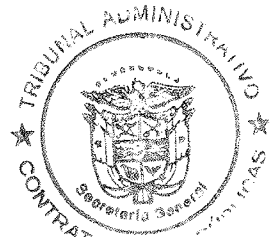




REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE Nro.: 198-2019.

RECURRENTE: DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. /JCS de 27 de agosto de 2019, por la cual se canceló el acto público de Contratación Menor No.01-10-06-2019, se rechazó la propuesta de DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., expedida por la Junta Comunal de Samboa (Municipio de Jirondai - Distrito de Jirondai - Comarca Ngäbe Buglé).

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ.

RESOLUCIÓN Nro.008-2020-Pleno/TACP de 10 de enero de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

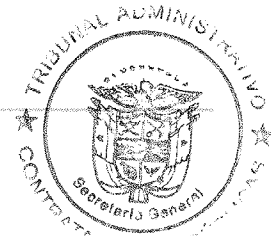
El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, crea en su artículo 136 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia el recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, en sus artículos 207 y subsiguientes, establece las condiciones y requisitos para la presentación del recurso de impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES.

El Municipio de Jirondai, mediante Aviso de Convocatoria N°01 de 05 de junio de 2019, visible a foja 172 del expediente administrativo, solicitó el SUMINISTRO DE MATERIALES DE UNIDADES DE VIVIENDA para la JUNTA COMUNAL DE SAMBOA (Distrito de Jirondai - Comarca Ngäbe Buglé), con precio de referencia de QUINCE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.15,000.00).

Según el Cuadro de Cotización N°01, visible a foja 184 del expediente administrativo, el acto público No.01-10-06-2019 se celebró el 10 de junio de 2019 y únicamente participó la empresa DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., quien ofertó por la suma de QUINCE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.15,000.00), información concordante con el Acta de Apertura visible a foja 186 del expediente administrativo. Seguidamente, mediante la Resolución N°01 de 17 de junio de 2019, el Presidente de la Junta Comunal de Samboa, adjudicó el Acto Público N°01-10-06-2019 a la empresa DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A. por cumplir con los requisitos del pliego de cargos (foja



187 del expediente administrativo).

Posteriormente, la entidad contratante expidió nota de 26 de agosto de 2019 (foja 193 del expediente administrativo), suscrita por el Representante del Corregimiento de Samboa, en la cual solicitó a la Unidad de Compras la cancelación de la Orden de Compra (foja 188 del expediente administrativo), expedida en atención a la adjudicación del acto público en estudio, indicando que mediante Formulario Núm.:7808712-2019-131 de 4 de julio de 2019, la Contraloría General de la República devolvió el expediente sin el refrendo, señalando que encontraron inconsistencias en la orden de compra y el *"tiempo de entrega no corresponde por cambio de firma del nuevo personal administrativo de la mancomunidad"*, en vista de lo anterior se le comunicó que la entidad decidió dejar sin efecto la adjudicación e iniciar el trámite de cancelación de dicha orden de compra.

Consecuentemente, la Junta Comunal de Samboa a través de la Resolución No. /JCS de 27 de agosto de 2019, canceló el acto público N°01-10-06-2019, rechazó la propuesta de la empresa DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A. y dejó sin efecto todo lo actuado en el procedimiento (foja 194 del expediente administrativo). En vista de ello, la licenciada Graciela Gutiérrez Montenegro, actuando en calidad de apoderada especial de la empresa DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., presentó por insistencia ante la Secretaría General de este Tribunal, recurso de impugnación en contra de dicho acto administrativo (fojas 03 a 07 del expediente jurídico).

Junto al libelo del recurso la parte actora aportó, en concepto de fianza de impugnación, dinero en efectivo por la suma total de MIL QUINIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/.1,500.00), consignados media la Diligencia de Consignación No.141-2019 de 26 de septiembre de 2019, que reposa a foja 034 jurídico.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Este Tribunal en Sala Unitaria, previa verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación que nos ocupa, procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo mediante la Resolución N°140-2019/TACP de 27 de septiembre de 2019 (Admisión), visible de foja 038 a 040 del expediente jurídico.

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

La parte actora a través de su escrito, solicitó a este Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo impugnado y ordenar la subsanación del proceso, para continuar con la formalización de refrendo de la orden de compra.

Según la recurrente la entidad interpretó, el artículo 68 de la Ley de Contratación Pública, de manera antojadiza y a su conveniencia, para cancelar el acto público y así iniciar un nuevo proceso a fin de favorecer a proveedores de su preferencia, vulnerando los artículos 36 y 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 y el artículo 21 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

IV. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA ENTIDAD.

El 2 de octubre de 2019, a través de correo electrónico (visible a foja 045 del



expediente jurídico) el Presidente de la Junta Comunal de Samboa, envió solicitud de prórroga para la remisión del expediente administrativo e informe de conducta, requeridos por medio de la Resolución N°140-2019/TACP de 27 de septiembre de 2019 (Admisión), prórroga concedida mediante la Resolución No.024-2019-TACP de 02 de octubre de 2019 (Prórroga).

La Junta Comunal de Samboa, mediante nota de 10 de octubre de 2019, recibida en la Secretaría de este Tribunal el 11 de octubre de 2019, remitió copia autenticada del expediente administrativo, así como el Informe de Conducta (visible de fojas 056 a 058 del expediente jurídico).

En dicho informe indicó que el acto público en análisis fue convocado y publicado conforme el Decreto Ejecutivo No.54 de 26 de abril de 2011 y en el referido decreto no se establece el mecanismo de notificación cuando se trata de cancelación de órdenes de compra, razón por la que fueron utilizados de manera supletoria los artículos 52 y 145 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la ley 61 de 2017, es decir a través del tablero de anuncios. En ese sentido, la entidad argumentó que de acuerdo al artículo 68 de la Ley de Contratación Pública, tiene facultad para cancelar el acto público en cualquier etapa del proceso de contratación.

V. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Expuestos los antecedentes del proceso, referente a los hechos objetados por la recurrente a través del libelo del recurso de impugnación, así como lo manifestado por la Junta Comunal de Samboa en su informe de conducta, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 148 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, esta Colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso, tomando en consideración que el mismo versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

Al respecto, es importante resaltar que el acto administrativo en estudio es el acto público identificado como N°01-10-06-2019, para el *suministro de materiales de unidad de vivienda*, que se fundamentó en el Decreto Ejecutivo 54 de 26 de abril de 2011, en cumplimiento del último párrafo del artículo 52 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, que establece que los contratos menores que realicen los municipios se celebrarán conforme al procedimiento establecido en el referido decreto.

No obstante, el acto administrativo no cuenta con un número de acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas *PanamaCompra*, que contenga toda la información sobre las actuaciones llevada a cabo por el Municipio de Jirondai (Junta Comunal de Samboa), debido a que el área en donde se encuentra dicha entidad contratante, es de difícil acceso; careciendo así del servicio de internet, por lo que debió llevar la publicación a través del tablero de anuncios para los efectos de la notificación.

Como quedó revelado previamente, el acto administrativo impugnado cuya nulidad se solicitó, lo constituye la Resolución N° /JCS de 27 de agosto de 2019, por la cual se canceló el acto público de Contratación Menor No.01-10-06-2019 y se rechazó la propuesta de la empresa DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., sin embargo, de la revisión del expediente administrativo, contentivo de toda la actuación surtida dentro la citada



contratación menor, denota que la entidad contratante no cumplió con el trámite para la notificación de la aludida Resolución que rechazó la propuesta y canceló el acto público, según lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo 54 de 2011, por lo que le recordamos al Municipio de Jirondai (Junta Comunal de Samboa) su obligación legal de notificar todos los actos relacionados con los procesos de selección de contratista, apegado a esta norma.

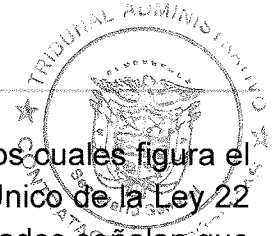
A la luz del *Principio de Economía*, contemplado como uno de los pilares de la Contratación Pública, en el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el Estado tiene el deber de implementar las medidas que aseguren en todo acto de selección de contratista el mayor beneficio y plena justicia en la celebración del mismo, por tales motivos tiene que adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten; y contempla que las normas de los procedimientos de selección de contratista se interpretarán de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos, para no decidir o proferir providencias inhibitorias; entre otros.

Por su parte no podemos eludir que, el 26 de septiembre de 2019, la licenciada Graciela Gutiérrez Montenegro actuando en calidad de apoderada especial de la empresa recurrente, DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., presentó ante la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, recurso de impugnación en contra del acto público para la Contratación Menor N°01-10-06-2019, por lo que nos encontramos ante la llamada *notificación por conducta concluyente*, la cual se encuentra consagrada en el artículo 1021 del Código Judicial, norma aplicada de manera supletoria al proceso que nos ocupa:

“Si la persona a quien debe notificarse una resolución se refiere a dicha resolución en escrito suyo o en otra forma se manifiesta sabedora o enterada de ella por cualquier medio escrito, o hace gestión con relación a la misma, dicha manifestación o gestión surtirá desde entonces, para la persona que la hace, los efectos de una notificación personal”.

De la lectura del acto administrativo impugnado, contemplamos que la entidad contratante rechazó la única propuesta participante, luego de la respectiva adjudicación del acto público, y canceló la contratación menor, indicando que la entidad tiene la facultad de cancelar el acto público en cualquier etapa del proceso de contratación, según el artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 27 de 2017; motivando su postura en que *“al momento de seguir con el respectivo trámite de refrendo le hace la observación en el aspecto jurídico y otros de fiscalización Mediante Formulario N°7808712-2019-131, en referencia no procede por la inconsistencia de datos errado en la orden de compra, tiempo de entrega no corresponde y por cambio de firma del nuevo personal administrativo de Mancomunidad”* (foja 194 del expediente administrativo).

Ahora bien, esta Colegiatura considera que el Municipio de Jirondai (Junta Comunal de Samboa) planteó una motivación insuficiente y ligera acerca de las razones que la llevaron a adoptar tal decisión, sin detallar y precisar, conforme lo exige la norma vigente, las causales de orden público o interés social concernientes, máxime que el formulario (visible como portada del expediente administrativo) de la Contraloría General de la República requirió subsanar el documento para proseguir con el respectivo trámite; vulnerando de esta forma lo establecido en la normativa, referente a que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación pública, deben



desarrollarse con fundamento en los principios generales, dentro de los cuales figura el *Principio de Transparencia*, contemplado en el artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, cuyos postulados señalan que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, a excepción de los de mero trámite, deben motivarse de forma detallada y precisa.

En ese sentido, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre procedimiento administrativo general, aplicable de manera supletoria al presente proceso, al referirse a la motivación de los actos dispone lo siguiente:

“Artículo 155. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

1. Los que afecten derechos subjetivos;
2. Los que resuelvan recursos;
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos;
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley.”

En esa misma línea de pensamiento, a la hora de abordar la facultad extraordinaria de las entidades para rechazar las propuestas, el artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, establece que debe ser sostenida por causas de orden público o interés social, veamos:

“Artículo 68. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público.

En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, la entidad puede rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.

Ejecutoriada la adjudicación del acto público, esta obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera ejercer la facultad de rechazo de su oferta, sin haberse formalizado el contrato.

El adjudicatario está obligado a mantener su propuesta y a firmar el contrato respectivo; de no hacerlo dentro del tiempo establecido en el pliego de cargos, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta.

Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público quedará en estado de cancelado, salvo que el interesado haga uso del derecho de interponer el recurso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declara el rechazo de la propuesta”.

(Lo subrayado es nuestro).

Frente a lo expuesto, es oportuno mencionar que este Tribunal considera que el rechazo de propuestas una vez recibidas y adjudicado el acto público, procede cuando la decisión esté fundada sobre aspectos de orden público e interés social, debidamente motivados; es decir, siempre que se origine en razones posteriores a la recepción y adjudicación del acto público, y que estas a su vez impidan continuar con la formalización y refrendo del contrato u orden de compra respectiva.

Sobre este punto, es importante resaltar la responsabilidad que incumbe a quienes participan en los procedimientos de selección de contratistas, conforme al *Principio de Responsabilidad e Inhabilidades de los Servidores Públicos*, incorporado en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, el cual señala que están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, protegiendo los derechos de la entidad, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros, así como actuar ajustados al ordenamiento



jurídico, siendo responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta. De manera que, exhortamos al Municipio de Jirondai (Junta Comunal de Samboa), a aplicar la disposición transcrita y conducir los procedimientos de contratación pública, según el ordenamiento jurídico correspondiente.

Finalmente y en virtud de todas las apreciaciones señaladas, esta Colegiatura estima que le asiste la razón a la empresa recurrente DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., por lo que procede es *anular* lo actuado por la entidad contratante, conforme al artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, por carecer de motivación, lo cual violenta los principios rectores de la Contratación Pública, así como por no cumplir con los presupuestos para el ejercicio de la facultad extraordinaria de rechazo propuestas; esto con el ánimo de enderezar el curso normal del proceso, que, habiendo sido adjudicado el acto público y expedida la orden de compra, no es otro que el refrendo de la misma por parte de la Contraloría General de la República.

Lo anterior se fundamenta en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de *anular* 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 obren en autos, procederá a confirmar, modificar, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante.”
(Lo resaltado es nuestro).

Referente a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal opina que es procedente su devolución, considerando que no se ha observado temeridad en la actuación de la recurrente.

En consecuencia, y en atención a todo lo anteriormente expuesto, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes la Resolución N° /JCS de 27 de agosto de 2019, expedida por la Junta Comunal de Samboa (Municipio de Jirondai - Distrito de Jirondai - Comarca Ngäbe Buglé), por la cual se canceló el acto público de Contratación Menor N°01-10-06-2019 y se rechazó la propuesta de la empresa DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., para el *suministro de materiales de unidades de vivienda*.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación, consignada a través de dinero en efectivo por la suma total de MIL QUINIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/.1,500.00), según Diligencia de Consignación No.141-2019 de 26 de septiembre de 2019, que reposa a foja 034 jurídico.

TERCERO: DEVOLVER a la Junta Comunal de Samboa, la fotocopia autenticada del expediente administrativo, contentivo del procedimiento de selección de contratista para la Contratación Menor N°01-10-06-2019.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución, para los efectos legales pertinentes, fijándola en el tablero ubicado en la Secretaría General del Tribunal

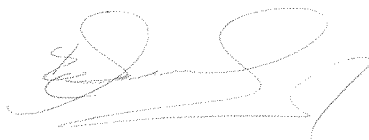
Administrativo de Contrataciones Públicas, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su fijación en el referido tablero.

QUINTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no cabe recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

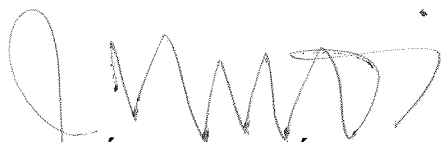
SEXTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 198-2019, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: artículos 20, 21, 22, 23, 52, 68, 116, 136, 145, 146, 148, 152, 153 y 161 del Texto Único Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 78 y subsiguientes, 193, 207 y subsiguientes, 222 y 223 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018; Decreto Ejecutivo 54 de 26 de abril de 2011; artículo 155 y 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; artículo 1021 del Código Judicial; y demás normas concordantes y complementarias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



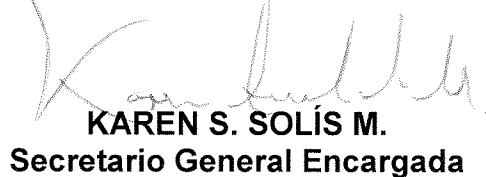
JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado



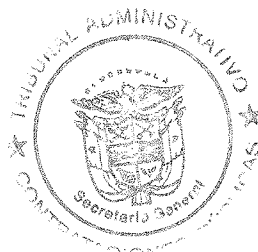
DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado

VOTO CONCURRENTES.

VOTO RAZONADO

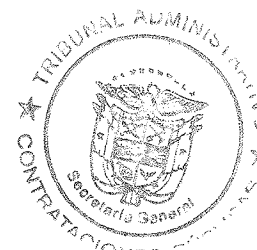


KAREN S. SOLÍS M.
Secretario General Encargada





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° /JCS DE 27 DE AGOSTO DE 2019, EMITIDA POR LA JUNTA COMUNAL DE SAMBOA (MUNICIPIO DE JIRONDAI-DISTRITO DE JIRONDAI-COMARCA NGÄBE BUGLÉ) EXP. 198-2019, RESOLUCION No. 008-PLENO/TACP DE 10 DE ENERO DE 2020 (Decisión)

Me adhiero a la declaratoria de nulidad de la Resolución No./JCS de 27 de agosto de 2019, por haber contravenido el sano deber de motivación. Las facultades de rechazo de oferta y propuesta, solo deben surgir a la vida jurídica y material de manera excepcional. Cuando existen razones poderosas, inequívocas y contundentes para rechazar las ofertas presentadas o adjudicadas. Como contrapunto las entidades deben recordar que lo que se solicita es un bien público para satisfacer las necesidades de la ciudadanía o el correcto funcionamiento de la entidades que, también, tienen como fin último servir a esas necesidades sociales. En el caso bajo escrutinio se observa que se basan en la nota de subsanación de la Contraloría General de la República, en donde se solicita la corrección de la orden de proceder, sobre puntos que eran perfectamente subsanables.

Sin embargo, a este escenario jurídico subyace la declaratoria de nulidad del pliego de cargos. Lo que, a mi juicio era lo correspondiente por violar claros preceptos de la contratación pública. Observamos que el pliego omitió incluir como requisitos obligatorios la **declaración jurada de medidas de retorsión y la declaración jurada de no incapacidad legal para contratar**, mismos que son de orden público, sin embargo, la entidad los circunscribe a legislaciones que no se encuentra vigentes al momento de la apertura y entrega de propuestas, siendo necesario aportarlos según el contenido normativo tanto del artículo 12 de Ley 48 de 26 de octubre del 2016, como del artículo 19 de la Ley 22 de 2016 y del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 2018, respectivamente. El pliego configurado de esta manera, observa reglas incompletas, confusas y principalmente, contra legem, tratándose de documentación obligatoria que persigue un fin preventivo, esto es, que el procedimiento de selección de contratista se realice de manera lícita, transparente, y con la correspondiente disminución de riesgos para evitar contratistas que han incurrido en conductas ilícitas, y que se encuentren en algún grado de incapacidad. Esto último frustraría la contratación en su etapa de cumplimiento, conllevando pérdida de esfuerzo, tiempo y recursos públicos. En diversos pronunciamientos hemos sostenido que al menos la Declaración Jurada de Medida de Retorsión debe referirse a la ley vigente, bajo el método del reenvío material (esto es hacer mención a que se obliga a lo establecido en la ley vigente), pero de ninguna manera que la Declaración pueda ser suprimida, y mucho menos omitida en el pliego o con un fundamento legal ya derogado.

En ese mismo orden de ideas encontramos lo señalado en la doctrina administrativas por **GONZÁLEZ LÓPEZ**¹, "Los pliegos deben incorporar requisitos objetivos necesarios para participar; definir reglas objetivas justas, **claras** y completas que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto del proceso; **definir con precisión las condiciones** y calidades de los bienes, obras y servicios requeridos; no incluir condiciones o exigencias de imposible

¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar, "El pliego de condiciones en la Contratación Estatal", la reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, págs. 189-190



cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad de la información suministrada por la entidad; **definir reglas que no induzcan a error a los proponentes**, impedir la formulación de ofertas de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; definir el plazo para la liquidación del contrato, y finalmente no disponer de renunciaciones a reclamaciones por los hechos antes enunciados". Siendo de esta manera que "**entre los requisitos de habilitación** o de rechazo **de las ofertas** y de ponderación **existirán unos relacionados** con el objeto del proceso, características y modalidades para su prestación, **y otros relacionados con la idoneidad del oferente**, según se trate de licitación, selección abreviada o concurso de méritos".

Por ende, cabe resaltar que una vez que los pliegos de cargos han cobrado publicidad, asumen una condición normativa o reglamentaria plena hasta el momento de la presentación de las ofertas y todas las propuestas presentadas debe encontrarse en estricta sujeción a lo dispuesto en el pliego de cargos. En razón de esto es que somos del criterio que la entidad licitante con el solo hecho de colocar en el pliego de cargos requisitos que no se encuentran de acuerdo a la legislación vigente; lo que acarrea dicha actuación de la entidad licitante es que los distintos proponentes, incurrieran en un error al aportar dicho documento según lo preceptuado en el pliego de cargos, esto sumado a que el único proponente **DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A.** para este acto de selección de contratistas **no aporta ninguna de las dos (2) declaraciones con su oferta**, siendo estas situaciones a todas luces contrapuestas a los principios de buena fe, legalidad o juridicidad, aunado a que afecta otro principio reconocido por la jurisprudencia nacional: la confianza legítima. Como bien lo explica el profesor **DROMI** al señalar que "En esta etapa la administración no podrá modificar las condiciones que se tuvieron en cuenta al ofertar, siquiera en favor del adjudicatario, atento a que quebraría el principio de igualdad perjudicando a los otros oferentes que no resultaron adjudicatarios, como así tampoco en contra del adjudicatario en tanto ello vulneraría sus derechos subjetivos"².

Lo antes expresado trata de que la Administración observe una conducta imparcial frente a todos los proponentes, evitando que las distintas etapas de la actividad *precontractual* o *contractual*, puedan llegarse a crear beneficios en favor de uno de los concurrentes sin que los mismos beneficios estén en condiciones de ser alcanzados por los restantes *proponentes-oferentes* (o *potenciales proponentes*); en tal sentido somos del criterio que mal podríamos pasar por alto este error, ya que estaríamos creando una pseudo-certeza de situaciones jurídicas, como también podríamos propiciar fines contrarios a derecho. Es por esto que durante toda la sustanciación del procedimiento de selección de contratista debe conservarse un trato igualitario entre los *proponentes-oferentes* teniendo en cuenta la estricta observancia de la legalidad que es el sustento fundamental de la seguridad jurídica, salvaguardando la aplicación del ordenamiento que rige a este acto público (contratación menor); sin ningún tipo de discriminaciones que beneficien a unos en perjuicio de otros. Como puede verse, la juridicidad constituye un parámetro de validez para toda actuación de la administración pública, puesto que la entidad licitante corre con la responsabilidad durante esta etapa *precontractual* respecto de las posibles ambigüedades y equivocaciones a las que puedan con esta actuación inducir a los proponentes, mal podríamos de esta manera señalar o trasladar dicha responsabilidad a los proponentes, ni mucho menos imponerles criterios distintos.

En consecuencia a los efectos anulatorios del presente acto de selección de contratistas, subyace la publicación entre los ofertantes de requisitos *contra legem*, o contrarios a los legales, lo cual induce a error a los proponentes, situación que no puede ser salvada, ni convalidada con la presentación correcta de algunos de los

² DROMI, Roberto, "La licitación Pública" Buenos Aires, 1995, p. 271

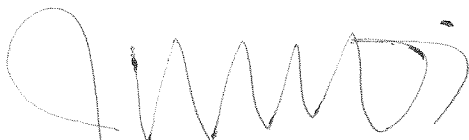
C

proponentes, por crearse una especie de distorsión al momento de verificar los requisitos mínimos obligatorios, afectando la igualdad de condiciones de los proponentes ante la ausencia de reglas justas claras y equitativas, y más aún, peligrando el cumplimiento de la contratación. Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, se enmarcan dentro de los criterios dispuestos por la legislación sobre Contrataciones Públicas, en cuanto al cumplimiento de los parámetros establecidos para la estructuración de los pliegos de cargos, de acuerdo al artículo 25 de la Ley 22 de 2006:

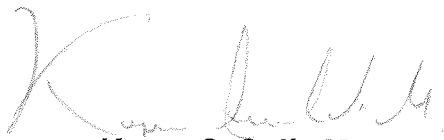
“Artículo 25. Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista o a la excepción de este, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

- 1.....
- 2.....
- 3. **Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.**

Dentro del marco conceptual expuesto, es que comparto parcialmente la parte resolutive de la decisión jurisdiccional, respetuosamente, presentando mi voto concurrente en cuanto a lo anteriormente señalado,



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

Fecha ut supra.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.



**VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS,
DENTRO DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA
LICENCIADA GRACIELA GUTIÉRREZ MONTENEGRO, EN REPRESENTACIÓN
DE LA EMPRESA DISTRIBUIDORA NAOMI, S.A. EN CONTRA DE LA
RESOLUCIÓN N°_JCS DE 27 DE AGOSTO DE 2019 DICTADA POR EL
MUNICIPIO DE JIRONDAI (JUNTA COMUNAL DE SAMBOA).
RESOLUCIÓN N°008-2020-PLENO/TACP DE 10 DE ENERO DE 2020.**

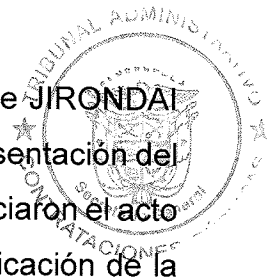
Con fundamento en el artículo 115 del Código Judicial, supletoriamente aplicable de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, manifiesto en esta ocasión mi disentir con lo motivado por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N° 008-2020-Pleno/TACP de 10 de enero de 2020, decidieron anular en todas sus partes la Resolución No._/JCS de 27 de agosto de 2019, proferida por el Municipio de Jirondai, Comarca Ngäbe Buglé, por considerar que el rechazo de propuestas no fue motivado por razones de orden público ni interés social.

Paso a explicar mi disentir en el sentido que, la nulidad tiene orígenes en otras causas, las cuales tienen su sustento no en el fondo, sino en la forma, con lo cual se transgredieron principios fundamentales de la Contratación Pública, tales como: *debido proceso, publicidad y transparencia*; así como también, el fallo en cuestión otorga validez a una forma de notificación que no es viable en nuestro ámbito, esto es *la conducta concluyente*.

Si bien es cierto, desde el nacimiento del acto de selección de contratista se cometieron yerros que desencadenaban la declaratoria de nulidad del acto público, en esta ocasión solo podemos hacer referencia a los vicios suscitados a partir de la Resolución N°_JCS de 27 de agosto de 2019 en la cual se ordenó la cancelación del acto público de contratación Menor N°01-10-06-2019 y que es objeto de recurso de impugnación por parte de la licenciada GRACIELA GUTIÉRREZ.

La Resolución de cancelación del acto público de contratación menor para Suministro de Materiales de Vivienda no se encuentra publicada en el portal electrónico de PanamaCompra, como tampoco lo fue el pliego de cargos y aviso de convocatoria, ni ningún documento concerniente al mismo. Lo único que consta es el edicto #2 de 28 de agosto de 2019, mediante el cual se puso en conocimiento la parte resolutive de la Resolución N°_JCS de 27 de agosto de 2019, omitiendo todo el procedimiento de notificación contemplado en la ley de contrataciones públicas vigente, que incluso, presenta una salida para aquellas entidades de difícil acceso y que no cuentan con las facilidades para publicar el aviso de convocatoria; el cual no es este el caso, ya que, si revisamos el curso del proceso, nos percatamos a

folios 45-47 del expediente legal, que las autoridades del municipio de JIRONDAI remitieron sendos correos electrónicos solicitando prórroga para la presentación del informe de conducta, esfuerzo que pudieron haber hecho desde que iniciaron el acto de selección de contratista y obviamente para el momento de la notificación de la resolución de cancelación del acto.



En ese mismo orden, y a manera de aporte, traigo a colación el acto de selección de contratista N°2019-5-104-01-12-CM-000061, de la misma entidad, de enero de este 2019, en el que, de forma correcta, realizó las publicaciones pertinentes conforme lo dispone la Ley.

Número:	2019-5-104-01-12-CM-000061
Nombre del Acto:	ADQUISICIÓN DE PANELES SOLARES EN EL CORREGIMIENTO DE MANCRECK, DISTRITO DE JIRONDAI
Objeto de la Contratación:	Servicio

Información de la Entidad

Entidad:	Municipio de Jirondai
Dependencia:	Municipio de Jirondai
Unidad De Compra:	JUNTA COMUNAL DE MANCREEK
Dirección:	JUNTA COMUNAL DE MANCRECK

Lo anterior, me permite concluir que el Municipio de Jirondai, aun cuando se pueda considerar área de difícil acceso, cuenta ya con las herramientas para realizar el procedimiento de selección de contratista, utilizando el portal electrónico de pananacompa.

Con esto, retorno a la resolución de cancelación del acto; la cual, no habiendo sido notificada en debida forma, no tiene una fecha en la que se pueda iniciar el conteo del término para presentar el recurso de impugnación. No podemos considerar el Edicto N°2 de 28 de agosto de 2019 como la vía correcta de notificación, puesto que, tal como hemos dejado acreditado, el Municipio tiene acceso al sistema electrónico de PanamaCompra y hacer uso de la opción que concede el último párrafo del artículo 145 de la Ley 22 de 2006 vigente, sería poner a las partes en la incertidumbre de no saber, cuándo la notificación será por portal y cuándo por la vía de los tableros de la entidad. Por todo lo anterior, mal pudiésemos acoger la teoría del resto de los homólogos que pretende justificar la incursión en el fondo, aplicando la figura de la notificación por medio de la conducta concluyente, la cual no contempla nuestra Ley y en la que no podemos utilizar el concepto de supletoriedad puesto que este opera en aquellos casos en los que la materia no ha sido abordada por la ley especial, como sería el caso por ejemplo de figuras como el desistimiento en las que este Tribunal debe valerse de la Ley 38 de 2000 para poder darle curso. La notificación está perfectamente contemplada y explicada en nuestra Ley 22 de 2006 y, por ende, no necesitamos traer figuras obsoletas de otras jurisdicciones, cuando podemos valernos de nuestras propias herramientas. Es aquí donde cobra relevancia la aplicación de los principios a los

que hice referencia en párrafos anteriores, puesto que, son ellos los que otorgan identidad a nuestro procedimiento de contratación pública, el cual difiere y dista mucho del proceso ordinario común en el que el tema de la notificación es atendido bajo reglas incompatibles con la mística que predomina en nuestro ámbito y que además responde a ese proceso de modernización que nos distingue.



La **forma de notificación de todas las resoluciones, actos administrativos y comunicaciones que emitan las entidades contratantes** dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, se fundamenta principalmente, entre otros, en los principios de:

- **Transparencia**, tal como lo establece el artículo 21, numeral 2. *“En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:*

2. En los procesos de selección de contratista, los proponentes tendrán oportunidad de conocer los informes, los conceptos y las decisiones que se rindan o adopten, al acceder, a través de Internet, al Sistema de Contrataciones Públicas “Panamacompra”, o a través de los tableros de información que debe tener cada institución gubernamental, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones o controvertirlas”.

Al respecto, debo mencionar que se violenta este principio, puesto que, dentro del presente acto de selección de contratista, no hubo forma posible de que las partes interesadas pudieran conocer la información que se iba desarrollando a lo largo del procedimiento, por las razones que he expuesto. Véase el artículo 145 de la Ley 22 de 2006.

- **Publicidad**. Todas las entidades reguladas por esta Ley están obligadas a divulgar toda la información relacionada con los procedimientos de selección de contratista que realicen y los contratos que celebren. ...

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los servidores públicos darán publicada a los procedimientos de selección de contratista por medio del sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “panamacompra” para que el más amplio grupo de posibilidades proponentes y el público en general estén enterados.

4. Los servidores públicos pondrán a disposición de los posibles proponentes los pliegos de cargos y demás documentación e información relevante desde el momento en que se anuncia la convocatoria del acto público respectivo en el Sistema electrónico de contrataciones públicas “panamacompra” hasta que finaliza la etapa contractual. ...

- **Debido proceso**. Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

Los servidores públicos observarán las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública y durante la ejecución del contrato hasta su liquidación.

Lamentablemente, debido al conocimiento tardío del presente acto de selección de contratista, que ya había pasado por una fase de adjudicación y posterior cancelación, no podemos declarar una nulidad absoluta que lleve a la entidad a realizar nuevamente todo el acto de contratación; no obstante, si se puede decretar la nulidad de la Resolución No. _/JCS de 27 de agosto de 2019, proferida por el Municipio de Jirondai, Comarca Ngäbe Buglé, pero por las causas a las que he aludido, es decir, la decisión no fue notificada en debida forma, lo cual impide entrar a analizar el fondo, tal como lo hace la resolución N°008-2020 de 10 de enero de 2020, emitida por el resto de los Magistrados que componen esta colegiatura y cuyas motivaciones no comparto.

Finalizo señalando que, consentir que las entidades sigan aplicando las notificaciones tradicionales, es contribuir a que se mantenga la aplicación de la ley de forma distinta al espíritu de la misma, el cual busca la agilización de los procedimientos de selección de contratista de una forma pronta y menos desgastante para las entidades; sin embargo, como los razonamientos expuestos no han sido compartidos por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, no me queda otra alternativa que expresar de manera firme y respetuosa que, RAZONO MI VOTO.

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.
Magistrado

KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General, Encargada.

