



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 027-2020

RECORRENTE: FÉLIX ALBERTO QUIJANO ESCUDERO (IOMEGA-COMPUTADORAS Y SERVICIOS).

ACTO RECURRIDO: Resuelto No.163 de 3 de febrero de 2020, proferido por el Ministerio de Educación dentro del procedimiento de selección de contratista No.2019-0-07-0-08-LP-036918.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

RESOLUCIÓN No.093-20/TACP de 1 de junio de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 136 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.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El Estado, en esta oportunidad representado por el Ministerio de Educación, inició el procedimiento de selección de contratista No.2019-0-07-0-08-LP-036918, para la adquisición de cincuenta (50) dispositivos tablets para el Censo de

51



Infraestructura Educativa, fijando como fecha para la recepción de propuestas, el día 7 de noviembre de 2019 en un horario de ocho (8:00) hasta las diez (10:00) de la mañana, con un precio de referencia de Treinta Mil Sesenta y Siete Balboas con 00/100 (B/.30,067.00); acto público que luego de la aplicación del procedimiento de ley le fue adjudicado a la empresa SALVA MI MÁQUINA, S.A., por un monto de Catorce Mil Novecientos Veintiséis Balboas con 50/100 (B/.14,926.50) por ser la recomendación de la Comisión Evaluadora (sic.).

El Resuelto No.163 de 3 de febrero de 2020, fue recurrido por la persona natural FÉLIX A. QUJANO ESCUDERO, representante legal del comercio denominado IOMEGA-COMPUTADORA Y SERVICIOS, a través de su representación especial, licenciado JOEL PALACIOS CEDEÑO, alegando no estar de acuerdo con la escogencia de la empresa SALVA MI MÁQUINA, S.A., como beneficiada del presente procedimiento de selección de contratista, ya que su representada es la que ofertó el menor precio.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota No. DNAL/CTO-0908-17 de 6 de marzo de 2020, remitió en tiempo procesal oportuno a este Tribunal, el informe de conducta, en donde hace un recuento del procedimiento de selección de contratista llevado a cabo en esta oportunidad, y concluyendo que este Tribunal no es competente para conocer sobre el tema de la adjudicación, en razón de que el mismo se llevó a cabo mediante contrato de préstamo No.4357/OC-PN celebrado con el Banco Interamericano de Desarrollo, el cual es permitido de conformidad al artículo 7 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De acuerdo a lo revisado en el expediente del Tribunal, no se evidencia escrito de alegatos de terceros en interés particular o de la ley, pese a concederse el término adjetivo para su presentación.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Una vez cumplidos los trámites establecidos para este proceso, nos avocamos a examinar primeramente la competencia del Tribunal en este tipo de procedimiento en el que el financiamiento proviene de un organismo internacional de crédito, como es el caso del Banco Interamericano de Desarrollo, regulado en el artículo 7 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenado por la Ley No.61 de 2017, que señala lo siguiente:

Artículo 7. Contratos Financiados por organismos internacionales de crédito o por gobiernos extranjeros. En las contrataciones para la ejecución de obras y la adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultoría, podrán incorporarse las normas y los procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos financieros

h



internacionales o con gobiernos extranjeros, en cuyo caso se aplicará esta ley en forma supletoria.

En ese sentido, y por tratarse de una obra financiada por el Banco Interamericano de Desarrollo, debemos ajustarnos a las reglas que ellos señalen, por no ser normas imperativas de derecho, respondiendo de esa forma a lo que nos ilustra el artículo 7 de la ley positiva y que hemos citado, que en este caso, para desarrollar el procedimiento de selección de contratista se apoyaron en las Políticas de Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 y el Programa Operativo del Programa (PN-L1143-4357/OC-PN), que en su artículo 2.65 manifiesta que: *"Al publicar la adjudicación del contrato a que se refiere el párrafo 2.60, el Prestatario debe especificar que cualquier oferente que desee averiguar las razones por las cuales su oferta no fue seleccionada, debe solicitar una explicación del Prestatario."* El Prestatario debe proporcionar oportunamente una explicación del por qué esa oferta no fue seleccionada, ya sea por escrito o mediante una reunión de información, o ambas, a opción del Prestatario. El oferente debe asumir todos los costos de asistencia a tal reunión.

Como apreciamos, el Banco Interamericano de Desarrollo, incorporó las normas y los procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos internacionales de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 7 de la ley especial de compras estatales, y en esa línea debemos, como tribunal de justicia administrativa y de acuerdo al principio de legalidad, respetar lo pactado y orillarnos en cuanto al conocimiento del recurso impetrado por carecer de competencia funcional, por ser esta una clara excepción que la Ley No.22 de 2006 concede y regula.

Esto no quiere decir que por el simple hecho de que la contratación pública se haya desarrollado con fondos financiados por organismos internacionales de crédito es que se excluye del conocimiento de este Tribunal, sino más bien por la sencilla razón de que fueron incorporados las normas y los procedimientos previstos en los contratos de préstamos, tal es el caso de las Políticas de Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 y el Programa Operativo del Programa (PN-L1143-4357/OC-PN), razón que convierte a la Ley No. 22 de 2006 en supletoria.

Si solamente se hubiese realizado el financiamiento, pero sin la incorporación de normas o procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos financieros internacionales o con gobiernos extranjeros, entonces el conocimiento absoluto recaería en el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y su reglamentación, pero ello no ha ocurrido, sino todo lo contrario, por eso es que estamos ante un procedimiento de licitación pública por comparación de precios, que por cierto no reconoce nuestra legislación, y no ante una contratación menor, pese a que el precio de referencia es de Treinta Mil Sesenta y Siete Balboas con 00/100 (B/.30,067.00).

57



De manera que, de esa forma quedamos excluidos para el conocimiento del recurso de impugnación que fue presentado por el señor FÉLIX QUIJANO ESCUDERO, ya que las Políticas de Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano no contemplan recursos algunos, sólo el solicitar una explicación del prestatario a fin de que se le brinde una explicación oportuna respecto a las razones de su no adjudicación, pero por una vía distinta a este foro de justicia, siendo ese un procedimiento que en nada tiene que ver con la ley especial de contrataciones públicas, demostrándose así la falta de competencia de este Tribunal, y así ha sido contemplado en el fundamento de Derecho que reposa en la decisión de adjudicación.

Por las consideraciones vertidas, este Tribunal declara que no es competente para resolver la controversia traída a este foro de justicia administrativa mediante la acción recursiva de impugnación.

Por las razones anteriormente expuestas y valoradas, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que este Tribunal no es competente para conocer del recurso de impugnación presentado por el señor FÉLIX A. QUIJANO ESCUDERO, mediante representación especial, por las consideraciones vertidas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante la Fianza de recurso de impugnación depositada en dinero en efectivo por la cantidad de Mil Trescientos Ochenta y Siete Balboas con 47/100 (B/.1,387.47) que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 15 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente Administrativo del procedimiento de selección de contratista No.2019-0-07-0-08-LP-036918, contentivo de un (1) tomo compuesto de trescientos cinco (305) fojas útiles de acuerdo al Informe de Trámite de 9 de marzo de 2020 y que reposa a foja 73 del expediente del Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el portal electrónico.

QUINTO: ADVERTIR a las partes, que esta resolución no agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno.

9

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.027-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de 1972, reformada por los Actos Reformativos de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983, y con las reformas introducidas por los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994 de Panamá, Texto Único de la Ley N°22 del 27 de junio de 2006; Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de 10 de abril de 2018, Ley 38 de 31 julio de 2000.

Notifíquese y Cúmplase,

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

SALVO EL VOTO.

KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO:

MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS

RECURSO DE APELACIÓN IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE: 027-2019

RESOLUCION No. 093-2020-Pleno/TACP DE 1 de junio de 2020 (Decisión)

Lamento disentir del resto de mis colegas en la decisión anterior, siendo que la ley 22, ni los reglamentos de los organismos internacionales excluyen la competencia de este Tribunal en el caso en cuestión, aún, cuando la ratio iuris de la resolución principal lo ha declarado de esta manera.

Primeramente, debemos contabilizar en la ecuación jurídica de este Tribunal, que el artículo 7 de la ley 22 de 2006, que permite a las entidades públicas regir sus procesos contractuales por las normas de los organismos que los financian (selección, ejecución, cláusulas contractuales etc.), es una norma de excepción, esto quiere decir, que al excluir la aplicación de la regla general establecida en la ley 22 (sobre aplicación en los procedimientos de selección de contratistas) la misma debe interpretarse de manera restrictiva, evitando interpretaciones que puedan lesionar los derechos públicos subjetivos de los intervinientes en el acto público, esto es, el derecho al juez natural, a ejercer recursos y acciones, y la garantía del debido proceso. En la misma cuerda, es un criterio afianzado en la doctrina y en la jurisprudencia que la exclusión de competencia debe ser expresa, porque precisamente, no debe quedar a discreción ni a interpretación del interprete judicial cuando se pueden ejercer los derechos públicos subjetivos, cuando no, y ante que ente jurisdiccional o administrativo.

Tomando como una premisa fundamental lo anterior; también debe admitirse que la realidad de la contratación pública viene dada por la dinámica y las relaciones económicas existente entre el Estado y organismos de empréstitos internacionales, los cuales condicionan la asistencia y provisión de recursos financieros a los Estados sobre la base de la adopción de sus normas, que, no en pocos casos, se decantan por la eficiencia, economía y eficacia tanto en la contratación pública como en otros campos de la actividad estatal.

En el caso en concreto, considero que el Tribunal realiza una operación errada, por cuanto el artículo 7 de la ley 22 de 2006 lo que contiene es una típica



cesión de la soberanía normativa, pero de ninguna manera autoriza esa cesión normativa de manera exclusiva, completa y excluyente, mucho menos al tratarse de una materia de orden público como lo es la competencia. Es por esto, que en su último párrafo del artículo 7, se determina que la ley 22 de 2006 será supletoria. En cuanto a la competencia de este Tribunal solo será excluida cuando el reglamento contenga normas que determinen mecanismos de resolución de conflictos, y en cuanto los mismos sean armonizables con los postulados constitucionales del debido proceso, del derecho a un juicio justo, a la imparcialidad y la imparcialidad del operador de justicia respectivo.

El juez del contrato lo debe ser este Tribunal, y en su evento, la Sala Tercera Contenciosa Administrativa cuando se agote la vía gubernativa. Nótese que la parte final del artículo 7 lex cit, no realiza una remisión en bloque a los estatutos de los organismos (en cuyo caso operaría la tesis de la mayoría) sino que dispone que “podrán regirse...”, y que (la ley 22 de 2006) “se aplicará esta ley de forma supletoria”.

Tratandose del mecanismo incorporado en el artículo 2.65 de las Políticas de Adquisición de Bienes y obras financiadas por el BID GN-2349-9 y el Programa Operativo del Programa el cual reza:

“Al publicar la adjudicación del contrato, a que se refiere el párrafo 2.60, el Prestatario debe especificar que cualquier oferente que desee averiguar las razones por las cuales su oferta no fue seleccionada, debe solicitar una explicación del prestatario. El Prestatario debe proporcionar oportunamente una explicación del porque esa oferta no fue seleccionada, ya sea por escrito o mediante reunión de información, o ambas, a opción del prestatario. El oferente debe asumir todos los costos de asistencia a tal reunión”

Como se nota, el mecanismo contenido en el artículo anterior del reglamento del organismo, no contiene los elementos mínimos para considerarse como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, como la mediación, la conciliación, y el arbitraje los cuales gozan de pleno reconocimiento normativo en nuestro país, los cuales buscan asegurar la solución de controversias en manos de un tercero imparcial y pactado de común acuerdo de las partes. **Puede una reunión dirigida por el organismo o la entidad y costada por el oferente desfavorecido considerarse como un mecanismo de solución de conflictos? La solución a esta interrogante es manifiestamente negativa, y a nuestro juicio no resiste el mínimo juicio de razonabilidad del derecho.**

A modo de comparación la legislación colombiana en los incisos finales del artículo 2.2.1.2.4.4.1 del decreto 1082 del 2015 y el inciso 2 del artículo 20 del ley 1150 del 2007 que contiene normas funcionalmente idénticas, han sido aplicadas en el sentido que aquí proponemos, siendo que lo contrario sería una evidente denegación de justicia a los ofertantes y una cesión de competencia que no ha sido expresamente atribuida a dichos organismos, salvo en los casos cuando se

establezcan mecanismos justos, imparciales y eficaces de solución de conflictos. A propósito de esta temática se establecido lo siguiente:

“Esto significa que ni en una ley ni en otra fue variado el juez natural de las controversias, es decir , si bien el regimen sustantivo del negocio pueden escogerlo la entidad y el organismo internacional, no sucede lo mismo con la jurisdiccion natural, asi que es la de lo contencioso administrativo, en los terminos que expresa el articulo 75 de la ley 80 de1993; salvo pacto expreso en contrario para utilizar un mecanismo alternativo de solucion de conflictos –tambien autorizado por la ley 80-,o ley especial que excluya expresamente esta competencia, pero la ley 80 no es esa” (Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo.Seccion Tercera. Sentencia de Junio 12 de 2014.RAD.28279.CP Enrique Gil Bottero.

Así las cosas, considero que este Tribunal es competente para conecer el recurso impetrado, a efectos que la ley no ha excluido la competencia de este Tribunal tratandose de obras y bienes financiados por organismos internacionales de empréstitos, en cuyo caso solo estará excluido si el reglamento y el contrato respectivo contienen un real mecanismo de solución de conflicto, mecanismo éste que de ninguna manera ha proveído el reglamento del organismo.

De esta forma, y por razones de la correcta aplicación de la ley 22 de 2006 y la protección del debido proceso y derechos fundamentales de los intervinientes en el acto público de selección de contratista, presento mi voto disidente.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

