

REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACION

EXPEDIENTE No. 014-2007/TAdCP de 2007

RECURRENTE: CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS INC.

ACTO IMPUGNADO: Adjudicación de Acto Público No.2007-2-97-0-08-CM-000236, para la "Limpieza del Río Castilla, Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros".

Magistrado Ponente: MARTÍN WILSON CHEN

RESOLUCIÓN No. 007-2008 Pleno/TAdCP de 8 de febrero de 2008 (Decisión).

Por la cual se declara la nulidad del Cuadro de Análisis de Cotizaciones, a través del cual la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO, adjudicó a la empresa TOTAL SOLUTION, S. A. el Acto Público No.2007-2-97-0-08-CM-000236, para "la Limpieza del Río Castilla Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros, por un valor propuesto de cinco mil doscientos Balboas con 00/100 (B/.5,200.00).

Considerando:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, regula la Contratación Pública en Panamá, y en su artículo 104 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia, del recurso de impugnación contra cualquier acto de adjudicación relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

Que el Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 339 y ss., se establecen los requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación, con indicación expresa de los documentos que deben acompañar al libelo del recurso.

Que el día 7 de noviembre de 2007 en las instalaciones de la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO; se celebró el proceso de selección de contratista para la contratación menor No.2007-2-97-0-08-CM-000236, para "la Limpieza del Río Castilla Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros.

Que en el Acto Público para la Compra Menor No. 2007-2-97-0-08-CM-000236, se recibieron las propuestas de los proponentes: DISTRIBUIDORA ARVAL, S.A., con R.U.C. No.41639-115-284622, y Dígito Verificador D.V. 63 con un valor propuesto de once mil ochocientos cincuenta y nueve Balboas con 00/100 (B/.11,859.00); de la empresa WESMAR PANAMÁ, S. A. con R.U.C. No.799492-1-494499, y Dígito Verificador D.V. 44 con un valor propuesto de cinco mil setecientos setenta y cinco Balboas con 00/100 (B/.5,775.00); de la empresa CONTRACTOR & SUBCONTRACTORS, INC. con R.U.C. No.893950-1-513465, y Dígito Verificador D.V. 34 y un valor propuesto de nueve mil novecientos noventa y nueve Balboas con noventa y nueve centésimos 99/100 (B/.9,999.99), de la empresa TOTAL SOLUTION, S.A., con R.U.C. No.840867-1-503445, y Dígito Verificador D.V. 29 con un valor propuesto de cinco mil doscientos Balboas con 00/100 (B/.5,200.00) y; JORGE HERNÁNDEZ, con R.U.C. No.8-272-497, y Dígito Verificador D.V. 83 con un valor propuesto de seis mil Balboas con 00/100 (B/.6,000.00); (Ver, fj. 10 del expediente del Tribunal)

Que el día 12 de noviembre de 2007 la Jefatura de Compras de la Dirección de Gestión

Administrativa de la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO levantó el cuadro de Análisis de Cotizaciones en el cual se describen a los proponentes DISTRIBUIDORA ARVAL, S.A., con un valor propuesto de once mil ochocientos cincuenta y nueve Balboas con 00/100 (B/.11,859.00); empresa WESMAR PANAMÁ, S. A. con un valor propuesto de cinco mil setecientos setenta y cinco Balboas con 00/100 (B/.5,775.00); empresa CONTRACTOR & SUBCONTRACTORS, INC. con un valor propuesto de nueve mil novecientos noventa y nueve Balboas con noventa y nueve centésimos 99/100 (B/.9,999.99), empresa TOTAL SOLUTION, S.A., con un valor propuesto de cinco mil doscientos Balboas con 00/100 (B/.5,200.00) y; JORGE HERNÁNDEZ, con un valor propuesto de seis mil Balboas con 00/100 (B/.6,000.00), a través de la cual se adjudicó a la proponente TOTAL SOLUTION, S. A. por ser la propuesta más económica (la oferta más baja) y conveniente a los intereses del Estado.

El presente Cuadro de Análisis de Cotizaciones se publicó en el portal electrónico Panamá Compras el día 13 de noviembre de 2007, cumpliendo así con la solemnidad procesal indispensable para la notificación de dicha adjudicación.

Que la empresa CONTRACTORS & SUB CONTRACTORS INC., estando en tiempo oportuno (22 de noviembre de 2007) presentó formalmente un Recurso de Impugnación en contra del Acto de Adjudicación para la Contratación Menor No.2007-2-97-0-08-CM-000236, a través de memorial dirigido al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. (Fojas 2, 3 y 4 del Expediente del Tribunal).

Que la Recurrente CONTRACTORS & SUB CONTRACTORS INC., adjuntó a su recurso, la Fianza de Impugnación a través del Cheque de Gerencia No.1325470 de 21 de noviembre de 2007, expedido por la Caja de Ahorros, sucursal 059 a favor del Tribunal Administrativo de Contrataciones/Contraloría General de la República, por la suma de mil Balboas con 00/100 (B/.1,000.00), cuya diligencia de consignación se hace constar a foja 9 del Expediente del Tribunal.

Que a través de la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se procedió a la verificación de los requisitos exigidos por la Ley de Contrataciones Públicas y de conformidad al artículo 342 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, se percató y ordena al recurrente la corrección del libelo, por omitir datos generales de las partes que intervienen en el presente proceso, actuación ésta comunicada el día 30 de noviembre de 2007, cuyo requerimiento fue atendido oportunamente por la recurrente y la cual hizo entrega del mismo el día 5 de diciembre de 2007. (Ver, fjs.11, 12 y 13 del Expediente del Tribunal).

Que a través de la Resolución No.024-2007 de TAdCP de 7 de diciembre de 2007 (Admisión) del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se admite el recurso de Impugnación promovido por CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS INC. en contra del Cuadro de Análisis de Cotizaciones por la cual la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO, adjudicó la compra menor No.2007-2-97-0-08-CM-000236 para "la Limpieza del Río Castilla Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros.

Que el día 18 de diciembre de 2007 se recibió ante la Secretaría General del Tribunal el informe de conducta emitido por el Administrador General de la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO, remitiendo conjuntamente con el mismo, el expediente administrativo contentivo del Acto Público para la Compra Menor No. 2007-2-97-0-08-CM-000236, cual consta de 57 folios útiles.

Que a través de la Resolución No.027-2007 TAdCP de 20 de diciembre de 2007(Pruebas) se admitieron las pruebas presentadas por CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS INC., así como el informe de conducta emitido por el Administrador General de la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO, abriendo el término común de tres (3) días hábiles para la presentación de alegatos.

Que la recurrente CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS, INC., entregó su escrito de alegatos dentro del término legal, en el cual resaltó a foja 27 y 28 del expediente del Tribunal que la empresa a la que se adjudicó el presente Acto Público (TOTAL SOLUTION, S. A.) no cumplió con la presentación de la Declaración Jurada de Retorsión

tal como lo ordena el artículo 5 de la Ley 58 de 2002. Adicionalmente hizo alusión a la omisión en el contrato de la Constancia de la Renuncia a Reclamación Diplomática, que establece el artículo 69 de la Ley 22 de 2006, y en consecuencia solicitó que se declare nula la adjudicación realizada por la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO a la empresa TOTAL SOLUTION, S. A. y reiteró su solicitud de que se le adjudique el presente Acto Público a la empresa CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS, INC., por ser la única empresa que cumplió a su entender, con los requisitos ya citados.

Que dentro de la presente etapa procesal, el Tribunal hace constar que la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO, no rindió sus alegatos.

Que mediante la Resolución No. 02-2008 TAdCP de 4 de enero de 2008 (Prueba de Oficio), el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas por intermedio del Magistrado Ponente de la causa ordena la práctica de pruebas de oficio para mejor proveer las cuales son indispensables para la valoración del presente proceso de impugnación, consistentes en:

1. Solicitar a la Autoridad del Registro Público de Panamá, Certificación de la Sociedad TOTAL SOLUTION, S.A., inscrita a Ficha: 503445, Documento: 840867 de la Sección de Micropelículas Mercantil en el Registro Público, de manera que pueda acreditarse la constitución, vigencia, conformación, representación e integración de todos sus miembros, así como de las generales acreditadas por los mismos.
2. Solicitar a la Contraloría General de la República nos remita copia autenticada de la Circular No.66-Leg de 18 de diciembre de 2002, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA; así como de cualquiera modificación, cambios, o alteraciones de haberse generado alguno.

Que a través del oficio No. Cert/200 de 11 de enero de 2008 el Registro Público de Panamá se compulsa la prueba solicitada por el Tribunal Administrativo consistente en la Certificación de existencia de la Sociedad TOTAL SOLUTION, S. A., inscrita a Ficha: 503445, Documento: 840867 de la Sección de Micropelículas Mercantil, así como también a través de la nota 40-Leg – A.J.I. de 14 de enero de 2008, pero recibida ante la Secretaria General del Tribunal el 24 de enero de 2008, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA remite copia autenticada de la Circular No.66-Leg de 2002.

Que luego de concluida las etapas procesales correspondientes y detalladas anteriormente este Tribunal procede a la valoración y análisis sujeto a los siguientes razonamientos:

A. CONTENIDO DEL ACTO IMPUGNADO.

El Recurso de Impugnación propuesto por la empresa CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS INC., se interpone en contra del Cuadro de Análisis de Cotizaciones para la Contratación Menor No.2007-2-97-0-08-CM-000236, para "la Limpieza del Río Castilla Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros; realizado por la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO, en el que se describe a los proponentes y sus propuestas detalladas así: DISTRIBUIDORA ARVAL, S.A., con un valor propuesto de once mil ochocientos cincuenta y nueve Balboas con 00/100 (B/.11,859.00); empresa WESMAR PANAMÁ, S. A. con un valor propuesto de cinco mil setecientos setenta y cinco Balboas con 00/100 (B/.5,775.00); empresa CONTRACTOR & SUBCONTRACTORS, INC. con un valor propuesto de nueve mil novecientos noventa y nueve Balboas con noventa y nueve centésimos 99/100 (B/.9,999.99), empresa TOTAL SOLUTION, S. A., con un valor propuesto de cinco mil doscientos Balboas con 00/100 (B/.5,200.00) y; JORGE HERNÁNDEZ, con un valor propuesto de seis mil Balboas con 00/100 (B/.6,000.00), en el segmento de observaciones se guarda total carencia de anotación alguna; a través del cual se adjudicó a la proponente TOTAL SOLUTION, S. A. al parecer por tratarse de la propuesta más económica (la oferta más baja) y conveniente a los intereses del Estado.

B. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

La proponente CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS INC formuló el sustento de su recurso sobre el vigor de los siguientes hechos:

"Fundamentos del Recurso de Impugnación conforme al Pliego de Cargos:

Primero: Que la AGENCIA DEL AREA ECONOMICA ESPECIAL PANAMA-PACIFICO celebró la Compra Menor N° 2007-2-97-0-08-CM-000236, para la "Limpieza del Río Castilla", el día 07 de noviembre de 2007.

Segundo: En el Pliego de Cargo y Especificaciones Técnicas del acto público se determinó específicamente en el Punto 1. Condiciones Generales:

2. Declaración Jurada (Ley No. 58 de 12 de diciembre de 2002) la persona jurídica o natural extranjera que omita presentar la declaración, quedará inmediatamente descalificado del contrato o licitación.

Tercero: En el numeral 7 del artículo 2 de la Ley 58 del 12 de diciembre de 2002 sobre el tema señala lo siguiente:

Proponente: *Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera*, que participa y presenta una oferta en un acto de selección de contratista bajo la Ley 56 de 1995, sus reglamentos y modificaciones, al igual que bajo el Acuerdo 24 de 1999 y sus modificaciones, o que participe o presente una propuesta en un acto o procedimiento de selección de concesionario, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias en materia de concesiones administrativas. **Negrita fuera del texto**

Cuarto: En artículo 5 de la Ley 58 del 12 de diciembre de 2002 sobre el tema señala lo siguiente:

Artículo 5. Las instituciones, empresas o ciudadanos de países a los que se les apliquen medidas de retorsión de acuerdo con esta Ley, no podrán participar en ningún acto o procedimiento de selección de contratista o de concesionario de carácter nacional o internacional, que se celebre en la República de Panamá, convocado por una entidad pública panameña, por sí mismos o por interpuestas personas. No obstante, **todo proponente, para efecto de participar en un acto o procedimiento de selección de contratista o de concesionario deberá presentar con su oferta una declaración jurada en la cual certifica lo siguiente:**

1. Que no es una persona de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a esta Ley;
2. Que no es controlada directa o indirectamente por una persona de un país al que se le aplican medidas de retorsión conforme a la presente Ley;
3. Que al presentarse como proponente, no actúa en representación de una persona o entidad de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a esta Ley;
4. Que en la ejecución de la contratación pública o concesión administrativa de que se trate y de las obligaciones dimanantes de ésta, el valor de sueldos, bienes, servicios, obras públicas, arrendamientos, valores, títulos o fondos a proveer por parte del contratista o concesionario, o una combinación de éstos, que proviene de países a los cuales se les aplican las medidas de retorsión conforme a la presente Ley, no superará el diez por ciento (10%) del valor total de la contratación pública o concesión administrativa de que se trate, o el diez por ciento (10%) del valor anual de dicha contratación pública o concesión administrativa, si ésta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada periodo para el cual sea renovado o extendido.

Parágrafo. Quien presente una declaración falsa, además de las penas previstas para ella en el Código Penal, será objeto de una sanción pecuniaria consistente en un recargo administrativo igual al diez por ciento (10%) del valor total del contrato o licitación, o al diez por ciento (10%) del valor anual del contrato o licitación si éste es de naturaleza renovable o recurrente.

Si el que presenta la declaración falsa hubiese resultado favorecido con el contrato o la licitación, la sanción pecuniaria se aumentará al doble, es decir, al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato o licitación o al veinte por ciento (20%) del valor anual del contrato o licitación si éste es de naturaleza renovable o recurrente.

La persona jurídica o natural que omita presentar la declaración, quedará inmediatamente descalificada del contrato o licitación.

Las personas que aporten información que permita comprobar que un

certificado contiene información falsa, serán beneficiarias de la mitad del recargo impuesto. Negritas y subrayado fuera del texto.

Por otra parte, el numeral 7, del artículo 2 de la precitada Ley, define como Proponente a:

"Cualquier personal natural o jurídica nacional o extranjera, que participa y presenta una oferta en un acto de selección de contratista bajo la Ley 56 de 1995, sus reglamentos y modificaciones, al igual que bajo el Acuerdo 24 de 1999 y sus modificaciones, o que participe o presente una propuesta en un acto o procedimiento de selección de concesionario, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias en materia de concesiones administrativas. Subrayado fuera del texto.

QUINTO: en ese mismo orden de ideas la Ley No. 22 de 2006, sobre el tema señala lo siguiente:

Artículo 69. Contratos celebrados con extranjeros. Las personas naturales o jurídicas extranjeras que celebren contratos con el Estado, deberán dejar constancia en el contrato de la renuncia a reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia. No se entiende que haya denegación de justicia cuando el contratista, sin haber hecho uso de ellos, ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que puedan emplearse conforme a las disposiciones pertinentes.

Este precepto también se aplicará a las sociedades en que existan extranjeros que sean propietarios o que tengan el control sobre las acciones o participaciones sociales en ella, y en los casos de cesión del contrato a extranjeros, en las mismas circunstancias. Lo anterior es sin perjuicio de lo que establezca la ley No. 58 de 2002, sobre medidas de retorsión. Negrillas fuera de texto

SEXTO: Que los proponentes que en la compra Menor No: 2007-2-97-O-08-CM-000236 omitieron la presentación sobre la Declaración Jurada sobre medidas de retorsión fueron: Jorge Hernández, Total Solutions, (sic) Wesmar Panamá, S.A., Distribuidora Arval, exceptuando a la compañía Contractors & Sub-Contractors, Inc. Que si presento toda la documentación solicitada dentro del pliego de cargos.

SEPTIMO: Que el precio ofertado de mi representada, Contractors & Sub-Contractors, Inc. para la compra menor No: 2007-2-97-O-08-CM-000236 es por la suma de 9,999.99 USD y la misma si presento todos los documentos exigidos por la AGENCIA ECONOMICA ESPECIAL PANAMA - PACIFICO incluyendo la Declaración Jurada sobre Medidas de Retorsión, dando de esta manera fiel cumplimiento a todo lo plasmado en el pliego de cargos.

OCTAVO: Que la Agencia del Área Económica Especial Panamá- Pacífico no hace mención en nada sobre el tema de la omisión de la declaración Jurada sobre Medidas de Retorsión y determina una calificación viable y adjudican el acto público en mención a la empresa Total Solutions (sic) donde su Representante Legal es la Señora Sandra Patricia Aragón Pino, Nacionalizada Panameña, como consta en el expediente de la Institución en mención.

NOVENO: Que el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 22 de 2006, señala lo siguiente:

Artículo 24. 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:

5. Los requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes. Negrita fuera del texto."

Formulando como su petitum, la siguiente:

"Solicitud Especial:

1. Que previo al análisis del expediente correspondiente, ordene a la AGENCIA DEL AREA ECONOMICA ESPECIAL PANAMA-PACIFICO desestime las ofertas de los proponentes que no cumplieron con la presentación de la Declaración Jurada sobre Medidas de Retorsión, exigidas en el pliego de cargos de la compra menor No. 2007-2-97 -0-08-CM- 000236 y se le adjudique a la empresa Contractors & Sub-Contractors, Inc. que dio en todo momento fiel cumplimiento a lo dispuesto en el pliego de cargo.

2. Que en virtud de la no adjudicación a nuestros representados le ha causado gastos y perjuicios a fin de hacer valer sus derechos, solicitamos que al momento de la resolución se nos cancele los gastos ocasionados para este proceso los cuales son: costas, gastos e intereses del juicio.”

C. DESCARGOS FORMULADOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ - PACÍFICO, A TRAVÉS DEL INFORME DE CONDUCTA APORTADO:

“INFORME DE CONDUCTA ACTO PÚBLICO No. 2007-2-97-0-08-CM-000236, PARA LA “LIMPIEZA DEL RÍO CASTILLA, LONGITUD DE 230 METROS LINEALES Y UNA SERVIDUMBRE DE 20 METROS”.

MAGISTRADO PONENTE: MARTÍN WILSON CHEN

En fecha 7 de noviembre de 2007, la Agencia del ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO realizó la apertura de sobres de la Compra Menor No-2007-2-97-0-08-CM-000236, PARA LA LIMPIEZA DEL RÍO CASTILLA, LONGITUD DE 230 METROS LINEALES Y UNA SERVIDUMBRE DE 20 METROS” en la cual participaron cinco (5) empresas, entre estas, Distribuidora Arval, S.A. (B/. 11,859.00); Wesmar Panamá, S. A. (B/.5,775.00); Contractor & Sub-Contractors, Inc. (B/. 9,999.99), Total Solution, S.A., (B/. 5,200.00); Jorge Hernández (B/.6,000.00).

Siendo un proceso de selección de contratista de Compra Menor, el pliego de cargos que se utilizó, fue el Formulario de Propuesta (Art.74 Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006); el cual fue subido al sistema panamacompra, y en el mismo dentro de los requisitos de presentación y cumpliendo con las normas vigentes se establecía la presentación de la **declaración jurada (Ley No. 58 de 12 de diciembre de 2002) en la cual además, se señalaba que este requisito debía ser presentado solamente por las personas jurídicas o naturales extranjeras**, la cual es el espíritu de la Ley en comento. Sobre esta condición señalada en el Formulario de Propuesta, numerosos tratadistas establecen que el Pliego de Cargos o en este caso el Formulario de Propuesta contiene requisitos presentados a los proponentes a los proponentes quienes antes del acto pueden hacer llegar sus observaciones de inconformidad, y reiteran que el pliego de cargos es ley entre las partes, y de obligatorio cumplimiento, por lo que las empresas participantes conocían todas las condiciones de esa Compra Menor y en ningún momento hicieron llegar sus observaciones al mismo.

En el libelo presentado ante ese Tribunal, nótese que la copia textual sobre la que argumentan, señala que este requisito se contemplo (sic) bajo la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, que tenía entre otras características y en la que los procesos de contratación pública no eran tan acelerados como los de la actual Ley 22 de 27 de junio de 2006, siendo así su propio Reglamento (Decreto Ejecutivo 366 en su artículo 80), (sic) nos establece dos (2) días para notificar de la adjudicación y cinco (5) días para presentación del recurso, dicho término que cumplió a cabalidad nuestra Institución, y como no se nos notificó de la presentación del Recurso ante ese Tribunal hasta diecinueve días después, procedimos con la tramitación que la Ley determina en caso de Compras Menores, las cuales son la tramitación de la Orden de Compra, su debido refrendo por la Contraloría General de la República y en el caso particular es este acto aún no se hizo entrega de la Orden de Proceder al contratista.

Nótese que la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002, artículo 2, numeral 4 señala:

Artículo 2. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos se definen así:

1. ...

4. Medidas de retorsión. **Mecanismo para hacer frente a discriminaciones comerciales extranjeras**, consistente en la aplicación de restricciones a la participación en contrataciones públicas o concesiones administrativas en el territorio nacional, a las personas naturales o jurídicas de cualquier país que discrimina contra la República de Panamá....” (El subrayado es nuestro). (sic).

En alusión a la norma descrita, sin lugar a dudas evidencia una vez más que el espíritu de la Ley tantas veces mencionada, es la de proteger a nuestros nacionales y lograr que en los países que participen sean tratados en las mismas condiciones, que los nacionales de ese país donde van a buscar una oportunidad de negocio y en el caso particular de esta compra menor en la que participan pequeños empresarios panameños y siguiendo el ánimo del legislador en la Ley 22 (sic) de favorecer de favorecer a nuestros pequeños empresarios. (Decreto Ejecutivo 366, artículo 30 literal k), nuestro Formulario de propuesta hizo esa salvedad para lograr la mayor concurrencia a ese acto.”

D. PRÁCTICA DE PRUEBAS OFICIOSAS.

La necesidad de valorar objetivamente las razones jurídicas alegadas por la recurrente CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS, INC., sobre las pretensiones de que se incorporaren obligatoriamente las Declaraciones Juradas de Retorsión dentro de la contratación menor No. 2007-2-97-0-08-CM-000236 y que aunadas a las explicaciones aportadas por la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ PACÍFICO, sobre las motivaciones y el espíritu que inspiró la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 en cuanto a las medidas de retorsión producto de discriminaciones extranjeras contra la República de Panamá, generan la motivación imperante e indispensable del Tribunal Administrativo, por escrutar, si del contenido constitutivo, representativo e integracionista de la empresa TOTAL SOLUTION, S. A. pueda desprenderse indicios, que bajo el prisma de la recurrente CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS, INC., marquen dudas en cuanto al carácter de nacionales extranjeros que integren la participación de éstos dentro de la adjudicataria; la cual demandaría como un elemento indispensable su aportación de la Declaración Jurada aludida por la Ley 58 de 2002; por lo que resulta obligante aclarar a través de la Certificación del Registro Público de la sociedad anónima denominada TOTAL SOLUTION, S. A. la conformación de sus integrantes.

Mediante el Certificado de Registro Público incorporado al expediente se desprende que la sociedad adjudicataria, se encuentra conformada por: SANDRA ARAGÓN, con cédula de Identidad personal número N-19-1102, JOSÉ BARAVO, con cédula de identidad personal número 6-70-366 y ANDRÉS BARAHONA, con cédula de identidad personal número 7-76-967, todos de nacionalidad panameña, conforme a las declaraciones acreditadas en la Escritura Pública No.12666 de 31 de agosto de 2005 de la Notaría Décima del Circuito de Panamá, constitutiva del Pacto Social de la empresa TOTAL SOLUTION, S. A.

Así también, mediante Nota 40-Leg-A.J.I. de 14 de enero de 2008 de la Contraloría General de la República queda acreditado fehacientemente el contenido auténtico de la Circular No.66-Leg de 18 de diciembre de 2002 también de la Contraloría, (entidad llamada al perfeccionamiento de los contratos públicos del Estado a través de refrendo); en donde se indica a quienes les compete la incorporación de la Declaración Jurada de Retorsión con la presentación de la oferta.

E. ANÁLISIS DELIBERATIVO EN CUANTO AL FONDO DE LA LITIS.

Este Tribunal debe valorar si dentro de la presente causa procesal, el acto impugnado y recurrido por CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS, INC., se ha violentado o no el contenido normativo de la Ley de Contrataciones Públicas y su Decreto Reglamentario.

Al respecto debemos circunscribirnos primero al tipo de procedimiento de Selección de Contratista que antecede al Acto en análisis, siendo éste el correspondiente a las contrataciones menores, cuya reglamentación por mandato legal, se reserva al contenido del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006 que consagra en su artículo 80 las reglas procesales que pasamos a estudiar en contraste con la actuación realizada por la entidad contratante AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ – PACÍFICO, que por tratarse de una Compra Menor dentro de los parámetros de cinco mil (B/.5,000.00) a treinta mil (B/.30,000.00) sus actuaciones procesales revelan a prima facie, su cumplimiento con la Convocatoria (Anuncio) y con la antelación exigida por la Ley (de 3 días), luego de la cual observamos que generado el acto el día y a la hora señalada se ordena el levantamiento del Cuadro de Análisis de Cotizaciones y Propuestas lo cual indica que debe valorarse en primer lugar la oferta más baja, siempre

y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el pliego de cargos y que de ser así la adjudicará a través del respectivo cuadro; salvo que sea necesaria una nueva evaluación adicional, que contraste la valoración respectiva con el cumplimiento de los requisitos; situación ésta indicada por la recurrente, puesto que, bajo su prisma valorativo, señala que no se cumplieron con los requisitos por no haberse demandado o exigido la Declaración Jurada de Prácticas de Retorsión, conforme al contenido filosófico y dogmático de la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002.

Por lo que es menester de este Tribunal, analizar y determinar el requerimiento o no de éste, de acuerdo al sentir jurídico del contenido de la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 y la Ley 22 de 27 de junio de 2006, y para ello es fundamental entrar al proceso de la hermenéutica desprendido del Título preliminar, capítulo III, artículo 9 del Código Civil, indicando la necesidad de entrar al sentir, al espíritu de la Ley 58, lo cual subyace particularmente a través de la Exposición de Motivos que la inspiró y que a la letra indica en su acápite octavo (8), que la presente legislación busca realizar una propuesta práctica que impulse a las empresas y/o personas naturales de países que discriminan a Panamá (incorporándola en listas negras), de manera que a través de la presión que éstas ejerzan en su país de origen, logren sacarnos de dichas listas. De manera pues, que la legislación busca atender sus efectos en las personas naturales o jurídicas, extranjeras.

Veamos, el sentir de la misma, al respecto, a través de la siguiente cita:

"Panamá, 10 de septiembre de 2001.

Señor
Rubén Arosemena V.
Presidente de la Asamblea Legislativa
ASAMBLEA LEGISLATIVA -
E. S. D.

Señor Presidente:

En el ejercicio de la iniciativa legislativa que nos otorga la Constitución de la República presento a la consideración de esta. Honorable Asamblea Legislativa un Anteproyecto de Ley, para que una vez sometidos a los rigores establecidos para el proceso de formación de las leyes se convierta en la ley "Por la cual se toman medidas de retorsión para defender la economía nacional de medidas unilaterales discriminatorias contra la República de Panamá".

Acompaño este documento con la siguiente exposición de motivos:

Exposición de Motivos

La presente iniciativa tiene su origen en la necesidad que sentimos muchos panameños de procurar mecanismos de tipo legal al gobierno nacional para que este pueda contrarrestar medidas discriminatorias que por medio de políticas de orden excluyente decidan aplicar unilateralmente otros países, ya sea de forma directa o a través de organismos multilaterales.

Ante el alarmante hecho de que dichas prácticas se han recientemente convertido en una real amenaza que atenta contra nuestra economía y mancilla la soberanía nacional, resolvimos actuar, consultando en este proceso los más ilustrados y especializados criterios de distinguidas personalidades del país con quienes compartimos similar preocupación y con cuyo concurso nos dispusimos a desarrollar el marco determinado de nuestra iniciativa legislativa. De allí que en conversaciones sostenidas con el Lic. Alfredo Suescum, actual Embajador de nuestro país ante la OMC en Ginebra y con el connotado jurista y diplomático Dr. Eduardo Morgan, surge la idea de elaborar un Anteproyecto de Ley que alcanzará los fines antes mencionados. Es justo y válido reconocer aquí que, consecuentemente con lo anterior, es la dedicada labor del Dr. Morgan la cual ayuda a formalizar entonces la elaboración del presente Anteproyecto, desarrollándose a su vez por nuestra parte y en conjunto, las consultas pertinentes para procurar de éste un instrumento legal que sirviese efectivamente como mecanismo de presión para ser aplicado a aquellos países que discriminan o excluyen de alguna forma en sus políticas comerciales a la República de Panamá.

Es pues de tal manera y con las anteriores motivaciones que he resuelto

presentar a la consideración del Pleno Legislativo un Anteproyecto de Ley cuyo objetivo fundamental precisamente es el de impedir que naciones u organismos apliquen medidas discriminatorias en contra de nuestro país, tal cual se desprende de los siguientes hechos:

1. ...
8. La legislación propuesta tiene la finalidad práctica de lograr que sean empresas y personas naturales de importancia de esas naciones que discriminan o excluyen a la República de Panamá, quienes ejerzan presión sobre sus respectivos gobiernos para que se levanten esas medidas discriminatorias o excluyentes que unilateralmente se aplican contra nosotros, pues sin duda no querrán verse privados de participar en las importantes licitaciones que en el futuro inmediato se darán en nuestro país o ver afectadas otras oportunidades comerciales en Panamá”.

El ejercicio legislativo para la conformación del carácter e identidad de la iniciativa legislativa se forja a través de su discusión en la Asamblea Nacional y las Actas de debate reflejan en todo momento, que desde sus inicios y hasta su aprobación como ley, fue persistente y constante el criterio pretendido: el cual era regular mediante un instrumento jurídico de discrecionalidad gubernamental que permitiese la negociación a través de la presión realizada a los nacionales de los Estados que amenazan a Panamá con discriminaciones diversas como las listas negras, por lo que el Ejecutivo a través de mecanismos de defensa de nuestra economía restringiese las relaciones contractuales del Estado Panameño con los nacionales de cualquier país que discriminase a Panamá, mecanismo éste que se denominó Medidas de Retorsión y que por ello descansó el alcance de estos efectos en el tenor literal de la Ley 58 de 2002.

Reflexionemos sobre el sentir de la iniciativa legislativa a través de las siguientes citas de las actas de debate:

¹ **“Primer Debate al Proyecto de ley No 25 “Por el cual se toman medidas de retorsión para defender la economía nacional de medidas unilaterales discriminatorias contra la República de Panamá.**

...

H.L. Marco Ameglio: Presidente, es un proyecto corto, se puede leer, lo más importante, yo creo que hay que reiterar es el marco general, que abarca la temática, porque el articulado desarrolla lo que el ámbito general de la ley expresaba la exposición de motivo que sustentáramos anteriormente,

...

...era crear un régimen de medidas de protección a nuestra economía, este es un tema que viene estrilándose (Sic) hace rato, al Dr. Morgan, lo reconozco como al padre de la criatura, yo soy un vehículo aquí,... “

² **“ Presidente:** Gracias a usted colega Legislador Marco Ameglio, la Presidencia de la Comisión coincide plenamente con los planteamientos del proponente de este proyecto de ley. Cuando digo plenamente es 100%. Ofrecemos la palabra. Tiene la palabra el Dr. Eduardo Morgan.

Dr. Eduardo Morgan: Muchas gracias, me siento honrado de su invitación en participar en esta sesión de estudio de la Comisión de Comercio. Yo parto de la base siempre de que somos un Estado en derecho, obligaciones, de que tenemos una economía que nos permite defendernos de imposiciones discriminatorias de otros países, que en realidad lo que tratan es de sacarnos de la competencia de la exportación de servicios internacionales que ha sido el sustento de la economía panameña a través de los años....

...

Qué es la ley de retorsión?, la ley de retorsión es una ley que ojalá que no haya que usarla, pero es un instrumento que en manos del gobierno le

¹ Acta No.30 de la Reunión Ordinaria del día 14 de mayo de 2002 (Comisión de Comercio), pág. 17, 18.

² Acta No.30 de la Reunión Ordinaria del día 14 de mayo de 2002 (Comisión de Comercio), pág. 21 y 22.

permite defenderse porque tiene como, de la discriminación a que la someten otros países...

Qué busca esta ley de retorsión? Esta ley de retorsión le dice a los países, señor, si usted me discrimina a mí, yo también lo voy a discriminar en lo que puedo discriminarlo, no vamos a violar ningún compromiso internacional, pero Panamá puede limitar el acceso a los contratos gubernamentales, a las compras gubernamentales, a las compras gubernamentales, a las licitaciones gubernamentales, a su mejor saber y entender, entonces la idea es decirle, por ejemplo a México, que es uno de los países que nos discrimina, ICA no va a poder participar en la ampliación del Canal, porqué?, porque viene de un país que nos discrimina.

Qué se consigue con esto? Pelearnos con México, no, la idea no es esa, la idea es que ICA que quiere participar en la expansión del canal vaya a su gobierno y le diga miren por favor, yo estoy participando en una licitación de mil millones de dólares y no puedo participar porque ustedes están discriminando a Panamá injustamente, Panamá no es un país de baja impulsión fiscal como dice nuestra ley, así que por favor ayúdenos eliminando esta calificación de Panamá. Si esta ley se aprueba el gobierno puede llamar a las empresas que representan los laboratorios mexicanos y decirles vamos a tener que evitar que ustedes participen en las compras gubernamentales por la discriminación que tienen contra Panamá. La idea es que el gobierno tenga el instrumento para presionar a través de las empresas interesadas a los gobiernos que nos discriminan para que nos saquen de la discriminación.....

...
...

...esta ley es un paso hacia allá. El proyecto original que nosotros mandamos lo hemos cambiado de acuerdo con el Viceministerio de Comercio Exterior, por un proyecto mucho más sencillo,....

³...el ejecutivo tiene toda la discrecionalidad para aplicar o no aplicar esta medida, si considera que la debe aplicar la aplica, pero si considera que no es de interés nacional aplicarla, no la aplica, o sea, no es una camisa de fuerza."

4" Segundo debate al Proyecto de Ley No.85, por el cual se "Toman medidas de retorsión para defender la economía nacional de medidas unilaterales discriminatorias contra la República de Panamá".

...

-LIC. MELITÓN ARROCHA, VICEMINISTRO DE COMERCIO EXTERIOR

Honorable legislador yo creo que usted ha dado en el clavo con respecto al Proyecto de Ley presentado a la consideración de la Asamblea. El Proyecto requiere de un alto grado de prudencia a la hora de aplicar una medida de retorsión, toda vez que estamos considerando las relaciones entre Estados, la relación entre la República de Panamá y el país que discrimine.

Y en ese sentido, pues, temas que sean coyunturales, temas de las prácticas normales de los negocios entre compañías, creo que no necesariamente entrarían dentro de las consideraciones que el Ministro de Comercio e Industrias, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Economía y Finanzas tomarían como temas de una importancia tal que requirieran elevar este tema a un asunto de carácter diplomático que tome en consideración y ponga en juego las relaciones no solo comerciales entre Estado sino, también, diplomáticas.....

...tendrá que haber un debate público entre las autoridades del Gobierno, y yo no excluyo las posibilidades que este debate se extienda, incluso, a la sociedad civil y, por qué no, al seno de la Asamblea Legislativa, a este Pleno.

Ahora, habiendo dicho lo anterior, y tomando en consideración que debe haber medidas, raciocinio y pausa a la hora de tomar una decisión de la importancia y la envergadura que este Proyecto de Ley, que está presentado ante la consideración de ustedes amerita, no es menos cierto

³ Acta No.30 de la Reunión Ordinaria del día 14 de mayo de 2002 (Comisión de Comercio), pág. 28.

⁴ Acta de la Sesión Ordinaria de la Asamblea Legislativa del día 27 de mayo de 2002 (Pleno), pág.36 y 37.

que la República de Panamá debe tener alternativas. Y el honorable legislador Marco Ameglio, lo planteó muy bien. Este es un anteproyecto de ley que le permite al Órgano Ejecutivo tener una posibilidad adicional que en este momento no tenemos, es la posibilidad de, en materia que son discriminatorias hacia Panamá, y que, ya sea están regulados en la OMC, o no están regulados en la OMC, tener la posibilidad de accionar, en principio tratando de solucionar la discriminación.

Si no se puede solucionar la discriminación listando a los países en una lista, y en última instancia, si aún siendo incluido en esta lista los países que nos discrimina, no se puede resolver la discriminación, y tomando en consideración, después de hacer el análisis obvio de costo y beneficio, las autoridades nacionales consideran que es imprescindible tomar una medida retaliatoria, entonces, que estas medidas se apliquen única y exclusivamente dentro del campo de compras gubernamentales. (La subraya es nuestra).

Honorables Legisladores, déjenme anotarles que en el campo de compras gubernamentales no todos los países son tan abiertos, como es la República de Panamá a la hora de permitir la participación de personas, tanto naturales como jurídicas extranjeras para participar en un proceso de selección de contratistas o de ventas de bienes al gobierno. (La subraya nos es nuestra).

Por ejemplo, la República Federal de México, establece dentro de sus normativas, que para usted poderle vender un bien al Gobierno mexicano, usted tiene que firmar un tratado de libre comercio. En otras palabras, el proceso de contratación pública está cerrado para los nacionales a nivel federal, sin hacer comentarios adicionales sobre el nivel sub federal, y lo mismo sucede en algunas ocasiones con el sistema norteamericano. Para poner dos ejemplos, sin tratar de pensar con esto que son las dos únicas excepciones a la regla.

...

...En otras palabras para citar un caso extremo, necesitamos comprar un medicamento que es solo producido por un país, pero resulta que ese país ha sido considerado y está así catalogado como un país al que se le aplican medidas unilaterales de retorsión, existe la facultad de que en ese caso, en particular, se pueda adquirir ese insumo para salvaguardar el interés nacional.

Entonces, el Proyecto trata de tomar en consideración una plétora de posibles escenarios que permitiera la buena marcha de los asuntos del Estado, al mismo tiempo en que a los países que se les han listado los exhorta a las compañías que están haciendo negocios con el Estado, a que es conviertan en los principales promotores de la República de Panamá, a fin de evitar la discriminación de lo que somos objeto."

Incluso observamos como se desprende del diario de debate, que la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 no busca regular los efectos de la Contratación Pública pues ésta es objeto de una legislación especial, sino crear un instrumento de discrecionalidad a favor del Órgano Ejecutivo.

Con relación a la adecuación de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 con los efectos de la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002, observamos que se desprende del artículo 69 de la misma Ley 22, que lejos de propiciar su incorporación dentro de ésta, sus efectos son fronterizos con el tenor y alcance de la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 y de hecho lo circunscribe específicamente a los nacionales extranjeros; indicando:

Artículo 69. Contratos celebrados con extranjeros. Las personas naturales o jurídicas extranjeras que celebren contratos con el Estado, deberán dejar constancia en el contrato de la renuncia a reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia. No se entiende que haya denegación de justicia cuando el contratista, sin haber hecho uso de ellos, ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que puedan emplearse conforme a las disposiciones pertinentes.

Este precepto también se aplicará a las sociedades en que existan extranjeros que sean propietarios o que tengan el control sobre las acciones o participaciones sociales en ella, y en los casos de cesión del contrato a extranjeros, en las mismas circunstancias.

Lo anterior es sin perjuicio de lo que establezca la Ley 58 de 2002, sobre medidas de retorsión. (El resaltado es nuestro).

O sea que, independientemente de la exigencia de la renuncia de los extranjeros a la

reclamación diplomática dentro de los Contratos con el Estado, ellos también tienen que cumplir con la incorporación de Declaraciones Juradas de Retorsión aludidas en el artículo 5 de la Ley 58 de 2002; con lo cual hace énfasis en las relaciones con los nacionales extranjeros. (No con los proponentes o contratantes nacionales).

Haciendo un paréntesis, la incertidumbre tal vez se entraba en la expresión: "No obstante, todo proponente,..." utilizada dentro del artículo 5 de la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 que señala la recurrente, pero es que, con la misma herramienta jurídica utilizada, la hermenéutica (Artículo 14 del Código Civil), nos indica que la "Ley Especial priva sobre la General". Siendo la Ley de Contrataciones Públicas una Ley Especial en ésta materia sobre cualquiera otra regulación general que reserven la participación o concurrencia de nacionales o extranjeros, dentro de la cual se establezcan restricciones en el ejercicio de comerciar con el Estado, hace limitaciones en cuanto a buscar controles sobre su participación; de allí que, con base a las observaciones realizadas por la recurrente CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS, INC., en cuanto a la posibilidad o eventualidad de que en la concurrencia de la proponente TOTAL SOLUTION, S. A., pudiesen existir la participación de extranjeros, se hizo necesario indagar en cuanto a la conformación, constitución o integración de los miembros que la conforman, indicándose a través de la Certificación incorporada por el Registro Público, mediante el Oficio No.Cert / 200 de 11 de enero de 2008, como prueba de oficio requerida por este Tribunal, que no hay extranjeros que la conformen por lo que, mal puede indicarse la solicitud de su declaración jurada de Retorsión para participar en el Acto de Contratación Menor No.2007-2-97-0-08-CM-000236, para "la Limpieza del Río Castilla Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros.

En el mismo orden de ideas, en cuanto al sentido y alcance de los efectos de la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 sobre la concurrencia y participación de extranjeros, ya sea como personas naturales o jurídicas; ha sido la propia Contraloría General de la República, entidad a quien le corresponde la responsabilidad por el perfeccionamiento de las relaciones contractuales a través del refrendo del Contralor o sus representantes, quienes han señalado que, en cuanto a los efectos de ésta (Ley 58) se hacen extensivos a los extranjeros, tanto a título de persona natural como jurídicas, por lo que el tenor de su Circular No.66-Leg., es claro al indicar que:

"CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Panamá, 18 de diciembre de 2002

CIRCULAR No.66-Leg.

PARA: MINISTROS DE ESTADO, PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA, MAGISTRADOS DEL ÓRGANO JUDICIAL Y EL TRIBUNAL ELECTORAL, PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN Y DE LA ADMINISTRACIÓN, DIRECTORES Y GERENTES DE ENTIDADES PÚBLICAS, RECTORES DE UNIVERSIDADES ESTATALES Y ALCALDES.

DE: ALVIN WEEDEN GAMBOA. Contralor General

ASUNTO: PRESENTACIÓN DE DECLARACIÓN JURADA CON LA OFERTA

Toda vez que con la Ley No.58 de 12 de diciembre de 2002 se establecen medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá y que el mismo instrumento obliga a los extranjeros que deseen participar como proponentes en un acto o procedimiento de selección de contratista o de concesionario, a presentar una declaración juradas con su oferta; a partir de la fecha en que se les instruye, a que en los pliegos de cargos se incluya, como requisito indispensable, la incorporación de una declaración jurada en los términos que precisa el artículo 5 del citado instrumento jurídico. Por consiguiente la declaración jurada, certificará lo siguiente: ..." (Lo resaltado es nuestro).

Máxime aún, que incluso adoptando ese mismo criterio, fue el fiscalizador de la Contraloría General de la República, quien refrendó la actuación de la Orden de Compra No.313 de 23 de noviembre de 2007, que recoge el ejercicio para la Contratación Menor

No.2007-2-97-0-08-CM-000236, pero la cual no se encuentra perfeccionada por no tener la firma de las partes, pues el Representante Legal de la proponente TOTAL SOLUTION, S. A. no la ha rubricado aún y por ende no se encuentra perfeccionada la etapa contractual (Contrato mismo).

Al contrastar los efectos de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, con los Actos generados por la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ – PACÍFICO dentro del proceso de Contratación Menor No.2007-2-97-0-08-CM-000236, en cuanto al contenido de su requerimiento plasmado a través del Pliego de Cargos o términos de referencia, observamos que si bien es cierto éste demanda el cumplimiento como parte de los requisitos obligatorios de los proponentes que participen como personas jurídicas, sin esclarecer en cuanto a su nacionalidad, y que basado en el principio de que el pliego de cargos es el instrumento jurídico que establece entre otros, los requisitos, los derechos y obligaciones de los contratistas, los términos y condiciones del contrato que se ha de realizar y que por ende establece y marca pautas que deben cumplir todos los actores dentro de la relación jurídica incluyendo a la propia AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ – PACÍFICO, por lo que no puede dejarse al arbitrio de uno u otro actor el cumplimiento o no de la exigencias del pliego de cargos; con lo cual al no ser claras las actuaciones de éstos al respecto, deja entrever el principio de la transparencia, el cual es esencial acatar en todo momento desde el llamado a la contratación hasta su perfeccionamiento.

Si bien es cierto la entidad contratante, AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ – PACÍFICO deja plasmado el requerimiento de la Declaración de Retorsión a los proponentes que actúan como personas jurídicas, anota en su informe de conducta remitido a éste Tribunal Administrativo que no hace el requerimiento de dicho documento el día del acto público, porque sobre la base del espíritu de la Ley 58 de 2002 este apunta a los nacionales extranjeros y no a los nacionales panameños, pero sin entrar a indagar o investigar sobre las nacionalidades de los participantes, (cuando sean personas jurídicas) sino que descansa bajo simples presunciones o suposiciones que alegan ser nacionales panameños los que participan.

Con lo cual el resultado nos apunta a, que siendo éstos los efectos procurados por los exponentes del Acto de la Contratación Menor No.2007-2-97-0-08-CM-000236, al momento de exteriorizar la voluntad sobre las conclusiones a las cuales llega el ente contratante en el Acto de Adjudicación, que si bien es cierto puede realizarlo a través del Cuadro de Análisis de Cotizaciones, no es menos cierto que atendiendo al rigor del Artículo 80 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, el mismo debe indicar no sólo la oferta económica de los proponentes, sino también el cumplimiento de los requisitos y exigencias demandadas en el pliego de cargos, que, al no determinar por qué exige o no, tal documentación al respecto, dejan en la incertidumbre el resultado de su actuación, lo que origina la necesidad obligante de motivar su actuación, cónsono con el deber de cumplir con el Principio de Transparencia que regula el artículo 17 en su ordinal 5 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que establece la exigencia de la motivación precisa y detallada al respecto, veamos:

Artículo 17. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

1. ...
5. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto. (Lo resaltado es nuestro).

Lo que también exige el artículo 201 de la Ley 38 de 2000 sobre el Procedimiento Administrativo General. Aspectos que no observamos en el cuadro de análisis de Cotizaciones expresado en el caso sub-júdice, puesto que teniendo los elementos propios dentro del cuadro en el segmento de observaciones, guarda total carencia de anotación alguna; por lo que al respecto, esto nos sumerge en el rigor de la controversia estudiada; por lo que al contrariar el deber jurídico como Ente Contratante de cumplir y acatar la Ley (En cuanto a indicar el cumplimiento del pliego de cargos en torno a los requisitos y porque exigir o no éstos en el acto indicado), genera vicios en su actuar con

motivo de la prescindencia absoluta del procedimiento (Artículo 80 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006) en el Acto de Adjudicación por la falta de una correcta y adecuada motivación que desprenda sin lugar a dudas las razones, que le condujeron a la selección de un proponente en forma transparente y clara, como lo indica el artículo 17 anteriormente citado y que por su incumplimiento deviene en el contenido del artículo 118 de la Ley 22 de 2006, como causa de nulidad, veamos.

"Artículo 118. 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 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".

La Corte Suprema de Justicia ha señalado mediante sus precedentes jurisprudenciales que la falta de motivaciones es razón para la nulidad de un acto administrativo, veamos al respecto:

SENTENCIA DE DIECIOCHO (18) DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996), POR LA CUAL SE DECLARA NULA POR ILEGAL LA RESOLUCIÓN N° AR-OR-04-864 DE 21 DE OCTUBRE DE 1994, EMITIDA POR LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL DE ADUANAS, ZONA ORIENTAL, Y SE HACEN OTRAS DECLARACIONES, EN VIRTUD DE LA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA MELÉNDEZ-CRUZ Y ASOCIADOS, EN REPRESENTACIÓN DE INDUSTRIA Y DESARROLLO, S. A. MAGISTRADO PONENTE: EDGARDO MOLINO MOLA. PANAMÁ.

...

" Es conveniente indicar, que la sanción aplicada por el Administrador Regional de Aduanas, Zona Oriental a la empresa Industria y Desarrollo, S. A., y confirmada por la Comisión de Apelaciones Aduaneras, está fundamentada en la Ley 3 de 1986, y en la Ley 30 de 1984, entre otras, sin mencionar normas específicas aplicadas a la omisión, por parte de la empresa, de solicitar autorización al Ministerio de Hacienda y Tesoro. Esta última Ley trata de las infracciones aduaneras (Contrabando y Defraudación Aduanera). En este mismo orden de ideas, tampoco los funcionarios motivaron adecuadamente sus decisiones lo que impide conocer las razones de hecho y de derecho que los condujeron a aplicar el alcance de siete mil seiscientos setenta y cinco balboas con 56/100 (B/.7,675.56). En lo que respecta a que las decisiones administrativas deben estar debidamente motivadas, a propósito RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás señala que "la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal." (RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Arbitrariedad y discrecionalidad. Editorial Cívitas, S. A. Madrid, España 1991. Pág. 106.)."

SENTENCIA DE VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CINCO (2005), POR LA CUAL SE DECLARA QUE SON VIABLES JURÍDICAMENTE LA ORDEN DE COMPRA N° S.G.A.I. 135-2003 Y EL COMPROBANTE DE PAGO N° 869 DE 8 DE MAYO DE 2003 DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL, A FAVOR DE INGRID ROXANA CAÑIZALES DE SEGISTÁN, EN VIRTUD DE LA SOLICITUD DE VIABILIDAD JURÍDICA INTERPUESTA POR EL LICENCIADO ALEXIS IVÁN FUENTES, EN REPRESENTACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA QUE LA SALA SE PRONUNCIE. PONENTE: HIPÓLITO GILL SUAZO. PANAMÁ.

"C. La motivación: La razón de mérito que motivó la decisión que reconsideró y otorgó el reembolso pedido, se fundamenta en la potestad discrecional que el confiere el parágrafo A, del artículo 2 del Reglamento de Prestaciones Médicas de la Caja de Seguro Social, que en su tenor prescribe:

"Parágrafo A.- En casos especiales el Director General puede autorizar pagos por sumas que sobrepasen la tarifa oficial vigente, previa recomendación del Director Médico."

...

...

"Después de examinar las constancias procesales, esta Corporación de Justicia comparte la opinión sostenida tanto por el Director General de la Caja de Seguro Social como por el representante del Ministerio Público, quienes afirman que es viable el refrendo de la orden de compra y el comprobante de pago precitados.

Ello es así toda vez que el Director General de la Caja de Seguro Social, en pleno cumplimiento de una de las facultades otorgadas por la Ley Orgánica de esa institución de seguridad social, resolvió acceder a la solicitud de reembolso de gastos por prestaciones médicas formulada por la señora INGRID CAÑIZALES de SEGISTAN, toda vez que se comprobó las condiciones especiales de la asegurada y el evidente apremio en la necesidad de prestación del servicio, situación que tal y como consta en la declaración rendida por el paramédico de la ambulancia que condujo a la señora INGRID CAÑIZALES de SEGISTAN al Hospital Nacional "era un caso de extrema urgencia ... fue mi decisión entonces que la transportara entonces allí porque no podíamos estar detenidos en la fila". (Foja 9 del expediente)."

De allí que, al reglamentarse los efectos de la Ley en cuanto a las contrataciones menores y buscando la celeridad del procedimiento en lo que respecta a la Resolución que demanda el artículo 49 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el título IV del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, Capítulo I, cónsono con los principios de los Actos Administrativos, los cuales pueden adoptar formatos en cuanto a las actuaciones, demandó que la misma fuese expresada a través de un cuadro de análisis de propuestas que le permitiesen adjudicar a la mejor, pero no carente de los elementos esenciales que impliquen el Acto Administrativo de la Adjudicación, ya que en el cuadro no sólo deben plasmarse las propuestas, sino también el cumplimiento de los requisitos exigidos por el pliego (verificación de la nacionalidad de los proponentes) para la exigencia de la certificación de retorsión y las motivaciones que razonan la selección y es evidente que en dicho cuadro de cotizaciones no se hacen las explicaciones pertinentes.

El Acto de Adjudicación para las Contrataciones Menores, no sólo debe atender al rigor de la formalidad procesal (Términos y etapas), sino al tenor de las exigencias en cuanto a lo requerido o solicitado por la propia entidad contratante (El cumplimiento o no de los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las razones de esto) puesto que dejaría en indeterminación las motivaciones que le conducen a la exteriorización de la voluntad expresada en el acto de la adjudicación y sujeto al arbitrio del funcionario que le corresponde la realización de ésta.

En cuanto a las pretensiones de la recurrente sobre su petición de compensarle los gastos incurridos dentro del presente proceso, la legislación de Contrataciones Públicas es clara, al indicar en su artículo 52 que los mismos solamente serán atendidos cuando la Entidad Licitante o Contratante, ha rechazado a un proponente ya adjudicado y en razón de ello, éste tendrá derecho al resarcimiento de los gastos y no bajo otras circunstancias; por lo que al no generarse este supuesto, en el caso atendido, no le corresponde derecho a compensación alguna.

En cuanto a los efectos de sus actuaciones con motivo de la fianza de Recurso de Impugnación, consignada mediante el Cheque de Gerencia No.1325470 de 21 de noviembre de 2007, expedido por la Sucursal 059 de la Caja de Ahorros, observamos que no se desprende temeridad alguna así como tampoco acciones tendientes a dilatar el proceso por lo que se recomendará su devolución al recurrente.

Por las consideraciones vertidas, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Cuadro de Análisis de Cotizaciones, por la cual la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO, adjudicó a la empresa TOTAL SOLUTION, S. A. el Acto Público No.2007-2-97-0-08-CM-000236, para "la Limpieza del Río Castilla Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros, por un valor propuesto de cinco mil doscientos Balboas con 00/100 (B/.5,200.00); en virtud de carecer de la explicación en cuanto a la incorporación o no de los requisitos exigidos en el pliego y a la falta de motivación que generó la adjudicación del proponente Total Solution, S.A.

SEGUNDO: ORDÉNESE a la entidad, la celebración de un nuevo acto público que contenga los requerimientos precisos que se le solicitarán a los proponentes.

TERCERO: DESESTIMAR la pretensión de la recurrente en cuanto a su petición de

obtener la compensación por los gastos incurridos, ya que la legislación de Contrataciones Públicas establece los supuestos jurídicos en que deben generarse el pago de los gastos, no siendo los presupuestos aplicables en el presente caso.

CUARTO: DEJAR SIN EFECTO, la suspensión ordenada a través de la Resolución No.024-2007-Pleno/TAdCP de 7 de diciembre de 2007 (Admisión).

QUINTO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Recurso de Impugnación consignada por la recurrente CONTRACTORS & SUB-CONTRACTORS. INC. a través del Cheque de Gerencia No.1325470 de 21 de noviembre de 2007, expedido por la Sucursal 059 de la Caja de Ahorros, a favor del Tribunal Administrativo de Contrataciones/Contraloría General de la República, por la suma de MIL BALBOAS CON 00/100 (B/. 1,000.00).

SEXTO: DEVOLVER a la AGENCIA DEL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL PANAMÁ-PACÍFICO el expediente administrativo contentivo del Acto Público No.2007-2-97-0-08-CM-000236, para "la Limpieza del Río Castilla Longitud de 230 Metros Lineales y una Servidumbre de Limpieza de 20 Metros.

SÉPTIMO: NOTIFICAR a las partes de la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "Panamá Compra" y en el tablero de anuncios del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

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

NOVENO: DISPONER la salida del Expediente No.014-2007/TAdCP de 2007.

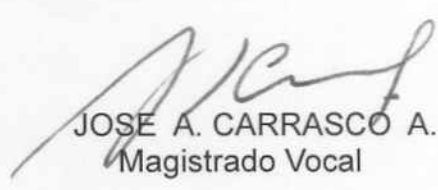
FUNDAMENTO DE DERECHO; Artículos 39, 90, 114 y 116 de la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública; y, Artículos 80, 285, 286, 289, 354, 357 y 358 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, reglamento de la Ley 22 de 2006; Ley 58 de 12 de diciembre de 2002, Artículo 155 y 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General.

Notifíquese y Cúmplase,


IRASEMA TIJERINO
Magistrada Vicepresidente


MARTIN WILSON CHEN
Magistrado Presidente


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
SECRETARÍA GENERAL
CONTRATACIONES PÚBLICAS


JOSE A. CARRASCO A.
Magistrado Vocal


LUIS A. M. MARISCAL
Secretario General