



REPÚBLICA DE PANAMÁ

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

ENTRADA N°218-19

MAGISTRADO LUIS RAMÓN FÁBREGA S.

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO CARLOS GASNELL ACUÑA, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACION, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N°232-2018 PLENO/TACP DE 11 DE DICIEMBRE DE 2018, EMITIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Panamá, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

El Licenciado Carlos Gasnell Acuña, en su propio nombre y representación presenta demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°232-2018 PLENO/TACP de 11 de diciembre de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Se admite la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción el 3 de octubre de 2019, remitiéndose copia de la misma a la Entidad requerida, a efectos de presentar el informe explicativo de conducta, ordenado por el artículo 33 de la Ley 33 de 1946; así como el traslado al Procurador de la Administración para su emisión de concepto.

LO QUE SE DEMANDA:

Mediante el presente proceso la demandante solicita la nulidad por ilegal de la Resolución N° 232-2018-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión), corregido por la Providencia N°32-2018-TACP de 12 de diciembre de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, a través de la cual se decidió revocar la Resolución N°078-TMP del 20 de agosto de 2018, que declaró desierto el acto público N°2018-2-81-01-08-LV-000168, proferida por Transporte Masivo de

SEGURIDAD CCTVGBDC/GRESISNSA/COPS, publicada en el Portal PanamaCompra el día 12 de diciembre de 2018, con la finalidad de que se restituya la legalidad violada al dictarse esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

La recurrente fundamenta la demanda en base a las siguientes consideraciones:

“ ...

PRIMERO: La empresa Transporte Masivo de Panamá, S.A., publicó el aviso de convocatoria de la Licitación por Mejor Valor N°2019-2-81-01-08-LV-000168, para la “Prestación de Servicios de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a través de personal de Seguridad y Cámaras de Video Vigilancia Incluyendo Monitoreo y Grabación en los Patios de Transporte Masivo de Panamá, S.A.”, el día 16 de marzo de 2018, cuando aún se mantenía vigente el Texto Único de la Ley 22 de 2016 ordenado por la Ley 48 de 2011, publicado en la Gaceta Oficial 26,829 de 15 de julio de 2011, previo a la reforma introducida por la Ley 61 de 2017.

....

TERCERO: La Comisión Evaluadora de la Licitación, publicó su informe en el portal electrónico “PanamaCompra”, el día 22 de junio de 2018. En dicho informe, se observa que se rechazó de plano la propuesta de la empresa **VIGILANCIA ESPECIAL, S.A.**, y se evaluaron las otras dos propuestas, la de la empresa **MILLENIUM SECURITY SERVICES S.A.**, que ofertó la suma de **DOS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL NOVECIENTOS CUATRO BALBOAS CON 80/100 (B/.2,823,904.80)**, y la de **CONSORCIO SEGURIDAD CCTBGBDC/GRESINSA/COPS**, que presentó su propuesta por la suma de **DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL BALBOAS CON 40/100 (B/.2,795,000.40)**.

CUARTO: La Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), a través de la Resolución N°DF-703-2018 de once (11) de julio de 2018, luego de interpuesta Acción de Reclamo por **MILLENIUM SECURITY SERVICES, S.A.**, contra el procedimiento licitatorio arriba indicado, resolvió **ANULAR PARCIALMENTE**, el informe de la Comisión Evaluadora fechado 13 de julio de 2018, emitido dentro del Acto Público N°2018-2-81-01-08-LV-000168, convocado por Transporte Masivo Panamá S.A., para la “Prestación de Servicios de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a través de Personal de Seguridad y Cámara de Video Vigilancia incluyendo Monitoreo y Grabación en los Patios de Transporte Masivo de Panamá, S.A., por el precio de referencia de **DOS MILLONES**

OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.2,850,000.00).”

QUINTO: Con fundamento en lo dispuesto en la Resolución N°DF-703-2018 de once (11) de julio de 2018, se publicó en el sistema “PanamaCompra”, el día 27 de julio de 2018, el informe parcial de la Comisión Evaluadora solicitado por la Dirección General de Contratación Pública, el cual determinó que el **CONSORCIO SEGURIDAD CCTVGBCD/GRESISNSA/COPS** no cumplió con los requisitos mínimos obligatorios de carácter técnico contenidos en los numerales 1. “Certificación del D.I.A.S.P., numeral 2, “Declaración Jurada de Armas”, y el numeral 3. “Experiencia” del punto 13.1.2. de las Condiciones Especiales.

...

OCTAVO: El día 3 de septiembre de 2018, tal como consta en el portal electrónico “PanamaCompra”, el **CONSORCIO SEGURIDAD CCTVGBCD/GRESISNSA/COPS**, procedió a presentar Recurso de Impugnación en contra de la Resolución 078-TMP de 20 de agosto de 2018, el cual fue admitido por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), aplicando la normativa del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado de acuerdo a la Ley 61 de 2017, la cual se encuentra vigente desde el día 29 de marzo de 2018, fecha posterior a la convocatoria de la Licitación por Mejor Valor N°2019-2-81-01-08-LV-000168, el 16 de marzo de 2018. Cabe destacar que el artículo 100 de la Ley 61 de 2017, señala expresamente, que, a los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicaran las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento.

...

DÉCIMO: La Resolución N°232-2018-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión), corregida por la Providencia N°032-2018-TACP de 12 de diciembre de 2018, fue publicada en el portal “Panamá Compra”, con el Salvamento de Voto del **Magistrado Elías Solís González**, quien sostuvo que el Recurso de Impugnación no debió ser admitido, en virtud de que la norma aplicable a todo el procedimiento de selección de contratista, incluido el procedimiento de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP), era la Ley vigente al momento de la convocatoria del acto público. En consecuencia, al haber sido publicado en el portal electrónico “PanamaCompra” el acto recurrido, el día 23 de agosto de 2018, de acuerdo al artículo 129 del Texto Único, ordenado por la Ley 48 de 2011, vigente al momento de la convocatoria, transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante publicó la declaratoria de desierto, esta se considera notificada. En tanto, el segundo párrafo del artículo 130 del mismo texto vigente, advierte que el Recurso de Impugnación deberá ser interpuesto en un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución objeto

de la impugnación, con efecto devolutivo, de manera que el plazo se venció el viernes 31 de agosto de 2018, resultando la presentación del Recurso el día lunes 3 de septiembre de 2018, claramente extemporánea.

...
DÉCIMO SEGUNDO: Por otra parte, la decisión objeto del presente recurso omite tomar en consideración lo preceptuado en el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, el cual estaba vigente antes de la expedición de dicha resolución y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento. En efecto, el citado artículo limita claramente las facultades del Tribunal Administrativo de Contratación Pública respecto a los informes de las comisiones verificadoras o evaluadoras y en abierta violación a la mencionada norma, los magistrados emiten una decisión que ordena ADJUDICAR el contrato a la empresa recurrente, cuando solo se le permite prescribir la emisión de un nuevo informe de la comisión evaluadora, sobre la base de su propio dictamen.
...”

NORMAS LEGALES INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN:

De los hechos expuestos, la demandante considera que se ha infringido las siguientes disposiciones legales:

El artículo 100 de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, se considera infringido por omisión, debido a que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP), al admitir la demanda del Consorcio Seguridad CCTVGBCD/GRESISNSA/COPS, aplicando el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, vigente desde el día 29 de marzo de 2018, desconoció el mandato contenido en el artículo en mención, ya que el mismo señala que a los procedimientos de selección de contratista iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, entiéndase Ley 61 de 2017, se les aplicaran las normas vigentes al momento de la convocatoria.

El Artículo 2, numeral 41, de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, se considera infringido por interpretación errónea, por parte del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP), ya que el Texto vigente al momento de la convocatoria

del acto público corresponde al numeral 36 del artículo 2 del Texto Único ordenado por la Ley 48 de 2011, y que es el que el TACP debió citar.

El Artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, se considera infringida la norma por omisión, debido a que al momento de evaluar la admisión del Recurso de Impugnación presentado por el Consorcio Seguridad CCTVGBCD/GRESISNSA/COPS, y su consecuente tramitación, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, no aplicó el citado artículo, norma vigente al momento de iniciarse el proceso de selección de contratista.

El Artículo 130 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, se considera infringida, debido a que dicha norma al momento de la convocatoria del acto público, de acuerdo a lo que ordena el citado artículo 100 de la Ley 61 de 2017, y que debió aplicar el TACP al momento de determinar el plazo para la presentación del Recurso y su correspondiente admisibilidad.

El Artículo 103 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, considera que la Resolución impugnada violenta, de manera directa por omisión la norma mencionada, al permitir que se aportara una fianza equivalente al diez por ciento (10%) del valor de la propuesta del impugnante, junto con el Recurso de impugnación, tal como consta en el texto de la resolución de admisión publicada en el portal de "PanamaCompra", el 5 de septiembre de 2018, en lugar de ordenar una fianza mucho mayor, equivalente al quince por ciento (15%) del valor de la propuesta del recurrente.

El Artículo 7 del Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, que modifica el artículo 123 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, se considera infringido, por omisión, al ser aceptada la tesis del Tribunal Administrativo de Contrataciones

30

Públicas (TACP) sobre la no ultraactividad del texto único vigente al momento de la convocatoria del procedimiento de selección de contratista, el cual limita las facultades del Tribunal Administrativo respecto a los informes de las comisiones verificadora o evaluadoras.

El artículo 32 del Código Civil, dicha norma se considera infringido por indebida aplicación del artículo 100 de la Ley 61 de 2017, el cual es claro al indicar que a los procedimientos de selección de contratista se le aplicarán las normas vigentes al día de su convocatoria, es decir que se les aplicará en toda su extensión a dichos procedimientos, el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011.

INFORME DE CONDUCTA:

Mediante Nota N°034-2019-TACP-DS-P de 11 de octubre de 2019, el Magistrado Presidente del Tribunal de Contrataciones Públicas, el Magistrado Diógenes De La Rosa Cisneros, remitió a esta Sala el informe de conducta, visible en fojas 110 a 120, que señala lo siguiente:

“... ”

5. Este Tribunal realizó algunas consideraciones previas a la valoración acerca de la admisibilidad del recurso de impugnación, a fin de determinar la ley aplicable, toda vez que dicho acto de selección de contratista, se convocó con anterioridad a la vigencia de las nuevas reformas introducidas con la Ley 61 de 2017, por ello, en base a lo preceptuado en el referido artículo 100 de la ley 61 de 22 de septiembre de 2017, el cual a la letra reza lo siguiente:

“Artículo 100. A los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicaran las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento. En la celebración de los procedimientos de selección de contratista que se efectúen en virtud de acuerdos o convenios de préstamos con organismos financieros internacionales o con gobiernos extranjeros, se aplicarán las disposiciones sobre contratación pactadas en estos acuerdos o convenios”

Así, al estructurar el contenido de la norma, los efectos de ultractividad de la ley, en virtud de la ley posterior, se aplicaran únicamente a:

- a) Los contratos perfeccionados antes de la entrada en vigencia de la nueva ley. (Ley 61 de 2017)
- b) El procedimiento de selección de contratista iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley. Para este último caso es necesario atender el alcance y contenido conceptual de lo que se norma como un "procedimiento de selección de contratista". Y esa definición viene claramente dada por el contenido del numeral 41 del artículo 2 de la Ley 22 de 2006 vigente, así:

2.4. Procedimiento de selección de contratista. Procedimiento administrativo por el cual el Estado, previa convocatoria pública, selecciona el proponente, ya sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidenta, nacional o extranjero, y, en igualdad de oportunidades, la propuesta o las propuestas que reúnen los requisitos que señalan esta Ley, los reglamentos y el pliego de cargos."

No puede entenderse el recurso de impugnación como parte del procedimiento de selección de contratista ya que éste último se encuentra delimitado por la ley, a través de un acto que da origen (la convocatoria) al mismo y a otro que le pone fin (la adjudicación, o por defecto, el rechazo de propuestas y ofertas), y cuyo objetivo es la selección de las propuestas que reúnan los requisitos que exige la ley, y el pliego de cargos. Es claro el contenido del artículo citado, que no da lugar a equívocos y no nos permite confundir el "procedimiento de impugnación" con los actos jurídicos de selección, que poseen, adicionalmente, un contenido, propósito y naturaleza distintos.

6. Por ser el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas un ente jurisdiccional tal como lo establece el artículo 136 de la ley 22 de 2006, para resolver los recursos de impugnación, como un mecanismo de revisión del procedimiento administrativo, es decir, este no conlleva una extensión del acto administrativo, todo lo contrario, por cuanto lleva a revisar la actuación administrativa que se llevó a cabo dentro de un determinado procedimiento administrativo.

7. Como podemos ver, el precitado artículo 100, nada regula en cuanto a la aplicación de la ley vigente en los procesos de impugnación de los actos de selección de contratista;...

8. Luego entonces, atendiendo a las consideraciones jurídicas referente a los presupuestos procesales señalados, y a la ley más favorable para el administrado, lo

que corresponde es aplicar el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la ley 61 de 2017, dando como resultado un recurso de impugnación presentado dentro del tiempo y una consecuente admisibilidad por parte del Tribunal, teniendo en cuenta que como quiera que se encuentra amparado por el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la ley 61 de 2017, y en atención a lo establecido en el artículo 116, la fianza de recurso de impugnante, el cual corresponde a la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS BALBOAS CON 04/100 (B/.279,500.04) la cual obedece al 10% tal como lo establece la norma, visible a fojas 042-043 del expediente del tribunal.

11. Tenemos que, el tipo de procedimiento de selección de contratista establecido en el presente caso, fue de Licitación por Mejor Valor y que el acto impugnado lo constituye la Resolución N°078-TMP de 20 de agosto de 2018, mediante la cual se declaró desierto el acto público arriba descrito, en virtud que a juicio de la entidad ninguno de los proponentes reunieron en su totalidad los requisitos solicitados en el pliego de cargos, por ello, este colegiado entró a verificar si le asiste o no el derecho al impugnante, en base a los documentos aportados, confrontados con lo establecido en el pliego de cargos, sin dejar de lado los preceptos constitucionales, la legislación vigente en materia de contratación, así como los principios procesales ampliamente explicados por este Tribunal.

...
 18. Por tal motivo, este Colegiado tomó en cuenta que, según lo planteado por la Comisión Evaluadora, de las dos empresas proponentes, una de ellas, Millenium Security, no cumplió con los requisitos exigidos en el pliego, tal como planteó la Comisión Evaluadora, lo procedente es verificar si la empresa recurrente cumple con los requerimientos exigidos en el pliego.

...
 23. Posteriormente, este Colegiado se adentró a evaluar cada uno de los requisitos que a juicio de la Comisión Evaluadora no cumplieron con los requerimientos exigidos en el pliego de cargos, teniendo como primer punto, la Certificación de la Dirección Institucional de Asuntos de Seguridad Pública (D.I.A.S.P), la cual de acuerdo al análisis parcial realizado por la comisión evaluadora arrojó que no consta en el expediente administrativo del acto público, la certificación de la Dirección Institucional de Asuntos de Seguridad Pública (D.I.A.S.P.) a favor de la empresa Global Business Development Company, Corp (GBDC, CORP), que es miembro del Consorcio Seguridad CCTV GBDC/GRESINSA/COPS; cabe destacar que si bien Global Business Development Company, Corp (GBDC, CORP), forma parte de los integrantes del consorcio, no es menos cierto, que, dentro de las condiciones especiales, la cual fue modificada mediante Adenda N°1 del Pliego de Cargos del acto público, específicamente en el requisito alusivo a la certificación del D.I.A.S.P, no se exige que todos los

miembros de un consorcio, cumplan con dicha certificación, todo lo contrario, señala que en caso de que el proponente se presente en consorcio o asociación accidental, este requisito debe ser presentado tanto por la empresa que preste el servicio de vigilancia física y de video vigilancia.

Por tal motivo, se desprende del tomo 11 del expediente administrativo, la presentación de los requisitos mínimos obligatorios de carácter técnico, encontrándose como punto número 1, la certificación de la D.I.A.S.P; constan las dos certificaciones tanto de la empresa que ejerce la vigilancia física como la de video vigilancia, motivo por el cual toda vez que no es necesario la aportación de las certificaciones de la D.I.A.S.P., por parte de todos los integrantes del Consorcio, tal como señaló erradamente la Dirección General de Contrataciones Públicas, quedó demostrado que se cumplió con la exigencia solicitada respecto a este requisito, debido a que las certificaciones que constan reposan sobre la empresa encargada de la seguridad para la vigilancia física y la encargada de las labores de monitoreo y video vigilancia desde el centro de monitoreo.

24. Por otro lado, otros de los puntos señalados como incumplidos es la Declaración Jurada de armas, de ahí que el informe parcial, señaló lo siguiente:

“Que el Consorcio Seguridad CCTV GBDC/GRESINSA/COPS, aportó la Declaración jurada de armas y un listado de cien (100) revólveres, con el número de identificación y descripción de cada uno (calibre 38, marca y serie), de propiedad de la empresa GRESINSA y los permisos correspondientes, vigente a la fecha de presentación de la propuesta, emitidos por la D.I.A.S.P. tal como se aprecia a fojas 2511 a 2520 del expediente administrativo del acto público. Sin embargo, se observa que las copias de los documentos aportados fueron notariados, pero no autenticados por la D.I.A.S.P”.

Conforme a lo anterior, debemos señalar que, del requisito in comento, el pliego de cargos señaló que en caso de que el proponente se presente en Consorcio o asociación accidental, este requisito podrá ser satisfecho por cualquiera de sus miembros...”

TERCERO INTERESADO:

Mediante escrito de contestación de demanda (Cfr. Fojas 124 a 133), la Licenciada Cinthia Trotman G., en representación del Consorcio Seguridad CCTV GBDC/GRESINSA/COPS, el cual está integrado por las empresas GLOBAL BUSINESS DEVELOPEMENT CORP, S.A., Grupo Business Developement CORP, S.A., Grupo Especializado de Seguridad e Investigaciones, S.A. (GRESINSA) y Corporación de Operaciones de Protección y Seguridad, S.A. (COPS), fundamentando lo siguiente:

“...
 “Que en ese sentido, dictaminó entre otras cosas que como primer punto, que la Certificación de la Dirección Institucional de Asuntos de Seguridad Pública (D.I.A.S.P.), la cual de acuerdo al análisis parcial realizado por la comisión evaluadora arrojó que no constaba en el expediente administrativo del acto público, sin embargo, el tribunal comprobó que la certificación de la Dirección Institucional de Asuntos de Seguridad Pública (D.I.A.S.P.) había sido aportada a favor de la empresa GLOBAL BUSINESS DEVELOPMENT CORP. (GBDC, CORP) que es miembro del CONSORCIO DE SEGURIDAD CCTV GBDC/GRESINSA/CORP.

Que ante tal observación el Tribunal destacó que si bien Global Business Development Company, Corp. (GBDC, CORP), formaba parte de los integrantes del consorcio, no es menos cierto que, dentro de las condiciones especiales, la cual fue modificada mediante Adenda N°1 del Pliego de cargos del acto público, específicamente en el requisito alusivo a la certificación del D.I.A.S.P., no se exige que todos los miembros de un consorcio, debían cumplir con dicha certificación, todo lo contrario, señala que en caso de que el proponente se presente en consorcio y asociación accidental, este requisito debe ser presentado por la empresa que preste el servicio de vigilancia física y de video vigilancia, encontrándose dentro del expediente, la certificación del D.I.A.S.P., la cual consta las dos certificaciones tanto de la empresa que ejerce la vigilancia física como la de video vigilancia, motivo por el cual toda vez que no es necesario la aportación de las certificaciones de D.I.A.S.P., por parte de todos los integrantes del Consorcio, quedó demostrado que Global Development Company, Corp. (GBDC, CORP).

SEPTIMO: Que la decisión del Tribunal se fundamentó en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de abril de 2018, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Pública de revocar las actuaciones de las entidades contratantes.

“Artículo 213 (Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas) El tribunal administrativo de contrataciones públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obran en autos procederá a REVOCAR LAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

“...
NOVENO: Que por otro lado, ante el hecho citado por el licenciado Carlos Gasnell, de que el Recurso de Impugnación presentado el día 3 de septiembre de 2018, por el CONSORCIO SEGURIDAD CCTV GBDC/GRESINSA/COPS, era extemporáneo, debemos manifestar imperativamente que son falsas las apreciaciones y conjeturas que hace el referido letrado, ya que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, antes de adentrarse a evaluar la admisibilidad del presente recurso, tomó en consideraciones distintos presupuestos

esenciales para determinar **si conceder o no la admisión de un recurso**, en virtud de que dicho acto de selección de contratista se había convocado con anterioridad a la vigencia de las nuevas reformas con la Ley 61 de 2017.

Que, para dar admisión o no del recurso presentado, el Tribunal tomó como marco jurídico, lo preceptuado en el artículo 100 de la ley 61 de 22 de septiembre de 2017, el cual a la letra reza lo siguiente, a fin de emitir sus consideraciones al respecto:

"Artículo 100. A los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicaran las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento. En la cancelación de los procedimientos de selección de contratista que se efectúen en virtud de acuerdos o convenios de préstamos con organismos financieros internacionales o con gobiernos extranjeros, se aplicaran las disposiciones sobre contratación pactadas en estos acuerdos o convenios."

...
DECIMO PRIMERO: Que resulta muy importante destacar un elemento importante en la admisión de esta Demanda Contenciosa de Nulidad presentada por el Licenciado Carlos Gasnell, ello debido a que la misma posee un carácter particular o individual, elementos que es característico de las acciones contencioso administrativa de plena jurisdicción.

Cabe mencionar también, que, a nuestro parecer, la presentación de esta demanda es una vía extemporánea para dilatar, incomodar o afectar los derechos e intereses de nuestro representado, más aún, que la propia ley de Contrataciones Públicas, las partes afectadas pueden presentar el recurso de plena jurisdicción ante la Sala Tercera, dado que los actos del Tribunal Contencioso Administrativo de Contrataciones Públicas, agotan la vía gubernativa, por tal razón, de ser afectado en este caso el licenciado Carlos Gasnell con la decisión del Tribunal, debió promover el recurso de plena jurisdicción, el cual nunca interpuso en los términos de ley, por ende alegar las situaciones de supuestas ilegalidades del acto administrativo dictado por el Tribunal, que en su máxima sustanciación es un acto particular que se enmarca en las demandas de plena jurisdicción o no en demandas de nulidad.

..."

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En Vista 1532 del 29 de diciembre de 2020, visible en foja 264 a 274, la Procuraduría de la Administración emite concepto, señalando lo siguiente:

" ...

30

Sobre la base de lo establecido en el artículo 100 de la Ley 61 de 22 de septiembre de 2017, citado, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 (numeral 41) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, es que afirmamos que en el presente proceso no puede entenderse el recurso de impugnación como parte del procedimiento de selección de contratista, ya que, como lo señala la entidad demandada, este último se encuentra delimitado por la ley, a través de un acto que le da origen al mismo, que es la convocatoria; y a otro que le pon fin, como lo es la adjudicación, o por defecto, el rechazo de propuestas u ofertas, y cuyo objetivo es la selección de las propuestas que reúnan los requisitos que exige la ley, y el pliego de cargos. Por consiguiente, no es factible confundir el procedimiento de impugnación, con los actos jurídicos de selección, que poseen, adicionalmente, un contenido, un propósito y una naturaleza distinta.

Lo anterior, también encuentra su fundamento en el artículo 136 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en el que se faculta al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para resolver los recursos de impugnación, entendiendo este como el mecanismo de revisión del procedimiento administrativo.

...

Es menester recordar, que el tipo de procedimiento de selección de contratista establecido en el presente caso, fue de Licitación por Mejor Valor y que el acto impugnado lo constituye la Resolución 78-TMP de 20 de agosto de 2018, mediante la cual se declaró desierto el acto público arriba descrito, en virtud que a juicio de la entidad ninguno de los proponentes reunieron en su totalidad los requisitos solicitados en el pliego de cargos, por ellos, ese colegiado entró a verificar si le asistía o no el derecho al impugnante, con base en los documentos aportados, confrontando con lo establecido en el pliego de cargos, sin dejar de lado los preceptos constitucionales, la legislación vigente en materia de contratación, así como los principios procesales ampliamente explicados por ese Tribunal Administrativo, mismo que arribó a la conclusión que de la observancia de los documentos aportados por la parte recurrente de ese acto de selección, en confrontación con lo exigido en el pliego de cargos, se concluye un cumplimiento efectivo de los requerimientos, puesto que, de las pruebas incluidas en el expediente administrativo, queda probado e ilustrado el servicio solicitado a los proponentes, así lo jurídicamente era **revocar** la Resolución 078-tmp del 20 de agosto de 2018, del acto público 2018-2-81-01-08-LV-000168, proferida por Transporte Masivo de Panamá, reestablecer el derecho vulnerado y **adjudicar** a la empresa Consorcio Seguridad CCTV GBDC/GRESINSA/COPS, en virtud, que la propuesta presentada cumplió con todos los requisitos y las exigencias solicitadas en el procedimiento de selección de contratista por Licitación por mejor valor por un precio de dos millones ochocientos cincuenta mil

30ⁿ

balboas (B/.2,850,000.00) (Cfr. 113-114 del expediente judicial).
..."

ALEGATOS DE CONCLUSION:

1. Parte demandante:

El Licenciado Carlos Gasnell Acuña presenta alegatos de conclusión, visible en fojas 286 a 291 del expediente judicial, señalando lo siguiente.

"...

Como se puede observar con claridad en el artículo 43^a, lo que diferencia ambos tipos de demandas (Nulidad y Plena Jurisdicción), no es que se dirija o no a un acto administrativo de carácter individual o subjetivo, sino que se solicite o no la nulidad y el establecimiento de un derecho vulnerado producto de la emisión del acto, que es lo característico de las demandas de plena jurisdicción, y en el presente caso no se está solicitando el restablecimiento de un derecho vulnerado, sino que se revise la legalidad objetiva del acto acusado.

TERCERO: En cuanto al fondo del asunto, el día 3 de septiembre de 2018, tal como consta en el portal electrónico "PanamaCompra", el CONSORCIO SEGURIDAD CCTV GBDC/GRESINSA/COPS, procedió a presentar Recurso de Impugnación en contra de la Resolución 078-TMP de 20 de agosto de 2018, el cual admitido por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), aplicando la normativa del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado de acuerdo a la Ley 61 de 2017, la cual entró en vigencia desde el día 29 de marzo de 2018, fecha posterior a la convocatoria de la Licitación por Mejor Valor N°2019-2-81-01-08-01-08-LV-000168, el 16 de marzo de 2018. Debe destacar que el artículo 100 de la Ley 61 de 2017, que ordenó el Texto Único que mantuvo vigente hasta la entrada en vigencia del Texto Único ordenado por la Ley 53 de 2020, señala expresamente: que a los procedimientos de selección de contratistas o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad en la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicaran las normas vigentes al momento de la convocatoria o perfeccionamiento.

...

QUINTO: La Resolución N°232-2018-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión); corregida por la Providencia N°032-2018-TACP de 12 de diciembre de 2018, fue publicada en el portal "PanamaCompra", con el Salvamento de Voto del **Magistrado Elías Solís González**, quien sostuvo que el Recurso de Impugnación no debió ser admitido, en virtud de que la norma aplicable a todo el procedimiento de selección de contratista, incluido el procedimiento de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contracción Pública (TACP), era la Ley

70"

vigente al momento de la convocatoria del acto público. En consecuencia, al haber sido publicado en el portal electrónico "PanamaCompra" el acto recurrido, el día 23 de agosto de 2018, de acuerdo al artículo 129 del Texto Único, ordenado por la Ley 48 de 2011, vigente al momento de la convocatoria, transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante publicó la declaratoria de desierto, esta se consideraba notificada. En tanto, el segundo párrafo del artículo 130 del mismo texto vigente, advierte que el Recurso de Impugnación deberá ser interpuesto en un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución objeto de la impugnación, con efecto devolutivo, de manera que el plazo se venció el viernes 31 de agosto de 2018, resultando la presentación del Recurso el día lunes 3 de septiembre de 2018, claramente extemporánea. Concordamos plenamente con la posición externada por el magistrado Solís en su salvamento de voto, por lo que solicitamos que este argumento sea tomado en cuenta en la sentencia.

DECISION DE LA SALA:

Una vez expuestos los argumentos plasmados por las partes dentro del presente proceso Contencioso Administrativo, la Sala procede a resolver la presente controversia.

Este Tribunal de Justicia observa que el presente litigio gira en torno a que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°232-2018 PLENO/TACP de 11 de Diciembre de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, a través de la cual se decidió revocar la Resolución N°078-TMP del 20 de agosto de 2018, que declaró desierta la Licitación Pública por Mejor Valor N°2018-2-81-01-08-LV-000168, proferida por Transporte Masivo de Panamá, S.A.

En primer lugar, observa la Sala que la disconformidad de la parte demandante radica, en que a su consideración el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, no debió admitir el Recurso de Impugnación, en virtud que la norma aplicable a todo el procedimiento de selección de contratista, incluido el procedimiento de impugnación,

era la Ley vigente al momento de la convocatoria del acto público, la cual considera, es la Ley 48 de 2011.

Por otro lado, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, argumenta que, realizó algunas consideraciones previas a la valoración acerca de la admisibilidad del recurso de impugnación, a fin de determinar la ley aplicable, toda vez que dicho acto de selección de contratista, se convocó con anterioridad a la vigencia de las nuevas reformas introducidas con la Ley 61 de 2017, en base al artículo 100.

Además señala la entidad que al ser un ente jurisdiccional tal como lo establece el artículo 136 de la Ley 22 de 2006, la revisión del procedimiento administrativo, no conlleva una extensión del acto, sino que revisa la actuación administrativa que se llevó a cabo dentro de un determinado procedimiento administrativo.

En relación, a los argumentos presentados por el tercero interesado, es decir, el Consorcio Seguridad CCTV/GBDC/GRESINSA/COPS, señala que son falsas las apreciaciones y conjeturas que hace referencia el Licenciado Carlos Gasnell, ya que consideran que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, antes de adentrarse a evaluar la admisibilidad del recurso, tomó en consideración distintos presupuestos esenciales para determinar su admisión, tomando como marco jurídico, lo preceptuado en el artículo 100 de la ley 61 de 22 de septiembre de 2017.

En base a lo expuesto la Procuraduría de la Administración, argumenta que en el presente proceso no puede entenderse el recurso de impugnación como parte del procedimiento de selección de contratista, ya que este último se encuentra delimitado por la ley, a través de un acto que le da origen al mismo, que es la convocatoria; y a otro que le pone fin, como lo es la adjudicación, o por defecto, el rechazo de propuesta u ofertas, cuyo objetivo es la selección de las propuestas que reúnan los requisitos que exige la ley y el pliego de cargos.

Manifiesta el apoderado judicial de la demandante que dicha resolución infringe el artículo 100 de la Ley 61 de 27 de diciembre de 2017, que se refiere al procedimiento de selección de contratista. Para su análisis haremos referencia al artículo 100 de la Ley 61 de 22 de septiembre de 2017, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 100. A los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicaran las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento. En la cancelación de los procedimientos de selección de contratista que se efectúen en virtud de acuerdos o convenios de préstamos con organismos financieros internacionales o con gobiernos extranjeros, se aplicaran las disposiciones sobre contratación pactadas en estos acuerdos o convenios.”

En relación a lo expuesto, podemos observar en el expediente administrativo (Cfr. Foja 154) que el Aviso de Convocatoria del acto público 2018-2-81-01-08-LV-000168, procedimiento de Licitación Por Mejor Valor Mayores a B/.175,000.00, fue publicado el 16 de marzo de 2018, lo que nos indica que dicha convocatoria fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, ya que la misma en su artículo 105, señala que *“esta ley comenzará a regir seis (6) meses después de su promulgación”*, por lo tanto, dicha norma empezó a regir el 29 de marzo de 2018, días después de publicado el aviso de convocatoria y el pliego de cargos en el Sistema Electrónico de Contratación Pública de “PanamaCompra”. Por lo que podemos concluir que la ley aplicable en este procedimiento de selección de contratista es el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011 y el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que la reglamentó.

Seguido, el día 23 de agosto de 2018, fue publicada en el Sistema de “PanamaCompra”, la Resolución N°078-TMP de 20 de agosto de 2018, por lo cual se declaró desierto el acto público N°2018-2-81-01-08-LV-000168, por tal motivo, el recurrente CONSORCIO SEGURIDAD CCTV GBDC/GRESINSA/COPS, a través de su apoderada legal, presentó recurso de impugnación en contra del acto descrito, el 3 de

311

septiembre de 2018, esto nos lleva a la infracción del artículo 129 y 130 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, el mismo se encuentra infringido por omisión, ya que, al momento de la presentación del Recurso de Impugnación se debió aplicar, según lo establecido en la norma señalada anteriormente, que, *“Transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” las resoluciones, el cuadro de cotizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en este artículo, se darán por notificados. De considerarse agraviado el proponente con la decisión adoptada por la entidad, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta Ley...”*, en consecuencia, la decisión quedó notificada el día viernes 24 de agosto de 2018.

En ese orden de ideas, el artículo 130 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, señala que el Recurso de impugnación, deberá ser interpuesto en un **plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir de la notificación** de la resolución objeto de la impugnación, por lo que si la notificación fue el 24 de agosto de 2018, su presentación resulta extemporánea, porque venció el día 31 de agosto de 2018.

La parte actora, también señala como infringido el artículo 32 del Código Civil por lo cual consideramos prudente la transcripción de dicha norma:

"Artículo 32. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

Dicha norma recogida en el Código Civil, es aplicable por analogía a todos los procesos, incluyendo a los procesos administrativos, en los que sea necesario recurrir a las reglas de hermenéutica legal.

Este Tribunal no puede dejar pasar por alto, que el artículo 32 del Código Civil, contempla la llamada ultractividad de la ley, al señalar que: *"los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."*

La ultractividad de la ley constituye una de las teorías de la aplicación de la ley en el tiempo, y la misma se aplica ante hechos o situaciones ocurridas luego que ha sido derogada o modificada la norma, aplicándola hasta que termine la etapa procesal correspondiente.

Dicho lo anterior, para que opere la ultractividad de una norma debe tratarse de procesos en curso, en los cuales se sigue aplicando la disposición derogada únicamente mientras se termina de correr un término, se decide el respectivo incidente o se esté realizando el acto mismo.

Al respecto traemos a colación la resolución de fecha 14 de mayo de 2007 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en donde se señala lo siguiente:

"Lo anterior reviste importancia, toda vez que el artículo 32 del Código Civil establece como excepción, la ultractividad de la ley procesal anterior respecto de los términos que hubieran empezado a correr al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. El tenor del artículo 32 es el siguiente:

Artículo 32. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

La inmediatez de que gozan en su aplicación las normas adjetivas, desde que son puestas en vigor tiene como cortapisas, pues, los casos que a modo de salvedad o excepción enuncia en su parte final el artículo 32 antes transcrito, valga decir, los casos o procesos en que al tiempo de comenzar a gobernar nuevas reglas procesales tengan ya recurriendo o iniciado, sin haber concluido, algún período de tiempo determinado en la propia ley

para ejecutar o llevar a efecto un específico acto procesal o que, simplemente, se esté realizando el acto en sí mismo o alguna otra forma de tramitación de las que se tienen previstas concatenadamente en la ley para la prosecución del negocio.

De igual forma esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de fecha 3 de octubre de 2003, señaló lo siguiente:

"No le asiste la razón a la parte actora por cuanto el artículo que se esgrime violado no es aplicable al presente asunto. El artículo 32 del Código Civil tiene entre una de sus finalidades imprimir la solución normativa a una eventual incertidumbre acerca de la aplicación y extensión de la vigencia de una norma o normas de naturaleza procesal, una vez entre en vigor otro régimen de la misma naturaleza, respecto de aquellas diligencias, términos y actuaciones que se hayan surtido bajo la vigencia del orden procesal anterior.

Consiste en una típica norma de estabilidad y seguridad jurídica ante un cambio normativo de importancia como indudablemente puede significar aquel relativo a la sustanciación del trámite o rito procesal de que se trate, salvedad hecha de las materias que el artículo invocado señala, vale reiterar: los términos, actuaciones y diligencias, ya iniciados bajo el régimen anterior, que comprende evidentemente las gestiones de las partes y las actuaciones de la autoridad competente que conoce del asunto, las que no deben verse afectadas por la variación o cambio de la regulación procesal respectiva."

Del análisis de las normas que se consideran infringidas los artículo 2 numeral 41, 100 de la Ley 61 de 2017, artículos 129, 130 de la Ley 22 de 2006, y artículo 32 del Código Civil, nos permite concluir que la Resolución N°232-2018 PLENO/TACP de 11 de septiembre de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, es violatoria de los artículos aducidos como vulnerados; por lo tanto, esta Sala por economía procesal, y en virtud de estar probada la ilegalidad del acto impugnado, no se pronunciará sobre el resto de las normas invocadas.

PARTE RESOLUTIVA

Por consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES NULA POR ILEGAL**, la Resolución N°232-2018 PLENO/TACP de 11 de diciembre de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

NOTIFÍQUESE,


LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO


CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO


CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO


LICDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 27 DE octubre DE 20 21

A LAS 8:53 DE LA mañana

A Presidencia de la Administración


Firma

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,

se ha fijado el Edicto No. 3215 en lugar visible de la

Secretaría a las 4:00 de la Tarde

de hoy 25 de Octubre de 20 21


SECRETARIA