

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1532

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 29 de diciembre de 2020

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

El Licenciado **Carlos Alberto Gasnell Acuña**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 232-2018-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión), publicada en el portal PanamaCompra el 12 de diciembre de 2018, corregida por la Providencia 032-2018-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 078-TMP de 20 de agosto de 2018, que declaró desierto el acto público o la Licitación Pública por Mejor Valor 2018-2-81-01-08-LV-000168, proferida por Transporte Masivo de Panamá, S.A.

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

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

Acudimos ante Usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo nulidad descrito en el margen superior.

I. La pretensión.

El Licenciado **Carlos Alberto Gasnell Acuña**, actuando en su propio nombre y representación, interpuso la demanda contencioso administrativa de nulidad en estudio, a fin que se declare nula, por ilegal, la Resolución 232-2018-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión), publicada en el portal PanamaCompra el 12 de diciembre de 2018, corregida por la Providencia 032-2018-TACP de 12 de diciembre de 2018, a través de la cual se decidió revocar la Resolución 078-TMP

de 20 de agosto de 2018, que declaró desierta la Licitación Pública por Mejor Valor 2018-2-81-01-08-LV-000168, proferida por **Transporte Masivo de Panamá, S.A.** (Cfr. fojas 46-52 del expediente judicial).

II. Las normas que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas violaciones.

a. El artículo 100 de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que se refiere al procedimiento de selección de contratista (Cfr. fojas 7-10 del expediente judicial);

b. El artículo 2 (numeral 41) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que guarda relación con la definición de procedimiento de selección de contratista (Cfr. fojas 10-12 del expediente judicial);

c. Los artículos 103, 129, 130 y 136 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, relativos a la fianza del recurso de impugnación; a la notificación; al recurso de impugnación y al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Cfr. fojas 12-16 del expediente judicial);

d. El artículo 7 del Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, que modifica el artículo 23 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, alusivo al informe de la comisión verificadora o evaluadora (Cfr. fojas 16-18 del expediente judicial);

e. El artículo 46 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que dispone que las órdenes y demás actos administrativos en firme del Gobierno central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicables mientras no sean suspendidos (Cfr. fojas 17-18 del expediente judicial); y

f. El artículo 32 del Código Civil, concerniente a la sustanciación y ritualidad de los procesos, así como los términos que ya hayan empezado a surtirse (Cfr. fojas 18-20 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Al explicar los conceptos de las violaciones alegadas, el accionante manifiesta que difiere de lo actuado por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas “...al haber interpretado que existía la posibilidad de hacer una separación de la unidad de la Ley 22 de 2006, en normas sustantivas y normas de procedimiento, para efecto de determinar la ley aplicable...” (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Añade el actor, que “...el artículo 100 de la Ley 61 de 2017 de forma expresa ordena que la norma anterior se debe aplicar tanto durante el proceso de selección de contratista, que culmina con el perfeccionamiento del contrato (que incluyen los recursos, aprobaciones, refrendos, etc.) y durante la ejecución de contratos perfeccionados. Y, por otra parte, el numeral 36 del artículo 2 de la Ley 22 de 2006, vigente al momento de la convocatoria, incluye forzosamente los recursos, puesto que la selección del proponente no termina hasta tanto, esté en firme la decisión. Cualquier otra interpretación es contraria a Derecho.”.

En ese orden de ideas, sostiene el accionante que: “...el acto impugnado interpretó de manera errónea el numeral 36 del artículo 2 de la Ley 22 de 2006, vigente al momento de la convocatoria, al considerar que las facultades recursivas se encuentran fuera de los procedimientos de selección de contratista, y por lo tanto considerar equivocadamente que no le es aplicable el texto del artículo 100 de la Ley 61 de 2017, al procedimiento que se surte con la presentación de un Recurso de Impugnación, a pesar de haberse realizado la convocatoria del acto público durante la vigencia de una ley anterior.” (Cfr. fojas 11-12 del expediente judicial).

El Licenciado **Carlos Alberto Gasnell Acuña** también expresa en su demanda que se vulneró el artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, “...*debido a que en al (sic) 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 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, norma vigente al momento de iniciarse el proceso de selección de contratista, que señala expresamente 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...*”; y que “*Para efecto de la admisión del Recurso de Impugnación, en este caso, el TACP usó equivocadamente el artículo 145 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, la cual señala que transcurridos dos días hábiles, después de que las instituciones hayan publicado en el sistema ‘PanamaCompra’, la resolución, podrá interponerse el Recurso de Impugnación que establece la Ley y, por lo tanto, ordenó la admisión de la citada acción.*” (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

Por razón de la opinión antes explicada, el demandante indica que: “*De ser aceptada la tesis del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP) sobre la no ultraactividad del texto único vigente al momento de la convocatoria del procedimiento de selección de contratista, se estaría violando igualmente de forma directa por omisión, el texto del artículo 7 del Decreto Ejecutivo 329 de 2018, el cual limita claramente las facultades del Tribunal Administrativo respecto a los informes de las comisiones verificadoras o evaluadoras.*” (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

Para los efectos del análisis que debemos efectuar, este Despacho considera que es importante remitirnos al contenido del artículo 100 de la Ley 61 de 22 de septiembre de 2017, que es claro al disponer:

“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 aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento. En la celebración de los procedimientos de selección de contratistas 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.”

En ese sentido, compartimos el criterio esbozado por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas cuando explica lo siguiente:

“...
Así, al estructurar el contenido de la norma, los efectos de ultraactividad de la ley, en virtud de la ley posterior, se aplicarán 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:

‘2.41. 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 accidental, 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.’

...” (Cfr. fojas 111-112 del expediente judicial).

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 pone 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 éste como el mecanismo de revisión del procedimiento administrativo.

En lo que respecta a la interpretación del artículo 100 de la Ley 61 de 22 de septiembre de 2017, compartimos el criterio institucional cuando indica: *“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; sobran razones por las cuales pudo escapar de las manos del legislador y de la técnica jurídica tal omisión; sin embargo, ante la ausencia de una definición clara en tal sentido a este Tribunal le queda un solo camino en cuanto a aplicar la normativa jurídica correspondiente. Es claro que, ante la ausencia de regulación, o falta de claridad del legislador, es imperativo aplicar la regla jurídica del artículo 32 del Código Civil en cuanto que la ritualidad de los juicios y procesos se regirá por la ley vigente al momento que se inicie el mismo. Esta solución sería aún más consecuente con el contenido del primer párrafo del artículo 4 de la ley 22 de 2006 que señala que en las contrataciones públicas en general se dará prioridad a la aplicación de los ‘principios’ y normas constitucionales’ (Entiéndase el Debido Proceso por cuanto, en base al sub principio pro actione, los términos de*

impugnación de la nueva ley son más beneficiosas para las partes). 8. Luego entonces, atendiendo a las consideraciones jurídicas referentes 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 comoquiera 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 impugnación será por un monto equivalente al 10% del valor de la propuesta del 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.” (Cfr. fojas 112-113 del expediente judicial).

Lo expresado en los párrafos previos, trajo como resultado que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución 105-2018/TACP de 5 de septiembre de 2018 (Admisión), previa verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales anunciados en los artículos 207, 208, 210 y siguientes del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, admitió el Recurso de Impugnación interpuesto por la Licenciada Cinthia N. Trotman, apoderada especial de la empresa denominada Consorcio Seguridad CCTV GBDC/GRESINSA/COPS., **resolución que fue publicada el día 05 de Septiembre de 2018, en el Portal Electrónico “PanamáCompra”** corriéndose traslado del recurso presentado a Transporte Masivo de Panamá, S.A., para que a partir de la notificación de la resolución precitada compulsara, dentro del término de

tres (3) días hábiles, el Informe de Conducta, acompañado del expediente administrativo respectivo (Cfr. foja 113 del expediente judicial).

En virtud de ello, mediante la Nota TMP-944-2018 calendada 12 de septiembre de 2018, Transporte Masivo de Panamá, S.A., remitió el Informe de Conducta en el que hizo un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad contratante, la cual reposa de folio 098 a folio 105 del expediente del Tribunal, publicado el 17 de septiembre de 2018, a las 3:39 p.m., dentro del acto público que nos ocupa (Cfr. foja 113 del expediente judicial).

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 ello, ese colegiado entró a verificar si le asistía o no el derecho al impugnante, con base en 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 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 balboas (B/.2,850,000.00).” (Cfr. fojas 113-114 del expediente judicial).

Para este Despacho, las razones explicadas en los párrafos previos desestiman la infracción de las disposiciones jurídicas invocadas, así como el concepto de infracción que se propuso para cada una de ellas.

La Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 27 de marzo de 2017, indicó:

“III. Competencia del Pleno.

En la actualidad rigen para todo el país dos legislaciones que regulan el habeas corpus. La primera se encuentra en el Libro IV (de Instituciones de Garantías) del Código Judicial, que es la legislación más antigua y que establece de manera general cuáles son las autoridades competentes para conocer un habeas corpus, en razón de la circunscripción territorial dentro de la cual ejerce mando y jurisdicción la autoridad contra la cual se interpone el habeas corpus. La otra legislación corresponde al Código Procesal Penal, que rige en toda la República de Panamá desde el dos (2) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), pero que entró progresivamente en vigencia de conformidad con el programa establecido en el artículo 556 del mencionado Código. Por ello, resulta de trascendental importancia determinar cuál de las dos legislaciones tiene aplicación en este caso, porque la competencia del Pleno para conocer este negocio está supeditada a que sea aplicable el Libro IV de Instituciones de Garantías del Código Judicial, dado que el Pleno no tiene competencia para conocer habeas corpus que se rijan por el Código Procesal Penal.

Es importante señalar que el Libro IV del Código Judicial no forma parte del procedimiento penal que fue establecido por el Libro III del Código Judicial. Sin embargo, el Código Procesal Penal sí es el encargado de reglamentar el habeas corpus previsto para el Sistema Penal Acusatorio. De ahí que sea importante como primer paso determinar si el Código Procesal Penal es el aplicable.

Pues bien, es sabido que el Código Civil, desde que entró en vigencia, es el que ha establecido en el Capítulo III del Título Preliminar las disposiciones que reglamentan la entrada en vigor de las distintas clases de leyes. En ese sentido, el artículo 32 de la expresada excerta legal establece cómo entran a regir las leyes procesales. El principio cardinal que preside esta materia, es que ‘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'. De lo anterior se advierte que las leyes procesales son aplicables a los casos que se están tramitando o que se van a iniciar, desde el mismo momento en que deben empezar a regir.

Lo expresado no obsta para que cada ley procesal establezca el tiempo y las condiciones para su entrada en vigencia. Sin embargo, lo que debe rescatarse es que en todo lo que la ley procesal nueva no establezca, entran en juego las prescripciones del artículo 32 del Código Civil en lo concerniente al tema de su entrada en vigencia.

El análisis del Código Procesal Penal revela que dicho cuerpo normativo estableció algunos criterios que han de tenerse presente para su aplicación en el tiempo y en el espacio. Así el artículo 553 del mencionado Código señala que 'Las disposiciones de este Código solo se aplicarán a los hechos cometidos desde su entrada en vigencia'. Por su parte el artículo 554 del citado Código preceptúa que 'Los procesos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código continuarán su trámite con arreglo a los preceptos legales vigentes al momento de su investigación'. Como se observa los dos artículos anteriores disciplinan lo concerniente a los hechos ocurridos luego de haber entrado en vigencia el Código Procesal Penal y a los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Código Procesal Penal. El primer supuesto se rige por el Código Procesal Penal mientras que el segundo por el Libro III del Código Judicial que consagra el procedimiento penal, al cual se le ha dado en ese aspecto efectos de ultraactividad. Pero nada dicen acerca de los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, que no hayan sido objeto de investigación o, mejor dicho, respecto de los cuales no se ha iniciado trámite procedimental alguno. Está claro que este último supuesto no aparece regulado expresamente en los dos artículos antes mencionados, por lo cual ese aspecto viene a ser reglado por lo establecido en el artículo 32 del Código Civil, conforme al cual las leyes procesales se aplican desde el momento en que entran a regir. Ello implica que para que se pueda iniciar la tramitación de un proceso penal por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Procesal Penal, se debe utilizar la norma procesal que está vigente en el momento en que se va a iniciar la tramitación, que en el supuesto bajo análisis corresponde al Código Procesal Penal, pues el artículo 559 de este Código claramente dispuso la derogatoria del Libro III del Código Judicial que regula el procedimiento penal, al señalar que 'Quedan derogadas las disposiciones del Libro III del Código Judicial'.

De lo anterior tenemos que el Código Procesal Penal se aplica:

1. A los hechos ocurridos desde su entrada en vigencia.

2. A los hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia pero respecto de los cuales no se ha iniciado la tramitación de algún proceso penal. En estos casos, si se quiere iniciar el respectivo proceso penal, se deberá aplicar el Código Procesal Penal para tales menesteres.

Como consecuencia de todo lo expresado, la conclusión a la que se llega es esta: que el Código Procesal Penal se aplica a todos los procesos penales que se quieran iniciar después de haber entrado en vigencia, con independencia de la fecha en que ocurrieron los hechos, y que el Libro III del Código Judicial que regula el procedimiento penal se aplica a los procesos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.”

En atención a las consideraciones anotadas, esta Procuraduría **actuando en interés de la ley**, solicita respetuosamente al resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera, se sirvan declarar **QUE NO ES ILEGAL la Resolución 232-2018-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión)**, publicada en el portal PanamaCompra el 12 de diciembre de 2018, corregida por la Providencia 032-2018-TACP de 12 de diciembre de 2018, emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**.

IV. **Prueba.** Se **aduce** como prueba la copia autenticada del expediente administrativo del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas que ya reposa en el Tribunal y que junto con esta Vista se devuelve.

V. **Derecho.** Se **niega** el invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General