



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 086-2020.

RECURRENTE: ACADIA INTERNATIONAL INC.

ACTO IMPUGNADO: Resolución de Adjudicación 067 de 28 de septiembre de 2020, por la cual se adjudicó el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176, emitida por el Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval).

CONTRAPROYECTA: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ.

RESOLUCIÓN No.168-2020-Pleno/TACP de 7 de diciembre de 2020 (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 153 de 08 de mayo de 2020 que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, por lo que debemos observar lo dispuesto en el artículo 75 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”***.

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

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

I. ANTECEDENTES.

El 30 de julio de 2020, el Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval) convocó al acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para la *“adquisición de compra de*

51



bancos de prueba y herramientas especiales los cuales serán utilizados en la Aeronave UH-1H (S) del SENAN”, con un precio de referencia de CIENTO CINCUENTA Y UN MIL TREINTA Y DOS BALBOAS CON 43/100 (B/.151,032.43).

A la celebración del acto público, concurrieron las siguientes personas:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
1101470-1-559900-10	ACADIA INTERNATIONAL INC	10-08-2020 09:24 p.m.	120,124.62
36675-33-264370-51	INTERAMERICAN POLICE SECURITY DIST.	11-08-2020 10:10 a.m.	134,171.54

El acto administrativo impugnado (*Resolución de Adjudicación 067 de 28 de septiembre de 2020*) fue publicado el 29 de septiembre de 2020, en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*.

El 06 de octubre de 2020, la firma forense EJ LEGAL GROUP, en su calidad de apoderados especiales de **ACADIA INTERNATIONAL INC.**, interpusieron en tiempo oportuno recurso de impugnación en contra de la Resolución de Adjudicación 067 de 28 de septiembre de 2020, emitida por el Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval); visible de foja 011 a 017 del expediente del Tribunal.

Junto al libelo del recurso, **ACADIA INTERNATIONAL INC.**, presentó el 06 de octubre de 2020, Fianza de Impugnación No.F1-101113, expedida por Seguros Suramericana, S.A., a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y como beneficiarios el Ministerio de Seguridad Pública / Contraloría General de la República, por la suma de DOCE MIL DOCE BALBOAS CON 46/100 (B/.12,012.46); cuya diligencia de consignación No.075-2020 de 06 de octubre de 2020, reposa a foja 032 del expediente del Tribunal.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Este Tribunal, en Sala Unitaria, previa verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación promovido por **ACADIA INTERNATIONAL INC.**, procedió a darle curso según el procedimiento señalado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo mediante Resolución No.074-2020/TACP de 07 de octubre de 2020 (Admisión), visible de fojas 041 a 043 del expediente del Tribunal.

Cabe mencionar que el presente recurso presentado por **ACADIA INTERNATIONAL INC.**, fue asignado al Magistrado Diógenes de la Rosa Cisneros, con la numeración 086-2020; y posteriormente, con Informe de Trámite de 16 de noviembre de 2020, la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas dejó constancia de la remisión del expediente al Despacho del Magistrado Elías Solís González, para tomar la ponencia del contraproyecto toda vez que fue el primero en presentar observaciones (foja 061 del expediente del Tribunal).

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

La parte actora a través de su escrito, visible de foja 012 a 017 del expediente de esta Colegiatura, solicitó *“la anulación del procedimiento de selección de contratista para la contratación No.2020-0-18-01-08-LP-048176, realizada por el Servicio Nacional Aeronaval del Ministerio de Seguridad Pública, debido a que las*

21



especificaciones técnicas del pliego de cargos hacen referencia a determinadas marcas comerciales, lo cual se encuentra prohibido en nuestra legislación”.

ACADIA INTERNATIONAL INC. manifestó entre otros que, “... el documento denominado *especificaciones técnicas en cuyo contenido se evidenció que la entidad colocó las margas registradas ANVIS ® y la clase de equipo o modelo ANV-126-001 perteneciente al fabricante HOFFMAN ®; igual situación en el desglose de precios...*”

Adicional, la recurrente indicó que, “... *Hoffman Engineering, es un líder mundial reconocido en el diseño y fabricación de equipos de prueba y mantenimiento de dispositivos de visión nocturna, y dentro de sus maCras de producto ha presentado la próxima generación de pruebas de dispositivos de visión nocturna llamada ANV-126 A...*”

ACADIA INTERNATIONAL INC. también señaló en su escrito que, “este Tribunal en reiteradas ocasiones, a manera de excepción, únicamente resulta aceptable que el pliego de cargos o en las especificaciones técnicas se señalen o requieran marcas determinadas, bajo lo siguientes supuestos:

- *Cuando no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción palabras o su equivalente u otra expresión similar, tal cual como contempla la disposición reglamentaria antes citada, y*
- *Cuando se requieran repuestos o suministros para determinados bienes, y solamente resulten compatibles los que correspondan a la misma marca o al mismo fabricante del equipo o bien principal, o incidan en aspectos relativos a las garantías de los bienes, casos en los cuales deberá motivarse debidamente este requerimiento en el pliego de cargos o en las especificaciones técnicas...*”

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

El Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval) remitió con Nota SENAN/Compras/480 calendada el 09 de octubre de 2020 y recibida el 12 de octubre de 2020 en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el expediente administrativo, así como el Informe de Conducta (visible de fojas 049 a 052 del expediente del Tribunal); el cual contiene el recuento del acto público, desde su convocatoria hasta la adjudicación del acto administrativo impugnado.

V. TERCERO EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

Cabe manifestar que no constan alegatos en interés de la Ley o particular, pese a concederse el término por imperio de la Ley.

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Iniciamos nuestro análisis señalando que el procedimiento de selección de contratista es una Licitación Pública, consagrada en el artículo 53 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, cuya reglamentación se encuentra en el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de

21



abril de 2018, el cual establece que es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 148 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, este Tribunal procede de inmediato a resolver el fondo del presente recurso, tomando en consideración que el mismo versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

La modalidad de adjudicación en el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176 se fijó como global, y el criterio de selección establecido fue que se adjudicaría al proponente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Así pues, la entidad contratante determinó que para el acto público objeto del presente recurso de impugnación, no aplica el porcentaje de onerosidad, ni el de riesgosity.

Recapitulando, el acto administrativo impugnado lo constituye la Resolución de Adjudicación 067 de 28 de septiembre de 2020, dictada por el Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval); la cual en síntesis concluyó lo siguiente:

Resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: ADJUDICAR EL ACTO PÚBLICO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2020-0-18-01-08-LP-048176 A LA EMPRESA INTERAMERICAN POLICE SECURITY DISTRIBUTORS INC, POR LA SUMA DE \$1.134.171,54 (CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y UNO CON 54/100), POR SER LA PROPUESTA QUE OFERTÓ EL PRECIO QUE CUMPLE Y ESTÁ DENTRO DEL PORCENTAJE REQUERIDO EN EL PLIEGO DE CARGOS PARA ESTA CONTRATACIÓN SEGÚN LO ESTABLECE LA LEY.

De los hechos en que se sustentó el recurso de impugnación, extraemos que la disconformidad de la recurrente se dirige contra la decisión de la entidad contratante de adjudicar a INTERAMERICAN POLICE SECURITY DISTRIBUTORS, INC., el acto público No.2020-0-18-01-08-LP-048176, pese a que el pliego de cargos *"contiene marcas determinadas y clase de equipo o modelos"*.

En este propósito y 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 entrar a dilucidar la controversia, referente a lo argumentado por la recurrente y la entidad contratante, así como analizar cada una de las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo, y en el registro electrónico del acto público de marras.

A la luz del Principio de Economía, contemplado como uno de los pilares de la contratación pública, en el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el Estado tiene el deber de implementar las medidas que aseguren en todo acto de selección de contratista el mayor beneficio y plena justicia en la celebración del mismo, por tales motivos tiene que adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten.



Por su parte, el Principio de Transparencia, consagrado en el artículo 21 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.

De igual forma, la adjudicación de los actos de selección de contratista está conceptualizada en el artículo 2 y reglamentada en el artículo 65 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el cual establece que, si el jefe de la entidad pública contratante o el funcionario en que se delegue considera que se ha cumplido las formalidades establecidas en la citada Ley, adjudicará el acto de selección de contratista.

“Artículo 65. Adjudicación de los actos de selección de contratistas. Si el jefe de la entidad pública contratante o el funcionario en quien se delegue considera que se han cumplido las formalidades establecidas por esta Ley, adjudicará o declarará desierto el acto de selección de contratista, mediante resolución motivada, en un plazo no mayor de cinco días hábiles. En el caso de que se declare desierto un acto de selección de contratista, se hará con base en lo señalado en el artículo siguiente. En la contratación menor se adjudicará, declarará desierto o rechazarán las propuestas en el respectivo cuadro de cotizaciones, el cual deberá contener la información original del acto, un número secuencial, indicación del fundamento legal, la posibilidad de interposición del recurso de impugnación, fecha y firma del representante legal de la entidad o el servidor público delegado, al cual se adjuntarán los documentos de cada propuesta recibida.

Las personas que se consideren agraviadas con la decisión podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas del procedimiento administrativo instituido en el artículo 146, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contenciosa.”

Ahora bien, en la revisión del acto público de de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176, observamos que en los documentos adjuntos al pliego de cargos denominados “Observación al pliego” y “Desglose de Precios” publicados en el portal electrónico de *PanamaCompra* y visibles de fojas 001 al 026 del expediente administrativo, la entidad contratante al momento de describir los bienes a adquirir con el presente acto público, colocó “ANV-126A-001”, “ANV-20/20”, así como “ANVIS 9”, sin hacer uso de las frases “o su equivalente” u otra expresión similar, contraviniendo así con lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018.

Por consiguiente, con fundamento en el Principio de Igualdad de los Proponentes, a las entidades les está vedado fijar en los pliegos de cargos cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, así como señalar marcas comerciales o equipos de un determinado fabricante. Lo anterior tiene como finalidad que los proponentes puedan hacer sus ofrecimientos y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios, sin perjuicio de la marca ofertada, siempre que los bienes ofrecidos cumplan con lo solicitado por la entidad, sobre la base de características objetivas.

Al respecto, es importante precisar que el citado artículo 50 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018, que reglamenta la Ley de Contratación Pública, establece como parámetro general, no mencionar marcas comerciales o productos determinados, así también estipula la excepción a la regla cuando señala “... No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productos determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la

51



descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar..", lo que en el presente proceso no fue acreditado.

En consonancia con lo antes indicado, el artículo 38 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, preceptúa que *las especificaciones técnicas constituyen las características técnicas del objeto que se va a contratar, las cuales no pueden hacer referencia, en su caso, a marcas de fábrica, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.*

Así las cosas, este Tribunal, como en reiteradas ocasiones, advierte que en los casos en que existan justificadas razones para solicitar marcas determinadas, lo mismo que piezas o repuestos originales, estas deben formar parte de las constancias procesales y el pliego de cargos, por cuanto este último debe contener reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

En este tema, como hemos dicho en otras oportunidades [Resolución No.054-2020-Pleno/TACP de 05 de marzo de 2020 (Decisión)], a manera de excepción, únicamente resulta aceptable que en el pliego de cargos o en las especificaciones técnicas se señalen o requieran marcas determinadas, bajo los siguientes supuestos:

- Cuando no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras "*o su equivalente*" u otra expresión similar, tal como lo contempla la disposición reglamentaria antes citada; y
- Cuando se requieran repuestos o suministros para determinados bienes, y solamente resulten compatibles los que correspondan a la misma marca o al mismo fabricante del equipo o bien principal, o incidan aspectos relativos a las garantías de los bienes, casos en los cuales deberá motivarse debidamente este requerimiento en el pliego de cargos o en las especificaciones técnicas.

Frente a lo anterior, en el caso bajo examen, reiteramos que no podemos soslayar que la actuación de la entidad administrativa, al requerir a los proponentes determinados equipos en las especificaciones técnicas, no se adecuó a los parámetros que exige la Ley que regula las Contrataciones Públicas en la República de Panamá, siendo violatoria además del principio de la libre concurrencia.

Adicional y como se ha revelado en párrafos que anteceden, el numeral 37 del artículo 2 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, desarrolla el concepto de *pliego de cargos*, y establece que en los mismos se incluirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

"Artículo 2: Glosario. Para los fines de la presente Ley, los términos siguientes se entenderán así:

...

37. *Pliego de cargos.* Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

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."

51



Por tal motivo, las inconsistencias reflejadas en el pliego de cargos del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176, hacen incurrir a los proponentes en errores al presentar sus propuestas, dando como resultado que no se pueda realizar una escogencia objetiva.

Hemos de advertir que esta instancia administrativa ha reconocido a través de sus precedentes que la carga de claridad del pliego de cargos corre a cuenta de la entidad contratante, es decir que los errores, las vaguedades y las imprecisiones provocadas por la entidad generan responsabilidad a su cargo.

A fin de complementar, el autor Benjamín Herrera, en su obra "*Contrato Público*" se refiere a la carga nacida en la elaboración de los pliegos de cargos indicando:

"9. CARGAS NACIDAS DE LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS.

Al elaborar los pliegos la administración corre con la carga de claridad, presente en toda la etapa pre y contractual, según la cual las ambigüedades, errores y equivocaciones inducidas generan responsabilidad a su cargo."

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ha mantenido el criterio sostenido en reiteradas ocasiones, respecto al cumplimiento del *pliego de cargos*, que siendo el mismo vinculante a las partes, no le es dable a las mismas vulnerar su normativa dogmática y menos aún a la propia Administración, quien debe ser garante del ideal de interés público que se persigue en su elaboración y confección; y es que al ser el Pliego de Cargos el documento regente dentro de todos los procedimientos de selección de contratistas, se convierte en ley entre las partes, por lo que es de forzoso cumplimiento para todos los que nos encontramos sujetos a dichas reglas.

"El pliego de cargos es el documento rector dentro de los procedimientos de selección de contratista, es ley entre las partes, por consiguiente es de obligatorio cumplimiento para todos aquellos que se encuentran sujetos a esas reglas por ende el mismo no puede ser vulnerado de ninguna manera por los proponentes que participan en un acto de selección de contratista y mucho menos por la propia entidad administrativa, que confeccionó pretendiendo adjudicar el acto público a una empresa que no se ajusta, a lo establecido en el pliego de cargos."

(Resolución N°059-2010-Pleno/TAdCP de 23 de diciembre de 2010).

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar el principio de responsabilidad de los servidores públicos en materia de contrataciones públicas, incorporado en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 23. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.

Los servidores públicos que participan en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

1. **Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación**, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.
2. **Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas**, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.
3. **Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico**, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.

9



4. Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual, el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.
5. Los que sean integrantes de comisiones de evaluación están obligados a actuar con estricto apego a la ley y a los criterios y metodologías contenidos en el pliego de cargos."

En resumen, el hecho que la información contenida en el pliego de cargos contravenga con lo dispuesto en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017 y su reglamento (Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018), tal como se ha explicado a lo largo de la presente Resolución, da pie a confusión de los proponentes al momento de completar sus propuestas, vulnerando así lo estipulado en la Ley de Contrataciones Públicas, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 155 del mismo cuerpo normativo:

"Artículo 155. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona."

Por otra parte, resulta oportuno hacer un llamado de atención al Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval), para que tenga el cuidado debido con la información que coloque al momento de elaborar y estructurar los pliegos de cargos de los bienes, servicios y obras que desee ejecutar; ya que con los términos de referencia (pliegos de cargos), los proponentes de los actos de selección de contratista, evalúan si participan o no de las convocatorias que se realicen; por lo que la descripción completa y clara de los materiales, en el caso que nos ocupa, es fundamental para la transparencia y mayor participación de los oferentes, en igualdad de condiciones.

En virtud de las consideraciones señaladas, esta Colegiatura estima que lo procedente es *revocar* los efectos de la Resolución de Adjudicación 067 de 28 de septiembre de 2020, emitida por el Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval) y *anular* el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, el cual dispone:

"Artículo 213. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante."

En un Estado de Derecho, la Administración se somete a un orden que debe cumplir y hacer cumplir, sin criterios subjetivos, con el único propósito de evitar la discrecionalidad o, peor aún, la arbitrariedad; de tal manera que la Administración no puede evaluar propuestas bajo criterios subjetivos ya que incurriría en discrecionalidades.

Se le recuerda al Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval) que, obedeciendo el contenido del artículo 153 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que se refiere al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, la entidad contratante debe acatar lo resuelto en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de

81



la presente Resolución, para el fiel cumplimiento de la decisión **venida en** impugnación.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los efectos de la Resolución de Adjudicación 067 de 28 de septiembre de 2020, por la cual el Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval) adjudicó el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176 a INTERAMERICAN POLICE SECURITY DISTRIBUTORS, INC.

SEGUNDO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176, celebrado por el Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval) para la *"adquisición de compra de bancos de prueba y herramientas especiales los cuales serán utilizados en la Aeronave UH-1H (S) del SENAN"*; en virtud de que se incurrió en inconsistencias en la elaboración y estructuración del pliego de cargos en contravención con las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación No.F1-101113, expedida por Seguros Suramericana, S.A., a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y como beneficiarios el Ministerio de Seguridad Pública / Contraloría General de la República, por la suma de DOCE MIL DOCE BALBOAS CON 46/100 (B/.12,012.46); cuya diligencia de consignación No.075-2020 de 06 de octubre de 2020, reposa a foja 032 del expediente del Tribunal.

CUARTO: DEVOLVER al Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional Aeronaval), el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista para la Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-048176, integrado por un (1) tomo con ciento catorce (114) folios útiles, según informe que reposa a foja 067 del expediente del Tribunal.

QUINTO: 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 dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

SEXTO: 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.

21

SÉPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.086-2020, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: artículos 2, 4, 16, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 33, 36, 37, 38, 39, 53, 65, 66, 136, 145, 146, 148, 151, 152, 153, 161 y 163 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; artículo 75 de la Ley 153 de 08 de mayo de 2020; artículos 27, 38, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 85, 125, 207 y subsiguientes, y 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018; y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE ACADIA INTERNATIONAL, INC, A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No.067 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020, DICTADA POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA.

Con todo respeto y consideración me veo en la necesidad de reiterar mi desacuerdo con la resolución suscrita por el resto de mis homólogos, la cual fundamento de acuerdo al artículo 115 del Código Judicial, norma supletoriamente aplicable de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 positiva al momento de la convocatoria del presente procedimiento de selección de contratista por contratación menor No.2020-0-18-01-08-LP-048176.

En esta oportunidad, son dos las razones que obedecen mi sentir en no apoyar la decisión de mayoría. La primera versa sobre mi oposición a la declaratoria de nulidad ensayada, por considerar el resto de los homólogos que la entidad mencionó el nombre de una marca en las especificaciones técnicas, lo que a su criterio transgrede el artículo 38 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenada por la Ley No.61 de 2017 y la disposición contenida en el artículo 50 del Decreto Ejecutivo No.40 de 2018.

Y la segunda tiene que ver con que, a mi criterio, la accionante no satisfizo los presupuestos de ley para ser admitido el recurso, y que a pesar de que el mismo fue concedido en su oportunidad, debió declararse no viable por las consideraciones que más adelante motivaremos. Razonamiento que no sólo goza del aval del más alto tribunal de justicia de nuestro Estado de Derecho, sino también de la unanimidad de esta colegiatura en decisiones anteriores.

De acuerdo al fallo que nos ocupa, los renglones 1 y 2 de las características del objeto contractual mencionan la palabra "Anvis", lo que a su consideración es una marca de un fabricante en particular. Pero al entrar en el examen de la misma, vemos que es todo lo contrario, Anvis es la abreviatura de las palabras en inglés **Advanced Night Vision System**, lo que traducido al español es Sistema de Visión Nocturna Avanzada. Es decir, es un dispositivo que ofrece al operador de una nave (helicópteros o aviones) características para mejor tránsito, capacidad operacional 24 horas al día, eliminando así la necesidad de estar constantemente dividiendo su atención entre el panel y el ambiente externo, reduciendo la fatiga del piloto y asegura un mejor desempeño de misión.

De manera que, se trata de un sistema de mejoramiento de la capacidad de los pilotos y no una marca como expresa la decisión, lo que además se demuestra en la propuesta de los dos únicos participantes, quienes ofrecieron el objeto contractual con



marcas y fabricantes diferentes. Si fuera una fabricación exclusiva, entonces hubiese existido coincidencias en las características descritas, pero no es el caso.

Por otro lado, de la revisión del poder especial, no se deriva para que proceso fue concedido, pues, no se hace mención del número de acto público. Tampoco de la decisión confrontada, siendo harto conocido que, en cualquier acto o procedimiento, se requiere de manera innegociable de una autorización para actuar, a menos de que se trate de su propia participación como persona natural, para lo cual no requerirá de ninguna comisión o delegación.

De igual forma, analizado el contexto del poder especial, vemos que el mismo no fue concedido para un proceso determinado, en los términos del artículo 625 del Código Judicial, más bien fue realizado de manera general, pero que no lo podemos tomar como tal, debido a que la característica principal del poder general es su instrumentación de la cual carece el mandato examinado. En ese sentido, no debe ser tomado en cuenta por carecer del proceso específico para el cual se otorgó, que en esta oportunidad sería para participar del acto público de selección de contratista No.2020-0-18-01-08-LP-048176, o contra la Resolución No.067 de 28 de septiembre de 2020. No fue otorgado para ningún caso en particular, lo que significa que el mandato supuestamente concedido no puede ser ejercido porque el otorgante no dejó claro para cuál caso en particular fue dado.

Artículo 625.

...

El memorial contendrá la designación del juez al cual se dirige, las generales del poderdante, vecindad y señas de la habitación u oficina del apoderado y la determinación o proceso para el cual otorga el poder.

Al carecer de determinación el mandato mencionado, el letrado no estaba facultado para presentar el recurso de impugnación, porque del mismo no se desprende su concesión, al no acreditarse que el apoderado especial esté investido de las facultades para representar al impugnante en este proceso.

El procesalista VELEZ MARICONDE en su obra Derecho Procesal Penal Tomo II ha escrito que

"El proceso se compone de una serie de fases o etapas, en cada una de las cuales, tanto el tribunal como las partes desarrollan o realizan determinada actividad procesal. La actuación del tribunal consiste esencialmente en dirigir e impulsar el trámite del proceso; mientras que la gestión de las partes procura fundamentalmente la defensa de sus derechos e intereses, con independencia de tipo de proceso de que se trate".

"Durante el desarrollo de toda esta actividad procesal ni las partes ni el juez están en libertad de encaminar el proceso en base a su particular arbitrio, sino



que deben ajustarse a las normas, reglas y principios preestablecidos, orientadores o rectores del proceso. Por ello, el ordenamiento jurídico, tanto constitucional como legal, se ha encargado de establecer los preceptos legales dentro de los cuales los sujetos procesales deben desplegar su actuación. En algunos casos, estas normas constituyen un deber u obligación para el juez, pero operan al mismo tiempo como una garantía para el derecho de defensa de las partes, tal como ocurre con las normas procesales que, entre otras, ordenan el traslado de la demanda, la práctica de pruebas, la celebración de la audiencia y la motivación de la sentencia”.

Es una obligación de los operadores de justicia velar por el cumplimiento del debido proceso en todas sus etapas, recordando que el proceso no es sólo para el que lo presenta o activa el engranaje administrativo, sino para el resto de los sujetos procesales que de una u otra forma se encuentran a la expectativa de su finalización, como es el caso del beneficiado con la adjudicación. Por eso, no podemos emitir una decisión de fondo si se ha obviado una regla básica para que el poder cobre relevancia en un procedimiento, ya que el actuar de la administración se impulsa cuando succionar se ha desarrollado en el marco de la ley.

En ese sentido el Tribunal Constitucional de España se ha pronunciado mediante Sentencia 116/1986 de 8 de octubre de 1986 de la siguiente manera:

...” el núcleo de la cuestión consiste en determinar si es o no conforme a la Constitución la admisión de un recurso que legalmente no procede cuando, como sucede en este caso, la resolución judicial conduce a una lesión de los intereses de aquellos ciudadanos que ven denegados los derechos que les fueron reconocidos en la Sentencia de instancia ... la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador respetando el contenido esencial del art. 24 de la Constitución haya querido articular, por lo que sólo en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces legales darán los Jueces cabal cumplimiento a lo que el citado precepto constitucional dispone. Trasladadas estas ideas al sistema de recursos, cabe afirmar que del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impositiva para ello” (Online Internet:<http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolución/Show/679>). También han destacado que la “tutela efectiva de los Jueces y Tribunales podría contravenirse, en efecto, en aquellos supuestos en los que arbitraria o irrazonablemente se dicta una resolución de fondo concurriendo una causa impositiva para ello”

A nivel nacional, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia No.24 de abril de 2007, señaló lo siguiente:

“...es criterio del Pleno de esta Corporación de Justicia que la presente iniciativa constitucional... no debió admitirse, ni mucho menos ser objeto de pronunciamiento en el fondo por parte del Primer Tribunal Superior de



Justicia, toda vez que no se cumplió con el presupuesto del artículo 2615 del Código Judicial, párrafo tercero, en torno a la gravedad e inminencia de un daño producido por la lesión de un derecho constitucional que requiere urgente su revocación inmediata, pues el acto atacado por esta vía fue dictado el 8 de agosto de 2005, tal como consta a foja 31 del cuadernillo y la interposición de esta acción lo fue el 15 de marzo de 2006, es decir, siete (7) meses... El cúmulo de razonamientos anteriores, nos llevan a concluir que el amparo... no debió admitirse, ni mucho menos ser objeto de pronunciamiento en el fondo por parte del Primer Tribunal Superior de Justicia (el subrayado es nuestro).

En esta oportunidad, ha ocurrido la misma situación, fue admitido el recurso de impugnación, pese a no satisfacer con algunos presupuestos de admisibilidad que hemos indicado en párrafos anteriores y por tal acción no debe este tribunal colegiado decidir en el fondo.

La tutela administrativa efectiva debe ser respetada en cada etapa, y no sólo implica la garantía de acceso a la jurisdicción, inmediatez en las decisiones en tiempos razonables, sino también evitar una situación de indefensión, y en ese sentido a través de la Sentencia de 12 de junio de 2012, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, bajo la Ponencia del Magistrado Harley Mitchell ha expuesto lo siguiente:

Tanto la doctrina y la jurisprudencia de este tribunal han prolijado un pródigo repertorio conceptual que ha permitido entender y aclarar el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso; contemplándolo como una prerrogativa esencial dentro del sistema democrático, de contenido prestacional, a través de la cual, el Estado pone en funcionamiento el servicio público de administración de justicia, el que se desempeña procurando el acceso a la jurisdicción a través de la reducción de las exigencias formales; el acatamiento de los protocolos procesales, formas y presupuestos consignados en la ley para ejercer el derecho de acción y presentar toda clase de súplicas o solicitudes; el suministro y respeto de las garantías mínimas para asegurar un trato igualitario, neutral de parte del operador jurisdiccional, junto con los instrumentos necesarios para atestar una defensa efectiva. En adición a ello, el paradigma en torno al derecho fundamental al juicio justo, se ha robustecido al incorporar la garantía de tutela judicial efectiva, de la cual, a su vez, se desglosan los principios de acceso a la jurisdicción; acatamiento de los protocolos normativos en lo que concierne a requisitos y trámites procesales; prohibición constitucional de la indefensión o promoción del derecho de defensa; emisión de una decisión razonable en tiempo oportuno; y la efectividad de lo decidido (el resalto es nuestro).

Al estudiar el derecho fundamental al debido proceso, nos percatamos a primera vista que aquella evidencia un contenido complejo, pues su realización efectiva reclama cumplir con las diferentes garantías, que confluyen dentro del concepto de juicio justo antes enunciado. Esta tarea, cumplir con el estándar de asegurar un juicio justo, reclama que el operador



jurisdiccional actué, en cada caso, ponderando los presupuestos normativos, de manera que se consiga un acceso a la jurisdicción, satisfaciendo las exigencias mínimas para activar el proceso, cumpliendo con los protocolos consignados en la ley, al tiempo que permite la intervención de las partes y asegura un trato igualitario y neutral, prohibiendo actos y emitiendo decisiones razonadas y fundamentadas en derecho, susceptible de hacerse efectivas.

Para lograr todo lo expuesto, se requiere que el juzgador opere acudiendo al juicio de proporcionalidad, haciendo un inventario de las situaciones fácticas, de las hipótesis normativas, y de cómo aquellas pueden aplicarse a la situación concreta, cumpliendo todo el elenco de garantías y derechos contemplados en el debido proceso y dentro del sistema constitucional. Esta circunstancia implica ponderar dentro de las diversas hipótesis normativas de manera que se seleccione la opción, prevista en la norma, que mejor embone con el estándar constitucional, que en primera línea está dado por el conjunto de principios y valores que abriga el sistema de derechos fundamentales, caracterizado por la promoción y respeto de valores como la libertad, la vida, la solidaridad, la igualdad, la justicia y la dignidad de la persona humana.

Como manifesté al inicio del razonamiento del salvamento de mi voto, que la postura que hoy adopto ha sido apoyada por unanimidad por este cuerpo colegiado, en diferentes decisiones, como por ejemplo en la Resolución No.169-2018-Pleno/TACP de 19 de septiembre de 2018, dentro del procedimiento de selección de contratista No. 2017-5-76-0-08-LV-011003, en el caso Consorcio Estacionamientos y Movilidad Panamá vs el Municipio de Panamá.

Debe existir una consistencia jurisprudencial en obediencia al principio de seguridad jurídica que ha caracterizado a este ente de administración de justicia administrativa, principio que significa la cognoscibilidad de las normas jurídicas y la paralela previsibilidad de las consecuencias de cada conducta y, en concreto, de los poderes públicos al aplicar las normas. O sea, conocimiento de las normas y de las posibles consecuencias del actuar. Los sujetos deben poder tener una certeza y previsibilidad del derecho, una confianza en la racionalidad del derecho". (Editorial DYKINSON, Madrid, 2006, páginas 33-35, citado por el fallo de 30 de abril de 2009, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (el subrayado es nuestro).

En igualdad con lo anterior, el Tribunal Constitucional Español en su ya clásico pronunciamiento STC 150/1990 planteó las siguientes conclusiones sobre el principio en mencionado:

- "a. La seguridad jurídica es... suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio.
- b. (...) los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los

ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo creciente en la gestión y aplicación de los tributos".

En síntesis, no podemos mantener una postura y luego cambiarla de la nada, sin siquiera exteriorizar las razones jurídicas que nos llevan al cambio de pensamiento, para que las partes sepan los motivos del cambio. Pues, recordemos que, aunque el resto de los proponentes no impugnó, existe una parte a la que le fue adjudicado el acto y que espera a menos la protección del Estado a través de los entes de justicia administrativa, cual se cumple haciendo prevalecer la ley y garantizando que el proceso se desarrolle de manera legal. De nada vale trazar las reglas del juego, para luego permitir que se vulnere en detrimento de otros que sí se esforzaron en cumplirlos, sobre todo cuando en muchas ocasiones se ha decidido casos como el que nos ocupa con un planteamiento claro e inequívoco y que se encuentra en nuestro orden sistemático jurisprudencial al alcance de todo aquel que en algún momento desee contratar con el Estado y sepa de antemano cuáles han sido las posturas de los Magistrados en determinados casos.

Esas son las razones por la cual no avalo el fallo mayoritario, por una parte, porque no comparto que las especificaciones técnicas monopolicen el procedimiento de selección de contratista en estudio, al no ver la existencia de marcas, y por el otro, estimo que la accionante no cumplió con los presupuestos procesales mínimos para su admisión, permitiéndose así la actuación sin estar debidamente facultado conforme lo expresa la ley civil adjetiva y que debieron originar un acto administrativo con un razonamiento de no viable, por las consideraciones advertidas que no fueron observadas en su admisión.

Así las cosas, en vista de los razonamientos expuestos, y como quiera que la mayoría tiene un criterio que no comparto, respetuosamente, Salvo mi Voto.

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado

KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

