



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE N° 147-2018

RECURRENTE: PRO STAR SPORTS, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones 65 de 11 de octubre de 2018, por el cual se adjudicó el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352, emitido por el Municipio de Arraiján.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS.

CONTRAPROYECTA: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ.

RESOLUCIÓN N°021-2019-Pleno/TACP de 4 de febrero de 2019. (Decisión)

CONSIDERANDO QUE:

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 20 de septiembre de 2018, el Municipio de Arraiján convocó al acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para el “*suministro e instalación de juegos infantiles en La Constancia 1, La Constancia 2, El Valle y La Floresta*”, con un precio de referencia de CUARENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.40,000.00).

A la celebración del acto público concurrieron los siguientes proponentes:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
155624324-2-2016-57	HETEC GROUP, S.A.	09-10-2018 02:08 p.m.	38,000.00
1150345-1-571625-81	PRO STAR SPORT	26-09-2018 08:35 a.m.	38,000.00



El acto administrativo impugnado (*Cuadro de Cotizaciones 65 de 11 de octubre de 2018*) fue publicado el 11 de octubre de 2018 en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, y con el que se adjudicó el acto público No.2018-1-69-04-15-CM-000352 a HETEC GROUP, S.A., por un monto de TREINTA Y OCHO MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.38,000.00).

El 19 de octubre de 2018, la licenciada KARINA HINESTROZA de la firma HULLMARN & CO. ABOGADOS, en su calidad de apoderada especial de **PRO STAR SPORTS, S.A.**, interpuso recurso de impugnación en contra del citado Cuadro de Cotizaciones 65 de 11 de octubre de 2018, emitido por el Municipio de Arraiján.

Junto al libelo del recurso, la parte actora presentó Fianza de Impugnación No.04-09-24686-0, expedida por Aliado Seguros, S.A., a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como beneficiarios el Municipio de Arraiján / Contraloría General de la República, por la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/.3,800.00), de acuerdo a la Diligencia de Consignación No.125-2018 de 19 de octubre de 2018, que reposa a foja 018 del expediente jurídico.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Este Tribunal previa verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, promovido por **PRO STAR SPORTS, S.A.**, procedió a darle curso según el procedimiento señalado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo mediante Resolución No.134-2018/TACP de 19 de octubre de 2018 (Admisión).

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

La impugnante requirió en su escrito que *“se descalifique a la empresa HETEC GROUP, S.A., por no cumplir con los requisitos del pliego de cargos, dejando en consecuencia sin efecto el Cuadro de Cotizaciones que funge como Resolución de Adjudicación 65 de 11 de octubre de 2018, y por consiguiente que se les adjudique sin las mayores formalidades”*.

Adicional, la parte actora señaló, entre otros, que *“ellos solicitaron que se dejara constancia en el acta de apertura, que los mismos fueron la única empresa proponente en presentar las muestras de los materiales, siendo este un requisito mínimo indispensable, establecido así, por el pliego de cargos de dicho acto, en el punto No.8 de otros requisitos como no subsanable”*...

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

El Municipio de Arraiján, con Nota MA-DS-423-2018 fechada el 29 de octubre de 2018, remitió el expediente administrativo, así como el informe de conducta (visible de fojas 040 a 042 del expediente del Tribunal), el cual contiene el recuento del acto público, desde su convocatoria hasta la publicación del acto administrativo impugnado.

V. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Iniciamos nuestro análisis señalando que el procedimiento de selección de contratista adjudicado es una Contratación Menor, consagrada en el artículo 52 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, cuya



reglamentación se encuentra en el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, el cual establece que el procedimiento para la contratación menor permitirá, 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.

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 del acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352 fue 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.

El acto administrativo impugnado lo constituye el Cuadro de Cotizaciones 65 de 11 de octubre de 2018, proferido por el Municipio de Arraiján, el cual en síntesis señala lo siguiente:

Resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: Adjudicar la Contratación Pública No. 2018-1-69-01-15- CM-000352, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE JUEGOS INFANTILES EN LA CONSTANCIA 1, LA CONSTANCIA 2, EL VALLE Y LA FLORESTA. RENGLÓN 4 DE LA RESOLUCIÓN 124 DEL 2 DE AGOSTO DE 2018, A LA EMPRESA HETEC GROUP, S.A. por la cantidad de B/. 38,000.00 (TREINTA Y OCHO MIL BALBOAS CON 00/100).**ARTÍCULO SEGUNDO:** Ordenar la publicación de la presente Resolución por el término de un (1) días hábiles, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas (Panamá Compra) y el tablero de anuncios de actos públicos que mantiene la entidad, para efecto de sus notificaciones a los interesados.**ARTÍCULO TERCERO:** En contra de la presente Resolución, podrá interponerse el Recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de los dos (2) días hábiles contando a partir de su notificación.

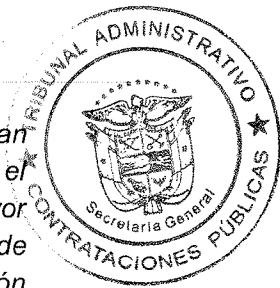
Corresponde a este Tribunal entrar a dilucidar la controversia, referente a lo argumentado por la recurrente y la entidad contratante, así como analizar cada una de las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo, y en el registro electrónico del acto público de marras.

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 contratistas, está 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.”

Aunado a lo anterior, el artículo 125 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, señala que, cumplidas las formalidades establecidas en la Ley, este Reglamento y el pliego de cargos, el jefe o representante de la entidad contratante que convoca el acto o el servidor público en quien se delegue, procederá a adjudicar el acto de selección de contratista, a través de resolución motivada en un período no mayor de cinco días hábiles.

De esta manera, el artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante Ley 61 de 2017 desarrolla algunos conceptos, entre los cuales podemos citar:

“Pliego de Cargos: Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrar, los derechos y 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.”

(Lo resaltado es nuestro).

Así las cosas, en la revisión del pliego de cargo del acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352, observamos que el requisito #6 referente a la “Declaración Jurada de Medida de Retorsión”, señala que se deberá cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016.

↓

6	Declaración Jurada de Medidas de Retorsión. Todo proponente, deberá cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 48 del 26 de octubre del 2016, a través de la declaración jurada de las medidas de retorsión, cuya firma debe estar autenticada por Notario Público, la cual se presentará en original, copia simple o copia digital.	No
---	--	----

Igualmente, en los “Documentos Adjuntos” denominados “Pliego” se contempla en el numeral 10 del punto 10 de los “Requisitos de Obligatorio Cumplimiento” del Capítulo I nombrado “Condiciones Especiales” numeral 8, que la entidad contratante dispuso que “el proponente debía presentar con su oferta una declaración jurada de medidas de retorsión, cumpliendo con el formulario incluido en el Capítulo III del pliego de cargos”, e indicó además que “todo proponente debía cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016. Los proponentes que omitieran presentar esta



declaración jurada sobre medidas de retorsión quedarían inmediatamente descalificados y no podrían hacerse acreedores por ningún motivo a la adjudicación de esta licitación. **Formulario No.3.”**

Documentos Adjuntos			
Descripción	Tipo	Fecha	Acciones
<u>PLIEGO</u> ←	Pliego de Cargos	20-09-2018 05:15 PM	

Pliego de Cargos para el Proyecto
Suministro e Instalación de Juegos Infantiles en la Constancia 1, La Constancia 2, El Valle y La Floresta
Corregimiento de Vista Alegre

FORMULARIO No.3

MODELO DE DECLARACIÓN JURADA
(Para aplicación de Medidas de Retorsión)

Arraiján, de 201__.

SEÑORES
MUNICIPIO DE ARRAIJAN
E. S. D.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 48 de la Ley No.48 de 26 de octubre de 2016, el suscrito: _____, varón / mujer. (nacionalidad), mayor de edad, (profesión), (estado civil), con cédula de identidad personal N° _____, vecino de esta ciudad, actuando en mi condición de Representante Legal de la empresa _____, sociedad debidamente constituida conforme a las leyes de la República de Panamá, a Ficha: _____, Tomo: _____, Rollo: _____, Imagen: _____, con domicilio en _____, Teléfono: _____, certifico lo siguiente:

(1) Que nuestra empresa no es una persona jurídica proveniente de un país al que se le aplican 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.

(3) Que al presentarnos como proponente, no actuamos en representación de una persona o entidad de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley.

(4) Que en la ejecución de la contratación pública o concesión administrativa de que se trata y de las obligaciones dimanantes de ésta, el valor de sueldos, bienes, servicios, obras públicas, arrendamiento, valores, títulos o fondos a proveer por parte del contratista o concesionario, o una combinación de estos, que proviene de países a los cuales se les aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley, no superará el diez por ciento (10%) del valor total de la contratación pública o concesión administrativa de que se trate, o el diez por ciento (10%) del valor anual de dicha contratación pública o concesión administrativa, si ésta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada periodo para el cual sea renovado o extendido.

Dada en la ciudad de _____, a los _____ días del mes de _____ de 201__.

Representante Legal
(Nombre de la Empresa) apoderado en el acto, el cual será entregado el mismo día del acto público, en el lugar de celebración con fecha a partir del llamado o aviso de convocatoria. (Informe de Opinión Legal No. DJ-138-2010).

De los párrafos expuestos, podemos observar que el “Formulario No.3” a utilizar como guía/modelo por los oferentes del acto público objeto del presente recurso de impugnación y suministrado por el Municipio de Arraiján, es contrario a lo expresamente estipulado por dicha entidad a lo largo del respectivo pliego de cargos. Tanto el artículo de la Ley 48 de 2016 en que la entidad contratante sustenta la exigencia de la declaración jurada de medidas de retorsión está errado, así como el contenido de lo que se requiere certificar con la referida declaración jurada de medidas de retorsión, ya que su detalle pertenece a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 58 de 2002, legislación que actualmente no está vigente.

En atención a la declaración jurada de medidas de retorsión requerida, cuyo modelo se citó arriba, no podemos pasar por alto llamar la atención a la entidad contratante, ya que sobre ella recae la obligación de mantenerse actualizada en cuanto a la legislación vigente se refiere; consecuentemente tiene el deber de reformar y adecuar sus pliegos de cargos y términos de referencia. Sostenemos lo anterior, debido a que la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 fue subrogada por la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, que empezó a regir al día siguiente de su promulgación, es decir el 27 de octubre de 2016,



y en su artículo 12, señala que, para participar en un acto público de selección de contratista, toda persona deberá presentar una declaración jurada junto a su oferta y lista los elementos que dicha declaración debe contener.

Queda claro que, al 20 de septiembre de 2018, fecha en que el Municipio de Arraiján publicó la convocatoria del acto de selección de contratista No.2018-1-69-01-15-CM-000352, el artículo 5 de la Ley 58 de 2002 ya había sido subrogado y por tanto la entidad tenía la obligación de cumplir con la nueva legislación, conforme lo establece el artículo 4 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, que en su letra señala:

***“Artículo 4. Normas reguladoras.** En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la presente Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones contenidas en los contratos y en los pliegos de cargos.
...”*

Por lo antes expuesto, el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352, para el *“suministro e instalación de juegos infantiles en La Constancia 1, La Constancia 2, El Valle y La Floresta”*, adolece de claridad porque el contenido del formulario suministrado por la entidad y anexado al respectivo pliego de cargos, referente a la declaración jurada de medida de retorsión, es contrario al numeral 6 del pliego y numeral 8 del punto 10 de los *“Requisitos de Obligatorio Cumplimiento”* del Capítulo I de *“Condiciones Especiales”*, induciendo a los proponentes a cometer errores.

En este mismo orden y dirección, el artículo 33 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, estipula que el pliego de cargos debe contener reglas objetivas, claras y justas; veamos:

***“Artículo 33. Estructuración del pliego de cargos.** La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista o a la excepción de este, el correspondiente pliego de cargos o término de referencia, que contendrá:*

...

- 2. Los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista.*
- 3. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia.*

...

- 8. Las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales, referentes al objeto de la contratación.*
- 9. Los modelos de formularios que deberán contemplar y presentar los proponentes, como las fianzas, el proyecto de contrato, los modelos de cartas, las declaraciones juradas cuando procedan y demás documentos y certificaciones que se requieran.*

...”

(Lo resaltado es nuestro).

Adicional y como se ha revelado anteriormente, el numeral 33 del artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, establece que las reglas incluidas en los pliegos de cargos deben ser objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, siendo esto extensivo a toda la documentación que deben llenar y presentar



los proponentes; a fin de que lo aportado por cada oferente en el acto público, no sea arbitrario y discrecional, debido a la interpretación subjetiva que le puedan dar a los requisitos estipulados por la entidad contratante en el correspondiente pliego.

En esta misma línea, con la finalidad de garantizar con ello la presentación de ofertas en igualdad de oportunidades, el artículo 39 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, señala que las entidades incluirán dentro de los pliegos de cargos, los modelos o formularios necesarios para asegurar tal finalidad.

Por consiguiente, las inconsistencias reflejadas en el pliego de cargos del acto público No.2018-1-69-01-15-CM-000352, 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."

Al respecto es oportuno precisar, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ha mantenido el criterio sostenido en reiteradas ocasiones de que "*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 No.059-2010-Pleno/TAdCP de 23 de diciembre de 2010).

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar lo contenido en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el cual en su letra 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 participen 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.
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.”

(Lo resaltado es nuestro).

En resumen, el hecho que la información contenida en el pliego de cargos se contravenga entre sí 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 se 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.”

En este sentido, resulta oportuno exhortar a la entidad contratante (Municipio de Arraiján), para que tenga el cuidado debido con la información que coloca y suministra a la hora de elaborar sus pliegos de cargos y demás documentación que acompañen los actos públicos a celebrar; ya que los pliegos de cargos deben incluir todos los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista; así como las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, a fin de asegurar una escogencia objetiva.

Por todas las consideraciones antes expuestas, esta Colegiatura estima que lo procedente es *anular* el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352, para el “*suministro e instalación de juegos infantiles en La Constancia 1, La Constancia 2, El Valle y La Floresta*”, convocado por el Municipio de Arraiján, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018:

“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.”

Lo anterior encuentra sustento precisamente en el principio de confianza legítima en la Administración, en virtud del cual no puede afectarse a los administrados por errores de la Administración, sin embargo, en esta oportunidad no pueden convalidarse las declaraciones juradas sobre medidas de retorsión presentadas por los proponentes por no estar acorde con la ley vigente, porque al mismo tiempo este Tribunal tiene el deber de salvaguardar el interés superior de la Nación y Estado, interés nacional, tutelado



precisamente por la declaración jurada sobre medidas de retorsión.

A través de sus resoluciones, el Tribunal ha mantenido la firme posición de la importancia de que la declaración jurada sobre medidas de retorsión esté acorde con el contenido de la norma legal vigente al tiempo de la convocatoria del acto público de selección de contratista, debido a que este documento tutela un interés superior, en lo que atañe a prácticas discriminatorias contra Panamá por parte de otros Estados.

Por tanto, en virtud del principio de eficiencia contenido en el artículo 26 de la Ley de Contratación Pública, hacemos un llamado al ente rector de las contrataciones públicas – la Dirección General de Contrataciones Públicas – y a todas las entidades públicas, para que se proporcione y garantice un modelo de la declaración jurada sobre medidas de retorsión en todos los actos de selección de contratistas, congruente con el artículo 12 de la Ley 48 de 2016, puesto que nos hemos percatado que las deficiencias en la presentación de este documento, inciden constantemente en la declaratoria de deserción o anulación de los procedimientos de selección de contratistas.

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.

Por otra parte, en lo 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: ANULAR el procedimiento de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352, para el *“suministro e instalación de juegos infantiles en La Constancia 1, La Constancia 2, El Valle y La Floresta”*, con un precio de referencia de CUARENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.40,000.00); en virtud de que se incurrió en inconsistencias en la estructuración del pliego de cargos en contravención con las disposiciones establecidas en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (Contrataciones Públicas), ordenado mediante la Ley 61 de 2017.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación No.04-09-24686-0, expedida por Aliado Seguros, S.A., a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como beneficiarios el Municipio de Arraiján / Contraloría General de la República, por la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/.3,800.00), de acuerdo a la Diligencia de Consignación No.125-2018 de 19 de octubre de 2018, que reposa a foja 018 del expediente jurídico.

TERCERO: DEVOLVER al Municipio de Arraiján, el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-1-69-01-15-CM-000352, integrado por un (1) tomo con doscientos veinticuatro (224) folios útiles, según informe que reposa a foja 051 del expediente del Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas

PanamaCompra, notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posterior a su publicación en el referido sistema.

QUINTO: ADVERTIR a las partes, que esta Resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.147-2018, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2, 4, 20, 21, 23, 33, 36, 37, 39, 52, 136, 145, 146, 148, 151, 152, 154, 155 y 161 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 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016; artículos 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


salvo error

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado



ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA PRO STAR
SPORTS, S.A., EN CONTRA DEL CUADRO DE COTIZACIONES 65 DE 11 DE
OCTUBRE DE 2018, DICTADA POR EL MUNICIPIO DE ARRAIJÁN.**

Con fundamento en el artículo 115 del Código Judicial, supletoriamente aplicable, de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, manifiesto en esta ocasión mi disentir con lo resuelto en la parte motiva y resolutive por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N°021-2019-Pleno/TACP de 4 de febrero de 2019 (Decisión) decidieron anular el procedimiento de selección de contratista por contratación menor No. 2018-1-69-01-15-CM-000352, iniciado por el Municipio de Arriaján, por considerar que existen vicios de nulidad absoluta.

El fallo avalado por la mayoría de los homólogos que componemos esta colegiatura, se fundamenta principalmente en un presunto vicio de nulidad, consistente en el error cometido por la entidad al colocar en el modelo de declaración jurada sobre medidas de retorsión, que la misma giraría en torno al contenido del artículo 48 de la Ley No. 48 de 2016, cuando en realidad debió decir de conformidad al artículo 12 de la Ley No. 48 de 2016, hecho que a nuestro criterio no genera una nulidad absoluta del procedimiento por compra menor No. 2018-1-69-01-15-CM-000352 por las siguientes razones jurídicas.

La decisión de mayoría, a mi concepto, debió tomar en consideración el contenido del artículo 1 del Código Civil y la Ley No. 48 de 2016, ya que no podemos anteponer el contenido de un modelo de formulario por encima de dos legislaciones, olvidando así el principio de supremacía de ley, que a su vez va de la mano con el principio de legalidad, doctrinal y jurisprudencialmente reconocido por diferentes tratadistas de todas las ramas del Derecho.

Así las cosas, ha sido la ley la que nos señala la obligatoriedad en las actualizaciones legislativas y su fiel cumplimiento, siendo una responsabilidad de cada uno de los proponentes presentar los documentos que la ley exige y no solo valerse de los formularios o modelos que las entidades dispongan, ya que como sabemos, la ley de contrataciones públicas no es la única aplicable en estos casos, pues, sólo basta realizar una lectura del contenido del artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al tema de las normas reguladores, en la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de esta ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dictan al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos. En caso de **conflicto, se atenderá el orden de prelación indicado en este párrafo**". Evidentemente existe un conflicto, que no ha sido analizado bajo los parámetros que la propia ley ha dado como remedio, y en

donde se le ha dado un mayor valor a un modelo de formulario de declaración sobre medidas de retorsión por encima de la propia ley.

Además, a pesar del error de la entidad, ninguno de los proponentes hizo alusión al artículo 48, sino al artículo 12 de la ley sobre medidas de retorsión, sumado a que la ley en referencia solamente contiene 16 artículos, lo que nos indica que el error no mantiene ninguna trascendencia que pueda dar lugar a una equivocación a los proponentes. Pues no existe intención de confusión ni mucho menos lo orientan a esa dirección.

En este caso nuestro planteamiento siempre ha sido la aplicación del artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 2018, cuyo texto es del siguiente tenor: “cuando existan discrepancias entre las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas en documentos adjuntos, prevalecerán las elaboradas en la plantilla electrónica del pliego de cargos”, siendo éste el remedio ideal, por cuanto que la misma se desarrolla en razón del numeral 37 del artículo 2 de la ley de contrataciones públicas que dice lo siguiente: “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**”. Así las cosas, lo correspondiente sería anular únicamente el requisito contrario a la ley No. 48 de 2016 y no el acto público en su totalidad.

No podemos dejar de destacar que el error fue en un modelo, no así en el pliego electrónico ni en las condiciones generales que reposan en el portal electrónico que, de ser revisado a conciencia por los proponentes, le debió asaltar la duda y referirse a la ley para su debida comprensión.

En consecuencia, a mi criterio, se debió resolver el fondo del caso, pese al error, postura que siempre he defendido y mantenido, precisamente por las argumentaciones que desarrollan la decisión citada y nuestros salvamentos de votos, como consecuencia del principio de la seguridad jurídica garantizado a los proponentes y/o recurrentes, el cual puede sufrir algún cambio siempre y cuando se motive las nuevas razones que llevaron al cambio de postura, que no es el caso, dado que el pensamiento jurídico anterior del resto de los colegas era precisamente contrario que se razonó en la resolución recientemente citada.

En vista que los razonamientos expuestos, no han sido compartidos por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, no me queda otra alternativa que expresar de manera firme y respetuosa que, SALVO EL VOTO.

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

Magistrado

ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

