



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTES No. 003-2018

RECURRENTE: PREMIUM OIL, S.A

ACTO IMPUGNADO: Resolución N° DGCP-DS-083-2017 de 28 de diciembre de 2017, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, que decidió adjudicar los diferentes renglones del procedimiento de selección de contratista No. 2017-1-27-0-99-LM-001687 (Convenio Marco).

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

Resolución N° 123-2018/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 120 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, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

También el Decreto Ejecutivo N°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, 340 y s.s., establece los requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación, con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES:

La Dirección General de Contrataciones Públicas, puso a conocimiento general, la Licitación de Convenio Marco para el Suministro de llantas, lubricantes y baterías, a través del Portal Electrónico "PanamaCompra", el día 11 de mayo de 2017, a fin que todo interesado presentara sus propuestas en el tiempo previsto.

Así pues, luego de la publicación supra citada, fueron recibidas las propuestas de los diferentes proponentes el día 25 de julio de 2017 desde las 9:30 hasta las 10:30 de



la mañana, específicamente en las oficinas de la Dirección General de Contrataciones Públicas, Avenida Samuel Lewis y Calle Gerardo Ortega, P.H. Edificio Central, Piso # 1.

II. RESOLUCIÓN IMPUGNADA:

Es la Resolución N° DGCP-DS-083-2017 de 28 de diciembre de 2017, proferida por el Director General de la Dirección General de Contrataciones Públicas, quien luego de motivar su decisión, resolvió adjudicar los Quinientos Cuarenta y Cinco (545) renglones del presente procedimiento de selección de contratista por convenio marco, repartidos entre once (11) proponentes.

III. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

El día 8 de enero de 2018, el señor JUAN GIMÉNEZ RUEDA, representante legal de la empresa PREMIUM OIL, S.A. tal y como se evidencia en la certificación del Registro Público que reposa a fojas 65 del presente expediente jurídico; otorgó Poder especial a la licenciada SANDRA PAGÉS, quien a su vez y en cumplimiento del mandato legal que le fue conferido, interpuso ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, Recurso de Impugnación en contra de la Resolución N° DGCP-DS-083-2017 de 28 de diciembre de 2017, por el cual se adjudica los 545 renglones del acto público N° 2017-1-27-0-99-LM-001687, a once (11) de trece (13) empresas participantes, y en la que se excluye a las empresas **PREMIUM OIL, S.A. y AIMSA CORP.**, de la Licitación del Convenio Marco del que hemos hecho referencia en líneas anteriores, emitida por la **DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS**.

IV. ADMISIÓN DEL RECURSO:

Activada la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, producto del recurso de impugnación impetrado en la Secretaría General, esta Colegiatura decidió su admisión mediante la Resolución N°015-2018-Pleno/TACP de 2 de marzo de 2018, toda vez que el recurso cumple con los presupuestos de ley contemplados en los artículos 129 y 130 del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006 y los artículos 340, 341 y 342 del Decreto Ejecutivo N°366 del 28 de diciembre de 2006; el cual fue debidamente publicado el día 21 de marzo de 2018.

En cumplimiento del punto 4 de la resolución citada en el párrafo anterior, y luego de la concesión de prórroga, la Dirección General de Contrataciones Públicas remitió a la Secretaría General el respectivo informe de conducta requerido, así como los expedientes administrativos correspondientes. El documento citado en líneas anteriores hace un recuento del procedimiento seguido y las razones que llevaron a considerar la no adjudicación de renglones a la empresa PREMIUM OIL, S.A., tales como la presentación de una patente de denominación comercial clase 0 cuando en realidad la requerida es de clase 4, entre otras cosas.



V. CONTENIDO DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Dentro del término adjetivo, la licenciada SANDRA PAGES CHEVASCO, quien actúa en nombre y representación de la sociedad anónima PREMIUM OIL, sustentó el recurso de impugnación ante este augusto Tribunal, solicitando que se adjudique a su representada como parte del convenio marco licitado, basándose en los siguientes hechos:

Que su representada presentó su propuesta para los diversos renglones en condiciones de costo, beneficio y calidad ventajosas para el Estado; sin embargo, que en el informe rendido por la comisión verificadora se determinó que su representada no cumple con el requisito 8.15 de las condiciones especiales del pliego de cargos y descartó su propuesta sin analizar en detalle la documentación aportada.

Sostiene la recurrente que su representada aportó las certificaciones que hace alusión el pliego de cargos con respecto a los aceites, contrario a lo señalado por la comisión verificadora del presente acto de selección de contratista.

Que su representado nunca ha declarado que sea fabricante de los lubricantes, por tal razón no podría presentar certificaciones bajo la marca PREMIUM OIL, pues quien certifica es la empresa Smitty's Supply.

Por ello, la certificación constata que los productos ofertados bajo el nombre PREMIUM OIL cumplen con las especificaciones y certificaciones de calidad requeridas a los fabricantes en el pliego de cargos y que el proponente PREMIUM OIL, S.A. cumplió con el contenido de la cláusula 8.15, presentando la documentación la documentación correspondiente.

VI. ALEGATOS DE TERCEROS.

De conformidad a la foja 121 del expediente del Tribunal, que contiene el Informe Secretarial de 22 de marzo de 2018, vencido el término adjetivo para la presentación de alegatos en interés de la ley o particular, no consta la presentación de los mismos.

VII. MOTIVACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE ASPECTOS JURÍDICO-FÁCTICO Y LOS ARGUMENTOS SUSTENTADOS POR LAS PARTES.

Surtidos los trámites que la ley que nos gobierna dispone, y encontrándose el presente proceso en etapa de ser decidido, esta Colegiatura procede de inmediato a resolver el mismo, conforme a la competencia funcional que nos otorga el recurso de impugnación sustentado dentro del término de ley; no sin antes verificar y valorar cada uno de los elementos de pruebas que componen el actual expediente jurídico y administrativo, para de esa forma lograr una decisión ajustada a derecho que desate la controversia planteada.

51



No obstante, antes de resolver el fondo de la causa, debemos dejar claro que el presente negocio jurídico administrativo inició bajo las reglas del Texto Único de la Ley No. 27 de 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011, lo que significa que el desarrollo de la resolución se basará en las normas aplicables en el tiempo y no bajo el ritual del Texto Único de la Ley No. 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017, de conformidad al artículo 32 del Código Civil que indica que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Sin embargo, el tema procedimental, como lo es la notificación de la decisión, será conforme a los términos indicados en el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017.

Superado lo anterior, seguimos con el estudio de las propuestas. En primer lugar, observa el Tribunal que la disconformidad primordial del impugnante radica en el informe de la comisión verificadora del presente contencioso, al querer exigírsele una certificación de lubricante de la marca PREMIUM OIL, cuando quien certifica el mismo es la empresa Smitty's Supply. No obstante, en virtud de la competencia demandada para conocer del recurso, este Tribunal goza de facultades amplias para revisar el procedimiento incoado y así determinar si la empresa beneficiada con la adjudicación, cumplía o no con las condiciones del pliego de cargos, la ley positiva de contrataciones públicas, su reglamentación y disposiciones complementarias, sin olvidarnos del principio de economía, contemplado como uno de los pilares de la contratación pública que en el artículo 19 de la Ley No. 22 de 2006 señala que el Estado tiene el deber de implementar las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio y plena justicia en la adjudicación, para así poder adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las controversias y diferencias, que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

En razón a lo anterior, no solo verificaremos el cumplimiento o no de la materia debatida, sino de todos los requisitos en general, para que la escogencia sea lo más transparente posible y se cumpla con el objetivo de lograr una adjudicación en pro del Estado.

Iniciaremos el examen con la propuesta de la empresa **PREMIUM OIL, S.A.** por ser la que ha mostrado insatisfacción, al ser excluida de la adjudicación de los renglones a los que aspiró.

Del estudio de los documentos que forman parte de la propuesta de la empresa PREMIUM OIL, S.A., denotamos el incumplimiento de ciertos requisitos legales, tales como: la certificación ISO 9001:2008 de Brugarolas, S.A. se encuentra en un idioma distinto al español, contrariando de esa forma la condición estampada en el pliego de cargos que se refiere a que todo documento que proviene del extranjero, debe estar traducido al idioma español, por intérprete público autorizado y cumplir con las

91



autenticaciones a través del sello de la apostilla o estar debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá. Si bien satisface el sello de la Apostilla como libre circulación de los documentos públicos, no así con su debida traducción.

De igual forma infringe el contenido del artículo 877 del Código Judicial que se refiere a las formalidades que deben cumplir aquellos documentos que hayan sido emitidos en países extranjeros para poder ser valorados como prueba en un proceso que se tramita en Panamá.

Una situación similar, pero a la inversa ocurre con la certificación ISO 9001 de VERKOL, S.A.U., también aportado por la empresa PREMIUM OIL, S.A., que se encuentra en idioma español, pero sin la debida autenticación mediante la Apostilla, ni por vía consular. Igual curso tomó la certificación de Smitty's Supply Inc.

Otro tema que hemos observado tiene que ver con las declaraciones juradas de medidas de retorsión, de cumplimiento de las certificaciones técnicas de cumplimiento de las garantías y los requerimientos mínimos, cada una sin las respectivas rúbricas de los testigos que hace alusión el artículo 1727 y 1730 del Código Civil.

En torno a la aplicación literal del artículo 1727 y 1730 del Código Civil, que exige la firma de dos (2) testigos en las atestaciones que hagan los notarios en documentos privados, por estimar que la norma es clara y no da lugar a interpretaciones.

"Artículo 1727. En el Notario deposita la Ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar, y su confianza respecto de los documentos que ponen bajo la custodia del mismo Notario. Correspóndele, en consecuencia, hacer constar las fechas de tales actos y contratos, los nombres de las personas que en ellos intervinieron, y la especie, naturaleza y circunstancia de los mismos actos y contratos. Correspóndele igualmente la vigilante guarda de todos los instrumentos que ante él pasen y de las piezas y diligencias que, por precepto de la ley u orden del tribunal, se manden insertar en los protocolos de las notarías, o que sean custodiados en la misma notaría."
(La negrita es nuestra).

"Artículo 1730. Harán fe las atestaciones que ante dos testigos hagan los Notarios al pie de documento privado."
(La negrita es nuestra)

La ley cuando se refiere a las atestaciones (declaraciones juradas) indica que además de la firma del Notario se requiere la rúbrica de dos testigos. De aquí, pues, que no siendo válida la certificación, tampoco puede ser meritoria para la adjudicación de los renglones a los que participó. No podemos conceder la responsabilidad al Notario por la falta de la firma, ya que es un deber del proponente conocer sus derechos de conformidad a la ley, tema que ha sido reconocido por esta colegiatura mediante Resolución No. 178-Pleno/TACP de 22 de noviembre de 2017.



En lo que se refiere al tema de las certificaciones, la postura de la comisión verificadora sostiene que el proponente presentó certificación API del fabricante Smitty's Supply, Inc. más no adjuntó las certificaciones API para el fabricante PREMIUM OIL, S.A. en su propuesta económica. Sobre dicho tema la accionante sostiene que, los aceites Premium Oil, S.A. son elaborados y suministrados por Smitty's Supply, Inc. bajo la marca Premium Oil. Ahora bien, sobre ese particular, consideramos que la recurrente debió colocar el nombre de la empresa fabricante en el rubro de casa productora, ya que, de conformidad a lo señalado en la certificación del fabricante, son ellos (Smitty's Supply, Inc.) los productores de unos de los lubricantes de la accionante, por esa razón debió dejarse sentado en la propuesta tal situación. Pues, al ser el fabricante la empresa supra citada, mal puede decirse que la empresa PREMIUM OIL es la casa productora, toda vez que con la prueba debatida se confirma lo contrario. En base a eso, apoyamos el criterio sostenido por la comisión verificadora y por la entidad.

En cuanto a la empresa **AIMSA CORP.** El aviso de operación aportado carece de la firma del tramitante, circunstancia que hemos indicado le resta validez al documento.

Sobre esta consideración nos remitimos al contenido de la Ley N°2 de 5 de febrero de 2013 que reforma disposiciones de la Ley 5 de 2007 y la Ley 55 de 1973, relativas al proceso de apertura de empresas y a la regulación especial de empresas cuya actividad principal sea el expendio de bebidas alcohólicas.

Artículo 2. El artículo 3 de la Ley 5 de 2007 queda así:

Artículo 3. Validez del Aviso de Operación. El aviso de Operación constituye una declaración jurada de carácter obligatorio e indispensable para que las actividades comerciales o industriales puedan iniciar, el cual una vez confirmado por el Sistema PanamaEmprende se convierte en un documento público, con plena validez jurídica para todos los efectos.

...

La falta de impresión y/o firma del Aviso de Operación por parte del declarante constituye una infracción que se sancionará de acuerdo a lo previsto por el artículo 18.

...

De hecho, según el referido artículo 18 reformado por la Ley 2 de 2013, esta inobservancia constituye una infracción al ejercicio del comercio.

La disposición legal a la que hemos aludido, se denomina (Validez del Aviso de Operación), con lo cual debe entenderse que su contenido guarda relación con aquellos elementos que deben cumplirse para que el aviso de operación, definido como una declaración jurada, sea idóneo para cumplir su función en el escenario en el que debe presentarse.

71 B



Comprendemos que el sistema "PanamaEmprende" es la herramienta a través de la cual obtenemos y validamos la información; sin embargo, debe ponderarse que, si el documento ha de ser presentado para su valoración en un proceso, en este caso, acto de selección de contratista, la lógica indica que este debe cumplir con los requisitos mínimos de un documento público que tendrá validez jurídica para todos los efectos legales, por tanto, no cumple.

Por otro lado, coincidimos con la comisión verificadora del presente acto de selección de contratista, en el sentido de que no presentó la certificación de distribuidor autorizado de la empresa Lubriska, siendo que la misma aparece identificada en la propuesta como la casa productora de la marca Gulf; por tanto, debió aportar la certificación en referencia de conformidad al punto No. 7 de otros requisitos del pliego de cargos, lo que evidencia el incumplimiento en las exigencias de los términos de referencia del acto público No. 2017-1-27-0-99-LM-001687.

Siguiendo con el análisis de la siguiente propuesta, es decir, **DURALLANTAS, S.A.** se percibe que la certificación de distribuidor autorizado para la marca SONAR, no cuenta con las legalizaciones de ley. Pues la que fue aportada data del año 2013, lo que significa que incumple con el requisito de certificación de distribución autorizada de los dos (2) últimos años. Por otro lado, a pesar de que es un hecho notorio el rompimiento de relaciones diplomáticas entre la República de Panamá y Taiwán, no vemos aportada la certificación de una nación amiga ni la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores en que conste que el lugar de donde proviene el documento no hay funcionario consular o diplomático de Panamá, de conformidad al contenido del artículo 877 del Código Judicial. En razón de lo anterior, no debe gozar de la adjudicación de los renglones en el que participó con la marca de las llantas Sonar, es decir, los renglones 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 39, 41, 45, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 68, 69, 79, 81, 85, 89, 90, 110, 111, 113, 114, 115, 120, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 187, 188, 189, 190, 191, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 209, 211, 216, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 232, 233, 253, 254, 259, 281, 284, 285, 290 y 301, por las argumentaciones sostenidas en las líneas que preceden.

En el caso de la empresa **AUTO CENTRO, S.A.** cumple con todos los requerimientos del pliego de cargos, como lo es las certificaciones de paz y salvo, las de distribuidor autorizados, del Registro Público, declaración jurada sobre medidas de retorsión, aviso de operación, formulario de propuestas y las especificaciones técnicas de los objetos contractuales ofertados.

Siguiendo con el análisis de las propuestas, es la oportunidad de la empresa **IMPORTADORA DE BATERÍAS, S.A.** la misma cumple a cabalidad con los términos de referencia, al presentar la propuesta el día oportuno; cumpliendo así con la

✓



existencia del proponente, el cual fue satisfecho con la certificación del Registro Público. También se encontraba paz y salvo con la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas y la Caja de Seguro Social al momento de presentar su oferta. Se logró comprobar la aportación de la declaración jurada sobre medidas de retorsión conforme a la ley vigente (Ley No. 48 de 2016), catálogos del producto ofrecido, copia de cédula del representante legal, listado con dirección y horario de atención de los talleres autorizados, patente de marca que certifica que el proponente es el dueño de la misma, entre otros.

PRODUCTOS SUPERIORES, S.A. Las certificaciones de normas de calidad de los neumáticos no tienen las legalizaciones de ley; por tanto, no pueden ser valorados como prueba de conformidad al contenido del artículo 877 del Código Judicial y el pliego de cargos. Ello significa que no puede gozar de la adjudicación que le fue proporcionada por la Dirección General de Contrataciones Públicas, al no cumplir a cabalidad con las consideraciones de ley y los términos de referencia.

DECO AUTO, S.A. Cumple con los requisitos del pliego de cargos, tales como el aviso de operación, certificado de existencia, paz y salvos del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Caja de Seguro Social, las autenticaciones de ley y del pliego de cargos, formulario de propuesta, declaración jurada sobre medidas de retorsión, entre otros.

MOTOPARTES MPH, S.A. Cumple con las normas de calidad, las certificaciones de distribuidor autorizado, paz y salvo de la Caja de Seguro Social y de la Dirección General de Ingresos, así como el resto de las condiciones generales y específicas de los términos de referencia.

LUBRICANTES Y QUÍMICOS, S.A. Esta empresa no cumple con las especificaciones del producto, ya que si bien esta traducida al español, no cuenta con las legalizaciones que señalan en Código Judicial ni el pliego de cargos.

TAMBOR, S.A. al verificar su propuesta apreciamos que la declaración jurada sobre medidas de retorsión no mantiene el contenido que se encuentra plasmado en la Ley No. 48 de 2016, como es la incorporación en la declaración que la persona natural o jurídica no es una persona incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se le aplican medidas de retorsión.

Cabe destacar, que la ley No. 48 de 2016 sostiene que aquella persona natural o jurídica, de derecho público o de otra índole, que omita presentar la declaración jurada descrita en el artículo 12, no tendrá derecho a ser favorecida con la adjudicación del acto público de selección de contratista en el que participe.

SA



Bajo esa concepción, no podemos adjudicar los renglones en la que participó, precisamente por incumplir con un elemento de obligatorio cumplimiento, como lo es la presentación de la declaración jurada sobre medidas de retorsión distinta a la contenida en el numeral No. 12 de la Ley No. 48 de 2016.

De igual forma, la certificación ISO, que son normas de calidad la presentó a través de una declaración jurada, cuando el pliego requiere la presentación de la propia certificación, siendo una prueba tasada que debió ser aportada en la forma en que fue exigida y no en la forma en que se aportó.

RECONSTRUCTORA EN FRÍO, S.A., (RENFRIO). Cumple con las disposiciones de ley, el pliego de cargos y los términos de referencia, pues, ha comprobado la existencia del proponente con el certificado del Registro Público, ha demostrado cumplir con el tesoro nacional y con la Caja de Seguro Social. Medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 2016, certificación de distribuidor autorizado, formulario de propuesta, lista de agencias con el horario de atención, entre otros.

PARTS TRADING PANAMÁ INC. cumple a cabalidad con cada uno de los requisitos de los términos de referencia, tales como certificaciones de paz y salvo de la Caja de Seguro Social, declaración jurada sobre medidas de retorsión, formulario de propuesta, certificaciones de distribuidores autorizados de los objetos contractuales ofrecidos, copia de cédula de identidad personal del representante legal, aviso de operación cuya actividades son idóneas, toda vez que su propuesta es de baterías y el aviso de operación mantiene entre sus actividades la venta de baterías y artículos relacionados.

Por último, recae la evaluación sobre la empresa **CONSORCIO GRUPO CORSE-PDS**. Analizada la propuesta, no apreciamos el paz y salvo de la Caja de Seguro Social de la empresa **PANAMEÑA DE SUMINISTROS, S.A.**, quien forma parte del consorcio bajo examen. Este incumplimiento va en detrimento del punto No. 5, inciso b del Capítulo II que se refiere a las condiciones especiales del pliego de cargos electrónico, y que exige a cada miembro del consorcio presentar el paz y salvo de la Caja de Seguro Social, tema que ha sido objeto de análisis en anteriores decisiones, concluyendo en la obligatoriedad de presentar el documento en mención para participar de un procedimiento de selección de contratista, para determinar si los integrantes del consorcio se encuentran cumpliendo con las disposiciones de seguridad social patrio.

Es por los razonamientos arriba expuestos, mismos que fueron producto del escrutinio de las piezas procesales que reposan en el expediente y que fueron confrontados con los hechos alegados por la licenciada SANDRA PAGES CHEVASCO, apoderada especial de la empresa PREMIUM OIL, S.A., que esta judicatura considera

SA



que la Resolución N° DGCP-DS-083-2017 de 28 de diciembre de 2017, dictada por la Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.), debe ser modificada en algunos puntos y confirmada en otros.

Por lo anterior, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades, legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la Resolución DGCP-DS-083-2017 de 28 de diciembre de 2017, proferida por la Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.) mediante la cual se adjudicó los renglones del acto público N°2017-1-27-0-99-LM-001687 (Convenio Marco), **para el suministro llantas, lubricantes y baterías**, a las propuestas presentadas por las empresas: **DURALLANTAS, S.A., AUTO CENTRO, S.A., IMPORTADORA DE BATERÍAS, S.A., PRODUCTOS SUPERIORES, S.A., DECOAUTO, S.A., MOTOPARTES MPH, S.A., LUBRICANTES Y QUÍMICOS, S.A., TAMBOR, S.A., RECONSTRUCTORA EN FRÍO, S.A., PARTS TRANDING PANAMÁ, INC., y CONSORCIO GRUPO CORSE-PDS**, en el sentido de: **REVOCAR** los renglones adjudicados a la empresa DURALLANTAS, S.A. consistente en los renglones 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 39, 41, 45, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 68, 69, 79, 81, 85, 89, 90, 110, 111, 113, 114, 115, 120, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 187, 188, 189, 190, 191, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 209, 211, 216, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 232, 233, 253, 254, 259, 281, 284, 285, 290 y 301 y **CONFIRMAR** en el resto de los renglones, e igualmente **REVOCAR** las adjudicaciones realizadas a las empresas PRODUCTOS SUPERIORES, S.A., LUBRICANTES Y QUÍMICOS, S.A., TAMBOR, S.A. y CONSORCIO CORSE PDS GROUP, por las razones fundamentadas en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO los renglones 1, 5, 65, 175, 183, 191, 201 y 209, por no recaer propuestas sobre ellos.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la Resolución No. DGCP-DS-083-2017 de 28 de diciembre de 2017, proferida por la Dirección General de Contrataciones Públicas.

CUARTO: ORDENAR la devolución a la consignante la fianza No. 072-001-0000026625-000000, fechada 5 de enero de 2018, emitida por Cía Internacional de Seguros, S.A., por un límite máximo de responsabilidad de Dos Mil Doscientos Cincuenta Balboas con 00/100 (B/. 2,250.00), a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Pública y como beneficiarios la Dirección General de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República.

QUINTO: DEVOLVER el expediente Administrativo del acto público N°2017-1-27-0-99-LM-001687, a la **DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS**

[Handwritten signature]

(D.G.C.P.), contentivo de seis (6) tomos integrado por seis mil seiscientos doce (6,612) fojas útiles.

SEXTO: NOTIFICAR a las partes de la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema electrónico "PanamaCompra", del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) día hábil posterior a su presentación en el portal.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°003-2018/TACP de 2018, previa anotación en el registro respectivo.

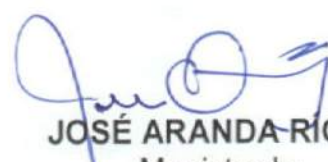
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 2, numeral 18 y 33, artículo 39, 46, 120, 129 y 130 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006; Artículos 318 y s.s. del Decreto Ejecutivo N°366 del 28 de diciembre de 2006.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

Voto concurrente


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

VOTO EXPLICATIVO.


ALBERTO C. VÁSQUEZ. R.

Secretario General





República de Panamá
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 003-2018

Recurrente: PREMIUM OIL, S.A.

Resolución N°0123-2018/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión).

Respaldo y concurro con la parte dispositiva que se dicta en la presente Resolución N°0123-2018/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión), sin embargo, con el respeto acostumbrado, disiento de dos aspectos que se destacan en la parte motiva de la misma, por las razones siguientes:

1. Firma de los testigos en el sello notarial:

Al aludir a los incumplimientos que presenta la propuesta de la empresa PREMIUM OIL, S.A., se censura la declaración de medidas de retorsión, debido a que el sello de autenticación ante notario público, no cuenta con las firmas de dos testigos, según la formalidad exigida por el artículo 1730 del Código Civil, norma que señala:

"Artículo 1730. Harán fe las atestaciones que ante dos testigos hagan los Notarios al pie de documento privado (la negrita es nuestra).

Sin embargo, tal como he venido reiterando en otras decisiones, no podemos perder de vista que la Notaría Pública que estampó el sello que contiene además del espacio para la firma del notario, dos más para la firma de dos testigos, es el ente que incurre en error y no la empresa proponente, por tratarse de la prestación de un servicio público

Así, el error en que incurrió el notario público, al suscribir el sello de autenticación sin la firma de los dos testigos, tal cual lo exige el mencionado artículo 1730 del Código Civil, no puede trasladarse al recurrente y por ende sufrir el perjuicio de que de descalificación de su propuesta, cuando los principios del derecho administrativo indican que la función pública se debe ejercer dentro el marco de los principios de legalidad, calidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad, garantizando una tutela administrativa efectiva a los administrados. Es decir, los errores de la administración no pueden acarrear perjuicios a los administrados, y en caso que ello ocurriera, el ente administrativo investido de jurisdicción y competencia debe otorgar tutela efectiva a los administrados.

21



Al respecto, insistimos en que debemos tener presente que los notarios públicos desempeñan una función pública: la de dar fe pública. De modo que los notarios están investidos por el Estado de una función pública, tal como lo advierte el artículo 1727 del Código Civil

Artículo 1727. En el Notario deposita la Ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar, y su confianza respecto de los documentos que ponen bajo la custodia del mismo Notario. Correspondiéndole, en consecuencia, hacer constar las fechas de tales actos y contratos, los nombres de las personas que en ellos intervinieron, y la especie, naturaleza y circunstancia de los mismos actos y contratos. Correspondiéndole igualmente la vigilante guarda de todos los instrumentos que ante él pasen y de las piezas y diligencias, que, por precepto de la ley u orden del Tribunal, se manden insertar en los protocolos de las Notarías, o que sean custodiados en la misma Notaría (lo subrayado es nuestro).

En consecuencia, dado que la función notarial reviste la característica de función pública encomendada y atribuida por el Estado, no comparto la censura que se hace a la Declaración Jurada sobre Medidas de Retorsión, debido a que se trata de un error en que incurrió una persona investida de función pública, error que no puede atribuirse al usuario del servicio público notarial, en este caso a la empresa recurrente.

En esa misma línea de pensamiento, tampoco puede responsabilizarse al usuario del servicio público notarial de los errores en que incurra una notaría pública, cuando el mismo no interviene en las reglas establecidas por los notarios al momento de autenticar documentos. Quiere decirse que los errores de la Administración y en general de quien ejerce una función pública, no son imputables al administrado. El administrado deposita o tiene confianza en las actuaciones de la Administración y de quienes ejercen la función pública; y esa confianza debe ser tutelada y respetada por la propia Administración o por los organismos de control de los actos administrativos, tal es el caso de este Tribunal. Una actuación contraria conllevaría también a la violación del principio de confianza legítima del administrado en las actuaciones de la Administración o de quien desempeñe una función pública.

Esta Corporación ha señalado con toda claridad en sus decisiones que las entidades no pueden incurrir en exagerados formalismos, y menos trasladar las fallas del propio servicio público al administrado, puesto que se observa a todas luces que no se podía demandar del recurrente un comportamiento diferente al depositar su confianza en el servicio público que le prestó la notaría pública a la que acudió. Por tanto, la decisión de mayoría que no compartimos resulta contraria a la postura que ha tenido esta Instancia de Tutela Administrativa.



A propósito, resulta oportuno citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de agosto de 2015, bajo la Ponencia del magistrado Abel Zamorano, en virtud de la cual se ordenó la corrección de un poder debido a que faltaba en el sello de autenticación de firmas suscrito por el notario público, la firma de los testigos. Veamos:

“Por otra parte, en atención al segundo cargo de oposición se observa que el poder otorgado a la licenciada Ledezma ante la Notaria Pública Segunda del Circuito de Coclé, se realizó sin la presencia de los testigos según consta a fojas 167-168, tal como lo exige el artículo 1730 del Código Civil que señala: *“Harán fe las atestaciones que ante dos testigos hagan notarios al pie de documento privado”*. La falta de estos testigos implica que el poder fue otorgado sin cumplir los requisitos de Ley, y en consecuencia debe ser corregido, por lo cual lo procedente es devolverlo a través de un despacho para que en el término de cinco (5) días, el Consejo Municipal de Aguadulce corrija el error antes indicado”.

Como podemos apreciar, la Corte Suprema de Justicia ordenó corregir un “Poder Especial”, por carecer de la solemnidad correspondiente que señala la ley, utilizando como fundamento jurídico el artículo 1730 del Código Civil, con lo cual la más alta Corporación de Justicia de nuestro país dio la oportunidad al recurrente de corregir el poder en lugar de causarle perjuicios por un error en que incurrió la Notaria Pública Segunda del Circuito de Coclé.

Una actuación distinta de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de no admitir la demanda por el error en que incurrió la notaría al no encontrarse en el sello de autenticación de firma suscrito por el notario, las firmas de los testigos, hubiese representado una falta de tutela. Dicho de otro modo, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en particular el derecho de acceso a la justicia, que se deriva de aquel.

En todo caso, correspondía a la entidad recurrida dar la oportunidad al recurrente para que se corrigiera el sello de autenticación de firmas, a fin de que la Notaría Pública perfeccionara su actuación pública en observancia del artículo 1730 del Código Civil, para lo cual debió valerse del artículo 76 de la Ley 38 de 2000, sobre el procedimiento administrativo general, aplicable supletoriamente a los procesos de contrataciones públicas, en virtud del artículo 3 de la Ley 22 de 2006.

En efecto, el artículo 76 de la Ley 38 de 2000, sobre el procedimiento administrativo general, claramente determina que *“si la solicitud adolece de algún defecto o el interesado ha omitido algún documento exigido por la Ley o los reglamentos, el funcionario así lo hará constar, y le concederá un plazo de ocho días para subsanar la omisión; una vez transcurrido dicho plazo, devolverá al*

31



reglamentos, el funcionario así lo hará constar, y le concederá un plazo de ocho días para subsanar la omisión; una vez transcurrido dicho plazo, devolverá al petionario la solicitud, sin perjuicio de lo que dispone el artículo sobre caducidad de la instancia”.

Téngase en cuenta, además, que el pliego de cargos estableció como subsanable la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión, circunstancia. Habiendo sido aportada dicha declaración, la entidad quedaba obligada a ordenar la subsanación en la medida que el error en el sello de autenticación de firmas provenía de la Notaría Pública correspondiente.

2. Firma de la copia del Aviso de Operación:

Por otra parte, referente a la propuesta de la empresa AIMSA CORP, entre los incumplimientos que se le señalan, se incluyó la falta de firma de la copia del Aviso de Operación, censura que tampoco comparto, puesto que las normas de la Ley 5 de 2007 que regulan al Aviso de Operación, en especial sus artículos 3 y 18, modificado por la Ley 2 de 2013, no pueden interpretarse aisladamente del artículo 1 de la misma Ley 5 de 2007, en virtud del principio de interpretación de unidad de todo el ordenamiento jurídico.

La exigencia de que la copia del Aviso de Operaciones que aportan los proponentes con su propuesta esté firmada por el representante legal de la empresa, no encuentra sustento legal en nuestra opinión. Debemos reiterar nuestra posición en el sentido que, el artículo 1 de la Ley 5 de 2007 no exige que cada vez que se presente una copia del aviso de operación, el mismo deba estar firmado por el representante legal.

Nótese que el último párrafo de la norma legal enunciada señala que: **“Una vez culminado el proceso de Aviso de Operación, el declarante deberá imprimir la confirmación que le emita el Sistema, firmarla y mantenerla en todo momento en el establecimiento. La Autoridad Pública Competente podrá exigir en toda inspección ver dicha confirmación firmada”.**

Por tanto, lo que exige la norma legal es que se firme la confirmación de haber culminado el proceso de Aviso de Operación y mantener dicha confirmación debidamente firmada en el establecimiento comercial; y no que se firme cada vez que se imprime un comprobante del Aviso de Operación para entregarlo a alguna entidad pública, que, además, tiene la posibilidad de verificar su autenticidad debido a que se trata de un documento en poder de registros de la Administración Pública.

una infracción al ejercicio del comercio, pero esto respecto al deber que tiene el declarante de imprimir la confirmación que le emita el Sistema, firmarla y mantenerla en todo momento en el establecimiento.

La Ley de Contrataciones Públicas ni los pliegos de cargos, exigen que la copia digital que se aporte del aviso de operación deba estar firmada. Recuerde que se trata de información pública en poder de registros del Estado que puede ser confirmada por la entidad contratante.

Obsérvese lo dispuesto El artículo 3 de la Ley 5 de 2007, modificado por el artículo 2 de la Ley 2 de 2013:

Artículo 3. Validez del Aviso de Operación. El Aviso de Operación constituye una declaración jurada de carácter obligatorio e indispensable para que las actividades comerciales o industriales puedan iniciar, el cual una vez confirmado por el Sistema PANAMAEMPRENDE se convierte en un documento público, con plena validez jurídica para todos los efectos legales.

Toda la información del Aviso de Operación que repose en el Sistema PANAMAEMPRENDE se presume cierta y tendrá plena validez jurídica para todos los efectos legales.

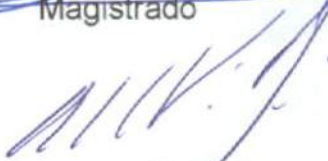
La falta de impresión y/o firma del Aviso de Operación por parte del declarante constituye una infracción que se sancionará de acuerdo con lo previsto por el artículo 18.

Las certificaciones para acreditar la existencia de un Aviso de Operación se emitirán de manera electrónica, por lo que el usuario y las autoridades públicas competentes deberán acceder al Sistema para verificar esta información.

Por tanto, requerir la firma del representante legal de la empresa en tales casos deviene en exigir una formalidad no prevista por el ordenamiento jurídico, lo que conlleva a la vulneración del principio del debido proceso.

Ahora bien, dado que ambas empresas proponentes evidencian otros incumplimientos, se respalda la decisión de la Resolución referida, siendo las razones expuestas las que me llevan a emitir un voto concurrente.


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

