

REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 146-2018

RECURRENTE: ASP SIGNOS, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 137-2018 de 2 de octubre de 2018, proferida por Tocumen, S.A., correspondiente al procedimiento de selección de contratista por compra menor No. 2018-2-02-0-08-CM-008012.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 246-Pleno/TACP de 20 de diciembre de 2018 (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:

Tocumen, S.A., convocó el día 7 de septiembre v de 2018, el procedimiento de selección de contratista para el "Suministro e Instalación de Elementos para Cerramiento de las Salas de Espera 8, 8 a, 32 y 33 de la Terminal 1 del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.", con un precio de referencia de Cuarenta y Dos Mil

21



Ochocientos Setenta y Seis Balboas con 61/100 (B/. 42,876.61), cuya fecha para la presentación de las ofertas fue señalado para el día 17 de septiembre de 2018, en un horario de nueve (9:00 a.m.) hasta las once (11:00 a.m.) de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las once y un minuto (11:01 a.m.) de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas, y así, mediante un acto transparente, público y confiable, adjudicar el procedimiento señalado a la empresa, persona natural o consorcio que satisfaga las necesidades indicadas en el pliego de cargos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política y a las leyes complementarias.

En dicho procedimiento público participaron tres (3) proponentes, en su orden de oferta: FACHADAS MODERNAS, SIGN SYSTEMS, S.A. y ASP SIGNOS, S.A.

Posteriormente, y luego de cumplir con los procedimientos de ley; así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la entidad, Tocumen, S.A. notificó a las partes de la Resolución No. 137-2018 de 2 de octubre de 2018, cuando el día 11 de octubre de 2018 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la declaratoria de desierto del procedimiento de selección de contratista No. 2018-2-02-0-08-CM-008012, por considerar que ninguna de las ofertas cumple a cabalidad con todas las especificaciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos para esta contratación.

La Resolución No. 137-2018 de 2 de octubre de 2018 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por la empresa ASP SIGNOS, S.A., a través de su apoderada especial, licenciada ANGELA E. GONZÁLEZ M., alegando lo que a continuación nos permitimos transcribir:

Que el argumento de la entidad para no adjudicar el presente procedimiento de selección de contratista a su representada consistió en que, el poder que se adjuntó mantiene el sello de la notaría más no la firma del notario. Sobre esa situación en particular alega que la firma del notario se encontraba en el reverso de la hoja, puesto que el poder fue presentado en hoja tamaño carta y no en tamaño legal, y que al momento de escanearse no se escaneo la parte de la firma, por encontrarse en la parte posterior del poder.

No obstante, manifiesta que dicho poder no era necesario su presentación, dado que la propuesta fue suscrita por el representante legal, señor RICARDO ALFREDO ABOOD POLO.

24



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. 01.03.1081-AL-18 de 29 de octubre de 2018, remitió a este Tribunal el informe de conducta en tiempo oportuno, haciendo un recuento del procedimiento legalmente establecido.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De conformidad al Informe de Trámite de 31 de octubre de 2018 y que reposa a foja 58 del expediente del Tribunal, no se aportaron alegaciones en interés de la ley ni en interés particular.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Surtidas las etapas procesales que corresponden a estos tipos de procedimientos, el Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 52 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por compra menor, por haber nacido a la vida jurídica el día 7 de septiembre de 2018, con la convocatoria y en la que participaron tres (3) propuestas: FACHADAS MODERNAS, SIGN SYSTEMS, S.A. y ASP SIGNOS, S.A.

Tomando en consideración que el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017 entró en vigencia el día 27 de marzo de 2018, y el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 cobró vida el día 12 de abril de 2018, lo que significa que el presente procedimiento de selección de contratista por compra menor debe ser analizado bajo la lupa de esas dos disposiciones legales vigentes.

Tomando en consideración que el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada en un procedimiento por compra menor, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los Cincuenta Mil Balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley.

No obstante, antes de entrar a resolver lo contencioso, procederemos a realizar una pequeña reflexión en cuanto al origen constitucional acerca de las compras estatales, pues, resulta de gran importancia indicar y comprender que el tema de la

21



contratación pública es una materia que debe resolverse de conformidad a la ley especial y no alejar su contexto ni fundamento con interpretaciones alejadas de la realidad, teniendo siempre en mente que dicha materia es uno de los vehículos instrumentales a través de los cuales el Estado atiende la satisfacción del interés general, por lo que el contenido de la normatividad que lo regula tiene que ajustarse al modelo de Estado que perfila la Constitución. Es así que, al analizar la legislación sobre contratación pública, el examen en ningún momento puede pasar por alto las orientaciones y principios que consagra la Constitución Política de la República de Panamá.

De aceptación resulta que el examen de la legalidad ordinaria tiene que desarrollarse tomando en cuenta los parámetros que recoge la Carta Fundamental, y de ahí que, también en materia de contratación pública, se impone una obligada lectura constitucional en las normas que la regulan, aplicada de manera supletoria de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017.

Es, precisamente, en este aspecto en el cual puede apreciarse claramente la necesidad de que las interpretaciones de las normas legales de contratación pública guarden una indispensable consonancia con los postulados y principios del orden constitucional. Esta exigencia, que es directo reflejo del principio de supremacía jerárquicos que las normas constitucionales ejercen sobre los preceptos de orden legal, permite la construcción de interpretaciones que no sólo favorecen la mejor aplicación de la ley sino también ayudan en la solución de las naturales dudas y conflictos que surgen al tener que aplicarlos a los casos concretos de la vida diaria.

La principal regla que encontramos en el plano constitucional en lo que respecta a la contratación pública, se encuentra prevista en el artículo 266 de la Carta Política que es del siguiente tenor:

"La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus Entidades Autónomas o Semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.
La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

La disposición constitucional citada constituye un canon general de aplicación a las contrataciones que realice el Estado y los Municipios, en tanto que ellas impliquen la disposición de fondos públicos. Esta particularidad encuentra su razón de ser en el

21 RB



hecho claro de que los criterios de asignación, manejo e inversión de los fondos públicos responden a una lógica distinta del que impera en el ámbito privado. De conformidad con esto, el desembolso de los recursos de todos tiene que desarrollarse en condiciones que aseguren el mayor beneficio y el menor coste para el interés general, pero ello no puede ir divorciado de la realidad jurídica que desarrolla la norma especial, cuando señala que la escogencia debe ser conforme a la ley, lo que significa que no basta la presentación del precio más bajo, sino una concatenación de hechos y actos que forman un conjunto para lograr el fin primordial, cual es la satisfacción de las condiciones generales y especiales, el precio más bajo y el cumplimiento de la ley. No puede faltar ningún aspecto de la ecuación en un acto de adjudicación y esa debe ser siempre la fórmula, a menos en los procedimientos por compra menor.

El referido precepto constitucional señala que la licitación pública, salvo las excepciones que prevea la ley, debe ser el procedimiento que se aplique a la ejecución o reparación de obras, compras, ventas, arrendamientos de bienes o servicios, sean estos nacionales o municipales. El verdadero objetivo que el Constituyente identificó como regla general para que tuviera lugar la inversión de fondos públicos, es el respeto a los trámites de selección de contratista, ya que se entiende que, a través de la observancia del mismo, se conjura la posibilidad de favoritismos y discrecionalidades inconvenientes en la asignación de las obras, servicios o bienes costeados con fondos públicos.

Si el trámite de selección de contratista en el ámbito público es la regla de exigencia constitucional, sus excepciones tienen que ser apreciadas en un contexto de estricta rigurosidad, pues, si bien las excepciones están autorizadas en la medida que la ley las consagre, ellas no pueden convertirse en la regla que hagan ineficaz la efectiva aplicación del mandato general. Las excepciones legales al trámite de selección de contratista, gozan de legitimidad constitucional, pero en su aplicación debe imperar una interpretación restrictiva para que se respete el claro criterio señalado por el Constituyente.

El trámite de selección de contratista que exige la Constitución en el artículo 266, debe estar orientado a la obtención de dos condiciones fundamentales y concurrentes: el mayor beneficio para el Estado; y la plena justicia en la adjudicación, la cual se logra con el trinomio al que hemos hecho referencia en líneas anteriores.

El mayor beneficio para el Estado debe ser apreciado no sólo desde la perspectiva del más bajo costo posible sino también de la mejor calidad en cuanto a la obra, bien o servicio de que se trate. Igualmente, ese mayor beneficio que el Constituyente quiere que se alcance a través del trámite de selección de contratista, del cual, se repite, la

21



compra menor es sólo una de sus modalidades, debe permitir la escogencia objetiva de la mejor oferta, hecha por proponentes calificados con credenciales de seriedad y cumplimiento para asegurar las condiciones más beneficiosas al interés general.

Por su lado, el trámite de selección de contratista debe alcanzar también la plena justicia en la adjudicación, con lo cual se quiere significar que el procedimiento debe ceñirse a criterios de legalidad, objetividad, debido proceso, igualdad de trato entre los oferentes, publicidad, transparencia, lealtad, y libre concurrencia, entre otros. No se garantiza la plena justicia en la adjudicación cuando se favorece ilegalmente a un oferente en detrimento de los otros o cuando se evalúan las propuestas exigiendo requisitos o trámites no previstos en la ley con el fin de descalificar con ligereza la participación de los proponentes.

Realizada la reflexión pertinente, comenzamos con el análisis de las propuestas presentadas, con el fin de determinar si la decisión proferida por Tocumen, S.A., corresponde a los postulados indicados, tanto constitucionales, legales, reglamentarios y a los términos de referencia, o si, por el contrario, fueron producto de la discrecionalidad de los funcionarios públicos encargados de llevar a final término el procedimiento de selección de contratista en evaluación.

También tenemos que tomar en cuenta que estamos ante un acto público que no se exigirá fianza de propuesta ni fianza de cumplimiento, toda vez que la entidad no lo ha requerido, siendo dicho requisito una discrecionalidad que la propia ley le concede al representante legal de la entidad o al funcionario público delegado.

Con conocimiento de causa, si la entidad determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos, procederá a la adjudicación del acto público a ese proponente en el respectivo cuadro de cotizaciones, de lo contrario, procederá inmediatamente a verificar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente.

Descartada la existencia de nulidad en el procedimiento legalmente establecido y poniendo en práctica las disposiciones correspondientes, procederemos con el análisis de la oferta de menor precio, recayendo la misma sobre la propuesta de SIGN SYSTEMS, S.A., con un precio de Treinta y Nueve Mil Noventa y Cuatro Balboas con 50/100 (B/. 39.094.50).

Al realizar el escrutinio de los documentos aportados con la propuesta, denotamos la no aportación de la declaración jurada en la que se debió certificar que no se encuentra incapacitada para contratar con las entidades estatales, requisito que aparece introducido en el artículo 19 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006,

Ej *AF*



recientemente ordenado por la Ley No. 61 de 2017 y en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018.

Tampoco aportó el certificado de proponente emitido por la Dirección General de Contrataciones Públicas que se exige en el punto No. 8 de otros requisitos del pliego de cargos, al igual que el incumplimiento del punto 6, que se refiere a los comprobantes de la carta de presentación de la empresa en donde se destaque la dirección, fax, teléfono, entre otros. Carta que ha sido aportada, más no los respectivos comprobantes, como lo son a través de copia de recibo de agua, luz, teléfono o contrato de arrendamiento, que fue requerido por la entidad para corroborar que la información enunciada sea totalmente válida y no simplemente una información plasmada en un papel sin sustento alguno.

Como quiera que la oferta de menor precio no cumple a cabalidad con los requisitos del pliego de cargos, nos corresponde continuar inmediatamente a verificar la siguiente oferta con el precio más bajo, utilizando el mismo procedimiento empleado en la verificación de la propuesta anterior, recayendo la misma en la propuesta de la empresa ASP SIGNOS, S.A., con un monto de Cuarenta Mil Seiscientos Diez Balboas con 70/100 (B/. 40,610.70).

Dicha propuesta no cumple con las condiciones generales y especiales exigidas unilateralmente en el pliego de cargos publicado por la entidad, debido a que la declaración jurada sobre medidas de retorsión presenta inconsistencias puntuales e injustificadas respecto al contenido publicado en el artículo 12 de la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016, las cuales pudieran presentarse para desvirtuar el objetivo de la norma, veamos.

DECLARACIÓN JURADA
(Para Aplicación de Medidas de Retorsión)

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 de la Ley No. 48 del 26 de octubre de 2016, el suscrito: Ricardo Alfredo Abood Polo, varón, panameño, mayor de edad, Ingeniero Industrial, casado, con cédula de identidad personal No.8-434-220, vecino (a) de esta ciudad, actuando en mi condición de Representante Legal de la empresa **ASP SIGNOS, S.A.** sociedad debidamente constituida conforme a las leyes de la República de Panamá, a Ficha 316166, documento:49787, Imagen 0049, con domicilio en Vía Porras, edificio 45, teléfono 213-6195, certifico lo siguiente:

1. Que no es una persona de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016.
2. Que no es controlada directa o indirectamente por una persona de un país al que se le aplican medidas de retorsión, conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016.
3. Que al presentarse como proponente no actúa en representación de una persona o entidad de un país al que se aplican las medidas de retorsión, conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016.
4. Que en la ejecución de la contratación pública de que se trate y de las obligaciones dimanantes de ésta, el valor de sueldos, bienes, servicios, obras públicas, arrendamientos, valores, títulos o fondos a proveer por parte del contratista, que proviene de países a los cuales se les aplican medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016, no superará el diez (10%) del valor total de la contratación pública, o de diez por ciento (10%) del valor anual de dicha contratación pública, si ésta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada período para el cual sea renovado o extendido.

91



Al respecto, a simple vista destaca que la declaración jurada presentada por la empresa ASP SIGNOS, S.A., no se ajusta fielmente a lo descrito en la Ley No. 48 de 2016, sino que se limita a certificar que es “conforme a la ley”, lo cual constituye un texto inconcluso y, en consecuencia, susceptible de interpretación.

En el punto No. 1, se señala que “no es una persona de un país al que se le aplican medidas de retorsión conforme a la ley No. 48 de 26 de octubre de 2016”. Esto es lo único declarado. Sin embargo, ese es el tenor correspondiente a personas naturales, puesto que las personas jurídicas, como ASP SIGNOS, S.A., también **deben incluir que no están incorporadas, domiciliadas, controladas, organizadas, administradas o con domicilio principal** en un Estado al que se le aplican medidas de retorsión conforme a la mencionada ley. Se ve así que la empresa ASP SIGNOS, S.A, no declara nada en relación a tales situaciones corporativas.

1. **No es una persona natural de un Estado al que se le aplican 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 esta Ley.**

En el punto No. 2, la situación es más evidente, pues la ley no hace referencia al control directo o indirecto, sino a la **nacionalidad de los beneficiarios finales**. Aquí la empresa favorecida con la adjudicación guarda absoluto silencio sobre la nacionalidad de sus beneficiarios, sean éstos directos o indirectos.

2. **No mantiene beneficiarios finales, directa o indirectamente, cuya nacionalidad sea de un país al que se le aplican 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 esta Ley.**

En el punto No. 3, ASP SIGNOS, S.A., establece que “al presentarse como proponente no actúa en representación de una entidad o de un país que se le aplican medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016”. Sin dejar claro la razón para incluir “al presentarse como proponente”, ni si el término “entidad” es en lugar de persona natural o jurídica, o si proviene de entidad estatal. A nuestro entender, lo declarado parece afirmar que al presentarse como proponente no actúa en representación de una entidad estatal a la cual se le aplican medidas de retorsión conforme a la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016, dejando justificadas dudas de su actuación cuando no ejerce de proponente.

3. **No actúa en representación de una persona natural de un Estado al que se le aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley 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.**

31



A la comprensión de este Tribunal, si la persona jurídica no se encuentra en ninguna de las situaciones que la ley positiva enumera, no encuentro razón de peso para no declarar los puntos pertinentes, o para pura y simplemente señalar que no se encuentra en ninguna de las situaciones que la ley manifiesta.

Separarlos como lo ha realizado deja mucho que pensar. Pues, podría ser una forma hábil de participar del procedimiento de selección de contratista, sabiendo que no cumple con ciertas condiciones que impone la declaración jurada sobre medidas de retorsión, pero que no ha mencionado directamente, lo que evitaría su compromiso legal de realizar declaraciones falsas.

Aunque parezca un tema trivial, es muy importante colocar o declarar todos los puntos que existen en la ley vigente sobre medidas de retorsión, pues, no solamente se exige que la persona no sea una empresa o persona natural de un Estado al que se le aplican medidas de retorsión, también es necesario saber si no es una persona natural o jurídica domiciliada, controlada en un Estado al que se le apliquen medidas de retorsión, constituida en un Estado al que se le apliquen medidas de retorsión, entre otros.

Nótese que el Diputado no solo legisló sobre aquellas empresas o personas naturales que pertenecen a un Estado discriminatorio, sino el resto de aristas que allí se encuentran plasmadas. Puede darse el caso que la empresa o persona natural no mantiene beneficiarios finales, directa o indirectamente, cuya nacionalidad sea de un país al que se le aplican medidas de retorsión, pero sí una persona jurídica domiciliada constituida en un Estado al que se le aplican medidas de retorsión.

No podemos perder el norte y sólo enfocarnos en los primeros renglones de la ley, pues, la norma es completa y clara y no permite sesgarla, puesto que la misma indica diferentes situaciones que se pueden presentar en un caso como el analizado. Por ejemplo, al enfocarnos en el segundo punto presentado por el proponente ASP SIGNOS, S.A., la misma sólo se circunscribió a indicar que no es controlada directa o indirectamente por una persona de un país al que se le aplican medidas de retorsión, pero no declara nada respecto si mantiene beneficiarios finales, directa o indirectamente cuya nacionalidad sea de un país al que se le aplican medidas de retorsión, entre otros aspectos más. Por ello es importante incorporar cada una de las situaciones que la ley describe y no conformarnos con tan solo unas de ellas y con eso presumir que se está cumpliendo con la ley.

De no ser importante, entonces no tendría sentido haber subrogado la Ley No. 58 de 2002, ya que el espíritu de la misma o el sentido fue precisamente ampliar el rango de posibilidades de situaciones discriminatorias, para así poder erradicar o ser

91



recíprocos con aquellos Estados que practican ese tipo de medidas con nuestros nacionales.

Una medida de retorsión constituye un acto inamistoso, pero que no es violatorio del derecho internacional. Ésta es la característica primordial que la diferencia de las represalias, actos que, en principio, son ilegales conforme al derecho internacional, pero que están permitidos excepcionalmente como respuesta ante la violación de un derecho por parte de otro Estado.

En lo que respecta al poder notariado, el cual no presenta el sello del Notario con la respectiva firma ni los testigos, compartimos el criterio expuesto por la recurrente, consistente en que, al ser una propuesta que fue firmada en todos sus documentos por el representante legal y entregada de manera electrónica por el propio proponente, no era necesario valorar el poder especial, lo que implica que la apoderada especial no hizo uso de su representación.

Por último, corresponde la evaluación de la propuesta de FACHADAS MODERNAS, S.A., con un precio de Cuarenta y Siete Mil Ochenta y Un Balboas con 00/100 (B/. 47,081.00).

En esta oportunidad encontramos dos precios de propuestas, uno visible en el formulario electrónico y otro en el adjunto (B/. 47,081.00 y otro por B/. 45,835.00) y no puede este Tribunal determinar cuál sería el correcto, ya que no es parte de nuestras facultades. Esta situación convierte a la propuesta en alternativa, lo que no es válido en nuestras compras estatales. Los proponentes deben presentar un solo formulario de propuesta y totalmente determinado, ya que, de permitirse la introducción de este tipo de ofertas, lo que provocaría una alteración en las bases del procedimiento de selección de contratista y que colocaría en un pie de desigualdad a los demás proponentes, al no permitir establecer un patrón común de comparación entre las distintas ofertas.

Lo anterior nos permite confirmar la Resolución No. 137-2018 de 2 de octubre de 2018, venida en impugnación, y que fue proferida por Tocumen, S.A., por ajustarse al contenido del numeral 2 del artículo 66 de la ley que nos gobierna, es decir, **cuando ninguna de las propuestas cumple con los requisitos y las exigencias del pliego de cargos**, y en su lugar se procederá con la declaratoria de desierto. No obstante, cabe agregar que Tocumen, S.A. podrá convocar a un nuevo acto, pero tomando en cuenta que la nueva convocatoria se realizará con la antelación prevista en el artículo 67 de la citada ley, y que versa sobre el procedimiento en caso de nueva convocatoria.

21



Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 137-2018 de 2 de octubre de 2018, emitida por Tocumen, S.A., que declaró desierto el procedimiento de selección de contratista No.2018-2-02-0-08-CM-008012, debido a que ninguna de las propuestas cumplió a cabalidad con las exigencias requeridas en el pliego de cargos y que fueron la base del llamado al acto público que nos ocupa.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación concedida en cheque certificado No. 000059, fechado 17 de octubre de 2018, expedido por Banistmo, por un monto de Cuatro Mil Cien Balboas con 00/100 (B/. 4,100.00), que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 28 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2018-2-02-0-08-CM-008012, a Tocumen, S.A., contentivo de un (1) tomo, integrado por ciento cincuenta y un (151) fojas útiles como se indica en el informe de trámite de 31 de octubre de 2018, que reposa en la foja 58 del expediente del Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes 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 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: DISPONER la salida y el archivo del expediente N°146-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 52, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017;

91

artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

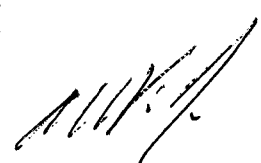
Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

SALVO EL VOTO.


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO: MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA ASP SIGNOS, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No.137-2018 DE 2 DE OCTUBRE DE 2018, EMITIDA POR TOCUMEN S.A. EXP. 146-2018, RESOLUCION No. 246-Pleno/TACP de 20 de diciembre de 2018 (Decisión)

Respetuosamente, a través del presente voto sustento las razones de mi disenso en relación con la Resolución emitida por la mayoría de este Tribunal.

En primer lugar, no comparto la existencia de un incumplimiento de un requisito obligatorio para el presente acto de selección de contratista No. 2018-2-02-0-08-CM-008012. Me refiero a la declaración de medidas de retorsión aportada por la empresa **ASP SIGNOS S.A.** (visible a f. 78 del expediente administrativo). A colación debo traer que los principios de transparencia, economía procesal, eficacia y eficiencia son puntos cardinales de la contratación pública, y en base a ellos debemos interpretar los defectos de forma, simples irregularidades o la inobservancia de algunos de los requisitos para los distintos procedimientos de selección de contratista. Recuérdese que, existe un plexo axiológico de la contratación pública y es reducir al mínimo los pronunciamientos inhibitorios. Ya que según consta en el caso *sub-judice* el debate que se plantea se circunscribe a la validez y/o eficacia del documento de "Medidas de Retorsión" presentado por el ente societario ofertante; pero en el análisis fáctico jurídico también plantea evaluar los efectos jurídicos del documento, así según el principio guía consignado en artículo 19 del (Texto Único) de la Ley 22 de 2006:

"Artículo 19. Principio de economía. En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

1.....

2. Las normas de los procedimientos de selección de contratista se interpretarán de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos, para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

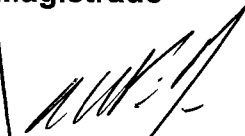
11. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni otras formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma expresa lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales. (El subrayado es nuestro)"

En segundo plano, como razón de *obiter dicta*, es importante reconocer que el espíritu o propósito para establecer la obligatoriedad de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, para un determinado acto público, no es otro que el luchar contra la discriminación comercial hacia nuestro país, respecto de un trato no recíproco conforme al sistema normativo de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Fíjese que la ley 48 de 2016, lo que sanciona es la omisión absoluta, la falta de presentación del mismo y el correspondiente efecto jurídico es su descalificación de su propuesta u oferta. Nótese también, como hemos sostenido, que el caso no se subsume en el supuesto de hecho que establece la ley, que es la falta de

presentación del documento, presentación imperfecta o incompleta del mismo; en este caso, el contenido del documento no comporta la reproducción ritualista de los supuestos establecidos de la ley, pero si existe una manifestación de voluntad del presentante de sujetarse a los términos de la ley en cada uno de los 4 puntos propuestos en la declaración. Aún, el declarante en cada uno de esos puntos deja claro que se atiene al cumplimiento “conforme a la ley 48 de 26 de octubre de 2016”, y cuya única disconformidad en la ratio iuris del Tribunal fuere el hecho que el declarante se refería a que no estaba vinculado (en ninguno de los supuestos) a ningún “país” (la ley menciona Estado) que aplicara medidas de retorsión. Reforzando así nuestro criterio sobre lo que consideramos una especie de reenvío jurídico material, donde el declarante se compromete a cumplir con lo establecido taxativamente en la ley, asumiendo las consecuencias de someterse a la persecución del Estado; y de la revocabilidad del contrato o la adjudicación en caso de comprobarse que la información presentada sea falsa, lo cual es lo realmente importante y de relevancia jurídica. Lo cual no afecta al acto de selección de contratista.

Por consiguiente y dejando *ut supra* nuestra opinión, expresamos que este Tribunal debió *revocar* lo actuado por la entidad contratante y restablecer el derecho vulnerado, teniendo por razón los intereses prevalentes del Estado. Por lo anterior, y sin desmeritar el concepto mayoritario, salvo mi voto.


José Aranda Ríos
Magistrado


Alberto C. Vásquez R.
Secretario General



Fecha ut supra.

JAR/c.a.c.y.

TA de CP

'19 ENE08 03:10PM