



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 150-2018

RECURRENTE: MOVIALARM, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.CM-00346 de 15 de octubre de 2018, emitida por la AUTORIDAD NACIONAL PARA LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL, mediante la cual adjudicó el acto de selección de contratista por Contratación Menor No.2018-1-46-0-08-CM-003499.

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°239-2018-Pleno/TACP de 12 de diciembre de 2018
(Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 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 de los recursos 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.

I. ANTECEDENTES.

El 5 de octubre la AUTORIDAD NACIONAL PARA LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL, convocó el acto de selección de contratista por Contratación Menor No.2018-1-46-0-08-CM-003499, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para el “*Servicios de Video Vigilancia y Control de Acceso AIG*” (*sic*), con precio de referencia de CUARENTA Y OCHO MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.48,000.00).

En el acto público participaron los proponentes a continuación detallados:

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
49930-2-316585-70	Advanced Systems Supply S.A.	12-10-2018 09:43 a.m.	41,231.46
98914-1-378379-35	MOVIALARM, S.A.	12-10-2018 08:36 a.m.	38,480.62
64220-17-357176-96	PASS, S.A.	11-10-2018 02:37 p.m.	45,983.25

La entidad publicó el 15 de octubre de 2018, en el sistema electrónico *PanamaCompra*, el Criterio Técnico contentivo de la evaluación de las propuestas presentadas y el 16 de octubre de 2018 publicó, en el referido sistema, la Resolución No.CM-00346 de 15 de octubre de 2018, por la cual adjudicó el acto

51



público en estudio, pronunciamiento que el 23 de octubre de 2018 fue objeto de recurso de impugnación ante este Tribunal, por la licenciada Lisbeth Del Rosario Rodríguez Miranda, apoderada especial de la empresa MOVIALARM, S.A.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Prevía verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, este Tribunal en Sala Unitaria procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo a través de la Resolución No.135-2018/TACP de 23 de octubre de 2018 (Admisión), publicada el 25 de octubre de 2018 en el sistema electrónico *PanamaCompra*.

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

A criterio de la parte actora su propuesta cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos, contrario a lo señalado en el Criterio Técnico emitido por la entidad.

Afirmó la recurrente que la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión presentada en su propuesta, está debidamente autenticada y puede ser corroborado en el registro electrónico del acto público, en donde según señala, en el anverso del referido documento se observa el sello redondo de la Notaría y aseguró que en el reverso se encontraba el sello con la firma del notario público.

Argumentó la actora que la entidad no atendió la Ley de Contrataciones Públicas, en la que se establece la obligación de obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, así como seleccionar al contratista de forma objetiva y justa, escogiendo la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que busca, lo que a criterio de la recurrente se traduce en que la entidad debió adjudicarle el acto público, por haber presentado la oferta de menor precio.

Por lo anterior, solicitó a este Tribunal revocar la resolución impugnada y en consecuencia adjudicar el acto público a la propuesta presentada por la empresa MOVIALARM, S.A.

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

Mediante Nota No.DP-DFC-1006 de 26 de octubre de 2018, fueron remitidos a este Tribunal la fotocopia autenticada del expediente administrativo y el informe de conducta (fojas 042 y 043 del expediente jurídico), en este último la entidad señaló que la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión fue estipulada en el pliego de cargos como requisito no subsanable.

En ese orden de ideas, explicó la entidad que la propuesta de la empresa MOVIALARM, S.A. fue presentada de manera electrónica y la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión aportada por la proponente, no posee el sello de autenticación con la respectiva firma del notario público, razón por la que no cumple con el pliego de cargos.

V. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

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 27 de septiembre de 2017,

97



este Tribunal procede a resolver el fondo del presente recurso, tomando en consideración que el mismo versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

Iniciamos nuestro estudio señalando que el procedimiento de selección de contratista adjudicado es una Contratación Menor, consagrada en el artículo 52 de la Ley de Contratación Pública, permite de *“manera expedita, la adquisición de bienes, servicios y 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”* dispuestos en dicha ley.

Concordantemente, el criterio de selección instaurado en la Compra Menor No.2018-1-46-0-08-CM-003499, fue que se adjudicaría al proponente que ofertara el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

La oposición de la recurrente se centra en que la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, que forma parte de su propuesta, cumple el pliego de cargos debido a que, según señaló, en el reverso de dicho documento se observa el sello de autenticación y la firma del notario público.

Mientras que la AUTORIDAD NACIONAL PARA LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL, sostuvo que la proponente únicamente anexó en su propuesta electrónica el anverso de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, el cual no posee sello de autenticación ni la firma del notario público, como fuera requerido en el pliego de cargos. Aunado a lo anterior, la entidad refiere que dicho requisito se estableció como no subsanable.

Ahora bien, a la luz del *Principio de Transparencia* el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas tiene la obligación de motivar en forma detallada y precisa los actos administrativos que expide, así pues nos atañe analizar cada una de las piezas procesales que se encuentran en el expediente administrativo y en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, en contraste con los argumentos esgrimidos por la recurrente y la entidad contratante, a fin de resolver la presente encuesta jurídica.

Observa este Tribunal que a foja 3 de las Condiciones Generales (elaboradas por la DGCP y disponibles en la publicación del acto en el sistema electrónico PanamaCompra), así como en el requisito #5 de las Condiciones Especiales del pliego de cargos del acto público de selección de contratista No.2018-1-46-0-08-CM-003499, se requirió aportar la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión al amparo del artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, sin embargo, a foja 3 del documento **Modelos de Formularios V**, anexado al pliego de cargos, reposa el modelo suministrado por la entidad para la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión y pese a que alude a la ley antes mencionada, su contenido responde al artículo 5 de la Ley 58 de 2002, norma que fue subrogada por el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016.

Al respecto este Tribunal se pronunció mediante la Resolución No.145-2018-Pleno/TACP de 26 de julio de 2018 (Decisión), como a continuación:

“Este Tribunal ha venido reiterando que la presentación de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión que no esté acorde con el contenido del artículo 12 de la Ley 48 de 2016, representa un incumplimiento que no permite la adjudicación del acto público de selección de contratista, a pesar que el error de exigir tal documento bajo

21



el amparo de una norma subrogada (5 de la Ley 58 de 2002) haya provenida de la entidad contratante.

No obstante, en apego al principio de confianza legítima en la Administración, en virtud del cual no se puede castigar a los administrados por errores inducidos o creados por la propia Administración Pública, no puede responsabilizarse a los administrados por los errores en que incurra la Administración, representada por una entidad pública concreta o un servidor público determinado, porque se presume que la Administración Pública y los servidores públicos actúan de conformidad a la Ley y que todos los documentos que emanan de la Administración Pública son conformes al derecho vigente.

Por tanto, los errores de la Administración y en general de quien ejerce una función pública, no son imputables al administrado. El administrado deposita o tiene confianza en las actuaciones de la Administración y en quienes ejercen la función pública; y esa confianza debe ser tutelada y respetada por la propia Administración o por los organismos de control de los actos administrativos, tal es el caso de este Tribunal. Una actuación contraria conllevaría también a la violación del principio de confianza legítima del administrado en las actuaciones de la Administración o de quien desempeñe una función pública.

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

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

Dicho lo anterior, debemos señalar que lo concluido encuentra su sustento precisamente en que no puede afectarse a los administrados por errores de la Administración, pero al mismo tiempo este Tribunal estaría salvaguardando el interés superior al que hemos hecho alusión, el interés nacional, tutelado por la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, aun cuando dentro del presente procedimiento de selección de contratista observamos que la empresa PASS, S.A. presentó la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión con fundamento en el artículo 12 Ley 48 de 2016.

Sobre la correcta presentación de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión por parte de la empresa PASS, S.A., debemos resaltar que no podemos validarla, dado el error en que incurrió el pliego de cargos, porque iría en detrimento del *Principio de libre concurrencia o igualdad de trato a los proponentes*, uno de los principios generales de la contratación pública, entre otros aspectos implica que: (i) los pliegos de cargos deben establecer reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro; (ii) esas reglas estén acorde con el ordenamiento jurídico vigente y aplicable al acto de selección de contratista, para que todos los posibles proponentes tengan certeza y seguridad de la normativa que regula el procedimiento de selección de contratista; (iii) dichas reglas se apliquen por igual o de la misma manera a todos los proponentes.

Como se ha venido señalando, dentro del procedimiento de selección de contratista en estudio, el pliego de cargos indujo a error a los proponentes, al



anexar un modelo de Declaración Jurada de Medidas de Retorsión cuyo contenido obedece a una norma subrogada, y aunque uno de los proponentes presentó dicho requisito bajo la ley vigente, recordemos que las entidades públicas están obligadas a actuar de manera imparcial, en todas las etapas del procedimiento de selección de contratista, para que de esta forma los proponentes puedan hacer ofrecimientos y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

Es decir, dentro de este caso, solamente uno de los proponentes presentó la declaración jurada sobre medidas de retorsión con un contenido acorde con la norma legal vigente, por ello no puede ser convalidado, debido a que distorsionaría el resultado de la verificación de los requisitos, afectando la igualdad de trato de los proponentes ante la ausencia de reglas justas, claras y equitativas.

Adicionalmente, no podemos perder de vista que **el artículo 13 de la Ley 48 de 2016**, que subroga la Ley 58 de 2002, que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá, y dicta otras disposiciones, **expone que la misma es de orden público**, por lo que su aplicación y observancia debe primar frente a cualquier criterio de aplicación normativa que haya podido establecer este Tribunal Administrativo.

El numeral 37 del artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, establece que *“En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho”*. **(el subrayado es nuestro)**

Ahora bien, la situación que encontramos en el presente acto público de selección de contratista, donde la foja 3 de las condiciones generales preparadas por la Dirección General de Contrataciones Públicas e insertas en el sistema electrónico PanamaCompra, que contiene la publicación de este acto, nos obliga a pronunciarnos sobre lo dispuesto por el artículo 53 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018, que reglamenta la Ley de Contratación Pública, por cuanto, respecto al pliego de cargos, el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2018, señala que, en cumplimiento del principio de economía las entidades, antes de iniciar el procedimiento de selección de contratista, deberán elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, así como los términos de referencia y el pliego de cargos, asegurándose que no se elaboren de en forma incompleta, ambigua o confusa.

Lo anterior cobra relevancia porque el artículo 53 del Decreto Ejecutivo 40 de 30 de abril de 2018, se refiere a la prevalencia de las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas en documentos adjuntos. La norma reglamentaria dispone:

“Artículo 53. Discrepancias. 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.

Los servidores públicos involucrados en el proceso de contratación, deberán tomar las medidas a fin de evitar o corregir estas discrepancias, antes de la presentación de las propuestas”.

47



Al respecto debe quedar sentado lo dispuesto por la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en el sentido que el pliego de cargos debe incluir reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones u oportunidades. La propia ley especial, otorga un valor de suma importancia a la claridad del pliego de cargos, para asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado, sin perjuicio de los derechos de los proponentes.

Por tal razón, somos del criterio que el contenido del artículo 53 del reglamento es contrario a los principios generales de la contratación pública debidamente incorporados a la Ley de Contratación Pública, y en especial al principio de igualdad de los proponentes, descrito en el artículo 28 y que incluye entre otros presupuestos: *1.Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro; 4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías.*

Asimismo, estimamos que la norma reglamentaria también colisiona con el artículo 39 de la Ley de Contratación Pública, que dispone:

“Las entidades incluirán, dentro de los pliegos de cargos, los modelos o los formularios necesarios que garanticen la presentación de ofertas en igualdad de oportunidades”.

De allí que, cuando surjan tales discrepancias, este Tribunal Administrativo se encontraría impedido legalmente para aplicar el contenido del artículo 53 del reglamento, bajo el amparo del artículo 4 del Texto Único de la Ley de Contratación Pública, que determina:

“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 esta Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten 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.

...”

No obstante, como se observó, el artículo 53 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018 se refiere a discrepancias entre las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas por la propia entidad en documentos adjuntos.

Respecto a las condiciones generales, también insertas en los actos públicos de selección de contratistas, en el sistema electrónico de contrataciones públicas, estas son elaboradas por la Dirección General de Contrataciones Públicas y no por la entidad, tal como lo contempla el artículo 48 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018:

“Artículo 48. Condiciones generales. Las condiciones generales serán elaboradas por la DGCP y se encontrarán disponibles en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” y no podrán ser modificadas por las entidades.

9



Las entidades no deberán reproducir el contenido de estas condiciones en documentos adjuntos que publiquen en el Sistema”.

Por tanto, el error en el modelo de la declaración jurada sobre medidas de retorsión y lo estipulado en la foja 3 de las condiciones generales del acto, no califican como discrepancias generadas por documentos elaborados por la propia entidad contratante, en el sentido descrito por el artículo 53 del Decreto Ejecutivo 40 de 2019.

Dicho lo anterior, concluimos que la actuación realizada por la entidad contratante vulnera lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas e incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 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”.

(el subrayado es nuestro)

En virtud de las consideraciones señaladas, estima esta Colegiatura que lo procedente es anular el acto público de selección de contratista por Contratación Menor No.2018-1-46-0-08-CM-003499, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 30 de abril de 2018:

“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”.

Respecto a la fianza de Recurso de Impugnación, este Tribunal considera que la empresa recurrente no actuó de manera temeraria ni con el propósito de dilatar u ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero, por lo que se procederá con su devolución.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista por Contratación Menor No.2018-1-46-0-08-CM-003499, celebrado por la AUTORIDAD NACIONAL PARA LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL, para el “Servicios de Video Vigilancia y Control de Acceso AIG” (sic), con precio de referencia de CUARENTA Y OCHO MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.48,000.00), debido a que contiene requisito que contraviene la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, que establece Medidas de Retorsión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución a la actora, MOVIALARM, S.A., de la Fianza de Impugnación consignada mediante Cheque Certificado No.000011931, del Banco General, con fecha de 19 de octubre de 2018, según la Diligencia de Consignación No.126-2018 de 23 de octubre de 2018, que reposa a foja 020 del expediente jurídico.

27

TERCERO: DEVOLVER a la AUTORIDAD NACIONAL PARA LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL, el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista, el cual está conformado por un (1) tomo con un total de doscientos diez (210) folios útiles, según informe secretarial visible a foja 049 del expediente jurídico.

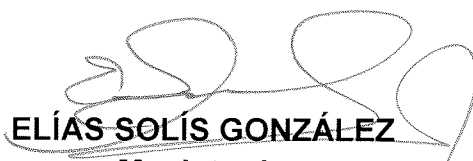
CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

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

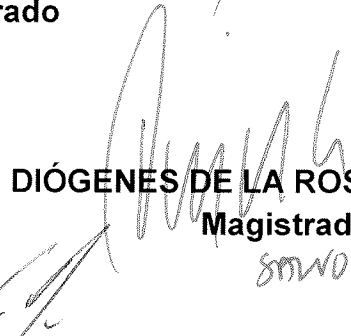
SEXTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 150-2018, previa anotación en el registro respectivo.

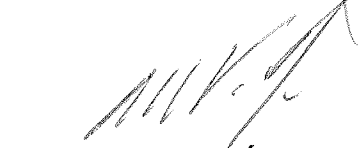
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2 numeral 37, 4, 20, 21, 28, 39, 52, 116, 136, 145, 146, 148, 152, 153, 155 y 161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 48, 53, 78 y s.s., 213, 214, 215, 223, 228 y 229 del Decreto Ejecutivo 40 de 30 de abril de 2018; artículos 12 y 13 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016 y Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


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 MOVIALARM, S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. CM-00346 DE 15 DE OCTUBRE DE 2018, DICTADA POR LA AUTORIDAD NACIONAL PARA LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL.

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°239-2018-Pleno/TACP de 12 de diciembre de 2018 (Decisión) decidieron anular el procedimiento de selección de contratista por contratación menor No. 2018-1-46-0-08-CM-003499, iniciado por la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, 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; sin embargo, también se realizan unas series de motivaciones que tampoco comparto y que responsablemente me corresponde sustentar a través de este medio, el cual es consecuencia del derecho a disentir y que procedo inmediatamente a sustentar las razones fundamentales por la cual no me adhiero al fallo mayoritario.

En el presente procedimiento de selección de contratista para el servicio de video vigilancia y control de acceso AIG, cuyo acto público es el No. 2018-1-46-0-08-CM-003499 en el punto No. 5 del pliego de cargos se estableció como un requisito de obligatorio cumplimiento la presentación de declaración jurada sobre medidas de retorsión, en cumplimiento del **artículo 12 de la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016**, siendo ésta medida, aquellas acciones de aplicación temporal de índole administrativa, comercial, financiera, aduanera, arancelaria, tributaria, migratoria, laboral, de contratación pública, de salud o de seguridad nacional que adopten las autoridades de la República de Panamá contra el Estado objeto de la retorsión, en atención a las fuentes del Derecho Internacional Público, con el objeto de defender los intereses económicos y comerciales internacionales de la República de Panamá, afectados por la aplicación de restricciones o medidas discriminatorias por parte de otros Estados, jurisdicciones y organismos regionales o mundiales, inconsistentes con obligaciones internacionales.

Lo anterior es regulado en una ley de la República y, de conformidad al artículo 1 del Código Civil, "la ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros, residentes o transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, la ignorancia de ella no sirve de excusa".

Por otro lado, se observa un modelo de declaración jurada que, si bien especifica que debe ser acorde a la Ley No. 48 de 2016, pero que su contenido responde a una ley que ha sido subrogada, específicamente a la Ley No. 58 de 2002, razón por la cual el resto de los Magistrados decidieron fundamentar la nulidad del procedimiento de selección de contratista en estudio.

Tomando en consideración el contenido del artículo 1 del Código Civil y la Ley No. 48 de 2016, 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.

Siguiendo la misma línea de pensamiento del párrafo anterior, en mi opinión el fallo de mayoría incluso castiga a aquel proponente que sí se encuentra actualizado y que, por lo menos ha presentado su declaración jurada sobre medidas de retorsión conforme lo establece la ley positiva, actividad que en nada vulnera el principio de igualdad de los proponentes ni mucho menos el de libre concurrencia, por las siguientes razones:

El principio de libre concurrencia, que solo se encuentra a nivel doctrinal, pero que no está regulado en nuestro sistema de contrataciones públicas (como principio), lo que propone es la mayor participación posible de los oferentes. Se ha dicho en tal sentido que "interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias." Ello, a fin que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento", recordando que la libre concurrencia beneficia es al Estado y no al recurrente, en principio, pues lo que busca este principio es evitar el excesivo formalismo en los requisitos solicitados por la entidad y en nada tiene que ver con la valoración de un documento que ha sido presentado en debida forma por uno de los proponentes.

De igual forma, el principio de igualdad de los proponentes tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas las etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios, con los siguientes parámetros.

1. Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.
2. Las entidades no podrán fijar en los pliegos de cargos cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.



3. La adjudicación deberá hacerse sobre los términos y condiciones previamente establecidas en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre las que efectuó el acto público.
4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratista tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías.

Del análisis de la norma, no vemos menoscabo alguno en validar un documento que ha sido entregado de forma correcta por una de las partes, ya que la igualdad de los proponentes lo que busca es que exista un trato idéntico para cada una de las partes, la cual ha sido desarrollado con la publicación del pliego de cargos, quedando en manos de cada uno asesorarse a través de las leyes y no cometer errores. Contrario sería exigir requisitos que sólo pueda cumplir una parte de los proponentes, eso sí sería excluyente y por ende contrario al principio de libre concurrencia o valorar otros requisitos no contemplados en el pliego de cargos lo que sí contraría el principio de igualdad de los proponentes, porque de esa forma se estaría dando un trato distinto en detrimento de otro, pero no vemos vulneración alguna en que uno de los oferentes sí haya cumplido con, al menos uno de los requisitos, eso sí sería discriminatorio y atentatorio a la participación del que sí estuvo a la vanguardia y pendiente de los cambios ocurridos en materia legislativa.

Por otro lado, pero sin salirnos del tema, se observa la cita de la Resolución No. 145-2018-Pleno/TACP de 26 de julio de 2018, en la que la mayoría de los colegas apoyan la declaratoria de nulidad, y en la que se refleja nuestro salvamento de voto por las mismas razones que hoy mantenemos. No obstante, tampoco podemos dejar de mencionar la Resolución No. 213-2018-Pleno/TACP de 16 de noviembre de 2018, mucho de más reciente data, en la que por las mismas razones en pleno decidimos resolver el fondo, indicándose que "se observa que en su redacción se suprime líneas que sí están contempladas en el artículo 12 de la Ley No. 48 de 2016..., pudiendo ocasionar con esto, que los proponentes incurran en errores inducidos por la propia entidad con la información y documentación que brinda, dando como resultado una posible anulación del acto público".

Si vemos la decisión citada, mantenía las mismas condiciones que el presente fallo; sin embargo, el resultado fue totalmente distinto, lo que crearía dudas a los proponentes que de buena fe confían en las decisiones de este Tribunal, las cuales utilizan como Jurisprudencia, pero luego se encuentran con decisiones distintas sobre un mismo tema, creando con ello zozobra y dudas alarmantes que en nada favorece al Tribunal.

Recordemos también, a propósito de las disquisiciones realizadas que el fin del Estado, de conformidad al contenido del artículo 17 del texto constitucional del cual todos somos partes es, dar seguridad jurídica a los ciudadanos a través del derecho, por ello, se construye la legalidad como eje del sistema jurídico. Y dentro de este marco de legalidad, se instaura una serie de principios y reglas, que interpretados a la luz del principio de legalidad, dan como resultado las facultades expresamente otorgadas a las distintas autoridades que deben intervenir en los procesos, quienes sólo podrán hacer lo que la ley les faculta; por otro lado, el ciudadano tendrá la garantía de que la autoridad está obligada a cumplir su función en términos de lo que está facultada hacer por mandato legal, quienes confían en que sus derechos serán respetados en la medida que cumpla con la ley, como un condicionante de un Estado de Derecho.

Por ende, en mi opinión, no debemos, bajo la sanción de nulidad, vulnerarle los derechos a un proponente que sí cumplió, a menos con la presentación de la declaración jurada sobre medidas de



retorsión, indistintamente que existiera un formato distinto. Por ello nos preguntamos, ¿Qué sucedería si una entidad coloca en una decisión de adjudicación u otra clase de decisión, que el término para recurrir ante este foro de justicia administrativa en la fase del agotamiento de la vía gubernativa es de diez (10) días? ¿Sería admitido, bajo el argumento de que la entidad indujo al error?, entonces, de ser así, podríamos reemplazar las decisiones y los pliegos de cargos en detrimento de los Códigos nacionales y las legislaciones, por considerar que ellos tienen un mayor valor jurídico.

Las partes están en la obligación de actualizarse, sobre todo cuando en uno de los requisitos del pliego de cargos establece que la declaración en examen es de conformidad al contenido de la Ley No. 48 de 2016. La decisión que se ha tomado lo que sí induce es a que los proponentes no se esfuercen en estudiar la ley y presenten únicamente lo que las entidades le presenten, a sabiendas de las desactualizaciones de ley, pensando que lo debidamente a cumplir serían las disposiciones que se colocan en un documento que ha sido confeccionado de manera unitaria por una entidad, sin importar lo que dicen las legislaciones nacionales. Este Tribunal ha anulado aquellos renglones y no el acto en su totalidad, en que se ha solicitado que la certificación del Registro Público sea no mayor de tres (3) y hasta seis (6) meses de vigencia, lo que también se podría interpretar como una forma de provocar el error en algunos proponentes, pero sobre ese tema no hemos anulado el acto público, lo que indica que no existe una uniformidad en casos similares y para citar un ejemplo de lo sustentado, hago referencia a la Resolución N° 226-Pleno/TACP de 5 de diciembre de 2018 (Decisión), que se encuentra en el procedimiento de selección de contratista por compra menor 2018-1-37-0-08-CM-013324, por eso, la pregunta obligatoria sería, ¿cuál es la diferencia entre un tema y otro?

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.

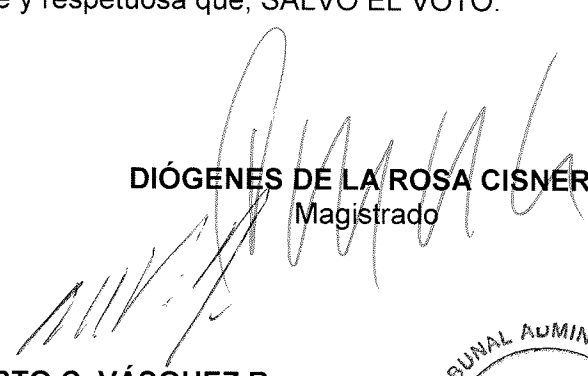
No obstante, en el fallo de mayoría se indica que dicha norma es contraria a la ley especial, fundamentación que no compartimos por cuanto que la misma se desarrolla en razón del numeral 37 del artículo 2 de la ley de contrataciones públicas que dice lo siguiente: En el pliego de cargos no se podrán 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 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

