

16 de marzo de 2006

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

**Concepto**

La firma Rivera, Bolívar y Castañedas, en representación de **OMICRÓN PANAMA CORPORATION, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución de la Gerencia General Núm. 109-2005 G-G de 9 de mayo de 2005, emitida por los Sub-Gerentes Generales del **Banco Nacional de Panamá**, los actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con fundamento en el numeral 4, del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, acudo ante usted con la finalidad de contestar la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción descrita en el margen superior.

**Concepto de la Procuraduría de la Administración.**

a. Se señala violado el artículo 4 de la Ley 56 de 1995, que se refiere a que en el procedimiento de selección de contratista, se dará cumplimiento a la jerarquía de las normas constitucionales, a la ley y normas que regulan la contratación pública y al pliego de cargos.

Los representantes legales de la parte demandante, manifiestan que la norma ha sido violada de manera directa

por comisión al haberse dictado la resolución que se impugna, en contravención a lo establecido en el pliego de cargos.

Está Procuraduría no comparte el criterio esgrimido por los representantes judiciales de la parte actora, ya que tal como consta en el expediente contentivo del pliego de cargos de la Solicitud de Precios 43-2004, addenda #2, en el Capítulo IV de las Especificaciones Técnicas, a fojas 61 a 65, se indican los requisitos técnicos solicitados para este acto público, el cual exigía para las impresoras solicitadas que contarán con tecnología láser y con el Sistema Operativo Windows Server 2003.

A fojas 64 y 65 del pliego de cargos, se indican cuáles son las especificaciones técnicas que deben cumplir las impresoras láser en lo referente a "tarjeta de red", se indica que la misma debe contar con los siguientes requisitos: "Ethernet 10/100 base TX con conector R-J-45. Instalada con manuales y CD. Certificadas de fábrica como tarjeta compatible Windows NT, 2000 y **2003**". Sin embargo, puede observarse que el "controlador" o "driver" de la impresora Kyocera FS 3830 ofertada por OMICRON PANAMÁ, S.A., no reunía los requisitos técnicos solicitados en dicho pliego de cargos, toda vez que en su oferta no constaba el Sistema Operativo Windows Server 2003. (Cfr. fojas 197, 769 y 770 del expediente administrativo, las cuales aportamos).

La empresa demandante, confirma la carencia de este requisito en su nota fechada 14 de abril de 2005, mediante la cual le comunica a la Gerencia Ejecutiva del Banco Nacional de Panamá, que las impresoras propuestas en el acto público

no eran **tecnología LASER sino tecnología LED**, por lo que el producto a suministrar no se ajustaba a lo requerido en el pliego de cargos, razón por la cual no se podía aceptar esa propuesta, tal como fue presentada, ya que aceptarla en esas condiciones representaba aceptar una propuesta condicionada, lo que es contrario al artículo 30 de la Ley de Contratación Pública, que señala que las propuestas deben ser presentadas sin restricciones ni objeciones. (Cfr. fojas 769 y 770 del expediente administrativo).

La Gerencia General del Banco Nacional de Panamá, luego de evaluar las propuestas presentadas, mediante la Resolución 109-2005 GG de 9 de mayo de 2005, adjudicó la Solicitud de Precios 43-2004, a la empresa LANIER DE PANAMÁ, S.A., el renglón 1, (para el suministro de impresoras láser) y a la empresa MULTITEK PACÍFICO, S.A., el renglón 2, (para el suministro de impresoras láser a color), quienes cumplían a cabalidad con los requisitos técnicos exigidos por el pliego de cargos de este acto público.

Por tanto, no se ha violado el artículo 4 de la Ley 56 de 1995.

b. Se señala infringido el artículo 8 de la Ley 56 de 1995, que se refiere a los fines que persigue el Estado, los cuales se concretizan a través de los contratos, que celebran los particulares y las distintas entidades estatales en cumplimiento de su función social y que engendra obligaciones.

Los apoderados de la parte actora, señalan que se ha violado el artículo 8 de la Ley 56 de 1995, de manera directa

por comisión, ya que su representada cumplió con todos los requisitos de índole técnica y ofertó los precios más bajos, por lo que se viola la norma al adjudicarle el acto público a otros proponentes que cumplieron con los requisitos técnicos exigidos, pero que ofertaron precios superiores.

La Procuraduría de la Administración no comparte el criterio expuesto por la empresa demandante, por considerar que no se ha infringido la norma legal citada, ya que examinadas las constancias procesales, se puede constatar que la Gerencia General del Banco Nacional de Panamá, luego del dictamen proferido por la Comisión Técnica Evaluadora y de tomar en cuenta las observaciones efectuadas por las empresas participantes, procedió a examinar las propuestas presentadas por las empresas que acudieron a la convocatoria del acto público, para verificar si las mismas se ajustaban al pliego de cargos. Producto de ese análisis determinó que la propuesta de la empresa OMICRON DE PANAMÁ, S.A., no cumplía con los requisitos exigidos.

La Gerencia General del Banco Nacional de Panamá, al dictar la Resolución Núm. 109-2005, mediante la cual adjudicó la Solicitud de Precios 43-2004, a otras empresas distintas a la parte actora, lo hizo en virtud de la facultad que le confieren los artículos 45 y 48 de la Ley 56 de 1995. El primero, le otorga al jefe de la entidad licitante o en quien delegue, el poder de adjudicar el acto público, siempre que a quien se le adjudica, haya cumplido con las formalidades establecidas en la ley y en el pliego de cargos; y el segundo, es la norma jurídica que otorga al jefe de la

entidad licitante o en quien éste delegue, la facultad de rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convenga a los intereses del Estado; actuación a la que se ajustó la Gerencia General del Banco Nacional, toda vez que la propuesta de OMICRON PANAMÁ, S.A., no cumplía con las especificaciones técnicas señaladas en el pliego de cargos, mientras que otras propuestas si cumplían con lo exigido.

Con relación a la facultad discrecional de la entidad licitante de rechazar una o todas las propuestas o de escoger la que mejor convenga a sus intereses, la Sala Tercera se ha pronunciado de la siguiente manera:

"... Al analizar las violaciones alegadas y los argumentos que la sustentan, la Sala concluye que la razón no le asiste a quien representa a la parte actora. Contrario a lo expuesto en la demanda la Sala advierte que si bien es cierto que en el informe presentado por la Comisión Técnica Evaluadora se señaló a la empresa ULTRAMAR COMERCE CORPORATION, como la empresa con la oferta de precio más baja, no es menos cierto que también se indicó que la muestra de mochila presentada no llenaba las condiciones exigidas por el Ministerio de Educación conforme al Pliego de Cargos y Especificaciones. Ello a juicio de la Sala, es criterio suficiente para no proceder a la selección de las propuestas presentadas, aun cuando alguna de ellas ostente el precio más bajo, pues, deben converger otros elementos que por lo general se especifican en el pliego de cargos, aspecto sobre el cual la Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, como en la sentencia de 9 de septiembre de 1998, expedida en ocasión de la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción presentada por la empresa Scandinavian Motors contra el Banco Nacional de Panamá.

No coincide, pues, la Sala con la tesis expuesta por la Licda. Cortés para desvirtuar el criterio de selección que utilizó el Ministerio de Educación para declarar desierto el acto público, mismo que se desprende de la facultad que le confiere el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, pues, de ningún modo la deficiencia señalada en el acto que se demanda, es un asunto 'susceptible de ser mejorado de acuerdo a los requerimientos' al tratarse de una muestra. Ello, a juicio de la Sala, no requiere mayores consideraciones, pues, para eso se expide el pliego de cargos, donde claramente se enuncian las especificaciones que según la misma Ley 56 de 1995, su elaboración no deben ser 'incompleta, ambigua o confusa'. Quienes participan en un acto de contratación de (sic) pública, deben, pues, ajustar sus ofertas a las especificaciones requeridas, y la entidad contratante luego de la debida ponderación de las mismas según el pliego de cargos, procederá a la selección de conformidad a la Ley.

**... Sentencia de 9 de noviembre de 2000.**

"Es cierto que el artículo 45 de la Ley 56 de 1995 establece que la adjudicación se hará al proponente que haya obtenido la mayor ponderación, de acuerdo con la metodología de ponderación de propuestas señalada en el pliego de cargos, pero el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, posterior al antes citado, le confiere a la autoridad responsable una facultad discrecional, que consiste en que el Estado se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convenga a sus intereses, sin embargo, estima esta Sala que dicha facultad o derecho reservado, debe ejercerse sólo y únicamente cuando esta decisión garantice al Estado, sin lugar a dudas, un mejor y mayor beneficio. Dicho de otro modo, en caso que se decida rechazar las propuestas, se haga porque definitivamente ninguna de ellas

representa el mejor interés y beneficio para el Estado..." (Demanda interpuesta por el licenciado Emeterio Miller (Q.E.P.D.) en representación de D & N Asociados, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la resolución GG-27-97 de 18 de abril de 1997, dictada por el Gerente General del Banco Nacional de Panamá y Actos confirmatorios- **Sentencia de 6 de abril de 2000**).

Las razones expuestas son suficientes para desestimar el cargo de violación al artículo 8 de la Ley 56 de 1995.

c. Se señalan violados, el numeral 1 del artículo 9 y el artículo 10 de la Ley 56 de 1995, ambas normas legales, establecen que será obligación de las entidades estatales contratantes, obtener el mayor beneficio para el Estado, cumpliendo con lo que establezca la ley, su reglamento y el pliego de cargos.

La firma forense indica que las normas citadas, han sido violadas de manera directa por omisión, ya que si la Gerencia General del Banco Nacional hubiese cumplido con el contenido de las normas, la empresa Omicron Panamá, S.A., hubiese sido la adjudicataria de la Solicitud de Precios Núm. 43-2004, en sus renglones Núm. 1 y 2, puesto que cumplió con todas las especificaciones técnicas y ofertó el precio más bajo.

A nuestro juicio, la Gerencia General del Banco Nacional, cumplió con el contenido de los artículos señalados como violados por la resolución que se impugna, en la medida en que la adjudicación de la Solicitud de Precios Núm. 43-2004, en sus renglones Núm. 1 y 2, se otorgó a la empresa LANIER DE PANAMÁ, S.A., y a la empresa MULTITEK PACÍFICO,

S.A., quienes presentaron sus propuestas ajustadas a los requisitos exigidos en el pliego de cargos.

Por consiguiente, no se configuró la violación al numeral 1 del artículo 9, ni al artículo 10 de la Ley 56 de 1995.

d. Se señalan violados los numerales 5 y 6 del artículo 16 de la Ley 56 de 1995, que establece el Principio de Transparencia, y reglas para su cumplimiento como las siguientes: que los actos de selección de contratista que surjan de la actividad contractual o con ocasión de ella, al igual que los informes de evaluación, la adjudicación y la declaratoria de desierto, se motivarán en forma detallada y precisa (numeral 5); y que las autoridades deben someterse al procedimiento, no actuar con desviación o abuso de poder y ejercer su competencia exclusivamente para los fines previstos en la ley (numeral 6).

Manifiestan los abogados de la empresa demandante que las normas citadas, han sido violadas de manera directa por omisión, ya que la Gerencia General del Banco Nacional de Panamá, al expedir la resolución que se impugna, no expresó en su parte motiva los fundamentos fácticos o jurídicos que sustenten la decisión de adjudicar a otros, y que permitan a la afectada comprender las razones por las cuales no cumple con los renglones 1 y 2.

Esta Procuraduría disiente del criterio señalado por los representantes legales de la demandante, ya que la Resolución de la Gerencia General Núm. 109-2005 G-G de 9 de mayo de 2005, dictada por los Sub-Gerentes Generales del Banco



Nacional, en su parte motiva explica las razones por las cuales la empresa demandante no fue adjudicataria, para los renglones 1 y 2 de la Solicitud de Precios 43-2004, dado que "no cumplió con las especificaciones técnicas" requeridas en el pliego de cargos, por lo que tal actuación se enmarca dentro del principio de Transparencia enunciado en el artículo 16 citado, al haber dictado el acto administrativo que adjudica la Solicitud de Precios mencionada, a las empresas que si cumplieron con los requisitos exigidos en el pliego de cargos, de conformidad a lo estipulado en la ley, por lo que la violación a la norma no se ha dado.

e. Se señala violado el artículo 21 de la Ley 56 de 1995, que se refiere al deber que tienen los funcionarios responsables de seleccionar al contratista de manera objetiva y justa, de acuerdo a la propuesta más favorable para el Estado y con base a lo estipulado en el pliego de cargos.

La firma forense que representa a la demandante manifiesta que la norma jurídica ha sido violada de manera directa por comisión, toda vez que no fue escogida la propuesta más conveniente para el Estado, ajustada al pliego de cargos, ni a quien la comisión técnica evaluadora le otorgó el máximo puntaje, sino a dos empresas que tenían precios más altos que los ofertados por la empresa demandante.

A juicio de esta Procuraduría, los cargos de ilegalidad expuestos carecen de asidero jurídico al acreditarse en el expediente, que las adjudicaciones efectuadas por la Gerencia

General del Banco Nacional de Panamá, cumplían con lo establecido en la Ley 56 de 1995 y en el pliego de cargos.

No es cierto que se haya violado el artículo 21 de la Ley de Contratación Pública, ya que al examinar la documentación aportada al proceso se evidencia que la empresa OMICRON PANAMÁ, S.A., no se ajustó a lo exigido en el pliego de cargos al presentar una propuesta que no cumplía con lo solicitado.

f. También se señalan como violados los artículos 34, 36 y 47 de la Ley 38 de 2000.

En relación con el artículo 34 de la Ley 38, los representantes judiciales de la empresa demandante, manifiestan que la norma ha sido violada de manera directa por omisión, ya que la Gerencia General del Banco Nacional de Panamá, al haber dictado la Resolución Núm.109 de mayo de 2005, varió su criterio, lo que afectó al administrado y violó el debido proceso legal.

La parte actora señala que el artículo 36 de la Ley 38 ha sido violado de manera directa por comisión, ya que la resolución que se impugna es una norma de inferior jerarquía, por lo que se han violado los contenidos de los artículos 4, 8, numeral 1 del artículo 9, numerales 5 y 6 del artículo 16 y 21, de la Ley 56 de 1995, y el artículo 36 de la Ley 38 de 2000.

Finalmente aducen violado de manera directa por omisión, el artículo 47 de la Ley 38, en la medida en que al examinar las constancias de la Solicitud de Precios 43-2004 y la

Resolución 109-2004, se le han exigido requisitos que no se solicitaban en el pliego de cargos.

Esta Procuraduría no comparte el criterio manifestado con respecto a las supuestas violaciones de los artículos 34, 36 y 47 de la **Ley 38 de 31 de julio de 2000**, que **regulan el Procedimiento Administrativo General** y que se aducen infringidas por la resolución que se impugna, toda vez que en materia de contrataciones públicas, la ley aplicable por ser especial, es la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, que rige el procedimiento de selección de contratista en la República de Panamá, salvo que se trate de contratos públicos que se rigen por otras leyes especiales. Sólo ante un vacío legal y de manera supletoria, se aplicarán las normas contenidas en la ley de procedimiento administrativo general, lo cual no ocurre en esta situación.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución de la Gerencia General Núm. 109-2005 G-G de 9 de mayo de 2005, emitida por los Sub-Gerentes Generales del Banco Nacional de Panamá, sus actos confirmatorios; asimismo que se denieguen las otras declaraciones.

**Pruebas:**

Documental:

Se aduce como prueba de la Administración el expediente original del caso que reposa en el Banco Nacional de Panamá.

Se aportan copias debidamente autenticadas de las fojas 197, 769 y 770 del expediente administrativo.

**Derecho:** Se niega el derecho invocado.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

Oscar Ceville  
**Procurador de la Administración**

Alina Vergara de Chérigo  
**Secretaria General, a. i.**

OC/1062/mcs

## MATERIA TRATADA:

xxxxxxxxxxxxxxxxx

**Brenda (1062)**

Expediente: 523-05

Entrada a la Sala: 2-9-05

Magistrado: ADAN ARNULFO ARJONA

Asignado: 26-10-05

EXPEDIENTE 523-05

Proyectista: BRENDA BLOISE

Fecha: 24 de febrero de 2006