ley, al no ser observadas las reglas del debido proceso en todas las etapas, desde la confección de las condiciones generales y especiales hasta la fase de examen de las propuestas, y a la vez nos orilla como Tribunal encargado de resolver la controversia en un escenario de agotamiento de la vía gubernativa, a tomar una decisión acertada, precisamente por la vulneración al proceso debido. Sobre ese particular, en Argentina, el administrativista Héctor Escola sostiene que:

9



*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.** Este último concepto no siempre es tenido en cuenta, no obstante, su importancia. 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.*

Según el Dr. Bartolomé Fiorini, también de la escuela Argentina, cuna de grandes administrativistas, el procedimiento administrativo, que "sistematiza principios, normas, órganos e instituciones que rigen el proceso funcional de toda la administración pública", en el caso en que intervenga un interesado, un administrado, sin dejar de percibir esos mismos fines, **tiende a garantizar las relaciones jurídicas con el administrado.**

Expresa el citado autor en torno al tema analizado, lo siguiente:

Aceptado que hay dentro de la administración pública distintos procedimientos administrativos, pero que el referido a la justicia administrativa dentro de la administración responde a un fin particularizado, también se comprueba que hay una técnica específica para este procedimiento que tiende, por, sobre todo, a aplicar el derecho de defensa y la realización de lo que en ciencia jurídica se distingue como debido proceso. Esta técnica procesal tiende a consagrar: garantías para la defensa del administrado, competencia específica de ciertos órganos administrativos; valor de las pruebas; vías de impugnación contra las decisiones. Estas normas y principios presupuestan la seguridad de buena justicia a favor del administrado.

Los pliegos de cargos, como lo establece la ley y la Doctrina, deben ser justos claros y objetivos, y deben abarcar todo lo concerniente para la concesión del acto público, y garantizando todo lo concerniente a la sustanciación del proceso hasta su finalización, respetando todas las garantías que la ley le concede a los participantes y no debe dejarse a la extensiva interpretación; de lo contrario, nos veríamos en la necesidad de anularlos con el fin de garantizar el debido proceso y la tutela administrativa efectiva que se encuentra intrínsecamente vinculada con toda toma de decisión por parte del poder del Estado.

En esta oportunidad lo importante es examinar que las condiciones que ofrecen los términos de referencia no vulneren Derechos subjetivos, por eso, nuestro interés redunda en enfocarnos que el procedimiento no se haya desarrollado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, entre otras razones más que puedan provocar la nulidad absoluta del mismo.

✓



Las bases de todo procedimiento de selección de contratista deben ser muy claros, a fin de evitar cualquier tipo de inconsistencia que pueda frustrarlo, pues lo que se quiere conseguir en un acto público es la adjudicación de un bien para el Estado a servicio de la colectividad. Y en ese sentido no debe verse el mismo empañado por actuaciones alejadas de la ley, ya sea por la complejidad del acto público o la nulidad del acto mismo por ser contradictorio. Lo que implica pérdida de dinero para los participantes y tiempo para la entidad; así como también la espera en la solución de una necesidad que quizás sea urgente. Bases puras y simples es lo que se requiere.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, vulnera lo establecido en la Ley No. 22 de 2006, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 166 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“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.”

En virtud de las consideraciones señaladas, estima esta colegiatura que lo prudente es anular el procedimiento de selección de contratista No. 2021-0-06-0-08-CM-006422, convocado por la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, en base a lo dispuesto en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual dispone que:

“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 nuestro).

En cuanto al argumento del accionante, respecto a la presunta nulidad del acto público por no publicarse la resolución de delegación del Jefe de Compras para firmar procedimientos de selección de contratistas por contratación menor debemos indicar que tal situación no vulnera la ley ni vicia el acto público que nos ocupa, por cuanto que, la delegación ha sido concedida conforme a la ley; tomando en consideración que la legalidad de los actos administrativos se presume, y esa presunción se determinó con la Resolución Administrativa No. 176 de 10 de julio de 2020 que la entidad refirió y mostró en el informe de conducta subido a la plataforma “PanamaCompra” el día 12 de mayo de 2021, y también se hizo mención de ella en el Cuadro de Cotizaciones DAF de 21 de abril de 2021. Es decir, la firma del Jefe

9



de Compras de la entidad fue a través de la aplicación de las normas concernientes a la delegación que nuestros ordenamientos jurídicos han indicado.

La nulidad hubiese aplicado en caso tal de que el servidor público hubiese refrendado el Cuadro de Cotizaciones sin la debida delegación, lo cual no ha ocurrido, toda vez que la entidad ha demostrado la existencia del acto administrativo antes de la firma de la decisión que adjudica el acto público de selección de contratista.

Sobre este tema, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha citado en Sentencia de 30 de diciembre de 2011, lo expuesto por el profesor y Tratadista José Roberto Dromi respecto al tema en debate.

*La presunción de legalidad **no es un medio de prueba**; atañe a la carga de la prueba y fija una regla de inversión de la carga de la prueba. Ante actos absolutamente nulos, no hace falta acreditar la ilegitimidad, porque ellos no tienen presunción de legitimidad.*

El principio de presunción de legalidad de los actos administrativos no significa un valor absoluto, menos aún indiscutible, pues por eso se la califica como presunción. La presunción de legitimidad es relativa y formalmente aparente. La presunción de legitimidad de que goza el acto administrativo de que fue emitido conforme a derecho, no es absoluta, sino simple, pudiendo ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto controvierte el orden jurídico."

(DROMI, José Roberto. Citado por PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. 5ª Edición. Santa Fe de Bogotá. 1992. pág. 266).

En fallo de 9 de julio de 2008, la Sala Tercera Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, resolvió lo siguiente:

"...

Expuesto lo anterior, compartimos el criterio de la Procuradora de la Administración, en el sentido de que es la parte actora quien debe probar la alegada ilegalidad de la resolución atacada, situación que no se verifica en el caso in examine. Al respecto el jurista colombiano Gustavo PENAGOS, señala que, "en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores". (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

Por último, debemos recordar que, en lo referente a los actos expedidos por las autoridades administrativas, impera el principio de presunción de la legalidad de los actos administrativos, teniendo la obligación quien recurre a la jurisdicción contencioso administrativa de traer a este escenario los elementos de convicción sobre la ilegalidad del acto acusado, ya que el mismo se presume legal, situación que no ha sido cumplida por parte del actor en el caso en estudio.

Lo que convertiría en nulo el acto administrativo que se debate, sería la inexistencia de la resolución que delega al funcionario Abdiel Gilberto Santamaría Arjona para firmar los actos públicos de selección de contratista hasta por el monto de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00) sin embargo, eso no ha ocurrido, por el contrario, fue claramente identificado y conforme a Derecho.

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.

21

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el acto público de selección de contratista No. 2021-0-06-0-08-CM-006422 emitido por la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, de acuerdo a lo ensayado en la parte motiva de este acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación concedida mediante cheque de gerencia No.138280, expedida por Global Bank, fechada 4 de mayo de 2021, por un monto de Cuatro Mil Novecientos Balboas con 00/100 (B/.4,900.00) a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a foja 25 del expediente del Tribunal.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles, posteriores 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 que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: DISPONER la salida y el archivo del expediente No.0046-2021/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 57, 156, 157, 158 y 159 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 153 de 8 de mayo de 2020; artículos 94 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL SEÑOR MOISÉS CRISTÓBAL ESPINOSA PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL DENOMINADO SERVICIOS MOESPISA, EN CONTRA DEL CUADRO DE COTIZACIÓN No. DAF DE 21 DE ABRIL DE 2021, EMITIDO POR LA SECRETARÍA NACIONAL DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN (SENACYT) EXP. 046-2021, RESOLUCIÓN No. 066-2021-Pleno/TACP de 3 de junio de 2021 (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 no compartimos que solo existiera el vicio o causal de nulidad alegada en la presente resolución de decisión; no obstante, sobre el particular expresamos los siguientes puntos a efectos de motivar nuestra opinión:

SOBRE LA NO PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE REALIZA LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN EL JEFE DE COMPRAS POR PARTE DE LA ENTIDAD LICITANTE:

No podemos negar la importancia de la publicación de todas las actuaciones realizadas por las entidades licitantes-contratantes en el portal electrónico "PanamaCompra", puesto que, la transparencia en todos los actos de selección de contratistas es un pilar indubitable en el bregar diario de cada servidor público que gestione cualquier trámite bajo el amparo del régimen vigente sobre contrataciones públicas (Texto Único de la Ley 22 de 2006). De esta manera resulta indispensable que en todos los actos de selección de contratistas se reguarde el debido proceso, mismo que a nuestro criterio no fue cumplido a cabalidad por parte de la entidad licitante, al no publicarse la resolución de delegación de funciones en el portal electrónico "PanamaCompra", con la debida antelación a la emisión del acto impugnado ante esta sede jurisdiccional administrativa; lo cual se configura en un vicio de nulidad absoluta por falta de legitimación legal.

De esta forma, la entidad licitante infringe lo establecido en la ley 22 de 2006 y en su decreto reglamentario, ya que, al omitir realizar esta publicación, no se ciñe a las normas relativas a la delegación administrativa en los actos públicos, puesto que, la rúbrica de los actos de adjudicación es una facultad reglada. Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, encuentran apoyo doctrinal en lo que expresa el tratadista argentino Dromi¹, en cuanto al término "competencia": "que es la esfera de atribuciones de los entes y órganos por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. En otros términos, la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional,..., los tratados, las reglas y los reglamentos. **La competencia es irrenunciable e improrrogable.** Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de **delegación**, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes." (El subrayado es de nuestro)

¹ DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Argentina, 1988, p.241

Como puede verse, según lo que dispone el artículo 201 de la Ley 38 de 2000 uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo es que quién lo emita tenga competencia para ello, salvo que esta facultad sea delegable. Es por esto por lo que es pertinente recordarle a la recurrente que en el derecho administrativo existe la figura de la delegación de competencias, en relación con la delegación, la doctrina jurídica ha señalado lo siguiente:

"(...) La delegación por parte de las autoridades administrativas consiste en 'transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias'. Es decir, que mediante la delegación el funcionario que es titular de una función (delegante) la traslada a otra autoridad (delegatario), para que esta la ejerza en nombre de aquel."² (El subrayado es nuestro)

Así las cosas, en este campo, es donde se evidencia el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, o sea la aplicación (operancia) del principio de legalidad, que busca que el funcionario o entidad que dicta el acto **esté investido de la facultad de hacerlo**; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dicha autoridad. Es por esto, por lo que, la competencia es un elemento concomitante, pues se requiere que el servidor público que emite el acto es ese mismo momento, esté facultado por la ley, para dicha emisión.

La competencia hace parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, y por ello su omisión acarrea la nulidad del acto, según lo establece el artículo 52 de Ley 38 de 2000 al igual que la Legislación referente sobre contrataciones públicas. La competencia del servidor público, concebida como el conjunto de atribuciones que la Constitución Política, la Ley o el reglamento asignan a una dependencia estatal o a un cargo público, según lo define el numeral 21 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, es de tal importancia, que de acuerdo al artículo 52 de la referida Ley, se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, cuando entra otras razones, esté dictado por autoridades incompetentes.

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.

Recordemos el norte programático y de aplicabilidad del derecho del principio de economía (recogido en el artículo 22 de la ley 22 de 2006), el cual nos ordena que no es viable interpretar en forma distinta los defectos de forma o la inobservancia de algunos de los requisitos para los distintos procedimientos de selección de contratista, reduciendo al mínimo los pronunciamientos *inhibitorios*, y que las distintas entidades públicas no exigirán otras formalidades o exigencias rituales, **salvo cuando en forma expresa** lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales. Una interpretación

² RODRÍGUEZ R., Libardo (2005). "Derecho Administrativo: General y colombiano" (14ª. Ed.). Colombia, Editorial Temis, S. A., pág. 53.

sistemática nos orillaría inexorablemente a tal conclusión. De esta manera soy del criterio que no podemos crear precedentes administrativos, creando un alto margen de inseguridad jurídica, lo cual pone en riesgo la efectividad del principio de igualdad de los proponentes. Además de implicar que quienes participan en un proceso de selección puedan usar estos mismos pronunciamientos, para basarse según su conveniencia particular. Por tal motivo y en atención a los criterios previamente vertidos por este Despacho ante la necesidad de brindar la correspondiente seguridad jurídica para todos los *proponentes-contratistas*, ya que debemos perseguir el tutelar efectivamente los derechos de los *administrados-contratistas*.

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



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

Fecha ut supra.

