



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.

015-2017

RECORRENTE:

CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.

ACTO IMPUGNADO:

Resolución No.C-17-2017 de 19 de enero de 2017, por medio de la cual se adjudicó el acto público de selección de contratista de Licitación por Mejor Valor No.2016-5-76-0-08-LV-010083, emitida por la ALCALDÍA DE PANAMÁ.

MAGISTRADO PONENTE:

JOSÉ ARANDA RÍOS

CONTRAPROYECTA MAGISTRADO:

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN No.145-2018-Pleno/TACP de 26 de julio de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El procedimiento de selección de contratista que atendemos, en virtud del recurso de impugnación promovido, surgió antes de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 2017 que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, por lo que debemos observar lo dispuesto en el artículo 100 de la aludida excerta legal, en el sentido que *“a los procedimientos de selección de contratistas o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento”*.

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, creó en su artículo 120 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia de los recursos de impugnación en contra de las resoluciones u otro acto administrativo que adjudique o declare desierto un acto de selección de contratista o por una resolución u otro acto administrativo en el que se rechazan las propuestas, en el que se consideren que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias.

I. ANTECEDENTES.

El 15 de diciembre de 2016, la ALCALDÍA DE PANAMÁ celebró el acto público de selección de contratista de Licitación por Mejor Valor No.2016-5-76-0-08-LV-010083, para el *“SUMINISTRO, INSTALACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE UNA SOLUCIÓN DE RED LAN, WLAN, BACKBONE DE FIBRA, INFRAESTRUCTURA Y SOPORTE DE 12 MESES PARA EL MUNICIPIO DE PANAMÁ”* (sic), con precio de referencia de SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE BALBOAS CON 00/100 (B/.662,769.00).

Al acto público se presentaron las propuestas que a continuación se detallan:

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
998-470-112423-60	Electronica Comercial S.A.	16-12-2016 02:53 p.m.	596,492.10
747455-1-479237-48	CQTech Trading Corp	16-12-2016 02:16 p.m.	596,492.10
46004-187-302083-96	Cable & Wireless Panama, s a	16-12-2016 02:00 p.m.	596,492.10
860-537-101447-09	Tecnologia Aplicada, S.A.	16-12-2016 02:38 p.m.	696,626.21

798



En el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, la entidad publicó el Informe de Evaluación de las propuestas el 10 de enero de 2017, y el 24 de enero de 2017 publicó la Resolución No.C-17-2017 de 19 de enero de 2017, a través de la cual se adjudicó el acto público en estudio, pronunciamiento que el 31 de enero de 2017 fue objeto de RECURSO DE IMPUGNACIÓN ante este Tribunal, por la licenciada Silka Aracely Correa Figueroa, apoderada especial de la recurrente CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Prevía verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, el Tribunal procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo a través de la Resolución No.029-Pleno/TACP de 23 de febrero de 2017 (Admisión), publicada en el sistema electrónico *PanamaCompra* el 14 de marzo de 2017.

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

A criterio de la parte actora, la propuesta de la empresa ELECTRÓNICA COMERCIAL, S.A. (ECOMSA) no debió ser favorecida con la adjudicación del acto público debido a que, según señaló, la Comisión Evaluadora valoró erróneamente la referencia bancaria, otorgándole el puntaje máximo correspondiente al criterio de capacidad financiera.

En relación a lo anterior, adujo que antes de la celebración del procedimiento de desempate entre las propuestas de CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A. y ELECTRÓNICA COMERCIAL, S.A. (ECOMSA), ambas ponderadas con 100 puntos por la Comisión Evaluadora, la recurrente interpuso acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), sin embargo, estando en espera del pronunciamiento de la DGCP, sobre la admisión de la acción interpuesta, se llevó a cabo el desempate y adjudicación del acto público.

Por último, la actora cuestionó la supuesta falta de motivación del Informe de la Comisión Evaluadora, señalando que sus integrantes no sustentaron cómo la propuesta de ECOMSA obtuvo el puntaje máximo en la capacidad financiera, sin aportar la documentación exigida en el pliego de cargos, lo cual consideró infringe los principios de transparencia, debido proceso, responsabilidad y buena fe.

Consecuentemente, la recurrente solicitó a este Tribunal revocar la resolución impugnada y adjudicar el acto público de selección de contratista de Licitación por Mejor Valor No.2016-5-76-0-08-LV-010083, a la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.

IV. ALEGACIONES DE TERCERO EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

Dentro del término establecido para ello, la empresa adjudicataria del acto público que nos ocupa, ELECTRÓNICA COMERCIAL, S.A. (ECOMSA), a través de su apoderado especial licenciado Eric Alexis Trejos, compareció como tercero en interés particular, mediante escrito de alegaciones visible de foja 067 a 071 del expediente jurídico, en el que medularmente señaló que la propuesta de ECOMSA es merecedora de la adjudicación por cuanto entre las cartas de referencia bancaria aportadas, a foja 1,064 del expediente administrativo reposa carta expedida por el Banco General, con la cual cumple y supera lo requerido por la entidad en el pliego de cargos.

Respecto a lo argumentado por CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., la adjudicataria ELECTRÓNICA COMERCIAL, S.A. (ECOMSA), sostuvo que a foja 1,036 del expediente administrativo se observan las especificaciones técnicas y, en cada renglón, la Comisión Verificadora colocó el número de foja donde se encuentra la información que sustenta el

81



cumplimiento de dicha especificación, por lo que estima que la Comisión cumplió con la motivación del informe.

En consecuencia, solicitó a este Tribunal negar las pretensiones de la impugnante.

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

La Alcaldía de Panamá mediante Nota No.653/DS/2017 de 16 de marzo de 2017, suscrita por el Alcalde del Distrito de Panamá (visible a foja 060 del expediente jurídico), solicitó prórroga para la remisión del informe de conducta y el expediente administrativo, en atención al numeral 2 del artículo 130 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, concedida a través de la Resolución No.018-2017-TACP de 17 de marzo de 2017 (Prórroga) y cuyo término otorgado concluyó el 31 de marzo de 2017.

Según constancia de verificación de expediente que reposa a foja 083 del expediente jurídico, el 30 de marzo de 2017, la entidad remitió el expediente administrativo, sin embargo, fue devuelto con una serie de observaciones, por lo que a través de la Nota No.050-2017-DC, visible a foja 084 del expediente jurídico, fueron remitidos nuevamente y recibidos en la Secretaría de este Tribunal el 31 de marzo de 2017.

En el informe de conducta (visible de foja 085 a 093 del expediente jurídico), la entidad defendió lo actuado por la Comisión Evaluadora, indicando que siendo presencial la propuesta de la empresa ELECTRÓNICA COMERCIAL, S.A. (ECOMSA), fue publicada por personal de la entidad, sin embargo, por error publicaron dos (2) veces la carta de referencia de Banvivienda (foja 1,063 del expediente administrativo), omitiendo publicar la carta expedida por Banco General (foja 1,064 del expediente administrativo), la cual a criterio de la Comisión cumple los criterios de capacidad financiera del pliego de cargos, razón por la que le asignó los diez (10) puntos.

Respecto a la supuesta falta de motivación del informe de la comisión, la entidad licitante señaló que en el informe se estableció que la empresa TECNOLOGÍA APLICADA, S.A. (TECNASA), no aportó fichas técnicas que acreditaran el cumplimiento de las especificaciones, ante ello sostuvo que la comisión sí motivó su informe y añadió que en el expediente administrativo reposan anotaciones relacionadas a la verificación técnica de las propuestas.

En consecuencia, la Alcaldía de Panamá solicitó a este Tribunal desestimar el recurso de impugnación promovido por la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A. y confirmar lo actuado por dicha entidad.

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Iniciamos nuestro análisis señalando que el acto público adjudicado es una Licitación por Mejor Valor, consagrado en el artículo 43 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 48 de 2011, el cual establece que *es el procedimiento de selección de contratista en el cual el precio no es el factor determinante, y se podrá realizar cuando los bienes, las obras o los servicios que van a ser contratados tienen un alto nivel de complejidad y el monto de la contratación es superior a los treinta mil balboas (B/.30,000.00). En este procedimiento se ponderarán los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros ofertados por los proponentes, y se adjudicará al proponente que obtenga el mayor puntaje en la metodología de ponderación especificada en el pliego de cargos, siempre que este cumpla con los requisitos mínimos obligatorios exigidos en el pliego de cargos.*

21

48



Ahora bien, debido a la obligación que tiene el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de motivar posturas y enfoque de las diversas situaciones de índole jurídico, nos corresponde analizar cada una de las piezas procesales que se encuentran en el expediente administrativo y en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, en contraste con los argumentos esgrimidos por la recurrente, el tercero en interés particular y la entidad contratante, a fin de resolver la presente encuesta jurídica.

A la luz del Principio de Economía, contemplado como uno de los pilares de la Contratación Pública, en el artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, el Estado tiene el deber de implementar las medidas que aseguren en todo acto de selección de contratista, el mayor beneficio y plena justicia en la celebración del mismo, por tales motivos tiene que adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten.

Por su parte, el Principio de Transparencia, consagrado en el artículo 18 del referido Texto Único, indica en su numeral 5, que 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.

Como quedó expuesto, la parte actora señaló que las cartas de referencia bancaria aportadas por la empresa ELECTRÓNICA COMERCIAL, S.A. (ECOMSA), no cumplen a cabalidad los criterios establecidos en el pliego de cargos, por tanto alega que la Comisión Evaluadora no debió ponderarla con el puntaje máximo en la capacidad financiera; mientras que la adjudicataria sostuvo que aportó lo requerido y por tanto se hizo merecedora de los diez (10) puntos establecidos en los criterios de ponderación del pliego.

Ahora, bien este Tribunal antes de verificar el cumplimiento de los requisitos obligatorios, por parte de las cuatro (4) propuestas participantes, observa que el acto público de selección de contratista No.2016-5-76-0-08-LV-010083, objeto del presente estudio, tuvo su génesis mediante convocatoria realizada el 1 de noviembre de 2016, según consta en *PanamaCompra*, y en el pliego de cargos se exigió aportar la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión bajo el amparo del artículo 5 de la Ley 58 de 2002, norma que había sido subrogada por el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial 28147-B de 26 de octubre de 2016, es decir la entidad erró al citar la norma legal que regula la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, vigente al tiempo de la publicación del pliego de cargos.

Este Tribunal ha venido reiterando que la presentación de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión que no esté acorde con el contenido del artículo 12 de la Ley 48 de 2016, representa un incumplimiento que no permite la adjudicación del acto público de selección de contratista, a pesar que el error de exigir tal documento bajo el amparo de una norma subrogada (5 de la Ley 58 de 2002) haya provenido de la entidad contratante.

No obstante, en apego al principio de confianza legítima en la Administración, en virtud del cual no se puede castigar a los administrados por errores inducidos o creados por la propia Administración Pública, no puede responsabilizarse a los administrados por los errores en que incurra la Administración, representada por una entidad pública concreta o un servidor público determinado, porque se presume que la Administración Pública y

51



los servidores públicos actúan de conformidad a la Ley y que todos los documentos que emanan de la Administración Pública son conformes al derecho vigente.

Por tanto, 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 en 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.

Empero, con relación a la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, hemos ponderado aquella perspectiva al considerar que la presentación de dicho documento acorde con la norma legal vigente resguarda un interés superior, por tal motivo nos referimos al interés de la Nación y del Estado, siendo esta la razón por la que previamente hemos descalificado a los proponentes que no la hayan aportado de acuerdo con lo normado por el artículo 12 de la Ley 48 de 2016, aun cuando la entidad contratante hubiese incurrido en el error de peticionarla sobre la base del artículo 5 de la Ley 58 de 2002.

Por lo anterior, luego de un exhaustivo análisis, arribamos a la conclusión que corresponde anular los pliegos de cargos que requirió la presentación de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión con el formato exigido por una norma legal subrogada, en lugar de descalificar a los proponentes e incluso a los adjudicatarios.

Dicha conclusión encuentra sustento precisamente en que no puede afectarse a los administrados por errores de la Administración, pero al mismo tiempo este Tribunal estaría salvaguardando el interés superior al que hemos hecho alusión, el interés nacional, tutelado por la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, aun cuando dentro del presente procedimiento de selección de contratista la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A. presentó la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión con fundamento en el artículo 12 Ley 48 de 2016.

Sobre la correcta presentación de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión por parte de la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., debemos resaltar que no podemos validarla, dado el error en que incurrió el pliego de cargos, porque iría en detrimento del principio de libre concurrencia o igualdad de trato a los proponentes, uno de los principios generales de la contratación pública, que implica entre otros aspectos: (i) que los pliegos de cargos deben establecer reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro; (ii) que esas reglas estén acorde con el ordenamiento jurídico vigente y aplicable al acto de selección de contratista, para que todos los posibles proponentes tengan certeza y seguridad de la normativa que regula el procedimiento de selección de contratista; (iii) que dichas reglas se apliquen por igual o de la misma manera a todos los proponentes. Este principio está destinado a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador del Estado, ejercido por las entidades públicas contratantes; y garantiza una sana competencia entre las empresas o potenciales proponentes.

Adicionalmente, no podemos perder de vista que **el artículo 13 de la Ley 48 de 2016**, que subroga la Ley 58 de 2002, que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá, y dicta otras disposiciones, **expone que la misma es de orden público**, por lo que su aplicación y

21



observancia debe primar frente a cualquier criterio de aplicación normativa que haya podido establecer este Tribunal Administrativo.

Aunado a ello, somos del criterio que por ser de orden público, tratándose de convocatoria de actos de selección de contratista antes de la vigencia de la Ley 48 de 2016, y la recepción de las propuestas tuviera lugar en fecha posterior a la vigencia de la aludida Ley 48 de 2016, la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión debía aportarse en observancia de la nueva Ley, aunque el pliego de cargos la hubiese pedido con fundamento en el artículo 5 de la Ley 58 de 2002.

El numeral 33 del artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, establece que "En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho". **(el subrayado es nuestro)**

La actuación realizada por la entidad contratante vulnera lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas e incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 135 del mismo cuerpo normativo:

"Artículo 135. 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 que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona".

(el subrayado es nuestro)

En virtud de las consideraciones señaladas, estima esta Colegiatura que lo procedente es anular el acto público de selección de contratista de Licitación por Mejor Valor No.2016-5-76-0-08-LV-010083, con fundamento en lo dispuesto en el literal d) del artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, vigente al momento de la convocatoria:

"El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a:

...

d) Anular lo actuado por la entidad contratante".

Respecto a la fianza de Recurso de Impugnación, considera este Tribunal que la actuación del recurrente no ha sido temeraria, por lo que se procederá con su devolución.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista de Licitación por Mejor Valor No.2016-5-76-0-08-LV-010083, celebrado por la ALCALDÍA DE PANAMÁ, para el **"SUMINISTRO, INSTALACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE UNA SOLUCIÓN DE RED LAN, WLAN, BACKBONE DE FIBRA, INFRAESTRUCTURA Y SOPORTE DE 12 MESES PARA EL MUNICIPIO DE PANAMÁ"** (sic), debido a que contiene requisito que contraviene la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, que establece Medidas de Retorsión.

34

SEGUNDO: ORDENAR la devolución a la actora, CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., de la Fianza de Impugnación No.072-001-000024785-000000 expedida por Cía. Internacional de Seguros, S.A., el 27 de enero de 2017, según la Diligencia de Consignación No.014-2017 de 31 de enero de 2017, que reposa a foja 041 del expediente jurídico.

TERCERO: DEVOLVER a la ALCALDÍA DE PANAMÁ, el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista, el cual está conformado por tres (3) tomos con un total de mil ciento sesenta (1,160) folios útiles, según informe secretarial visible a foja 098 del expediente jurídico.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación en el referido sistema.

QUINTO: 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.

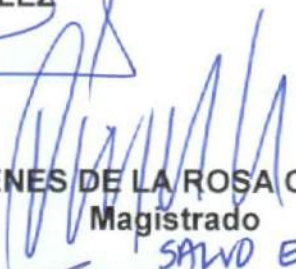
SEXTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 015-2017, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 2 numeral 33, 18, 19, 43, 103, 120, 129, 130, 133, 135 y 141 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011; artículos 90 s.s., 339, 340 s.s. y 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; artículos 12 y 13 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016 y artículo 100 de la Ley 61 de 2017.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSE ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado

CONCURRO EN EL VOTO.

SAVO EL VOTO


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N°C-17-2017 DE 19 DE ENERO DE 2017, EMITIDA POR EL MUNICIPIO DE PANAMÁ. EXP. 015-2017, RESOLUCION No. 145-2018/TACP DE 26 DE JULIO DE 2018 (Decisión)

Con el respeto acostumbrado manifestamos que nos adherimos a la declaratoria de nulidad del caso *sub lite*, no obstante, sobre el particular expresamos los siguientes puntos a efectos de motivar nuestra opinión; siguiendo el *iter* cronológico del procedimiento licitatorio al repasar los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos para el acto público de marras, nos encontramos con que la entidad licitante incluye y publica en el portal electrónico "Panamacompra" un modelo de formulario referente a "La declaración jurada de medidas de retorsión", la cual debía ser entregada por los proponentes con sus propuestas debidamente rubricadas. Cabe resaltar que una vez que los pliegos de cargos han cobrado publicidad, asumen una condición normativa o reglamentaria plena hasta el momento de la presentación de las ofertas y todas las propuestas presentadas debe encontrarse en estricta sujeción a lo dispuesto en el pliego de cargos. En razón de esto es que somos del criterio que la entidad licitante con el solo hecho de colocar en el pliego de cargos un modelo que no se encontraba de acuerdo a la legislación vigente; lo que acarrea dicha actuación de la entidad licitante es que los distintos proponentes salvo la empresa **CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A.**, incurrieran en un error al aportar dicho documento según lo preceptuado en el pliego de cargos, siendo esta situación a todas luces contrapuesto a los principios de buena fe, legalidad o juridicidad, aunado a que afecta otro principio reconocido por la jurisprudencia nacional: la confianza legítima. A pesar que la empresa recurrente cumple con todos los requisitos mínimos obligatorios se trastoca el principio de igualdad al crearse de alguna manera un desbalance entre los proponentes que participaron de la Licitación por Mejor Valor; puesto que éstos podrían haber tenido la oportunidad de presentar sus propuestas-ofertas de un modo diferente, al haber conocido, en su momento, que los modelos que se encontraban anexos al pliego de cargos no eran conformes a lo dispuesto en la Ley 48 de 26 de octubre del 2016; siendo esta la normativa a cumplir por las empresas proponentes. Como bien lo explica el profesor **DROMI** al señalar que "En esta etapa la administración no podrá modificar las condiciones que se tuvieron en cuenta al ofertar, siquiera en favor del adjudicatario, atento a que quebraría el principio de igualdad perjudicando a los otros oferentes que no resultaron adjudicatarios, como así tampoco en contra del adjudicatario en tanto ello vulneraría sus derechos subjetivos"¹.

Lo antes expresado trata de que la Administración observe una conducta imparcial frente a todos los proponentes, evitando que las distintas etapas de la actividad precontractual o contractual, puedan llegarse a crear beneficios en favor de uno de los concurrentes sin que los mismos beneficios estén en condiciones de ser alcanzados por los restantes *proponentes-ofertantes*; en tal sentido somos del

¹ DROMI, Roberto, "La Licitación Pública" Buenos Aires, 1995, p. 271

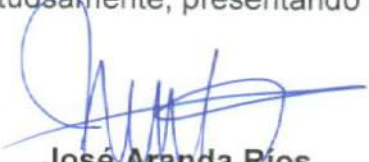
criterio que mal podríamos pasar por alto este error, ya que estaríamos creando una pseudo-certeza de situaciones jurídicas, como también podríamos propiciar fines contrarios a derecho. Es por esto que durante toda la sustanciación del procedimiento de selección de contratista debe conservarse un trato igualitario entre los *proponentes-oferentes* teniendo en cuenta la estricta observancia de la legalidad que es el sustento fundamental de la seguridad jurídica, salvaguardando la aplicación del ordenamiento que rige a este acto público (licitación pública); sin ningún tipo de discriminaciones que beneficien a unos en perjuicio de otros. Como puede verse, la juridicidad constituye un parámetro de validez para toda actuación de la administración pública, puesto que la entidad licitante corre con la responsabilidad durante esta etapa pre-contractual respecto de las posibles ambigüedades y equivocaciones a las que puedan con esta actuación inducir a los proponentes, mal podríamos de esta manera señalar o trasladar dicha responsabilidad a los proponentes, ni mucho menos imponerles criterios distintos.

En consecuencia a los efectos anulatorios del presente acto de selección de contratistas, no solo subyace la publicación de requisitos *contra legem*, o contrarios a los legales; sino también que la publicación de la declaración jurada de medidas de retorsión así dada, induce a error a los proponentes, situación que no puede ser salvada, ni convalidada con la presentación correcta de algunos de los proponentes, por crearse una especie de distorsión al momento de verificar los requisitos mínimos obligatorios, afectando la igualdad de condiciones de los proponentes ante la ausencia de reglas justas claras y equitativas. Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, se enmarcan dentro de los criterios dispuestos por la legislación sobre Contrataciones Públicas, en cuanto al cumplimiento de los parámetros establecidos para la estructuración de los pliegos de cargos, de acuerdo al artículo 25 de la Ley 22 de 2006:

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

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

Dentro del marco conceptual expuesto, es que comparto la parte resolutive de la decisión jurisdiccional, respetuosamente, presentando mi voto concurrente.


José Aranda Ríos
Magistrado


Alberto C. Vásquez R.
Secretario General



Fecha ut supra.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, DENTRO DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL LICENCIADO ROBERTO MENDOZA, APODERADO DE LA EMPRESA CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N°C-17-2017 DE 19 DE ENERO DE 2017.

En atención a la facultad que me otorga el artículo 115 del Código Judicial, hago de su conocimiento mi disentir con lo resuelto en la parte motiva y resolutive por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N°145-2018 de 26 de julio de 2018, decidieron ANULAR el procedimiento de selección de contratista N°2016-5-76-0-08-LV-010083 celebrado por el Municipio de Panamá. Sustento mi salvamento de voto en lo siguiente:

En primer lugar, debo indicar que a mi criterio no procede anular el acto de selección de contratista, por el contrario, era necesario entrar a analizar el fondo y tomar una decisión según correspondía en derecho hacerlo, luego del escrutinio de cada una de las propuestas. Tal como se desprende de las constancias procesales, se presentaron al acto público cuatro empresas, de las cuales se advirtió como denominador común, errores en dos de los requisitos obligatorios, siendo estos la declaración jurada sobre medidas de retorsión y la acreditación del vínculo jurídico entre las empresas y los profesionales idóneos a cargo de la ejecución del objeto contractual, que guarda relación directa con el renglón 8 del pliego de cargos.

Es aquí donde entramos a sustentar por qué no concordamos con las apreciaciones de la resolución de decisión respecto del tema de las medidas de retorsión. Es una realidad el hecho que, tanto el pliego de cargos como el modelo sugerido por la Alcaldía del Distrito de Panamá están desactualizados respecto de la Ley que invocan como fundamento legal para su contenido. Ello en virtud que, para la fecha en que nace el acto de selección de contratista que nos ocupa, ya se encontraba vigente la Ley N°48 de 26 de octubre de 2016 que subrogó la Ley N°58 de 2002; por lo que, en efecto, debe entenderse que tanto el renglón #7 como el modelo de declaración jurada están desactualizados. Ahora bien, el asunto es determinar hasta qué punto tal error tiene la suficiente entidad como para generar un vicio de tal magnitud que dé lugar a la anulación del procedimiento de selección de contratista. La respuesta la encontramos en el derecho común, a través del cual podemos resolver todas aquellas disyuntivas que se presentan en el ejercicio de la interpretación y aplicación del derecho sea de la rama que fuere y que a través de sus disposiciones podemos respondernos a cuestionamientos como el que se nos plantea en la hora actual.

En este orden, el Código Civil en el artículo 1 nos dice: La ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros, residentes o transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, la ignorancia de ella no sirve de excusa.



Lo anterior nos lleva a reflexionar que aun cuando la propia autoridad desconozca el sentido de la ley, o como es el caso que nos ocupa, no haya actualizado sus formatos, es deber de todos los ciudadanos de la República (esto incluye a las administraciones públicas, personas naturales y jurídicas) acatar las normas y hacerlas cumplir; es decir, que con independencia de los errores en los formatos, los proponentes deben estar actualizados en cuanto a las normas que rigen el procedimiento de selección de contratista, así como de aquellas que aplican para determinados requisitos, como es el caso de las medidas de retorsión.

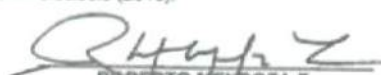
Confirma nuestro aserto el hecho que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. a pesar de tener la misma información que tuvieron todas las proponentes a la hora de elaborar sus propuestas, presentó las medidas de retorsión según la ley vigente, esto es, ley N°48 de 2016 y no bajo los parámetros indicados en el pliego de cargos.

DECLARACION JURADA
(Para la Aplicación de Medidas de Retorsión)

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 de la Ley No. 48 de 26 de octubre del 2016, el suscrito Roberto Mendoza E., varón, panameño, mayor de edad, con cédula de identidad personal No. 4-137-2673, vecino de esta ciudad, actuando en mi condición de Apoderado General de la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. sociedad anónima debidamente constituida conforme a las leyes de la República de Panamá, inscrita a Ficha 302083, Rolio 46004, Imagen 0187, de la Sección Micropelículas Mercantil del Registro Público, según consta en Escritura Pública No. 14396 de 28 de junio de 2007, inscrita en Ficha 302083 y Documento 1160760 de la Sección Micropelículas Mercantil del Registro Público, con domicilio en la Torre B del Condominio Plaza Internacional, Vía España, Corregimiento de Bella Vista, Distrito de Panamá, RUC 46004-187-302083, DV 96, por este medio certifico que:

- a) Que no soy una persona natural de un Estado al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a esta Ley, o una persona jurídica incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre del 2016.
- b) Que mantengo beneficiarios finales, directa o indirectamente, cuya nacionalidad sea de un país al que se le aplican medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre del 2016, o una persona jurídica incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley.
- c) Que al presentarnos como proponente, no actuamos en representación de una persona natural de un Estado al que se le aplican medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre del 2016 o de una persona jurídica incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley.
- d) Que en la ejecución del procedimiento de selección de contratista de que se trate y de las obligaciones dimanantes de ésta, el valor de los sueldos, bienes, servicios, obras públicas, arrendamientos, valores, títulos o fondos a proveer por parte de la persona natural o jurídica, de Derecho Público o de otra índole, correspondiente o cualquier combinación de estos, proveniente de Estados a los cuales se les aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre del 2016, no superará el diez por ciento (10%) del valor total del acto público o contratación pública de que se trate, o el diez por ciento (10%) del valor anual de dicho acto público o contratación pública, si esta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada período para el cual sea renovado o extendido.

En fe de lo anterior, se firma este documento en la ciudad de Panamá, hoy, veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).


ROBERTO MENDOZA E.
Cédula No. 4-137-2673



En el caso particular que nos ocupa, las empresas que contratan con el Estado, además de cumplir con lo que ordena la Ley en materias como estar Paz y Salvo con el

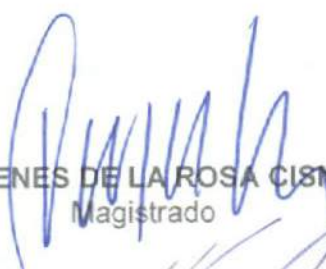


Estado, presentar su certificación de Registro Público, etc, también deben acreditar, de acuerdo al derecho vigente, que no están en ninguna de las situaciones que se expresan en la Ley sobre medidas de retorsión, en el sentido que no participan o están vinculadas a los Estados que discriminan a la República de Panamá o que nos afectan con medidas discriminatorias. Como cualquier otra norma aplicable y vigente en Panamá, las empresas o personas naturales que pretenden contratar con el Estado, deben ser conocedoras de las Leyes que le aplican según el trámite que pretendan realizar.

Considero que lo que correspondía en derecho era analizar el fondo de la encuesta administrativa y al final hacer un llamado de atención a la entidad a fin de que realice las correcciones en sus pliegos de cargos y modelos; esto es así ya que, *para que opere una nulidad*, tal como lo dispone la Ley de Contrataciones Públicas, *el contenido del acto tiene que ser imposible o constitutivo de delitos, la autoridad debe carecer de competencia para adjudicar el acto público o celebrarse el acto con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido*. En este caso particular, no se reúnen ninguna de las condiciones antes descritas y considero que lo que causó la supuesta confusión, la redacción errónea del modelo y la fundamentación bajo una ley no vigente, son temas para los cuales el derecho, en términos generales, nos dice cómo proceder y que, ante esa realidad, no hay más salida que el acatamiento sin entrar en otras ponderaciones. De hecho, el artículo 137 de la Ley de Contrataciones Públicas, indica que las nulidades no prosperan si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación.

Así las cosas, no veo que en el presente caso se materialice ninguna de las causales para que prospere la anulación de todo al procedimiento de selección de contratista, no obstante, esta no es la opinión de la mayoría de los Magistrados que conforman esta colegiatura, por lo que, con el respeto que nos caracteriza y en la humildad como minoría en el ejercicio de mi derecho a disentir, SALVO EL VOTO.

Su Servidor,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.
Magistrado


ALBERTO CARLOS VÁSQUEZ REYES
Secretario General

