

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 607

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 13 de junio de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Juan Eduardo Vega Benedito, actuando en nombre y representación de **Mejores Acabados, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018, emitida por **la Empresa de Generación Eléctrica, S.A.**, y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

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

Acudo ante usted, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, se acepta.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, se acepta.

Tercero: Este no es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: Este hecho es cierto; por tanto, se acepta.

Quinto: Este no es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: Este no es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la recurrente manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. Los siguientes artículos del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, tal como estaba vigente al momento en que se dieron los hechos.

A.1. El artículo 70, referente a la firma del contrato, el cual asigna la obligación al contratista de constituir fianza de cumplimiento en un término no mayor a cinco días, contados a partir de la Resolución de adjudicación, y una vez cumplido este requisito, asigna la obligación al representante legal de la entidad contratante o quien se delegue esta función, de formalizar el contrato, de acuerdo al pliego de cargos y las disposiciones pertinentes. (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial);

A.2. Artículo 74, referente a la facultad de contratación, mismo que establece que “La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado”, este artículo señala además que “Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista”. (Cfr. foja 8 del expediente judicial);

B. El artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, “Por la cual se adopta la ley de la Contraloría General de la República”, mediante el cual se señala el trámite que debe surtirse en aquellos casos en los que la Contraloría General de la República, en uso de sus facultades, impruebe una orden de pago contra el tesoro público. (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial); y

C. El artículo 1644 del Código Civil, según el cual se señala que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño.

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados.” (Cfr. foja 9 del expediente judicial)

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de los intereses del Estado.

A. Breves Antecedentes

Según lo expresado en la acción que ocupa nuestra atención, la sociedad recurrente suscribió con la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., el Contrato Administrativo No.2014-11, derivado de la Licitación Pública Abreviada No. 2014-2-73-0-08-LA 000645 para el “Suministro de Repuestos para Mantenimiento Mayor de la Planta Turbina de Gas Panamá”, motivo por el cual, procedió a la ejecución del objeto del contrato administrativo. (Cfr. foja 6 del expediente judicial)

Mediante Nota fechada 10 de enero de 2018, dirigida al Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., la actora presentó gestión de cobro, por los servicios efectivamente prestados por valor de quinientos veintiocho mil novecientos treinta y tres balboas con sesenta y nueve centavos (B/.528,933.69), la cual fue respondida a través de la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018, hoy impugnada, que en su parte medular señala: *“Indicamos que la Contraloría General de la República no ha refrendado los referidos contratos, razón por la cual EGESA no puede proceder con estos pagos.”* (Cfr. fojas 1 a 10 del expediente judicial)

Disconforme con tal medida, la parte demandante, actuando por medio de su apoderado judicial, presentó ante la Sala Tercera la demanda administrativa de plena Jurisdicción que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención, en la que solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018. (Cfr. fojas 1 a 10 y 12 del expediente judicial)

B. Sobre la legalidad del acto acusado.

B.1. La falta de refrendo del Contrato Administrativo No.2014-11 y la imposibilidad de formalizar dicho contrato en virtud de ello.

La parte demandante, al sustentar su demanda, considera ilegal el acto demandado, alegando básicamente que la Empresa de Transmisión Eléctrica (EGESA), no cumplió con

los trámites necesarios para que se procediera a la formalización del contrato administrativo No.2014-11, toda vez que omitió promover el refrendo de éste o, en caso que lo haya promovido, no realizó las correcciones necesarias para que fuese refrendado por la Contraloría General de la República.

Así mismo señala, que en ningún momento, la entidad estatal ha dejado sin efecto, mediante acto administrativo motivado, la Resolución de Adjudicación del Acto Público, sino que, contrario a ello, se ha limitado a emitir la nota impugnada, a través de la cual se manifiesta el no refrendo y por ende, el no pago del monto del contrato. (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial)

Sobre los puntos planteados, este Despacho considera oportuno iniciar su análisis anotando que el Contrato Administrativo No.2014-11 se rigió por las normativas la Ley 22 de 2006, que rige las contrataciones públicas, vigentes al momento que se dieron los hechos.

Así las cosas, es oportuno destacar que **las normas de contratación pública establecen reglas que procuran el prevalecimiento del interés público sobre el interés privado**. Sobre este punto, se ha dicho que “el Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política, entendiendo que los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.”¹

Es por ello, que las contrataciones públicas poseen una naturaleza especial, pues la competencia de la Administración y sus agentes para suscribir contratos y perfeccionar dichos actos administrativos, no se regulan por la Ley Civil, sino por las normas administrativas que prescriben los requisitos y solemnidades especiales exigibles a dichos contratos.

¹ MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Teórico y Práctico. Tercera Edición. Grupo editorial LEYER. Bogotá Colombia 2001. Pág. 71.

Los razonamientos plasmados en párrafos anteriores, nos conducen a examinar la pretensión de la recurrente a la luz de la regulación legal aplicable a la contratación de la empresa Mejores Acabados, S.A., con el Estado, para el “Suministro de Repuestos para Mantenimiento Mayor de la Planta Turbina de Gas Panamá”; siendo así, tenemos **que el artículo 74 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, “Que regula la contratación Pública”** (según estaba vigente al momento que se suscribió el contrato en referencia), señala que **“Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista”**.

Vale la pena mencionar, que a pesar de la intención inicial que pudo tener la entidad demandada en suscribir el Contrato Administrativo 2014-11 con la sociedad Mejores Acabados, S.A., **no se puede perder de vista que para su materialización se requería el refrendo de la Contraloría General de la República, lo que no había ocurrido al momento de emitirse la nota impugnada; y que luego fue negado expresamente por la Contraloría General de la República, mediante la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018;** razón por la cual, resultaba imposible el pago de suma alguna en virtud de un contrato que nunca entró a la vida jurídica, en atención a lo establecido en el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, orgánica de la Contraloría General de la República, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 77.

La Contraloría improbará toda orden de pago contra un tesoro público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público, siempre que se funde en razones de orden legal o económico que ameriten tal medida. En caso de que el funcionario y organismo que emitió la orden de pago o el acto administrativo insista en el cumplimiento de aquélla o de leste, la Contraloría deberá cumplirlos o, en caso contrario, pedir a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del pago o del cumplimiento del acto.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadó éste por la Contraloría, puede también someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo

Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o en el cumplimiento de la orden. En caso de que dicha corporación dicta que el acto debe emitirse o que la orden debe cumplirse, la Contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad que del mismo se derive recaerá de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella que votaron afirmativamente. En caso que la decisión sea negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o libró la orden se abstendrá de insistir en el refrendo”. (El resaltado es nuestro)

En este orden de ideas, es importante destacar que **los contratos públicos constituyen actos administrativos complejos que deben contar con las autorizaciones necesarias para surgir a la vida jurídica**, pues no sólo requieren el consentimiento y la firma de las partes, como ocurre en los contratos civiles, sino que **por mandato expreso de la ley, necesitan del refrendo de la Contraloría General de la República para considerarse perfeccionados y puedan generar derechos y obligaciones para las partes.**

Para mayor alcance de lo planteado en el párrafo anterior, resulta conveniente indicar que **Sala Tercera se ha referido en innumerables ocasiones a los efectos jurídicos del refrendo de una contratación pública, advirtiendo de forma concluyente que la falta de refrendo impide el perfeccionamiento del contrato**, y hace que éste no sea vinculante entre las partes, pues, no existe jurídicamente. Sobre el particular, son consultables, entre otras, las sentencias de 21 de mayo de 2003; 24 de julio de 2008; y más reciente, la de 15 de octubre de 2012, en la que la Sala Tercera indicó:

“Cuenta también esta Corporación con varios los pronunciamientos que ilustran que el refrendo de Contraloría General de la República es indispensable para el perfeccionamiento de los contratos administrativos. Veamos a manera de ejemplo extracto de uno de estos pronunciamientos:

‘Disiente la Sala de esa interpretación, por cuanto este Tribunal Colegiado, en aplicación de las normas jurídicas vigentes sobre contratación pública y aquellas complementarias a la materia (ver artículo 73 de la Ley 56 de 1995; la Ley 32 de 1984; el artículo 1 numeral 4 del Decreto Ley No.7 de 1997 en concordancia con el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, entre otras), se ha referido en numerosas ocasiones a los efectos jurídicos del refrendo de una contratación pública, subrayando en términos categóricos que la falta de refrendo impide el perfeccionamiento del contrato, y hace que éste no

sea vinculante entre las partes, pues no existe jurídicamente. Sobre el particular son consultables, entre otras, las sentencias de 26 de abril de 1993; 9 de mayo de 2000 y más recientemente en de sentencia de 9 de marzo de 2001, cuando esta Superioridad indicó:

'La Ley 56 de 1995, claramente contempla lo referente al perfeccionamiento de los contratos de esa naturaleza, y entre otros aspectos formales el artículo 73 de la mencionada Ley prevé que deberán ser refrendados por el Contralor General de la República.'

En ese sentido, no cabe duda que al no contar el Contrato de SUMINISTRO LOS ANDES con el refrendo de Contraloría, éste no se encontraba perfeccionado ni podía ser exigible a ninguna de las partes. En ese entendimiento, el contrato establecía en su Cláusula Undécima lo siguiente:

'Este contrato comenzará a regir a partir de la fecha del refrendo por parte de la Contraloría General de la República'

Por su parte, el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, y el artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 18 de 1996, establecen en su parte pertinente lo siguiente:

'Artículo 45: Adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios.

La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas.'(Subrayado es de la Sala)

'Artículo 53. La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas'

(Subrayado es de la Sala)

Todo lo anterior, nos conduce a la conclusión de que al no contar la contratación con el refrendo de la Contraloría General, el demandante no puede invocar derechos de ejecución del contrato frente a la Autoridad Marítima de Panamá, lo que significa que no puede accederse a la pretensión del demandante, de que se compren a SUMINISTROS LOS ANDES las 8 grúas hidráulicas para el Puerto de Vacamonte, o que se le pague una indemnización por el monto total de la contratación, como si ésta se hubiese perfeccionado." (El resaltado es del Despacho).

En este sentido, **no cabe duda que al no contar el Contrato Administrativo No.2014-11, con el Refrendo de la Contraloría, éste no se encontraba perfeccionado ni podía ser exigible a ninguna de las partes.**

Por las razones anteriormente expuestas, resulta evidente que, contrario a lo señalado por la demandante, en este procedimiento de contratación no ha existido violación alguna del artículo 70 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación

Pública (conforme estaba vigente al momento que se dieron los hechos), debido a que, una vez se cumplieron todos los trámites inherentes al caso, fue sometido al refrendo del Contralor General de la República, mismo que no había sido concedido al momento de emitirse la nota impugnada y que luego fue negado expresamente, de acuerdo a las razones expuestas en la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, situación que impidió la realización del pago por parte de la entidad demandada. De ahí a que la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018, emitida por el Apoderado General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., no es ilegal, y es que, al no contar la contratación con el refrendo de la Contraloría General, la demandante no puede invocar derechos de ejecución del contrato frente a la empresa estatal demandada; en consecuencia, deben descartarse las pretensiones formuladas por la actora.

En este punto, cabe resaltar que la mera expectativa de derecho es una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado, distinto a un derecho adquirido que puede ser definido como el acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho no puede afectarse, ni por voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; así, en un caso similar, la Sala Tercera mediante Sentencia de 28 de septiembre de 2010, expuso lo siguiente:

“IV. DECISIÓN DE LA SALA:

Una vez expuestos los argumentos plasmados por las partes dentro del presente proceso contencioso administrativo, procede la Sala a dictar los elementos de juicio que servirán de fundamento para desatar la litis planteada.

...

Para aclarar, las simples expectativas son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aun no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley.

En conclusión la autorización otorgada a través de la Resolución 074-05 de 8 de noviembre de 2005, **no creó a favor de la empresa demandante ningún derecho, sino una mera expectativa, toda vez que lo acordado por la Junta Directiva de la ARI requería para su perfeccionamiento de otros trámites y autorizaciones previstos en las**

normas de contratación pública que se encontraban vigentes.” (El resaltado y subrayado es nuestro)

Frente a lo anotado, resulta totalmente improcedente que la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., apruebe un pago que no había sido refrendado por la Contraloría General de la República, y en consecuencia, que no se sustente en un contrato vigente válido, de ahí que deba descartarse la pretensión que para tal fin ha formulado la sociedad recurrente.

B.2. Sobre la actuación de la Contraloría General de la República y los mecanismos que amparaban a la demandante ante dicha actuación.

Respecto a la validez y legalidad de la actuación de la Contraloría General de la República, al dictar la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, generadora del no refrendo expreso del Contrato Administrativo No. 2014-11, ya se ha pronunciado la Sala Tercera en innumerables fallos, de los cuales rescatamos el contenido de la Resolución de 16 de marzo de 2009, que en su parte pertinente dice:

“En relación con el refrendo del comentado contrato, se hace necesario señalar el contenido del artículo 1 y el artículo 11, específicamente los numerales 1 y 2, de la ley 32 de 1984, que disponen lo siguiente:

‘Artículo 1. La Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente, de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos públicos y bienes públicos, y examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos.’

‘Artículo 11. Para el cumplimiento de su misión, la Contraloría General ejercerá las siguientes atribuciones:

1. Llevará las cuentas nacionales que sean necesarios para reflejar las operaciones financieras del Estado, entre las que figurarán las de ingreso, las de egreso, las de la deuda pública, interna y externa, y las patrimoniales.

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

...’

...

Al respecto del uso de los bienes públicos, que introduce el conocimiento de la materia administrativa, la Sala se ha pronunciado previamente al señalar lo siguiente:

Resolución de 17 de marzo de 2008:

‘La Sala considera que la Contraloría General de la República para llevar a cabo su misión de fiscalización, regulación y control de los movimientos de los fondos y bienes públicos de la Nación, posee una serie de facultades otorgadas en los numerales 1 y 2 del artículo citado. El numeral 2 le permite a la Contraloría determinar los casos en que ejercerá el control previo y posterior de los fondos públicos, en el acto impugnado.

Cabe señalar que esta Sala se ha pronunciado anteriormente respecto a las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República mediante petición de interpretación que le hiciera la Contraloría General de la Nación para que se pronunciara prejudicialmente, lo cual hizo mediante sentencia del 8 de abril de 1992 de la siguiente manera:

‘III. Los fundamentos constitucionales y legales del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República.

En nuestro país el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República es de carácter externo y puede ser previo o posterior. Es externo ya que el mismo se asigna a una entidad estatal ajena al órgano controlado. Según lo previsto en la Constitución el control puede ser previo, es decir que puede efectuarse durante el proceso de formación del acto o, en todo caso, antes de que produzca sus efectos, o puede ser posterior al acto de gestión fiscal.

El control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República tiene como finalidad la protección del patrimonio del Estado y también persigue la correcta y legal utilización de los recursos públicos. Este control se ha venido a ejercer acuciosamente con la restauración del Estado de Derecho en Panamá.

Vale la pena señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se extiende a todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos."

Como consecuencia de lo anterior, la labor de control y fiscalización de la Contraloría General de la República, puede ser ejercida, sobre la institución hospitalaria denominada Hospital Integrado San Miguel Arcángel, puesto que implican la utilización de fondos o bienes públicos, de acuerdo con lo

establecido por el artículo 11, numerales 1 y 2 de la ley 32 de 1984, previamente citado.

Advierte la Sala, que tanto el artículo 280 de la Constitución Nacional como el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, norma señalada por el recurrente como infringida, faculta a la Contraloría General de la República para actuar cuando considere qué actos infringen la Ley y que afectan el patrimonio público.

Las consideraciones anteriores, hacen concluir a este Tribunal que se hace pertinente negar los cargos invocados, concluyendo que la actuación de la Contraloría General de la República en este caso, se enmarcó dentro de sus facultades legales, y que actuó en salvaguarda de los intereses legales concernientes al régimen de fiscalización." (El resaltado es nuestro).

Al tenor de lo anterior, se hace palpable que en el caso que la hoy demandante no estuviera de acuerdo con la decisión que tomó el Contralor General de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales, de negar el refrendo del Contrato objeto de la presente demanda, bien hubiese podido impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la acción correspondiente, para que se declarara nula, por ilegal y se restableciera el derecho que estimaran violado debido a la negativa del refrendo, pero en la demanda en examen no consta que la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, haya sido impugnada, facultad que, reiteramos, poseía la parte actora.

Lo indicado nos obliga a reafirmar nuestras primeras líneas, en el sentido que la negativa del refrendo es la causa por la cual el contrato no se perfeccionó, lo que descarta que el Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., hubiese actuado ilegalmente.

En el marco de lo antes indicado, debe advertirse que es discrecional la facultad de la administración de insistir en el refrendo o aprobación de una actuación administrativa, cuando ésta es negada. En todo caso, si la administración no insiste en el refrendo o aprobación, le corresponde a quien se considere afectado con esta actuación impugnar la improbación del acto administrativo ante esta vía contencioso-administrativa.

En el caso en estudio, el Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A. firmó el contrato administrativo No. 2014-11 y lo envió para su refrendo o aprobación, pero cuando éste le fue devuelto sin el refrendo o aprobación y posteriormente le fue negado, no insistió en el refrendo, **hecho que no puede considerarse ilegal, con motivo de facultad discrecional que posee de no insistir.**

En un caso similar al que ocupa nuestra atención, en Sentencia de 5 de diciembre de 1998, la Sala Tercera manifestó lo siguiente:

“La facultad de la administración de insistir en el refrendo o aprobación de una actuación administrativa, cuando ésta es negada, es discrecional. Si la administración no insiste en el refrendo o aprobación corresponde a quien se considere afectado con esta actuación impugnar la improbación del acto administrativo ante esta vía contencioso-administrativa. En el caso en estudio el Director General del IRHE firmó el contrato D. G. 308-94 y lo envió para su refrendo o aprobación, pero cuando éste le fue devuelto sin el refrendo o aprobación y luego éste le fue negado, no insistió en el refrendo, ni solicitó a la Junta Directiva del IRHE que decidiera si insistiría en dicho refrendo y aprobación. Como ya hemos expresado esta facultad del Director General es discrecional. El artículo 77 de la Ley 32 de 1984 preceptúa que la Contraloría puede improbar todo acto administrativo que afecte un patrimonio público por razones de orden legal o económico y esto fue lo que hizo la Contraloría en el caso en estudio, como ya se ha expuesto. Esta norma también establece que en caso de que el funcionario u organismo que emitió el acto insista en su cumplimiento la Contraloría deberá cumplirlo o pedir a esta Sala se pronuncie sobre la viabilidad jurídica de su cumplimiento. También puede el funcionario solicitar, a la máxima autoridad administrativa de la institución, que decida si se debe o no insistir en el cumplimiento del acto. De ser afirmativa la decisión la Contraloría debe aprobar el acto y cualquier responsabilidad que del acto se derive recaerá sobre la máxima autoridad de la institución que decidió insistir en la aprobación del acto. Si la decisión es negativa el funcionario se abstendrá de insistir en la aprobación del acto.

Como ya hemos dicho, si la administración no insiste en la aprobación del acto, el interesado puede impugnar la improbación o negativa de refrendo ante esta vía mediante una demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción.” (el resaltado es nuestro)

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría de la Administración considera que las actuaciones del Director General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., se ajustan a derecho, y por ende, los cargos de ilegalidad que le son endilgados por la parte demandante no deben prosperar. En todo caso, si la parte demandante se consideraba agraviada por el

no refrendo del contrato, debió haber demandado dicha negativa ante esta Jurisdicción Contencioso Administrativa y no la supuesta ilegalidad de las actuaciones del Gerente General de la empresa demandada, amén que éstas fueron perfectamente legales.

B.3. Sobre la existencia de buena fe por parte de Empresa de Generación Eléctrica, S.A.

Es importante acotar que en el presente caso ha existido buena fe por parte de la entidad demandada, en virtud de las razones que sucintamente se han expondrán a continuación.

El principio de buena fe, es uno de los principios generales que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, mismo que es aplicable a este caso, en virtud que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, según estaba vigente al momento que se suscribió el contrato; todas las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones públicas se rigen, entre otros, por los principios generales del derecho y particularmente del derecho administrativo, que ha reconocido la vigencia del principio de buena fe en las relaciones con la administración pública.

Sin embargo, es preciso acotar que tal como se desprende de la doctrina, este principio no es absoluto, pues guarda estrecha relación con el cumplimiento de los requerimientos exigidos por ley. Sobre el particular, el tratadista español Jesús González Pérez², expresa lo siguiente:

“La aplicación del principio de buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que **la Administración no va exigirle más de los que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en caso se persiga**: Y que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales o sociales, y a las propias necesidades públicas...” (El resaltado es nuestro).

De lo recién anotado, se hace palpable que si bien es cierto, el Estado debe atender el principio de buena fe, éste no puede comprometer otro principio fundamental del

² El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2004, Pág. 116)

Derecho Público, como lo es el “Principio de Legalidad”, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción, y no a la voluntad de las personas.

Es decir, lo que se busca con la consideración del principio de legalidad es que esencialmente las entidades estatales o de Derecho Público, cumplan sus roles en estricto apego a las disposiciones legales vigentes al tiempo en que se encuentren en la necesidad de proferir un acto, ya sea, administrativo o judicial.

En el caso que nos atañe, vemos que el Contrato Administrativo No. 2014-11, pese a haber sido suscrito por la entidad demandada, culminó con la improbación o no refrendo por parte de la Contraloría de dicho contrato, debido a las razones expuestas en la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, antes citado, razón por la cual, fácilmente puede concluirse que el hecho de que el contrato no se hubiese formalizado no se debió a la mala fe o mora por parte del Gerente General de la Empresa de Generación Eléctrica, S.A., sino que éste procedió conforme le ordenaba la Ley 22 de 2006, que rige las Contrataciones Públicas.

B.4. Sobre la improcedencia de la pretensión indemnizatoria en el marco de una Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción.

Finalmente, en cuanto a la solicitud que formula entre sus pretensiones el apoderado judicial de la demandante, para que el Tribunal le reconozca el pago de una indemnización por la suma de quinientos veintiocho mil novecientos treinta y tres balboas con sesenta y nueve centavos (B/.528,933.69); este Despacho considera que la misma resulta a todas luces improcedente, puesto que la determinación de **posibles daños y perjuicios** es un elemento característico de los procesos contencioso administrativos de indemnización y no de los de plena jurisdicción, los que debido a su naturaleza, sólo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estiman lesionados, conforme se desprende de

lo establecido en el artículo 42B de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946.

Lo anterior es confirmado por la Sala Tercera en su **Sentencia de 5 de agosto de 2016**, en la cual expresó lo siguiente:

“... ”

Finalmente, debemos descartar la solicitud de reconocimiento de indemnización por daños y perjuicios, ya que la misma no va a ser considerada por este Tribunal Colegiado, primeramente porque la determinación de los posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contencioso administrativos de indemnización y no de plena jurisdicción, debido a que estos últimos, por su naturaleza, solo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estimen lesionados y segundo, porque del análisis de los planteamientos realizados por la actora en cuanto a los cargos de ilegalidad de los artículos 32 del Código Civil; 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, y 18 numeral 9 del Decreto Ley 7 de 1998; hemos podido concluir que los mismos carecen de fundamento jurídico, por lo que esta Sala procederá a decretar la legalidad de la Resolución GGM-DFM-003-2015 de 9 de febrero de 2015.

...” (La negrita es de esta Procuraduría)

De igual forma, ese Tribunal mediante el Auto de 12 de septiembre de 2006, al referirse a una solicitud de indemnización formulada en un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, expuso lo siguiente:

“En definitiva, la Sala se ve precisada a concluir con lo siguiente:
... 3. **La pretensión de indemnización señalada por el petente, corresponde a un recurso legal distinto al de plena jurisdicción, que puede claramente ser reclamado a través de la vía correspondiente.**

...”

En cuanto a esto último, como ya se dijo, la justicia contencioso administrativa contempla una serie de recursos legales con los cuales los administrados pueden acceder a ella, en busca del restablecimiento de sus derechos, dentro de ellas podemos mencionar con relación al asunto en comento, que **‘con la llamada demanda de reparación directa o reparación de daños y perjuicios que busca precisamente reparar los daños y perjuicios causados por alguno de estos mecanismos...’** (ibidem. pág. 102). De manera pues, que es por medio de estos tipos de demandas contempladas en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial que el administrado debe acceder a la justicia para lograr un control efectivo sobre la responsabilidad de los actos y demás formas de actividad administrativa que exigen pues, la responsabilidad extracontractual del Estado, **y no así por intermedio del recurso de plena jurisdicción.**

...” (La negrilla es nuestra).

En esta línea, mediante Auto de 17 de septiembre de 2015, la Sala Tercera, sobre el particular, manifestó:

“Por último, cabe advertir respecto de la solicitud que hace el demandante para que la Sala Tercera declare a la ACODECO como responsable de los daños y perjuicios que alega le han sido ocasionados con motivo de la emisión del acto administrativo demandado, esta Magistratura prohíja la opinión del Representante del Ministerio Público y advierte que tal petición resulta a todas luces improcedente, puesto que la determinación de posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contenciosos administrativos de indemnización y no de plena jurisdicción.

...

En atención a lo arriba analizado, la Sala prohíja el criterio del señor Procurador de la Administración, cuando éste solicita se revoquen las Providencias que admiten la demanda.

En mérito de lo expuesto, el resto de los Magistrados que integran la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, PREVIA REVOCATORIA de las Providencias 14 y 19 de mayo de 2015, NO ADMITEN la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción...”

Los precedentes jurisdiccionales invocados, no hacen más que confirmar nuestras primeras líneas, en el sentido que es a todas luces improcedente la inclusión de **reclamos indemnizatorios en el marco de un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción.**

Así las cosas, al confrontar lo anotado en el párrafo anterior con la realidad fáctica del caso que ocupa nuestra atención, claramente puede apreciarse que la parte actora ha solicitado una indemnización por daños y perjuicios dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción promovido.

Como se puede observar, dicho **reclamo indemnizatorio corresponde a un recurso legal distinto al de plena jurisdicción, que debe ser exigido a través de la vía correspondiente; razón por la que nos encontramos frente a una pretensión que no es cónsona con la naturaleza de la acción que se analiza, y en consecuencia, la misma debe ser desestimada.**

D. Solicitud

En virtud de los planteamientos expuestos anteriormente, somos del criterio que al analizar el expediente de marras, se hace palpable que el caudal probatorio inserto presta merito suficiente como para negar todas las pretensiones de la demanda; motivo por el cual, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Nota EGESA-GG-PTG-MAC-001 de 16 de enero de 2018, emitida por la Empresa de Generación Eléctrica, S.A.;** y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones del demandante.


IV. Pruebas:


A. Se aduce como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

B. Se aporta como prueba documental de esta Procuraduría, copia autenticada de la Nota No.2072-18 DFG, fechada 14 de mayo de 2018, emitida por el Contralor General de la República.

V. Derecho. No se acepta el invocado por el recurrente.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, Encargada

Expediente 284-18