

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 419

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 30 de junio de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Propuesto por el Licdo. Guillermo García, quien actúa en nombre y representación de **Distribuidora de Minerales, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Nota N°ARI-AG-DAL de 2 de julio de 2002 emitida por el **Director General de la Autoridad de la Región Interoceánica.**

Concepto.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto que nos distingue, concurrimos ante el Despacho a su cargo con la finalidad de darle formal contestación a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

I. Nuestra Intervención.

Esta Procuraduría interviene debidamente fundamentada en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 38 de 2000, según el cual a esta dependencia del Ministerio Público le corresponde intervenir en interés de la ley, en los procesos contencioso-administrativos de plena jurisdicción en los que se impugnen resoluciones que hayan decidido procesos en vía gubernativa, en los cuales haya habido controversia entre particulares por razón de sus propios intereses.

II. El petitum:

La sociedad demandante solicita a vuestra Sala que se declare nula, por ilegal, la Nota N°ARI-AG-DAL-2284-02 de 2 de julio de 2002 expedida por el Director General de la Autoridad de la Región Interoceánica y sus actos confirmatorios y que se ordene a esa institución gubernamental celebrar el correspondiente acto público, por existir más de dos (2) interesados en el arrendamiento del bien inmueble estatal; que se declare que la celebración de un tercer acto público acarrea mejor y mayores beneficios para la institución, por el concepto de la competencia entre postores.

III. Las normas que se dicen infringidas y su concepto son las que a seguidas se analizan:

a. El artículo 9, numeral 1, de la Ley 56 de 1995.

"Artículo 9: Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes.

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos."

Concepto de la infracción:

"La orden de no hacer atacada incurre en violación literal en forma directa por omisión.

Es principio de derecho público que los servidores públicos no deben hacer más de lo que la ley les permite. Sin embargo, la Ley 56 citada es una ley especial que regula las contrataciones públicas, y en todo su articulado no se observa otra cosa que buscar el mejor

beneficio para el Estado en todas sus contrataciones.

Si declarados desiertos por falta de postores dos (2) actos públicos celebrados en fechas distintas sobre el mismo bien, como es el caso que nos ocupa, la ley permite a la institución licitante celebrar contratación directa, cuya ritualidad culmina con el refrende (sic) del Contralor de la República, no con los actos preparativos como es el caso de la Nota No. ARI-AG-DAL-dli-1906-02 de 11 de junio de 2002, que no indica la resolución que haya sido autorizado por el Ministerio de Economía y Finanzas, por lo que al percatarse la Institución licitante que habían más de dos (2) interesados en el lote P2, lo lógico era someterlo a un tercer acto público (no lo prohíbe la ley) y buscar así un mejor beneficio para el Estado en cumplimiento de la norma citada, de carácter prioritario ante cualquier norma y así procurar cumplir con el principio de oportunidad de los interesados." (Cf. foja 10)

b. El artículo 17, numerales 2, 3, 5 y 7 de la Ley 56 de 1995.

"Artículo 17: Principio de economía.

En cumplimiento de este principio se aplicarán los siguientes parámetros:

1. En las normas de selección y en los pliegos de cargos o en los términos de referencia, para el escogimiento del contratista, se establecerán y cumplirán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios, a fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado. Con este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección, y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

2. Las normas de los procedimientos de selección de contratistas se interpretarán de manera que no den

ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma, o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

3. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual para servir a los fines estatales, así como a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos, a fin de evitar dilaciones y retardos en la ejecución del contrato.

5. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que, con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

6. Las entidades estatales convocarán e iniciarán los procedimientos de selección de contratistas, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestarias.

7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección de contratista o al de la firma del contrato, según sea el caso."

Concepto de la infracción.

"La orden de no hacer de esta forma impugnada y sus actos confirmatorios, viola en concepto de violación literal directa por omisión el contenido del Artículo 17 citado.

De conformidad con el Principio de Economía, que no sólo se refiere al de evacuar con prontitud las actuaciones administrativas dirigidas a la contratación pública, sino además con

miras a obtener mejor ventaja y beneficio a favor del Estado, a fin de garantizar sus mejores beneficios económicos, la norma citada expresa con claridad que los funcionarios licitantes están limitados en cuanto a seguir trámites distintos y adicionales a los contenidos en la ley. Ello no quiere decir que al celebrar un tercer acto público, en este caso, estarían ejecutando trámites adicionales o distintos, porque precisamente la selección de un mejor postor o de una mejor oferta a favor del Estado es el fin primordial en que se fundamenta esta Ley 56, y resolvería de inmediato el conflicto o controversia surgida con motivo del bien estatal perseguido por ambas empresas interesadas.

Como se desprende del acto atacado, como de su acto confirmatorio, tan sólo existe en la institución una sola solicitud de una empresa interesada en contratar directamente con el Estado y que de (sic) esta solicitud se remite al Ministerio de Economía y Finanzas, petición de excepción de selección de contratista, la cual no se indica haya sido aprobada o que dicho contrato ya esté celebrado y refrendado por las partes y por el Contralor de la República, por lo tanto al existir otra solicitud de nuestra parte nos pone en igualdad de derechos o posición ante la administración pública con relación a la otra empresa, por lo que la solución la brinda este artículo citado, cuando expresa que la conveniencia o no del objeto a contratar, se dará con antelación a la selección de contratista o al de la firma del contrato, y reiteradamente ha expresado la Corte, como es el caso de CONSULTORÍAS, INVESTIGACIONES Y COMUNICACIONES, S.A., contra el Ministerio de Educación, resuelto por esta sala, en donde expresó que pese a haber sido autorizada la prórroga mediante Resuelto ministerial, la misma no surte efecto hasta tanto se de la firma o refrendo del acto o contrato por la Contraloría General de la República, pese a haberse firmado por las partes contratantes.

En ese sentido, al no estar vigente el contrato, lo pertinente, a fin de darle oportunidad a todos los interesados, era someterlo a un tercer acto público, con lo que se lograría un mejor beneficio para el Estado." (Cf. foja 11)

c. Artículo 21 de la Ley 56 de 1995.

"Artículo 21. Deber de selección objetiva y justa.

Los funcionarios responsables deberán seleccionar al contratista en forma objetiva y justa. Es objetiva y justa la selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que ésta busca, con base en lo estipulado en pliego de cargos."

Concepto de la infracción:

"La orden de no hacer contenida en el acto atacado mediante este recurso y sus actos confirmatorios, violan en concepto de violación directa por omisión lo establecido en la norma citada.

De conformidad con esta norma, no cabe dudas de que el objeto y fin estatal es perseguir un mayor (sic) y mejor beneficio de sus actos, en donde dispone de sus bienes, servicios, suministros, etc., siempre que se cumpla con las especificaciones contenidas en el pliego de cargo, que constituye la norma fundamental en todo acto público.

De esta forma y aplicándolo al caso que nos ocupa, es objetivo y justo para el fin estatal, someter el polígono P2 a un tercer acto y buscar un mejor postor para el arriendo de éste. Si existe un solo postor que pide contratar directamente por haberse celebrado ya dos (2) actos declarados desiertos, éste ofrecerá y la administración no estará en condiciones de pedir, pero si lo somete a un tercer acto, pondrá su precio oficial y las partes harán sus ofertas. Sería conveniente entonces para el Estado la

competencia porque podrá indicar en el Pliego de Cargos, que abiertas las propuestas permitiría las pujas y repujas a fin de lograr el mejor precio en el arriendo." (Cf. foja 12)

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría desea llamar la atención de los Honorables Magistrados, porque el análisis del proceso in examine debe centrarse en **la legalidad o ilegalidad del acto administrativo acusado**; es decir, la Nota N°ARI-AG-DAL de 2 de julio de 2002 emitida por el Director General de la Autoridad de la Región Interoceánica.

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Contratación Pública, después de declarados desiertos dos actos públicos, la entidad contratante tiene el derecho de solicitar al Ministerio de Economía y Finanzas la Contratación Directa de bienes del Estado.

El artículo 16 de la Ley 56 de 1995, que contiene el Principio de Transparencia, dispone que "el escogimiento del contratista se efectuará mediante un acto de selección de contratista, salvo en los casos en que la ley autorice la contratación directa."

El artículo 58 de la Ley 56 de 1995 establece que no será necesario el proceso de selección de contratista y, por ende, procede la contratación directa, en los siguientes casos:

1. Los de adquisición o disposición de bienes o su **arrendamiento**, en los cuales no haya más de un oferente o en aquellos que, según informe técnico oficial fundado, no haya sustituto adecuado.

2. Los que se celebren después de verificados dos actos públicos de selección de contratistas, que se hayan declarado desiertos.

3. Cuando hubiere urgencia evidente que no permita conceder el tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista.

4. Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con urgencias o desastres naturales, previa declaratoria por el Consejo de Gabinete.

5. Los de empréstitos y los relacionados con la emisión, la colocación, la redención, el canje o la renegociación de valores debidamente autorizados.

6. Los contratos autorizados o regulados por ley especial.

7. Los que celebre el Estado con los municipios o con las asociaciones de municipios.

8. Los contratos que constituyan simples prórrogas de contratos existentes, siempre que así lo autoricen las autoridades competentes.

9. Aquellos cuyo precio es igual para todo un sector de la actividad, en virtud de uso o prácticas comerciales o tarifas o precios fijados o aprobados por entidades públicas competentes.

10. Los que celebre el Estado con sus instituciones autónomas o semi-autónomas, o de éstas entre sí.

11. Las contrataciones realizadas por los municipios y autoridades de comarcas indígenas, para desarrollar obras de inversión pública hasta por la suma de diez mil balboas

(B/.10,000.00). En estos casos, los municipios o autoridades comarcales se sujetarán a los procedimientos administrativos, para la adquisición y disposición de bienes y servicios comunitarios fijados para los Consejos Municipales y Provinciales por la Contraloría General de la República y demás disposiciones que, en materia de control fiscal, le sean aplicables.

12. Los contratos de permuta para adquisición de bienes muebles o inmuebles, previo avalúo correspondiente.

13. **Los de arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles.**

14. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales o industriales y comerciales estatales y las sociedades de economía mixta.

15. Los actos o contratos que se refieren a obras de artes o trabajos técnicos cuya ejecución sólo pueda confiarse a artistas reputados o a reconocidos profesionales; o los referentes al suministro de bienes y servicios para los cuales, según dictamen técnico oficial, exista un único proveedor o contratista.

Como puede observarse, **el Administrador General de la Autoridad de la Región Interoceánica actuó conforme a derecho al proceder con el trámite de Contratación Directa**, luego de haberse declarado desierta, por dos ocasiones, la Solicitud de Precios mediante la cual se invitó al público en general a presentar propuestas para el arrendamiento de **los Lotes de Punta Mala, Corregimiento de Ancón, Provincia y Distrito de Panamá**, debidamente fundamentado en el numeral 2, del

artículo 58 de la Ley 56 de 1995 descrito ut supra. (Cf. fojas 24 a 39 del expediente judicial)

El artículo 58 de la Ley 56 de 1995 es claro al disponer que "tratándose de contratos que no excedan los doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00), la autorización para contratar directamente le corresponde al Ministro de Hacienda y Tesoro (entiéndase Ministro de Economía y Finanzas) o al servidor público de este Ministerio en quien se delegue esta facultad."

Con fundamento en lo anterior, el Administrador General de la Autoridad de la Región Interoceánica procedió a suscribir el Oficio N°ARI-AG-DAL-DLI-1906-02 de 11 de junio de 2002, mediante el cual le solicitó al Ministro de Economía y Finanzas la excepción del procedimiento de selección de contratista y autorización para contratar con la empresa MS INVESTMENT AND FINANCIAL CORP., el arrendamiento de los **Lotes de Punta Mala, Corregimiento de Ancón, Provincia y Distrito de Panamá**, previa la solicitud formulada por la empresa al Administrador General de la ARI, tal se verifica en las fojas 40 a 43 del expediente judicial.

Lo anterior trajo como consecuencia la expedición de la Resolución N°437 de 25 de julio de 2002, del Ministro de Economía y Finanzas, que resolvió autorizar al Administrador General de la ARI para contratar directamente con la empresa MS INVESTMENT AND FINANCIAL CORP., el arrendamiento de dos lotes de terreno en los Lotes de Punta Mala, Corregimiento de Ancón, Provincia y Distrito de Panamá, según se constata en la foja 44 del expediente judicial.

De acuerdo con el artículo 68 de la Ley 56 de 1995, “una vez ejecutoriada la resolución de adjudicación definitiva por vía gubernativa y constituida la fianza definitiva, el ministro o representante legal de la entidad licitante, procederá a formalizar el contrato de acuerdo con el modelo incluido en el pliego de cargos y las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.” Esa es la razón por la cual las partes suscribieron el Contrato de Arrendamiento N°298-02 de 4 de septiembre de 2002, visible de foja 45 a foja 51 del expediente judicial.

Somos conscientes que el artículo 73 de la Ley de Contratación Pública exige, además de la celebración de los contratos por parte del Ministro o Representante Legal de la entidad pública correspondiente por parte del Estado, el refrendo del Contralor General de la República, para la validez del contrato.

Sin embargo, debemos recordar que si el Administrador General de la Autoridad de la Región Interoceánica no hubiera suscrito el Contrato correspondiente, hubiera tenido que **compensar a la empresa** MS INVESTMENT AND FINANCIAL CORP., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, que a la letra dice: “...El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, **el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos,** si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo dispuesta

en el presente artículo, después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.”

En atención a lo anterior, esta Procuraduría considera que la Autoridad de la Región Interoceánica cumplió con el procedimiento establecido en la Ley 56 de 1995 para la excepción de todo acto público: la Contratación Directa, y también tomó en consideración la **erogación económica** que hubiera tenido que enfrentar en el evento en que hubiera decidido no suscribir el contrato, en perjuicio de los intereses del Estado.

Es oportuno resaltar que la demandante, **Distribuidora de Minerales, S.A.**, no concurrió a ninguna de las dos convocatorias de la Solicitud de Precios para el arrendamiento de los Lotes de Punta Mala, Provincia y Distrito de Panamá. Tampoco compareció de manera oportuna para solicitar a la ARI la contratación directa de dichos lotes.

Siendo ello así, no era obligación de la Autoridad de la Región Interoceánica desconocer todo lo actuado en el procedimiento de excepción, para atender la solicitud de la hoy demandante.

Por lo expuesto, reiteramos que **el acto administrativo contenido en la Nota N°ARI-AG-DAL de 2 de julio de 2002 emitida por el Director General de la Autoridad de la Región Interoceánica cumple a cabalidad con lo dispuesto en la Ley de Contratación Pública; incluso con el requisito de refrendo por parte del Contralor General de la República, según se observa en la foja 51 del expediente judicial.**

Por consiguiente, reiteramos nuestra solicitud a los Honorables Magistrados para que se desestimen las pretensiones de la sociedad demandante y, en su lugar, se declare la legalidad de la Nota N° ARI-AG-DAL de 2 de julio de 2002 emitida por el Director General de la Autoridad de la Región Interoceánica.

Pruebas:

Aceptamos las pruebas adjuntadas al libelo de la demanda, por cumplir con los requisitos exigidos por el Código Judicial.

Aducimos como pruebas de la Administración, las visibles en las fojas 22 a 51 del expediente judicial.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/5/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General