

151
158



REPÚBLICA DE PANAMÁ

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

Panamá, cuatro (4) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

VISTOS:

El licenciado Ramón Alberto Palacios Tejada en su condición de abogado principal y el licenciado José Elías Domínguez en su condición de apoderado sustituto, quienes actúan en representación de la empresa **Transmisión Eléctrica, S.A., (en adelante ETESA)** presentaron demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que se declare nula por ilegal, la Resolución No. 105-2020-PLENO/TACP de 27 de julio de 2020, emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas** y para que se hagan otras declaraciones.

I. ACTO ACUSADO DE ILEGAL

Mediante el acto acusado de ilegal, la **Resolución No. 105-2020-PLENO/TACP de 27 de julio de 2020**, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas resolvió el Recurso de Impugnación interpuesto por el apoderado legal de la empresa **Millenium Security Service, S.A.**, contra la Resolución No. 005 del 8 de abril de 2020, que adjudicó el acto de Licitación Pública No. 2019-2-78-0-99-LV-011871 a la sociedad **Seguridad Permanente y Protección S.A.**, (SEPROSA). El acto demandado, entre otras cosas, resolvió medularmente lo siguiente:

“PRIMERO: REVOCAR los efectos de la Resolución N° 005 de 8 de abril de 2020 proferida por la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., (ETESA) que decidió adjudicar el acto público, bajo análisis, a la empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN, S.A., (SEPROSA)**, por un precio de Cuatro Millones Ochocientos Setenta y Ocho Mil Setecientos Sesenta y Dos Balboas con 56/100

(B/4,878,772.56), por ser considerada la oferta que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos.

SEGUNDO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista No. 2019-2-78-0-99-LV-011871, celebrado por la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., (ETESA), para la prestación de los “Servicios de Vigilancia y Custodia y Control de Acceso a las Instalaciones de ETESA ubicadas en la Provincias de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro”, en razón de que la entidad licitante al redactar los requisitos 3 de la plantilla electrónica, el punto 13 y el punto 4.1.3 del pliego de cargos; conduce a error a los oferentes, siendo así que el presente acto de selección de contratista, se haya realizado con prescindencia a lo previamente establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

...”

II. PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

Las pretensiones de la parte actora consisten medularmente en lo que sigue:

“1. Que es ilegal y, por tanto, nula la Resolución No. 105-2020-Pleno/TACP de 27 de julio de 2020 (Decisión), expedida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante la cual, entre otras cosas, revoca y anula el procedimiento de selección de contratista No. 2019-2-78-0-99-LV-011871, así:

...

2. Que se restituya el derecho subjetivo violado a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (**ETESA**) en el sentido que la misma pueda seguir con los trámites siguientes para la contratación de la prestación de los Servicios de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a las Instalaciones de ETESA ubicadas en las Provincias de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro”, con la empresa que cumplió con todos los requisitos ponderables establecidos en el pliego de cargos.”

III. HECHOS Y OMISIONES FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN.

Los hechos de la demanda, iniciaron explicándose que ETESA es la única empresa de transmisión eléctrica en alto voltaje y de interconexión a las empresas generadoras de electricidad, para lo cual cuenta con subestaciones e instalaciones a nivel nacional que deben contar con un servicio de seguridad nacional.

De igual manera, se explicó que el 19 de noviembre de 2019, se publicó en el portal “PanamaCompra” el aviso de convocatoria para la licitación No. 2019-2-78-0-99-LV-011871 para el servicio de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a las Instalaciones de ETESA ubicadas en las Provincias de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro; y el 21 de diciembre de 2019, se publicó en dicho portal electrónico el Pliego de Cargos, para que los interesados presentaran

153
160

sus propuestas hasta el 18 de febrero de 2020. Y el precio de referencia establecido fue de Cinco Millones Ciento Treinta y Cinco Mil Quinientos Cuarenta y Nueve Balboas con 96/100 (B/. 5,135,549.96).

Se adicionó como hechos que el 5 de diciembre de 2019, se realizó la reunión previa y homologación en la cual participaron ocho (8) posibles proponentes; y que, con posterioridad a esa fecha, el pliego de cargos se modificó en los Capítulos II, III y IV, por las Adendas No. 1, 2 y 3 publicadas en el mencionado portal, respectivamente, los días 13 de enero de 2020, 21 de enero de 2020 y de 5 de febrero de 2020. Y subsiguientemente, el 18 de febrero de 2020, se abrieron las ofertas, resultando de ello, que ETESA adjudicara el acto público en comento, a la empresa Seguridad Permanente y Protección, S.A., (en adelante SEPROSA) por considerarse que fue la empresa que cumplió con todos los requisitos contenidos en el Pliego de Cargos.

También mencionó que se recibieron cuatro (4) ofertas, sobre las que no se solicitó subsanación alguna, de documento, por lo cual el 17 de marzo de 2020 se publicó en el portal "PanamaCompra" el respectivo Informe de la Comisión Evaluadora, contra el cual uno de los oferentes, el Consorcio Vigilancia Especial Urracá, S.A., presentó acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, de lo cual resultó la Resolución de Fondo N° DF-269-2020 de 7 de abril de 2020, que confirmó la recomendación del Informe de Evaluación de la Comisión Evaluadora, por lo cual se emitió la Resolución de Adjudicación No. 005 del 8 de abril de 2020, que adjudicó el acto en comento, a SEPROSA.

Se adicionó, que contra el acto adjudicatario la sociedad proponente Millenium Security Service, S.A., presentó Recurso de Impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que dice haberse sustentado en que si bien la propuesta de dicha empresa excedió el porcentaje de riesgosisdad, se violó el principio de igualdad de los proponentes; porque la empresa que resultó adjudicataria, es decir, SEPROSA no cumplió con todos los requisitos obligatorios,

porque presentó junto con su propuesta una certificación de la Dirección General de Contrataciones Públicas, de haber cumplido con la presentación de la Declaración Jurada de acciones nominativas, pero, al confrontarse la plantilla electrónica con el pliego de cargos que elaboró ETESA, se observó que no existían discrepancias porque es claro que para cumplir con el requisito de la Declaración Jurada de acciones nominativas debe apegarse a la Circular DGCP-019 de 12 de septiembre de 2019.

Sobre ese tema, la demandante sostuvo que las alegaciones en el Recurso de Impugnación en cuanto que SERPROSA no cumplió con todas las condiciones del pliego, se hizo sobre un análisis incompleto de esa circular, porque se remitió únicamente a los literales que favorecían la posición del impugnante y se ignoró la existencia previa de un procedimiento para la presentación de la declaración jurada, cuando no había sido anulado el procedimiento; y que con anterioridad a la publicación de la Circular DGCP-019-2019, la Dirección General de Contrataciones Públicas, llevaba un registro de las empresas que presentaban la declaración jurada, puesto que para participar en un procedimiento de selección los proponentes necesitaban solicitar a dicha entidad una certificación que avalara que se había presentado dicha declaración.

Y finalmente, se explicó como hecho destacado de la demanda, que la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se fundamentó en un criterio de nulidad absoluta, dentro la estructuración del pliego de cargos; y que al solicitar en éste, que el oferente presentara con la propuesta copia autenticada por notario público Certificación de ISO4500:2018 o ISO900: 2015, **con criterio de ponderación de 5 puntos**, es contrario al principio de economía y de igualdad de los proponentes, cuando la Comisión Evaluadora nunca utilizó ese criterio de ponderación, ya que no formó parte del pliego de cargos en atención a la Adenda No. 3 del mismo.

155
162

III. DISPOSICIONES LEGALES VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE INFRACCIÓN.

La primera norma que figura como infringida, corresponde al artículo 34 de la Ley 38 de 2000, de acuerdo con el cual las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas deberán efectuarse con arreglo a las normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del principio de estricta legalidad.; y que las actuaciones de los servidores públicos deberán presidirlos los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficacia.

El concepto de infracción de la referida norma que se sustentó en la modalidad de violación directa por omisión, quedó explicado en que el acto recurrido sustentó el vicio de nulidad absoluta en un requisito que se eliminó del pliego de cargos respectivos, a través de la Adenda No. 3, lo cual quedó evidenciado en el Informe de la Comisión Evaluadora, lo que es una evidente vulneración del principio del debido proceso, ya que rebasa el contenido real del pliego y los preceptos legales, por sustentarse en una situación fáctica.

La segunda norma que se alegó infringida por el acto demandado, es el artículo 157 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, de acuerdo con el cual la declaratoria de la nulidad se decretará cuando ello sea absolutamente indispensable para evitar la indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso; y que no prospera cuando sea posible reponer el trámite o subsanar la actuación.

La infracción de esa disposición legal, que se estimó producida en el concepto de violación directa por comisión, por cuanto que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, fundamentó su decisión de nulidad absoluta en que ETESA desconoció la aplicación de la Circular DGCP-019-2019 de 12 de septiembre de 2019, por lo cual debía salvaguardar que terceros quedaran en estado de indefensión o que, se le afectaran sus derechos, desconociendo que de

156
163

acuerdo a la referida norma, la nulidad absoluta no prospera cuando es posible reponer el trámite o subsanar la actuación; al no valorar que el requisito de presentación del documento denominado Declaración de Acciones Nominativas, lo cumplieron todos los proponentes.

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

De fojas 37 a 47 del expediente judicial, reposa la Nota N°001-2021-TACP-DS-P de 15 de enero de 2021, mediante la cual el Magistrado José Aranda Ríos, en su calidad de representante legal del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, remitió el informe explicativo de conducta requerido, sobre la demanda de plena jurisdicción que nos ocupa, en la cual hace un recuento desde que se llevó a cabo el procedimiento de selección de contratista, hasta la adjudicación del mismo, la cual fue recurrida por uno de los proponentes, con Recuso de Impugnación, y que dio como resultado al acto administrativo que ahora es objeto del presente examen de ilegalidad. En lo medular, dicho informe expresó:

“ ...

7. Por ser el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas un ente jurisdiccional tal como lo establece el artículo 136 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, para resolver los recursos de impugnación, como un mecanismo de revisión de procedimiento administrativo, es decir, este 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.

8. De acuerdo con los principios de Transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, publicidad, eficiencia, debido proceso y al principio de igualdad de los proponentes, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, antes de entrar a dilucidar el fondo del recurso, como Tribunal competente para conocer de aquellos recursos de impugnación, tal como nos faculta la ley que nos regenta, es imperante si dicho acto público contraviene o no con aspectos formales, que pudiesen devenir en algún vicio de nulidad, que nos impida adentrarnos a evaluar la petición del recurrente, así como los actos llevados a cabo por la entidad licitante, a fin de determinar si le asiste la razón. Lo antes señalado en atención a lo dispuesto en el artículo 150 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mismo que establece lo siguiente:

“**Artículo 150. Apego a las normas:** Todos los procesos se efectuarán con arreglo a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía y eficacia y con apego al principio de estricta legalidad.....”

157
164

9. Esta Colegiatura, de acuerdo a la labor jurisdiccional en sede administrativa consideró (sic) que no se puede obviar la incuestionable realidad jurídica en el presente asunto; en virtud de lo establecido en el artículo 35 de la Ley 22 de 2006, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 35: Requisitos de participación de personas jurídicas. En todo acto de selección de contratista, cuya cuantía excede de quinientos mil balboas (B/. 500,000.00), en el que participen personas jurídicas, el capital accionario de esta deberá emitirse en su totalidad en acciones nominativas. Las personas jurídicas que participen en procesos de selección de contratista, cuya cuantía del acto de forma individual o agregada exceda la suma de quinientos mil balboas (B/. 500,000.000) presentarán ante la Dirección General de Contrataciones Públicas una declaración jurada del agente residente o presidente o quien delegue la Junta Directiva de la persona en la que deberán certificar el nombre de cada persona natural que sea directa o indirectamente el beneficiario final de, por lo menos 10% del capital accionario emitido y en circulación. En caso de consorcios o asociaciones accidentales, todos sus integrantes que sean personas jurídicas, nacionales o extranjeras, que participen en actos de selección de contratista deberán cumplir con este requisito. Esta declaración deberá mantenerse actualizada de manera anual y su falta de presentación, será impedimento de participación como proponente.....” (El subrayado es de este Tribunal)

Lo antes citado se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el punto 2 de la circular N°DGCP-0192019 de 12 de septiembre de 2019, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, la cual indica lo siguiente:

Circular No. DGCP-DS-019-2019

...

II. ENTIDAD DONDE SE PRESENTA Y FORMA DE PRESENTACIÓN

A partir de la publicación de la presente circular, las personas jurídicas deberán presentarla declaración jurada de beneficiario final de acciones nominativas, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, de manera electrónica, a través de Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.

Por lo anterior, las entidades licitantes, **no deberán solicitar** en el pliego de cargos esta declaración jurada, toda vez que podrían incurrir en dualidad de documentación, lo cual se aleja de los principios de eficiencia y economía de la contratación pública.

“....

De esta manera, con fundamento en lo supra citado, este Tribunal debe indicar que luego del análisis del acto de selección de contratistas en estudio, se pudo observar que existe ambigüedad en la redacción de las cláusulas del pliego de cargo, lo cual lleva a la confusión a los ofertantes de este acto público; puesto que la entidad licitante señala la necesidad de la presentación de una declaración de acciones nominativas en el punto 3 de la plantilla electrónica y en el punto 13, (condiciones especiales del pliego de

158
165

cargos), indica el deber de aportar una certificación para cumplir con este requisito lo cual se puede observar así de la siguiente manera:

3...

Para dicha presentación se deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Circular No. DGCP-019-2019 de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

...

13. REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN DE PERSONA JURÍDICA.

...

Se deberá aportar certificación expedida por la dirección general de contrataciones públicas para este requisito. Ver artículo 35 del texto único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la ley 61 de 2017.

10. En este sentido, este Tribunal puntualiza que es clara e indudable la forma de cumplimiento de este requisito señalado en el artículo 35 de Texto Único de la Ley 22 de 2006, o sea, de esta manera, todo oferente tiene la obligación de acatar con lo establecido en la circular N°DGCP-019 de 12 de septiembre de 2019, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, al igual que, todas las entidades licitantes tienen el deber de no incluir como requisito del pliego de cargos la presentación de la Declaración Jurada de Acciones Nominativas, máxime que dicho requerimiento puede ser verificado por todas las personas interesadas como también por las entidades licitantes como señala de igual forma la circular arriba citada, como se puede observar en el punto V así:

V. VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO EN LOS ACTOS PÚBLICOS.

Las entidades licitantes, podrán verificar en los procedimientos de selección de contratista convocadas por éstas, cuya cuantía exceda la suma de quinientos mil balboas (B/. 500,000.00), si las personas jurídicas que hayan participado han cumplido con el requisito de presentación de la declaración ante la DGCP, a través del Sistema Electrónico "PanamaCompra" (www.panamacompra.gob.pa)

En este sitio se podrá verificar el nombre de la persona jurídica, su número de registro único (Ruc) o de identificación correspondiente, fecha de presentación de la declaración y su vigencia.

11. Aunado a lo anterior, esta Colegiatura de acuerdo a lo comprobado en el expediente administrativo y cotejado con el portal electrónico "PanamaCompra", observó también, la existencia de otro vicio de nulidad en que incurre la entidad licitante al incluir un sub-criterio en la propuesta técnica en el punto 4.1.3 del pliego de cargos, como puede visualizarse así:

4.1.3. Certificación en gestión de Calidad (5 puntos)

159
166

Dentro de la propuesta el proponente deberá presentar copia autenticada por notario público de certificación ISO45001 o ISO9001:2008 o ISO9001:2015.

Como puede apreciarse el aspecto relacionado a la forma de cumplimiento de un requisito ponderable para este acto público como **lo es la certificación en gestión de calidad de un oferente contraviene tanto el principio de economía como también la igualdad de los proponentes**, puesto que, la entidad licitante al directamente solicitar que este requerimiento se vería cumpliendo con la aportación de una certificación emitida por la Organización Internacional de Estandarización (ISO); ya que es conocido que existan certificados avalados por otros organismos y entes certificadores. Las certificaciones de la norma se utilizan en cualquier organización para proporcionar seguridad sobre la capacidad de la misma para satisfacer los requisitos de calidad y mejorar la satisfacción de los clientes en las relaciones proveedor-cliente y para llevar a cabo esta tarea existen varios organismos normalizados, entidades acreditadoras y entidades certificadoras en todo el mundo, éstas últimas más que todo se encargan de auditar el cumplimiento de la implementación y mantenimiento del sistema de gestión de calidad, emitiendo un certificado de conformidad. Como queda visto, en esta materia para las certificaciones de calidad no existe ninguna diferencia del reconocimiento internacional del certificado emitido por estas entidades certificadoras debidamente avaladas por las organizaciones normalizadoras; de este modo, en el caso de que suja algún problema con alguna de las entidades certificadoras, dicho problema se debe presentar ante el acreditador del país correspondiente. Este organismo actuará para solucionar el problema y si es necesario sancionará al certificador. De esta manera con el solo establecimiento por parte de la entidad licitante de un requisito ponderable, por ejemplo la aportación de un requisito ponderable, por ejemplo, la aportación de una certificación de gestión de calidad hace dicha cláusula del pliego de cargos, un requisito restrictivo de participación, lo cual resulta que se conciba la invalidez total de las actuaciones realizadas dentro del procedimiento de selección de contratista de acuerdo con el vicio que condiciona la prestación de las ofertas lo que contraviene un principio orientador como lo es la igualdad de proponentes . Lo in comentario lo expresamos ya que, en el Derecho Comparado, verbigracia en Colombia, desde el año 2007 por ley 1150, se dispuso la prohibición de exigir certificaciones de gestión de calidad de los procesos de selección de contratistas, estableciendo que estos no serán ni objeto de calificación o ponderación adicional a un proponente de contar con ellos, ni mucho menos podrán ser estas calificaciones incluidas como documentos habilitantes para participar en los distintos concursos o licitaciones.

12. Debe quedar claro que todas las entidades convocantes de un determinado acto de selección de contratistas, guardan una discrecionalidad técnica en la configuración del pliego de cargos, sin embargo, al momento de la revisión por este Tribunal de dichas cláusulas o pautas dadas a los oferentes, esta Colegiatura de acuerdo a la Legislación Vigente ostenta el control en sede administrativa para evaluar la observancia y la estricta aplicación de las normas sobre contrataciones públicas, sobre las actuaciones pre-contractuales realizadas por parte de distintas entidades

180
167

licitantes. **En este horizonte, las entidades apoyadas en el principio de razonabilidad, tienen amplia libertad para configurar el negocio**, lo que se plasma en el pliego de cargos y en los términos de referencia. **Es así como las entidades licitantes, dentro de su amplia discrecionalidad**, definen aspectos múltiples del futuro negocio, como el bien o el servicio a contratar y el perfil de las personas naturales o jurídicas que ofertarán de acuerdo a las razones de estricta conveniencia, pero no el capricho ni la arbitrariedad.

13. Esto no significa que los procedimientos de selección de contratistas sean totalmente discrecionales, sino que al fijar las condiciones del negocio las entidades licitantes ejercen tales facultades; por esta razón; como dicha actividad se concreta en los pliegos de cargos, su configuración se armoniza con las consideraciones de conveniencia y también de legalidad, de esta manera se materializa la libre configuración del negocio. También, es cierto que se concretiza la rigurosa aplicación de lo exigido en el pliego al momento de la verificación o evaluación de las ofertas por parte de las comisiones asignadas por las entidades licitantes para realizar esta labor. En esta fase la administración licitante no puede elegir si aplica o no a los oferentes cierto requisito, y el puntaje que asignará de acuerdo al cumplimiento, pues esa parte del negocio quedó configurada en el pliego de cargos, que ya no puede alterarse con fundamento en que la entidad cambió el criterio de conveniencia o advirtió que incurrió en cierta equivocación, o por las calidades que quería exigir eran otras, lo anterior es algo que, dentro del principio de responsabilidad, la entidad debe soportar.

14. La vinculación de la administración al pliego de cargos también se extiende a este Tribunal, salvo la existencia de vicios o ilegalidades del contenido del pliego de cargos como sucede en el caso en estudio, ya que de lo contrario se estudiaría el fondo de la litis examinando si la adjudicación se realizó en debida forma, esto es, basado en el criterio de que, si la entidad escogió el ofrecimiento más favorable, de acuerdo con el principio de selección objetiva. La conveniencia del ofrecimiento no queda la discrecionalidad de la administración ni del juez en sede administrativa, pues la ley es el rumbo que debe seguirse en los casos de vicios de nulidad como observamos en el caso sub-judice.

15. **Estos vicios hacen imposible a los proponentes-ofertantes formular adecuadamente**, y en condiciones de igualdad, sus ofertas, por desconocer qué es lo que espera la entidad licitante que sea entregado o aportado por los distintos ofertantes, como también impide el examen de las propuestas pueda acometerse adecuadamente por la comisión encargada de la valoración de dichas ofertas; y todo ello por no existir una clara definición previa de los requerimientos y la forma de cumplirlos en el pliego de cargos, siendo necesario que todos los oferentes cuenten con los parámetros necesarios para apoyarse al momento de presentar sus propuestas. En definitiva, los requerimientos supra citados del pliego de cargos son tan poco concretos que no es posible efectuar una valoración de las ofertas acorde a unos aspectos previamente definidos, siendo el margen de discrecionalidad de la comisión evaluadora ilimitado, lo que atenta claramente a los principios de igualdad de los proponentes, economía y de transparencia, toda vez

167
168

que las ofertas se efectúan sin conocer mínimamente cómo han de ser valorados.

...

17. De manera tal que, este Tribunal estimó que mal pudiese entrar a valorar el fondo del proceso ante la existencia de vicios de nulidad absoluta presentes dentro del acto de selección de contratista, con lo cual, lo concerniente conllevó anular el procedimiento de selección de contratistas, ya que se realizó con prescindencia a lo previamente establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

... (el resaltado es de la Sala)

V. CONTESTACIÓN DE TERCERO INTERESADO

De fojas 52 a 63 del expediente judicial, reposa memorial suscrito por el Bufete De Santis, actuando en representación de la sociedad MILLENIUM SECURITY SERVICE, S.A., actuando en el presente proceso, en calidad de tercero interesado, en el cual se contestó la demanda y se consideró en lo medular que contrario a lo señalado por la demandante, la Resolución No. 105-2020-Pleno/TACP de 27 de julio de 2020, no viola los artículos 154 y 157 de la Ley 22 de 2006, tanto así que en la parte motiva de la resolución impugnada se indicó claramente que el proceso de licitación en referencia, se celebró con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido que es una de las causales de nulidad absoluta, la supuesta violación se fundamenta en una consulta absuelta por la Dirección General de Contrataciones Públicas mediante Nota DGCP-DJ-2020 en la que señala que dicho error no es causal de nulidad del acto administrativo de contratista pero sin aportar mayores argumentos jurídicos.

Respecto a las normas alegadas como infringidas, el tercero interesado sobre la infracción alegada del artículo 157 de la Ley 22 de 2006, coincidió en que el requisito de la Declaración Jurada es un requisito subsanable, y que no es de los que produciría una nulidad absoluta.

El tercero interesado también señaló que lo anterior tiene sustento en el artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, según el cual la facultad de la Dirección General de Contrataciones Públicas, de absolver consultas, no es vinculante sobre asuntos particulares en la selección de contratista, al menos

162
169

que se trate de una acción de reclamo, motivo por el cual la consulta en comento, no puede ser utilizada como fundamento a una violación de normas de la Ley 22 de 2006.

Y en relación con el cargo de ilegalidad del artículo 34 de la Ley 38 de 2000, el tercero planteo en lo medular, que contrario a lo externado por la parte demandante, el acto recurrido se emitió en ejercicio de la facultad jurisdiccional del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ello le permite emitir opinión sobre los requisitos solicitados por la entidad contratante; y que aunque se tratara de un requisito que no estuviera en el pliego de cargos, en la licitación se incurrió en otra causal de nulidad absoluta.

VI. LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante la Vista Número 1480 de 5 de septiembre de 2022, legible de fojas 106 a 120, el Procurador de la Administración solicitó a este Cuerpo Colegiado (Sala Tercera) que se sirva declarar que no es ilegal la Resolución No. 105-2020-Pleno/TACP de 27 de julio de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y que consecuentemente, se desestimen el resto de las pretensiones de la parte actora.

La petición de la Procuraduría de la Administración, se sustentó fundamentalmente, en la existencia de dos vicios de nulidad dentro del procedimiento de selección de contratista, uno de los cuales si bien puede subsanarse, lo mismo no ocurrió con lo concerniente a la certificación expedida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, habida cuenta que era necesario para evitar indefensión de derecho de terceros, en este caso porque como quedó redactado la cláusula del pliego de cargos, llevó a la confusión de los oferentes, del citado acto público, habida cuenta que la empresa licitante estableció la necesidad de que presentaran una declaración jurada de acciones nominativas en el punto 3 de la plantilla electrónica "PanamaCompra" y en el punto 13 de las condiciones especiales estableció aportar una certificación para cumplir con el referido requisito.

163
170

Lo anterior, agregó el funcionario de Ministerio Público, porque el pliego indica sobre documentos a presentar la aportación de la Declaración de Acciones Nominativas, en los actos públicos con precio de referencia exceda los B/. 500,000.00, tratándose de personas jurídicas; y en el punto 13 se indicó que el requisito de persona jurídica, debía aportarse en certificación expedida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, lo que es contrario a los principios de eficiencia y economía de la contratación pública, de acuerdo con lo dispuesto en la Circular No. DGCP-019 de 12 de septiembre de 2019, emitida por la Dirección de Contrataciones Públicas, al prohibir que las entidades licitantes soliciten en el pliego esa declaración jurada.

Y que de conformidad con el artículo 53 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, que reglamentó la Ley 22 de 2006, las discrepancias entre las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas en documentos adjuntos prevalecerá las elaboradas en la plantilla; y que las entidades deberán adoptar las medidas para corregir las discrepancias antes de la presentación de las propuestas.

VII. CONSIDERACIONES, FUNDAMENTOS Y DECISIÓN DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

De conformidad con lo establecido en los artículos 206 de la Constitución Política y 97 del Código Judicial, esta Sala es competente para revisar, declarar la nulidad, por ilegal, de los actos administrativos y restablecer el derecho particular violado.

En el negocio en cuestión, figura como sujeto activo la sociedad **ETESA**, que comparece contra la Resolución No. 105-2020-Pleno/TAdCP de 27 de julio de 2020; y actúa como sujeto pasivo, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que emitió el acto administrativo demandado, que revocó el acto de adjudicación de un acto público y anuló un procedimiento de selección de contratista.

169
171

Según las constancias procesales, el presente negocio a decidir, tuvo su origen en el Acto Público No. 2019-2-78-0-99-LV-011871, para: "Servicios de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a las Instalaciones de ETESA ubicadas en la provincia de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro", del cual resultó como adjudicataria la propuesta de la empresa SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA), considerándose que fue la propuesta que cumplió con todos los requisitos del pliego de cargos, luego de que la Comisión Evaluadora concluyera que fue la oferta que cumplió con todos los requisitos obligatorios y que obtuviera 80 puntos para los requisitos ponderables.

De acuerdo con el artículo 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, conforme se aplica al caso que nos ocupa, la **licitación por mejor valor**, es el procedimiento de selección de contratista que se realizará cuando los bienes y servicios u obras que van a ser contratados tiene un alto grado de complejidad y el monto de la contratación es superior a los cien mil balboas (B/. 100,000.00), entendiéndose, por alto grado de complejidad, aquellos proyectos que requieran una valoración o ponderación especial como: planificación o implementación del diseño del bien, servicio u obra requerido; y en que se ponderan los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros ofertados por los proponentes, y **se adjudica al proponente que obtenga el mayor puntaje en la metodología de ponderación explicada en el pliego de cargos, siempre que este cumpla con todos los requisitos mínimos obligatorios exigidos en el pliego**. Así, dicho artículo, enumera cuáles serían las reglas a observarse para la celebración de ese procedimiento de selección, de lo cual cabe resaltar que de acuerdo a la regla No. 10 la **Comisión Evaluadora solo pasará a evaluar las propuestas que cumpla con los requisitos obligatorios**.

Sobre la base de lo anterior, se observa que en el portal electrónico "PanamaCompra" se estableció como criterio de selección para el acto público en mención, adjudicar al proponente que obtuviera el mayor puntaje en la metodología

163
172

de ponderación, siempre que cumpliera con los requisitos mínimos obligatorios, que en este caso, según la Comisión Evaluadora quien atendió ello, fue la sociedad SEPROSA, por lo cual ETESA dictó la Resolución No. 005 del 8 de abril de 2020, que adjudicó el acto de selección a dicha sociedad.

Sin embargo, en virtud de un Recurso de Impugnación presentado ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, uno de los participantes del acto público en comentó, ese tribunal decidió que, ante la existencia del vicio de nulidad absoluta de prescindencia a lo previamente establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, no entraría a valorar el fondo del proceso, y revocó el acto adjudicatario y anuló el procedimiento de selección de contratistas.

Dicho tribunal administrativo, sustentó su decisión **primero**, en que entre el **punto 3 de la plantilla electrónica y el punto 13 de las condiciones especiales** del pliego de cargos, **existía ambigüedad** en la redacción que llevaba a confusión a los oferentes, porque la entidad licitante estableció la necesidad de la presentación de una declaración de acciones nominativas **en el punto 3 de la plantilla electrónica y en el punto 13 (condiciones especiales del pliego de cargos)** indicó aportar una certificación expedida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, cumpliendo con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, con lo cual quedaría clara la obligación de todo proponente de cumplir con la obligación de acatar la Circular No. DGCP-019-2019 de 12 de septiembre de 2019, de dicha dirección.

Aunado a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, señaló que las entidades licitantes tenían el deber de no incluir como requisito del pliego de cargos la presentación de la declaración jurada de acciones nominativas, al establecer en el punto V de verificación del cumplimiento de requisito en los actos públicos, que las entidades licitantes podrán verificar en los procedimientos de selección de contratistas que convoquen, cuya cuantía exceda la suma de quinientos mil balboas (B/. 500.00), si las personas que

168
173

hayan participado han cumplido con el requisito de presentación de la declaración ante dicha dirección a través del portal "PanamaCompra", por lo cual era clara la forma de cumplimiento de la condición establecida en el artículo 35 de la mencionada ley 22.

En ese mismo contexto, **y en un segundo lugar**, el Tribunal de Contrataciones Públicas, consideró como causa de otro vicio de nulidad en que incurrió ETESA, como entidad licitante, el incluir un sub-criterio en la propuesta técnica **en el punto 4.1.3 del pliego sobre Certificación en gestión de calidad**, para que la propuesta presentara copia autenticada por notario público de **certificación ISO45001:2018 o ISO9001.2008 o ISO9001:2015** (5 puntos), contraviniendo así los principios de economía e igualdad de los proponentes, porque limitaba que la certificación solicitada la expidiera la Organización Internacional de Estandarización (ISO), cuando existen otros organismos certificadores.

Ahora bien, frente a esas consideraciones la empresa demandante, y licitante del procedimiento de selección que nos ocupa, es decir, ETESA, planteó que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, obvió en lo referente al requisito del pliego **de Declaración de Acciones Nominativas**, que ello, es un asunto subsanable, ante el hecho de que, en lo referente a los **aludidos puntos 3 y 13**, todas las propuestas evaluadas cumplieron con ese requisito, y en un segundo lugar, sobre **el punto 4.1.3 sobre Certificación en gestión de calidad**, porque no fue objeto de calificación por parte de la Comisión Evaluadora, al eliminarse con la modificación al pliego a través de la Adenda No. 3, por lo cual no se consuma una causal de nulidad absoluta de conformidad con el artículo 157 (ahora 168) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, que establece que la nulidad se decretará cuando sea absolutamente indispensable para evitar indefensión de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso, lo que no se dio en este caso; y que no prosperaría cuando es posible reponer el trámite o subsanar la actuación.

167
174

Sobre la base de lo anterior, le corresponde a este Tribunal dilucidar si la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, de **revocar** el acto de adjudicación y **anular** el procedimiento de selección de contratista No. 2019-2-78-0-99-LV-011871 celebrado por la empresa ETESA, en razón de que solicitó en **el punto 3** de la plantilla electrónica, **presentar la declaración de acciones nominativas, y en el punto 13 de las condiciones especiales de los requisitos de participación de personas jurídicas, exigió presentar certificación expedida por la Dirección General de Contrataciones Públicas;** y que se aportara una certificación en gestión de calidad, **ISO45001:2018 o ISO9001.2008 o ISO9001:2015**, la entidad demandada vulneró los artículos 34 de la Ley 38 de 2000; y 157 (ahora 168) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017.

Hecho esos planteamientos, cabe precisar que, de una lectura del acto recurrido, concretamente a foja 27 del cuadernillo judicial, se interpreta que el Tribunal Administrativo demandado, fundamentó su decisión, tanto en **nulidad relativa, como absoluta**, y en el caso de esta última, la consideró configurada en la causal de que el acto se realizó con prescindencia absoluta de los trámites y procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Pública. De ahí, que cabe referirnos a la normativa de la **nulidad de los actos administrativos** dispuesta en la Ley 22 de 2006. Veamos:

De acuerdo con el artículo 154 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, conforme se aplicó al caso en cuestión, en los procedimientos de selección de contratista, solamente se podrán anular los actos por causales de nulidad taxativamente determinadas por esta Ley; y la nulidad de los actos es separable de la de los contratos. Así las cosas, tenemos que el artículo 155 en ese mismo orden expresa:

"Artículo 155. (ahora 166). Causales de nulidad absoluta:
Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que

168
175

carezca de competencia para adjudicar el acto público o **los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido**. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona." (El destacado es de la Sala).

Y en el caso de la nulidad relativa, en el artículo 156 (ahora 167) de la mencionada Ley se dispone:

"Artículo 156. (ahora 167). Causales de nulidad relativa. Las demás infracciones al ordenamiento jurídico serán meramente anulables, a petición de quien tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado, dentro de los términos que, para la impugnación de actos administrativos, establece la presente Ley y supletoriamente el procedimiento administrativo general. Transcurridos dichos términos se entenderán saneados."

Por su parte, sobre la **declaratoria de nulidad** la normativa aplicable, dispone:

"Artículo 157. (ahora 168). Declaratoria de nulidad. La nulidad se **decretará cuando ello sea absolutamente indispensable para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso**. No prosperará si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación."

De las normas legales supra citadas, se desprende claramente que existen causales específicas para la **nulidad relativa** y para la nulidad absoluta; así mismo, que ante una posible declaratoria de nulidad, se marca una excepción, al indicarse que **no prospera la nulidad si es posible la subsanación**. De ahí, que, a juicio de este Tribunal, la norma que establece las causales de nulidad absoluta, no puede interpretarse de forma aislada.

Con respecto a la nulidad del procedimiento de selección de contratista, lo que es distinto a la nulidad del contrato, ha dicho la doctrina que es una figura jurídica con la finalidad de proporcionar a las entidades licitantes, en el ámbito de la contratación una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, en aras de lograr un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.

169
176

En el caso que nos ocupa, se aprecia que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en el acto demandado, señaló como causal de nulidad absoluta, que el acto de adjudicación se realizó con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido en la Ley, obviando que se decretará cuando es necesario para evitar indefensión afectación de derechos a terceros; y en la parte motiva del acto recurrido expresó que es en razón de la redacción de los requisitos 3 de la plantilla electrónica, **el punto 13**; y el punto 4.1.3 del pliego de cargos, conducía a error a los oferentes, sin explicar cómo esa circunstancia es indispensable para evitar la indefensión, afectación de derechos a terceros o para restablecer el curso normal del proceso, y tampoco, que la actuación no es subsanable, en cumplimiento del referido artículo 157 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Y es que lo anterior, cobra vigencia al constar en el Informe de la Comisión Evaluadora visible en el portal "PanamaCompra", que en su **aparte IV. Bajo la denominación, Evaluación Legal, Tabla No. 3., ítem 3, Declaración de acciones nominativas**, que calificó con un **cumple** las cuatro propuestas participantes, lo que a criterio de este Tribunal descartaría la necesidad de decretar la nulidad absoluta, por ser indispensable para evitar indefensión y afectación de derechos a terceros, y en efecto, quedaría subsanada la actuación.

En ese mismo contexto, nos debemos referir al punto 4.3.1. del pliego de cargos, referido aquí, sobre la **certificación en gestión de calidad de ISO45001:2018 o ISO9001.2008 o ISO9001:2015**, que conllevó a que la entidad demandada decidiera anular el procedimiento de selección, habida cuenta que ese requisito no fue sujeto a evaluación al quedar eliminado a través de la Adenda No. 3, al incluirse en el aparte "**DONDE DICE**" y no insertarse en el aparte "**DEBE DECIR**", y que, en concordancia con lo anterior, en el Informe de la Comisión Evaluadora referido, no se aludió a ese requisito, y por ende, ninguna de las propuestas fue objeto de evaluación, de ahí, que mal podría entenderse, como una

165
177

causa absolutamente indispensable para evitar la indefensión o afectación de terceros, conforme lo establece la normativa aplicable. Y tampoco, en este caso, aplicaría **para restablecer el curso normal del proceso**, ante la circunstancia de que la entidad demandada, si bien en su parte motiva del acto demandado señaló que no examinaría el fondo del Recurso de Impugnación, sometido a su consideración, solamente aludió a la nulidad absoluta, sin incluir el restablecimiento del proceso.

De ese cotejo, este Tribunal concluye que la ocurrencia de una de las causales de nulidad absoluta establecida en la ley por si sola, no conlleva a la declaratoria de nulidad absoluta del acto, al incluir el legislador que se **decretará, cuando sea absolutamente indispensable para evitar la indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso; y que, no prospera cuando es posible reponer el trámite o subsanar la actuación**, por tanto, si los requisitos o condiciones del pliego de cargos en comento, que conllevaron a que la entidad demandada, es decir, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, declarara una nulidad absoluta, no solo no ocasionan una afectación a terceros, al ser cumplidos por todos los proponentes participantes; y por otro lado, al no formar parte del pliego al quedar eliminados por una modificación a este, no prosperaría una declaratoria de nulidad absoluta del procedimiento de selección de contratista No. 2019-2-78-0-99-LV-011871, de conformidad con el artículo 157 (ahora 168) del Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Por lo anterior, que este Tribunal (Sala Tercera) debe concordar con la parte actora, de que el acto demandado vulneró el artículo 157 (ahora 168) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; y el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, y como los cargos se encuentran relacionados entre sí, no será necesario el análisis del resto de los cargos sometidos a nuestra consideración, de ahí, no será necesario analizar el resto de los cargos sometidos

170

a consideración y por tanto, lo procedente es declarar nulo el acto administrativo, objeto de este examen.

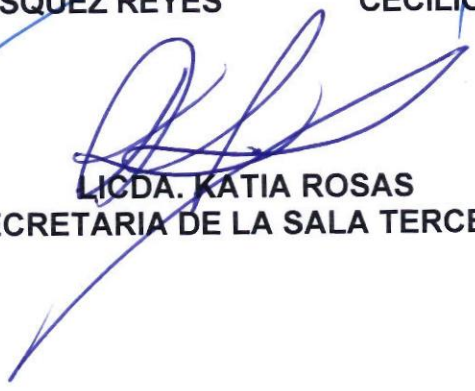
Por consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES NULA, POR ILEGAL**, la Resolución No. 105-2020-PLENO/TACP de 27 de julio de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y, en consecuencia, **ACCEDE** a la pretensión de que se continúe con los trámites que siguen a la adjudicación del acto público No. 2019- 2-78-0-99-LV-011871, con la empresa Seguridad Permanente y Protección, S.A., (SEPROSA).

NOTIFÍQUESE;


MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA
MAGISTRADA


CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO


CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO


LICDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA

En la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,
se notificó a los señores magistrados y magistrado
que integran el Tribunal Administrativo de Contrataciones
Públicas y, en consecuencia, se acordó que se continúe
con los trámites que siguen a la adjudicación del acto público
No. 2019- 2-78-0-99-LV-011871, con la empresa Seguridad
Permanente y Protección, S.A., (SEPROSA).

El Secretario (a) Judicial

SALA III DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOTIFIQUESE HOY 11 DE marzo

DE 20 24 A LAS 8:45 DE LA mañana

A Presesor de la Administración


FIRMA

En la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,
Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,
se ha fijado el Edicto No. 779 en lugar visible de la
Secretaría a las 4:00 de la tarde
de hoy 6 de marzo de 20 24


EL Secretario (a) Judicial