



130

**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y LABORAL**

Panamá, diez (10) de marzo de dos mil quince (2015).

VISTOS:

El licenciado Jaime Tuñón, actuando en representación de la sociedad Niedgaban, S.A., ha interpuesto ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno-TAdeCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y para que se hagan otras declaraciones.

ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

El acto administrativo demandado, corresponde a la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno/TAdeCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en cuya parte resolutive se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: REVOCAR la adjudicación otorgada a la compañía NIEDGABAN, S.A., dentro del procedimiento de selección de contratista No.2012-1-10-0-08-CM-053392, realizada mediante el Cuadro de Propuestas No.0503-C-11 de 1 de febrero de 2012, proferido por el

131

Departamento de Proveduría del Complejo Hospitalario Dr. Arnulfo Arias Madrid."

LA PRETENSIÓN Y SU FUNDAMENTO

Previo al trámite de rigor, la parte actora demanda la nulidad, por ilegal, de la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno-TAdeCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante la cual se resuelven los Recursos de Impugnación interpuestos por la empresa Ingeniería HIMFRA, S.A., y por la persona Fradis Lugin Berne Soto (Multiservicios Buenos y Seguros), ambos en contra del Cuadro de Cotizaciones No.0503 de 1 de febrero de 2012, por la cual se adjudica el Renglón No.1, y se declara desierto el Renglón No.0, del Acto Público de Selección de Contratista No.2012-1-10-0-08-CM-053392 a Niedgaban, S.A.

Por ello, solicita a esta Sala, que con audiencia del Procurador de la Administración, se declare nula, por ilegal, la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno-TAdeCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en la cual se resuelve: "Revocar la adjudicación otorgada a la compañía NIEDGABAN, S.A., dentro del procedimiento de selección de contratista No.2012-1-10-0-08-CM-053392, realizada mediante el Cuadro de Propuestas No.0503-C-11 de 1 de febrero de 2012, proferido por el Departamento de Proveduría del Complejo Hospitalario Dr. Arnulfo Arias Madrid."

También, solicita que luego de la anterior declaratoria, se restablezca el derecho vulnerado, adjudicándosele, como en el inicio se le adjudicó a Niedgaban, S.A., el Procedimiento de Selección de Contratista No.2012-1-10-0-08-CM-053392, para el suministro de materiales, mano de obra, equipo, herramientas y accesorios para limpieza de lotes ubicado en la parte posterior del Complejo Hospitalario "Dr. Arnulfo Arias Madrid", de la Caja de Seguro Social.

Como normas legales infringidas, con la expedición del acto administrativo, se señalan las siguientes:

- Artículo 1, numeral 2, de la Resolución No.072-2008 de 21 de noviembre de 2008, en concepto de violación directa, por omisión.
- Artículo 27 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, en concepto de violación directa, por omisión.
- Numerales 12 y 14, de las Condiciones Generales del Pliego de Cargos No.2012-1-10-0-08-CM-053392, en concepto de violación directa, por omisión.
- Artículo 28 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, en concepto de violación directa, por omisión.
- Numeral 3 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos No.2012-1-10-0-08-CM-053392, en concepto de violación, directa por omisión.

En consecuencia, los petentes estiman que ha tenido lugar una clara y evidente infracción de estas disposiciones legales, y que tal ilicitud debe ser declarada por este Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA

Mediante Nota calendada el día 11 de septiembre de 2012, visible de fojas 66 a 69 del infolio judicial, y recibida en la Secretaría de la Sala Tercera, el día 14 de septiembre de 2012, tal como consta en el sello de recepción, la Magistrada Presidenta del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, rinde informe explicativo de conducta, reseñando la actuación surtida por la Entidad que representa.

En dicho documento sostuvo, que el Tribunal que representa, en uso de sus facultades legales, no ha hecho más que reconocer, a través de las actuaciones

demandadas, el derecho de Fradis Lugin Berne Soto "Multiservicios Buenos y Seguros", a la adjudicación del Acto Público No.2012-1-10-0-08-CM-053392, pues dicho proponente ofertó el menos precio de la competición, cumplió con las exigencias que legalmente estableció el Pliego de Cargos, aunado a que la única condición legal que lo incapacitaría para contratar con el Estado, sería estar inhabilitado formalmente, lo que en este caso, no se ha perfeccionado.

TERCERO INTERVINIENTE

Reconocida la actuación de Fradis Lugin Berne Soto, cuya razón comercial se denomina Multiservicios Buenos y Seguros, mediante Providencia de 17 de octubre de 2012 (f.77), la apoderada judicial , licenciada Ekaterina González Vásquez, procedió a contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por el licenciado Jaime Tuñón, en representación de Niedgaban, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno-TAdeCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

En el líbello de contestación de demanda, la licenciada González Vásquez se opone a los argumentos de la parte actora, en el sentido de declarar ilegal, el acto administrativo impugnado. Así también, sostiene su oposición al restablecimiento de la empresa demandante, como empresa beneficiaria con el Procedimiento de Selección de Contratista No.2012-1-10-0-08-CM-053392, para el suministro de materiales, mano de obra, equipo, herramientas y accesorios para la limpieza de lotes. Igualmente, se opone a las disposiciones legales que el demandante estima, se han infringido con la emisión del acto censurado.

OPOSICIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante Vista No.654 de 28 de diciembre de 2012 (fs.79 a 89), el Procurador

de la Administración, luego de un repaso de la actuación surtida por el Ente censurado, solicita a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema, que Declaren parcialmente nula, la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno/TAdCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

DECISIÓN DE LA SALA

Una vez revisado el presente proceso y luego de haberse cumplido con todas las etapas procesales, nos corresponde resolver la presente causa, previas las siguientes consideraciones.

Observa la Sala que, dentro de la presente controversia, se dieron dos recursos de impugnación contra el Cuadro de Cotizaciones No.0503 de 1 de febrero de 2012, por el cual se adjudicó el Renglón No.1 y se declaró desierto el Renglón No.0, del Procedimiento de Selección de Contratista No.2012-1-10-0-08-CM-053392, por parte de las sociedades HIMFRA, S.A., y Fradis Lugin Berne Soto, propietario del Negocio Multiservicios Buenos y Seguros. Frente a estos dos recursos impugnativos, el Ente demandado decidió acumularlos y dictar el acto administrativo censurado, representado por la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno/TAdCP de 11 de junio de 2012.

Se ha sostenido ante este Tribunal, que la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, vulnera los requisitos dispuestos por la Resolución No.072-2008 de 21 de noviembre de 2008 y la Ley No.22 de 2006, pro desviación de poder e infracción del pliego de cargos y las normas que rigen la materia de contrataciones públicas.

Una vez ponderados detenidamente los argumentos del demandante, la Sala estima que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, efectivamente, valoró el recaudo probatorio, basando su decisión en el contenido del artículo 41 del Texto

Único de la Ley No.22 de 2006, concordante con el Literal c) del artículo 80 del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, los cuales guardan relación con el Procedimiento de Selección de Contratista Menor, que a su vez remiten a la observancia que, una vez levantado el Cuadro de Propuestas, se revisará primeramente, la Oferta más baja, siempre que se cumpla con los requisitos dispuestos en el Pliego de Cargos, adjudicándose sin mayor trámite, tal cual ocurrió en este proceso.

De acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cargos, el Ente requerido analizó los requerimientos aquí establecidos, específicamente en el punto 3, concluyendo que a Fradis Lugin Berne Soto, no se le podía descalificar por incumplimiento de dicho Pliego de cargos, ya que la Caja de Seguro Social, entidad licitante, erróneamente, no dispuso en forma diáfana, los requisitos que se debían reunir en la Certificación solicitada en dicho Punto 3 de este Pliego, por lo que al presentar la propuesta con menor valor, debía ser adjudicada a esta sociedad (artículo 41 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, concordante con el literal c del artículo 80 del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006).

Por otra parte y respecto al hecho que el Tribunal Administrativo de Contrataciones no tiene la atribución de adjudicar compra a favor de un proponente; considero importante resaltar que dicha afirmación estaría desnaturalizando la razón de ser y creación de ese Tribunal como enmendador de las actuaciones ilegales o arbitrarias suscitadas en sede administrativa.

Nótese que desde la facultad primaria otorgada por el artículo 104 de la Ley 22 de 2006, se puede deducir la facultad o atribución de decidir definitivamente una controversia suscitada en sede administrativa sobre las adjudicaciones de los actos de selección de contratista, veamos lo que dice esta norma:

“Artículo 104. Creación. Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa por naturaleza del asunto, **para conocer en única**

instancia del recurso de impugnación contra cualquier acto de adjudicación relacionado con los procedimientos de selección de contratista.”

El hecho que esta norma señale que el Tribunal de Contrataciones Públicas es un ente independiente e imparcial, no significa que escapa de la esfera administrativa, ya que su actuación o funcionamiento lo hace dentro del marco de la Administración, o mejor dicho, en sede administrativa. Ello nos lleva a deducir que al resolver una controversia sobre la adjudicación de un contratista, el Tribunal no sólo queda facultado para revisar la actuación y procedimiento de la entidad administrativa contratante, sino que también lo faculta para confirmar, modificar lo decidido por la administración, y más aún, en el evento que revoque la adjudicación, queda facultado para restablecer el derecho subjetivo que le asiste al contratante afectado.

Este razonamiento jurídico también encuentra asidero jurídico en lo preceptuado en el artículo 319 del Decreto Ejecutivo N° 366 de 2006, al señalar que:

“Artículo 319. (Facultades y funcionamiento)

EL Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas es el órgano facultado por la Ley 22 de 27 de junio de 2006 **en sede administrativa**, para:

- a. **Conocer en única instancia del recurso de impugnación contra cualquier acto de adjudicación relacionado con los procedimientos de selección de contratista.**
- b. ...
- c. ...”

De igual forma, con el numeral 36 del artículo 2 y el artículo 114 de la Ley 22 de 2006, define el recurso de impugnación como:

“Artículo 2: ...

36. **Recurso de impugnación.** Es el recurso que pueden interponer todas las personas naturales o jurídicas que se consideren agraviadas por una resolución que adjudique un acto de selección de contratista, en el cual se considere que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias. Este recurso agota la vía gubernativa.

Artículo 114. Recurso de impugnación. Todos los proponentes que se consideren agraviados por una resolución que adjudique un acto de selección de contratista en el cual consideren que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, podrán presentar recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas acompañando las pruebas o anunciándolas al momento de formalizar la impugnación, si las hubiera.”

De estas dos disposiciones se infieren dos aspectos importantes a saber, que el Tribunal de Contrataciones actúa en sede administrativa, por tanto está facultado para corregir, enmendar o revocar los agravios cometidos por la Administración, y en consecuencia disponer u ordenar el acto correcto y conforme a derecho; y que el recurso de impugnación tiene como propósito enmendar los agravios de una resolución de adjudicación. Esos agravios no pueden ser otro que un derecho subjetivo que no fue reconocido por la Administración, el cual se traduce que no le fue adjudicado el acto, a pesar de tener mejor derecho que los demás aspirantes. Por tanto, el Tribunal de Contrataciones Públicas tiene competencia y facultad para determinar, dentro del recurso de impugnación presentado, si una persona natural o jurídica tiene mejor derecho para que se le adjudique un acto de selección de contratista, entonces así debe declararlo.

Perdería todo sentido jurídico y lógico, pensar que el Tribunal de Contrataciones Públicas tenga facultad para revocar, pero no para adjudicar, si precisamente eso es lo que tiene que determinar al resolver el recurso de impugnación.

Pero adicional a todo lo anterior, y contrario a lo argumentado por la Procuraduría de la Administración y el proyecto en lectura, el TAdeCP está debidamente legitimado y facultado legalmente para revocar y adjudicar un acto de selección de contratista, puesto que el mismo Decreto Ejecutivo N° 366 de 2006, así lo establece en su artículo 354, veamos:

“Artículo 354. (Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas).

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y pruebas que obren en autos, procederá a:

- a. Confirmar lo actuado por la entidad contratante,
- b. Modificar lo actuado por la entidad contratante,
- c. Revocar lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado,**
- d. Anular lo actuado por la entidad contratante.”

Esta norma no puede ser más clara en su literal c, puesto que si el TAdeCP revoca la Resolución de adjudicación, entonces, en su defecto tendrá que decidir a quien se la adjudica. El derecho vulnerado no viene a ser otro que el derecho de adjudicación del contratista que, por actuación irregular o arbitraria de la entidad contratante, no le fue adjudicado el acto de selección de contratista.

Finalmente debo decir que si el objeto del recurso de impugnación es que el proponente acuda ante el TAdeCP, para que éste revoque la adjudicación decretada por la entidad contratante, y en su defecto se le adjudique el acto de selección de contratista, por tener mejor derecho para ello (derecho subjetivo vulnerado), entonces el TAdeCP queda legítimamente facultado para revocar la adjudicación dada a un contratista, y adjudicar el contrato a la empresa que ha comprobado tener el mejor derecho para ganarse la adjudicación.

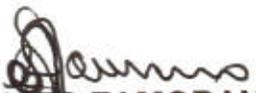
De lo antes expuesto, considera esta Sala que con la emisión del acto impugnado por la entidad demandada, no se infringe el contenido de las normas señaladas por la demandante; por lo que se procederá a declarar que no es ilegal el acto impugnado.

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL**, la Resolución No.083/2012-Decisión-Pleno-TAdeCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, así como niega las demás pretensiones.

NOTIFÍQUESE,



**LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO**



**ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO**



**VÍCTOR L. BENAVIDES P.
MAGISTRADO
CON SALVAMENTO DE VOTO**



**LCDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA**

S III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFÍQUESE HOY _____ DE _____
DE _____ A LAS _____
DE LA _____ A _____

FIRMA

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCION, interpuesta por el licenciado Jaime Tuñón, en representación de NIEDGABAN, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° 083/2012-Decisión-Pleno/TAdCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y para que se hagan otras declaraciones.

140

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VÍCTOR L. BENAVIDES P.

Con el respeto que me caracteriza, deseo manifestar que disiento del fallo de mayoría, el cual declara que no es ilegal la Resolución N° 083/2012-Decisión-Pleno/TAdCP de 11 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mismo que debió, a nuestra consideración, declarar parcialmente nulo el acto administrativo censurado, por los motivos que a continuación expongo:

Observo que, dentro de la presente controversia, se dieron dos recursos de impugnación contra el Cuadro de Cotizaciones N° 0503 de 1 de febrero de 2012, por el cual se adjudicó el Renglón N° 1 y se declaró desierto el Renglón N° 0, del Procedimiento de Selección de Contratista N° 2012-1-10-0-08-Cm-053392, por parte de las sociedades HIMFRA, S.A., y Fradis Lugin Berne Soto, propietario del negocio Multiservicios Buenos y Seguros. Frente a estos dos recursos impugnativos, el Ente demandado decidió acumularlos y dictar el acto administrativo censurado, representado por la Resolución N° 083/2012-Decisión-Pleno/TAdCP de 11 de junio de 2012.

Igualmente, se sostuvo ante este Tribunal, que la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, vulnera los requisitos dispuestos por la Resolución N° 072-2008 de 21 de noviembre de 2008 y la Ley N° 22 de 2006, por desviación de poder e infracción del pliego de cargos y las normas que rigen la materia de contrataciones públicas.

Al ponderar detenidamente los argumentos del demandante, estimo que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, efectivamente, valoró el recaudo probatorio, basando su decisión en el contenido del artículo 41 del

Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, concordante con el Literal c) del artículo 80 del Decreto Ejecutivo N° 366 de 2006, los cuales guardan relación con el Procedimiento de Selección de Contratista Menor, que a su vez remiten a la observancia que, una vez levantado el Cuadro de Propuestas, se revisará primeramente, la Oferta más baja, siempre que se cumpla con los requisitos dispuestos en el Pliego de Cargos, adjudicándose sin mayor trámite, tal cual ocurrió en este proceso.

De acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cargos, el Ente requerido analizó los requerimientos aquí establecidos, específicamente en el Punto 3, concluyendo que a Fradis Lugin Berne Soto, no se le podía descalificar por incumplimiento de dicho Pliego de Cargos, ya que la Caja de Seguro Social, Entidad licitante, erróneamente, no dispuso en forma diáfana, los requisitos que se debían reunir en la Certificación solicitada en dicho Punto 3 de este Pliego, por lo que al presentar la propuesta con menor valor, debía ser adjudicada a esta sociedad (artículo 41 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, concordante con el Literal c) del artículo 80 del Decreto Ejecutivo N° 366 de 2006).

Finalmente advierto, que la actuación y decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se ciñó a todo el caudal probatorio inserto al cuaderno principal y de antecedentes, cumpliendo en consecuencia, con lo previsto en lo dispuesto en el Literal c) del artículo 80 del Decreto Ejecutivo N° 366 de 2006, y las Condiciones Generales del Pliego de Cargos, por lo que se descartan los cargos de infracción del numeral 2 del artículo 1 de la Resolución N° 072-2008 de 21 de noviembre de 2008; y los artículos 27 y 28 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Por otra parte, no escapa a nuestra percepción, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se abrogó la facultad de restablecer el derecho vulnerado a Fradis Lugin Berne Soto, propietario del negocio Multiservicios Buenos y Seguros, disponiendo que se le adjudicara la compra menor relacionada con el suministro de corte rasante de veinte mil novecientos

metros cuadrados (20,900 m²) de terreno, del Complejo Hospitalario Doctor Arnulfo Arias Madrid; siendo contraria esta determinación, a las facultades jurisdiccionales establecidas en el artículo 319 del Decreto Ejecutivo N° 366 de 28 de diciembre de 2006, concordante con el artículo 354 del mismo cuerpo legal, en los cuales no se aprecia que la Entidad requerida pueda decidir sobre la adjudicación de compra menor, a favor de un proponente.

Por tales motivos, sostengo que la Resolución objeto de censura, deviene en parcialmente nula, por inobservar las últimas disposiciones legales, en cuanto las facultades jurisdiccionales a ella adscrita.

Por las anteriores consideraciones, **SALVO EL VOTO.**

Fecha ut supra.


VÍCTOR L. BENAVIDES P.
Magistrado


KATIA ROSAS
Secretaria