



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 174-2018

RECORRENTE: VISUAL TOTAL, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 751 de 25 de octubre de 2018, proferida por el Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por licitación pública No. 2018-0-12-14-08-LP-015529.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 032-Pleno/TACP de 25 de febrero de 2019 (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 reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás, convocó el día 19 de septiembre de 2018, el procedimiento de selección de contratista para la "Remoción de ventanas existentes...", con un precio de referencia de Cincuenta y Nueve Mil Cuatrocientos Sesenta y Cinco Balboas con 25/100 (B/. 59,465.25), cuya fecha de la presentación de las ofertas fue señalado para el día 27 de septiembre de 2018, en un horario de siete (7:00 a.m) hasta las diez (10:00 a.m.) de la mañana, y para el mismo día, pero a partir



de las diez (10:01 a.m.) de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas, y así, mediante un acto transparente adjudicar el procedimiento señalado a la empresa, consorcio o persona natural 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 dos (2) proponentes, en su orden de presentación: PANAMÁ MEGA STORE, S.A. y VISUAL TOTAL, S.A.

Posteriormente, y luego de cumplir con los procedimientos de ley, el día 6 de noviembre de 2018, el Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás publicó en el Portal electrónico la Resolución No. 751 de 25 de octubre de 2018, decidiendo la adjudicación del presente procedimiento de selección de contratista en favor de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., por ser la recomendación generada por los miembros de la comisión verificadora.

La Resolución No. 751 de 25 de octubre de 2018 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por el licenciado ERNESTO ANGUIZOLA M., en representación de la empresa VISUAL TOTAL, S.A., alegando lo siguiente:

Que la empresa beneficiada con la adjudicación del acto público que nos ocupa no cumple con el artículo 40 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que se refiere a la aceptación del pliego de cargos sin objeciones ni restricciones.

Indica que en el formulario de precio plasmó la garantía de tres (3) años, pero sin establecer la cobertura de la garantía que aplica, ni tampoco la fecha de inicio de las coberturas.

Con respecto al informe de la comisión verificadora, manifiesta la recurrente que le realizó observaciones al mismo y luego fueron remitidas al Departamento de Asesoría Legal del Hospital Santo Tomás, pero que la entidad no realizó lo que regula el artículo 53 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al tema que sucede posterior a la publicación del informe de la comisión verificadora.

En razón de lo anterior, solicita a este Tribunal, que luego del examen de los documentos que corresponden a ambas propuestas, le sea adjudicado el procedimiento de selección de contratista No. 2018-0-12-14-08-LP-015529, a su representada, VISUAL TOTAL, S.A., por ser la que cumple a cabalidad con las exigencias del pliego de cargos.



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. 192/PHST/18 de 20 de noviembre de 2018, remitió a este Tribunal el informe de conducta, pero extemporáneamente, tal y como se denota en el sello de recibido, observable a foja 72 del expediente del Tribunal.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

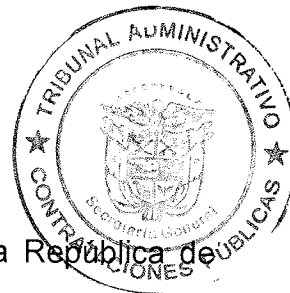
En tiempo oportuno y debidamente representado, el licenciado LUIS A. MENA D., presentó escrito de alegaciones de tercero en interés particular, en favor de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., motivando las razones por las cuales considera debe ser mantenida la adjudicación lograda, entre ellos que, resulta tácitamente entendido que la garantía a la que se refiere el formulario de propuesta es a partir de la entrega del proyecto licitado.

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 53 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por licitación pública, por haber nacido a la vida jurídica el día 19 de septiembre de 2018, con la convocatoria y en la que participaron dos (2) propuestas: PANAMÁ MEGA STORE, S.A. y VISUAL TOTAL, S.A.

Como quiera que el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada bajo las reglas estatuidas en el procedimiento de licitación pública, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que en dicho proceso el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos y que se llevará a cabo cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00).

Por otra parte, resulta de gran importancia indicar y comprender que el tema de la contratación pública es una materia que debe resolverse de conformidad a la ley especial y no alejar su contexto ni fundamento con interpretaciones alejadas a 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.

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 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, y 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 licitación pública. 



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.

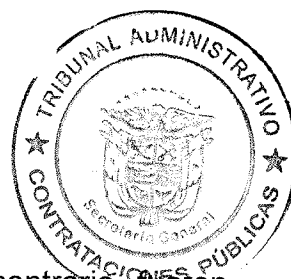
Si el trámite de selección de contratista en el ámbito público es la regla de exigencia constitucional, sus excepciones tienen que ser apreciadas en un contexto de estricta rigurosidad, pues, si bien las excepciones están autorizadas en la medida que la ley las consagre, ellas no pueden convertirse en 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 licitación 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 el Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás 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.

Como quiera que la recurrente afirma una posible situación de nulidad, toda vez que dentro de sus argumentos se encuentra la no aplicación del artículo 53 de la ley positiva, el cual comprende la publicación del informe, el acceso al expediente y los cinco (5) días hábiles que tienen las partes para realizar observaciones al informe.

Sobre ese particular, cabe mencionar la realización correcta del procedimiento legalmente establecido, pues, la entidad a través de resolución motivada nombró a los comisionados, quienes como consecuencia de ese acto administrativo procedieron a calificar los documentos que acompañan cada oferta y así ofrecer su recomendación.

De igual forma, se aprecia la publicación de la resolución que nombra a los comisionados junto al informe de comisión conforme a los puntos 9, 10, 11 y 12 del artículo 53 de la Ley No. 22 de 2006, así como también se concedió el tiempo necesario para que los proponentes presentaran sus observaciones de ser necesario, puesto que desde la publicación del informe de la comisión verificadora y la resolución de adjudicación existe un término de 17 días hábiles aproximadamente. En virtud de lo anterior es que consideramos que no existe vulneración de derechos como lo ha intentado presumir la impugnante, ya que todos los términos y el procedimiento han sido respetados por la entidad.

Descartada la existencia de nulidad en el procedimiento legalmente establecido, procederemos con el examen de la oferta de menor precio, la cual recae en la presentada por PANAMÁ MEGA STORE, S.A., con un monto de Cuarenta Mil Trescientos Treinta y Nueve Balboas con 00/100 (B/. 40,339.00).

Una vez evaluada la propuesta, concluimos que no puede ser beneficiada con la adjudicación del presente procedimiento de selección de contratista, al no satisfacer el punto No. 4 que se refiere al poder de representación en el acto público de selección de contratista, ya que, si bien a foja 106 del expediente administrativo reposa el poder especial, el mismo no cumple con lo normado en el artículo 625 y 641 del Código Judicial, ya que no se ha concedido para un proceso determinado, sino de manera general, y en tal caso debió entonces ser otorgado un poder general por medio de instrumento público y con arreglo a las formalidades exigidas por la ley e inscrito en el Registro Público.

En este caso no ha ocurrido, pues lo que se evidencia es un poder especial que no especifica el acto público para el que se ha concedido, por esa razón, el señor Ricardo Montenegro, no se encontraba legitimado para participar en el acto público en estudio en representación de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A. y como consecuencia, la entidad ni este Tribunal puede reconocer, declarar o aceptar la propuesta en estudio,



por no ser la más ventajosa para el Estado, al no cumplir con todos los requisitos exigencias que requiere el pliego de cargos para esta contratación.

Entendiendo que la propuesta más ventajosa para el Estado no solo implica el precio más bajo, sino aquella, que además del precio (a menos en este tipo de procedimiento) satisfaga cada uno de los requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, y que en esta oportunidad no ha ocurrido.

La actividad desplegada por la persona que presentó la propuesta no sólo se circunscribe a presentar la oferta del proponente, sino también a firmar el acto de apertura, para lo cual debe estar facultada para ello. Pues, así lo entendió el representante legal de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., razón por la cual en el poder indicó la facultad de presentar la propuesta, solo que el mismo no fue concedido a una actividad especial.

No es jurídico que una persona ajena al proceso se encuentre presente sin ningún tipo de poder o autorización legal, ya que el mismo además del mandato concedido, estará en contacto de las otras ofertas, con acceso al expediente sin ser proponente e incluso firmar el acta de apertura.

Tampoco cumple a cabalidad con la declaración jurada de incapacidad legal para contratar, al obviar haber intervenido en cualquier forma en la preparación, evaluación, adjudicación o celebración de un procedimiento excepcional de contratación que se exige en el punto No. 2 del artículo 19 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 positiva.

2. Haber intervenido, en cualquier forma, en la preparación, evaluación, adjudicación o celebración de un procedimiento de selección de contratista, de un procedimiento especial de contratación.

(Documento de la empresa PANAMA MEGA STORE, S.A.)

2. Haber intervenido, en cualquier forma, en la preparación, evaluación, adjudicación o celebración de un procedimiento de selección de contratista, de un procedimiento ~~de un procedimiento excepcional de contratación o de un procedimiento especial de contratación.~~

(Lo que exige la ley).

La ilustración señalada refleja la inconsistencia del documento denominado declaración jurada de incapacidad legal para contratar, al encontrarse sesgado y no incorporado el tema de haber intervenido, en cualquier forma, en la preparación, evaluación, adjudicación o celebración, de un procedimiento excepcional de contratación. Esa omisión impide que este Tribunal tenga certeza del cumplimiento real del requisito que se solicita tanto en la ley positiva de contrataciones públicas como en el punto No. 10 del pliego de cargos.

Tampoco observamos la demostración de la subordinación jurídica ni dependencia económica de los profesionales responsables de la obra de conformidad a la

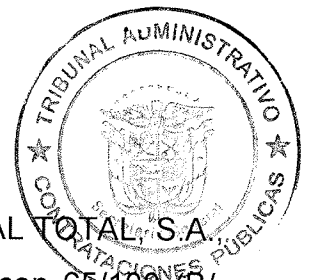


Resolución No. JTIA-609 de 29 de octubre de 2003, dictada por el Ministerio de Obras Públicas, por tratarse de un procedimiento de selección de contratista, cuyo objeto contractual es una obra, que reglamenta la Ley No. 15 de 1959, que resuelve lo siguiente:

“1. Las empresas en actos públicos o privados de contratación de obras o actividades de Ingeniería y Arquitectura deben estar registrada en la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, para lo cual deben estar domiciliada en Panamá e inscritas en el Registro Público y que los profesionales responsables de las obras o de las actividades propias de la Ingeniería y Arquitectura, deberán tener los correspondientes certificados de idoneidad expedida por la Junta Técnica en sus respectivas ramas de Ingeniería y Arquitectura y se encuentren a su servicio en forma regular, para lo cual deberán probar su dependencia jurídica y subordinación jurídica, o como socio, en consorcio, o mediante asociación accidental, a través del respectivo contrato”.

A pesar de que en el expediente administrativo se evidencien hojas de vida de los profesionales, ello no demuestra la subordinación jurídica ni mucho menos la dependencia económica, toda vez que las pautas en dicha actividad las delimita el Código de Trabajo con un contrato escrito y su debida copia en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, siendo una exigencia o presunción “iuris et de iure”, es decir, no admite prueba en contrario y solamente puede desvirtuarse a través del documento mencionado, pues la presunción en esta actividad no puede ser destruida con una simple presunción, ya que las normas que rigen la contratación pública, el pliego de cargos ni las leyes complementarias permiten la presunción en materia de prueba, pues el hecho probando es un argumento que debe ser demostrado en su totalidad, sobre todo tomando en consideración que existe un período de subsanación, de lo contrario, estaríamos presumiendo relaciones laborales a lo mejor inexistentes e incluso documentos de otra índole con el pretexto de su presunción, sobre todo teniendo en mente que las reglas que nos gobiernan son de Derecho Administrativo en su modalidad de contratación pública y no un escenario laboral de corte social en el que se analizan otros factores como es el caso del principio reconocido como “indubio pro operario”, que actúa en favor o beneficio del eslabón más débil de la cadena, es decir, el trabajador; no obstante, nuestro norte no es presumir la relación laboral, sino que la misma quede evidenciada con los documentos aportados por ser un requisito esencial en la adjudicación del presente procedimiento de selección de contratista.

En lo que respecta a la garantía, que ha sido el único argumento de la empresa VISUAL TOTAL, S.A. para descartar la adjudicación realizada, consideramos que no se hace necesario estipular que la misma sería a partir de la entrega de la obra, pues, así se desprende. No podría ser interpretada de otra forma, ni que su efecto sería desde la entrega de la oferta, porque para eso existe la fianza de propuesta, razón por la cual se entiende que sería a partir de la entrega de la obra. De igual forma la sociedad anónima PANAMÁ MEGA STORE, S.A. no puede ser objeto de adjudicación por no cumplir con todo lo requerido en la presente contratación.



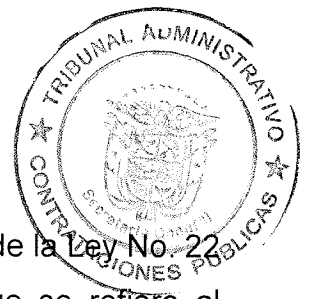
Siguiendo con el estudio de la siguiente y última propuesta, VISUAL TOTAL, S.A. con un precio de Cuarenta Mil Setecientos Setenta y Dos Balboas con 65/100 (B/. 40,772.65). Esta propuesta no satisface a cabalidad los términos de referencia de esta contratación pública, al presentar una declaración jurada sobre incapacidad legal para contratar de conformidad al artículo 16 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 en vez de presentarlo de acuerdo al contenido de la ley positiva al momento de la convocatoria del acto público, es decir, artículo 19 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017, y como quiera que la ley vigente modificó el artículo 16 del Texto Único ordenado por la Ley No. 48 de 2011, tampoco podemos tomarla en cuenta porque esa normativa carece de ciertas circunstancias que mantiene la ley vigente. Por ejemplo, la ordenada por la Ley No. 61 de 2017 incluye en el numeral 1 del artículo 19, la declaración jurada de no estar morosas en el pago de la multa por incumplimiento de contrato u orden de compra, haber sido condenadas en Panamá, por sentencia judicial definitiva, entre otras cosas.

Otra de las inconsistencias se debe a la no demostración de la subordinación jurídica ni dependencia económica de los profesionales responsables de la obra de conformidad a la Resolución No. JTIA-609 de 29 de octubre de 2003, dictada por el Ministerio de Obras Públicas, por tratarse de un procedimiento de selección de contratista cuyo objeto contractual es una obra, definido así en el numeral 15 del artículo 2 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 positiva, es decir, aquel que celebren las entidades estatales para la construcción, el mantenimiento, la reparación, la instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes muebles o inmuebles, cualquiera que sea la modalidad y pago.

Por esas razones es que tampoco puede ser beneficiada la empresa VISUAL TOTAL, S.A., con la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No. 2018-0-12-14-08-LP-015529.

De manera que, al encontrarnos ante propuestas que no cumplen con los requisitos del pliego de cargos, procederemos con la declaratoria de desierto de conformidad al punto segundo del artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017.

No obstante, cabe agregar al Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás, que podrá convocar 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.



Con fundamento en el contenido del artículo 153 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ordenaremos al Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás el fiel cumplimiento de la decisión venida en impugnación, quien deberá acatar lo resuelto en un plazo no mayor de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución.

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.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la Resolución No. 751 de 25 de octubre de 2018, proferida por el Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás dentro del procedimiento de selección de contratista No. 2018-0-12-14-08-LP-015529, que decidió adjudicar el presente acto público a la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., por un monto de Cuarenta Mil Trescientos Treinta y Nueve Balboas con 00/100 (B/. 40,339.00), por haber sido la recomendación dada por la comisión verificadora.

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO el procedimiento de selección de contratista No. 2018-0-12-14-08-LP-015529, por no haberse satisfecho las condiciones y exigencias que demanda el pliego de cargos en ninguna de las propuestas. No obstante, de prevalecer la necesidad en la obtención del objeto contractual, podrán convocar un nuevo acto, tomando en consideración el procedimiento que señala el artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017.

TERCERO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación, consignada en cheque certificado No. 002237, fechado 14 de noviembre de 2018, expedido por Global Bank, por un monto de Seis Mil Ciento Quince Balboas con 90/100 (B/. 6,115.90), que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 27 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR al Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás, acatar lo dispuesto por este Tribunal en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente decisión.

QUINTO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2018-0-12-14-08-LP-015529, al Ministerio de Salud, Hospital Santo Tomás, contentivo de un (1) tomo, integrado de ciento sesenta y siete (167) fojas útiles en total, según el informe de trámite que reposa a foja 81 del expediente del Tribunal.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: DISPONER la salida y el archivo del expediente N°174-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53, 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; 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

Voto concurrente


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

SALVO EL VOTO.


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General



TA de CP

19 FEB26 03:43PM



REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO: MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA VISUAL TOTAL, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 751 DE 25 DE OCTUBRE DE 2018, EMITIDA POR EL MINISTERIO DE SALUD (HOSPITAL SANTO TOMÁS) EXP. 174-2018, RESOLUCION No. 032-Pleno/TACP de 25 de febrero de 2019 (Decisión)

Una vez más hago uso de la facultad conferida por el artículo 115 del Código Judicial, de salvar mi voto, por lo que a continuación expongo mi opinión disidente al respecto de los siguientes aspectos que fueron debatidos y que dan sustento a mi razonamiento:

1. Debemos indicar que no comparto la existencia de un incumplimiento de un requisito obligatorio para el presente acto de selección de contratista No. 2018-0-12-14-08-LP-015529. Me refiero a la declaración jurada de no incapacidad legal para contratar con las entidades estatales aportada por la empresa **PANAMÁ MEGA STORE S.A.** (f. 108), puesto que debemos mantenernos en el criterio vertido en cuanto a la valoración integral del *in comento* documento, puesto que debemos traer a colación 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; ya que al llegar a esta instancia administrativa según nuestra labor tendremos que avocarnos a recordarles a las distintas entidades públicas que las autoridades no exigirán **otras formalidades o exigencias rituales**, salvo cuando en forma expresa lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales. Ya que según consta en el caso *sub-judice* el debate que se plantea no se circunscribe a la validez/eficacia/legitimidad o a la licitud de este documento, sino que se plantea evaluar los efectos jurídicos del documento o la obligatoriedad de su presentación sin observar que las entidades licitantes tienen el deber de planear todo requerimiento necesario para el cumplimiento de sus funciones y así poder ejecutar el presupuesto dado para la consecución del interés general. Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, se enmarcan dentro de los criterios dispuestos por la legislación sobre Contrataciones Públicas, en cuanto al cumplimiento de los parámetros establecidos según el principio de economía, de acuerdo al 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)”



2. En segundo plano, como razón de *obiter dicta*, es importante señalar que la declaración jurada de no incapacidad legal para contratar con las entidades estatales, no puede considerarse que un ofertante carezca de capacidad para contratar con el Estado solo porque el documento presentado por la empresa **PANAMÁ MEGA STORE S.A.** para el presente acto público no fue aportada tomando en cuenta el contenido al pie de la letra de la ley derogada o de la vigente; aunado a que el mismo pliego de cargos, el Texto Único de Ley 22 de 2006 ni el Decreto Ejecutivo No. 40 de 2018, mencionan nada al respecto; lo que sí es reprochable y sancionable entonces es la omisión (absoluta) en la presentación del mencionado documento, puesto que no podría de ninguna manera ser favorecida una oferta en esta condición con la adjudicación de un determinado acto de selección de contratista; éstas no disponen algo al respecto de la presentación imperfecta o incompleta de la misma; mal podríamos alejarnos del precepto jurídico o querer del legislador, lo cual nos deja a todas luces que tales circunstancias sean objeto de valoración por parte de este Tribunal, a través de una labor integradora de la normativa aplicable, y no producto de una interpretación reduccionista por lo plasmado por el legislador en el correspondiente instrumento normativo. Así mismo, debemos recalcar de igual manera, nuestro criterio vertido en cuanto a que después de que un determinado *proponente-ofertante* haga alusión a la ley vigente y a su acatamiento en su totalidad, resulta por parte del proponente declarante en una especie de *reenvío*, y que en virtud del mismo el *proponente-ofertante* se obligara al fiel cumplimiento de la obligaciones dimanantes en un posible escenario de la comisión de un delito de falso testimonio sobre el contenido normativo del artículo 19 de la Ley 22 de 2016 y del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 2018, siendo de esta manera el punto controvertido de llegarse a ocurrir ese escenario factico-jurídico. En estos casos la declaración será válida.
3. Sobre el requisito mínimo obligatorio verificado (poder de representación en el acto público de selección de contratista) debemos expresar que ciertamente el poder de representación que se encuentra a foja 106 del expediente administrativo, es otorgado por el representante legal de la empresa adjudicataria, no implica un incumplimiento para el acto de selección de contratista, puesto que el punto 4 del pliego de cargos especifica los documentos a presentar y el mismo indica lo siguiente:

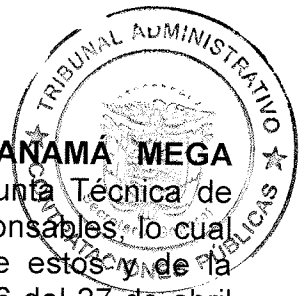
4 Poder de representación en el acto público de selección de contratista. En caso que la propuesta sea suscrita por persona distinta al representante legal del proponente, su representante deberá acreditar mediante original, copia coleccionada, copia simple o copia digital, que cuenta con poder especial, cuya firma debe estar autenticada por Notario Público o con poder general debidamente inscrito en el Registro Público de Panamá, con las facultades expresas para actuar como representante en el acto de selección de contratista.

Como podemos observar este requisito quedó circunscrito a los efectos de que la propuesta fuera rubricada por una persona distinta al representante legal de la empresa proponente. Así las cosas, puede constatarse a fojas 126 a la 128 del expediente administrativo que la oferta de la empresa **PANAMÁ MEGA STORE, S.A.** fue suscrita por el representante legal de la misma.

4. Referente al numeral 8 en donde se solicitó lo siguiente:

8 Idoneidad de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura. Los proponentes que participen en actos de selección de contratista de obras o actividades de Ingeniería y Arquitectura deben estar registradas en la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, para lo cual deben estar domiciliadas en Panamá e inscritas en el Registro Público y que los profesionales responsables de las obras o de las actividades propias de la Ingeniería y Arquitectura, deberán tener los correspondientes certificados de idoneidad expedida por la Junta Técnica en sus respectivas ramas de Ingeniería y Arquitectura.

Haciendo alusión a este requisito mínimo obligatorio debemos señalar que, con la resolución No. 0008 de 17 de enero de 2017 y su renovación (fs. 92 y 93 del



expediente administrativo), se certifica que la empresa **PANAMA MEGA STORE, S.A.** no solamente se encuentra inscrita ante la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, sino también, los profesionales responsables, lo cual sirve para los efectos de probar la idoneidad profesional de estos y de la empresa, siendo como lo indica la Resolución No. JTIA-026-16 del 27 de abril de 2016, que son las entidades licitantes las cuales deben cerciorarse que las empresas ofertantes y sus trabajadores responsables estén debidamente inscritos para la actividad que se desea contratar en la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura antes de aceptar una propuesta.

No debemos perder de vista que la *supra citada* resolución, la cual indica o hace referencia a la subordinación jurídica del personal técnico de las empresas ofertantes, somos del criterio que este Tribunal no debería utilizarla para realizar sus pronunciamientos puesto que como dispone la legislación, según el bloque de legalidad por el cual se establece la jerarquía de las normas jurídicas en la República de Panamá, la cual se encuentra señalada en el artículo 35 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, el cual es del siguiente tenor:

"Artículo 35. En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos...

....."

Sobre esta temática, el profesor *Edgardo Molino Mola*¹, señala que:

"...la pirámide del ordenamiento jurídico panameño es la siguiente:
1. La Constitución, 2. Los Tratados o convenios internacionales,
3. Las leyes formales-decretos leyes-decretos de gabinete. Decretos de gabinete sobre aranceles y tasas aduaneras - jurisprudencia obligatoria, 4. Reglamentos constitucionales, 5. Decretos ejecutivos-decretos de gabinete -resoluciones de gabinete-estatutos reglamentarios ordinarios-reglamentos autónomos. Acuerdos del Órganos del Estado-acuerdos de instituciones autónomas-**resueltos ministeriales-resoluciones generales**, 6. Acuerdos municipales-decretos alcaldicios-reglamentos alcaldicios, 7. Decisiones administrativas-sentencias judiciales-contratos-actos de autoridad-órdenes-laudos arbitrales y 8. La doctrina constitucional-reglas generales de derecho. Costumbre conforme a la moral cristiana."

Como se puede observar no debemos pronunciar un concepto en nuestras resoluciones según nuestra labor como magistrados en sede jurisdiccional administrativa, sosteniendo que esta resolución emitida por un ente adscrito al Ministerio de Obras Públicas, ya que la misma no cuenta con fuerza vinculante interadministrativa o sea, esta materia debe ser planteada por el Órgano Ejecutivo que ostenta la potestad reglamentaria o en su defecto en segunda instancia por el ente administrativo creado y con competencia privativa para determinar parámetros a seguir en los distintos procedimientos de selección de contratistas; ya que no podemos desatender el mandato literal de la legislación que no le brinda tal obligatoriedad ni fuerza vinculante a la resolución *supra citada*, siendo que este acto administrativo no cuenta con el rango superior y en consecuencia somos del criterio que esta resolución *versus* a la potestad regulatoria que ostenta según la competencia privativa atribuida a la Dirección General de Contrataciones Públicas conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 14 del Código Civil el cual indica que "Si en los Códigos de la República se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su

¹ MOLINO MOLA, E. "*La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado*" (1er. Ed. Edit. Dike. Colombia, 1998. Pág. 110).

aplicación las reglas siguientes:2).-Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo Código, se preferirá la disposición consignada en el Artículo posterior, y si estuviere en diversos códigos o leyes, se preferirá la disposición del Código o ley especial sobre la materia de que se trate”; lo cual es lo que se puede observar en el **artículo 12. Competencia**. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

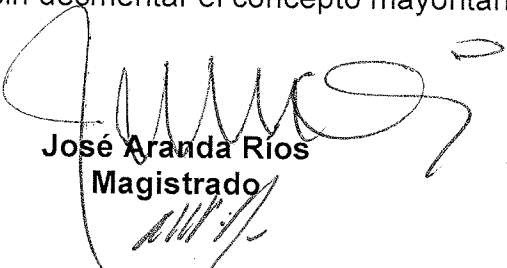
1.
 - 2. Dictar Asesorar a las entidades públicas en la planificación y gestión de sus procesos de contrataciones.**
 3.
 4.
- Estandarizar los aspectos generales de los pliegos de cargos de cada tipo de acto público y de cada modo de contratación, incluyendo los formularios e instructivos.**

Con relación a la presunción “*lure et de lure*” planteada en razón de lo dispuesto en el numeral 1 de la Resolución No. JTIA-609 de 29 de octubre de 2003; el cual trata de la subordinación jurídica y dependencia económica de los profesionales responsables de la empresa **PANAMÁ MEGA STORE, S.A.** debemos señalar lo siguiente, si bien el artículo 66 del Código de Trabajo dispone que acreditada la prestación personal de un servicio, se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo, entre quien presta el servicio o ejecuta la obra y quién los recibe, se trata de una presunción *juris tantum*; en el caso en estudio es una ficción legal y dicha presunción admite prueba en contrario, aunado a que existe constancia de la aportación de los contratos individuales de estos profesionales idóneos responsables ante la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, puesto que según el punto 1 numeral 4 de la Resolución No. 050-16 de 24 de agosto de 2016, indica que toda empresa que dese registrarse ante la *in comento* Junta, deberá aportar lo siguiente:

4. Presentar el o los contratos de los Profesionales Idóneos Responsables de Empresa de manera individual y debidamente notariados.
En el caso que el Profesional Idóneo Responsable de Empresa pertenezca a la Junta Directiva de la empresa solicitante, deberá suministrar una nota indicando dicha condición.

Vale recordar que esta información se encuentra en una base de datos de contenido público y notorio, lo cual es perfectamente verificable puesto que se puede buscar los profesionales registrados responsables de cada empresa inscrita en la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura en la página web. Siguiendo: <http://www.jtiapanama.org.pa/index.php?f=cElodHAKLjFzSmEwc19IP3lycDBtYWUxXzVySW90ZCRhMWNNKczB1X2I/>

De la disquisición realizada, tanto a las circunstancias fácticas aducidas, como de lo expresado y pactado en el pliego de cargos y en la Resolución impugnada, somos de la opinión este Tribunal debió *confirmar* lo actuado por la entidad licitante, teniendo por razón los intereses prevalentes del Estado. Por lo anterior, y con el máximo respecto de los miembros del Tribunal 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.



República de Panamá
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

VOTO CONCURRENTE DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 174-2018

Recurrente: VISUAL TOTAL, S.A.

Resolución N°032-Pleno/TACP de 25 de febrero de 2018 (Decisión).

Con el respeto acostumbrado, debo manifestar que, aun cuando concuerdo con la decisión de revocar la resolución impugnada y declarar desierto el acto de selección de contratista, no comparto la motivación dada con relación al poder aportado por la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., por lo siguiente:

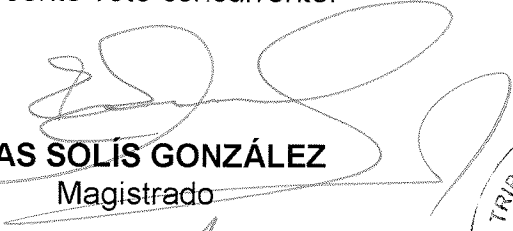
1. Ciertamente, el poder de representación que se encuentra a foja 106 del expediente administrativo, otorgado por el representante legal de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A. (adjudicataria), no implica un poder especial para el acto de selección de contratista que atendemos, sin embargo, el punto 4 de los documentos a presentar del pliego de cargos, indicó lo siguiente:

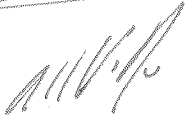
“Poder de representación en el acto público de selección de contratista. En caso que la propuesta sea suscrita por persona distinta al representante legal del proponente, su representante deberá acreditar mediante original, copia cotejada, copia simple o copia digital, que cuenta con poder especial, cuya firma debe estar autenticada por Notario Público o con poder general debidamente inscrito en el Registro Público de Panamá, con las facultades expresas para actuar como representante en el acto de selección de contratista”.

2. Como se observa, el requisito de poder de representación en el acto público de selección de contratista, quedó circunscrito a los efectos de que la propuesta fuera suscrita por persona distinta al representante legal de la empresa proponente.

De foja 126 a 128 del expediente administrativo observamos la propuesta de la empresa adjudicataria, la cual fue suscrita por el representante legal de PANAMÁ MEGA STORE, S.A., por lo que no se debió atender o valorar el poder aportado.

Por lo expuesto, emitimos el presente voto concurrente.


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

