



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE N°: 183-2018

RECURRENTE: RASHELL JERENNY LISETH TREJOS LARA
(ESTABLECIMIENTO COMERCIAL MAYBO
BUSINESS SOLUTIONS).

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones N°4 de 13 de
noviembre de 2018, mediante el cual el
MINISTERIO DE GOBIERNO adjudicó el acto
de selección de contratista por Contratación
Menor N°2018-0-04-02-08-CM-002292.

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°027-2019-Pleno/TACP de 15 de febrero de 2019 (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 31 de octubre de 2018, la Dirección de Correos y Telégrafos del MINISTERIO DE GOBIERNO, convocó el acto de selección de contratista por Contratación Menor No.2018-0-04-02-08-CM-002292, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para la adquisición de *bolsas de seguridad personalizadas para el servicio EMS (Express Mail Service)*, con precio de referencia de CINCUENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.50,000.00).

En el acto público, celebrado el 8 de noviembre de 2018, participaron los proponentes a continuación detallados:

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
199418-1-395123-91	SUPLI SERVICIOS PANAMA S.A	08-11-2018 10:51 a.m.	29,532.00
2388164-1-803167-44	IFARMA LABS, S.A	13-11-2018 11:45 a.m.	40,232.00
155633526-2-2016-71	PANORAMA VILLAS, S.A.	31-10-2018 08:40 p.m.	47,600.00
8--474-776-52	RASHELL JERENNY LISETH TREJOS LARA	08-11-2018 09:55 a.m.	41,944.00

La entidad publicó el 14 de noviembre de 2018, en el sistema electrónico *PanamaCompra*, el Cuadro de Cotizaciones No.4 de 13 de noviembre de 2018, por el cual adjudicó el acto público en estudio, pronunciamiento que el 22 de noviembre de 2018 fue objeto de



recurso de impugnación ante este Tribunal, por la firma forense Sanjurjo & Asociados, apoderada especial de RASHELL JERENNY LISETH TREJOS LARA (ESTABLECIMIENTO COMERCIAL MAYBO BUSINESS SOLUTIONS), a través del licenciado José Antonio Mulino Sequeira.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Previo 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.160-2018/TACP de 23 de noviembre de 2018 (Admisión), publicada el mismo día en el sistema electrónico *PanamaCompra*.

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

La disconformidad de la parte actora se fundamentó en la adjudicación del acto público en estudio, a la empresa SUPLI SERVICIOS PANAMÁ, S.A. pese a que no aportó el catálogo requerido en el pliego de cargos, así como en la requisición que estableció los detalles de los bienes a adquirir.

Al respecto, la recurrente sostuvo que la entidad infringió los artículos 23 y 33 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, y el artículo 84 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, por cuanto en ella recae la responsabilidad de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, así como aplicar criterios objetivos al momento de adjudicar el acto público, actuando en estricto apego a la ley y a los criterios contenidos en el pliego.

Por lo anterior, solicitó a este Tribunal revocar lo actuado por el MINISTERIO DE GOBIERNO y restablecer el derecho vulnerado a RASHELL JERENNY LISETH TREJOS LARA (ESTABLECIMIENTO COMERCIAL MAYBO BUSINESS SOLUTIONS), adjudicándole el acto público por ser la única propuesta que cumplió todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

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

Mediante las Notas No.DG-784-2018 y No.DG-785-2018, ambas de 4 de diciembre de 2018 (fojas 034 y 035 del expediente jurídico), el Director de Correos y Telégrafos de Panamá remitió el informe de conducta y expediente administrativo del acto público en estudio, el 6 de diciembre de 2018 de manera extemporánea, dado que el término de ley para ello venció el 3 de diciembre de 2018.

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, 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.2018-0-04-02-08-CM-002292, 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 las empresas SUPLI SERVICIOS PANAMÁ, S.A. e IFARMA LABS, S.A., no cumplen a cabalidad los requisitos y exigencias, toda vez que no proporcionaron el catálogo, conforme la propia entidad solicitó en el pliego de cargos y la requisición anexada al mismo.

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, a fin de resolver la presente encuesta jurídica.

Siguiendo ese orden de ideas, en relación a lo externado por la parte actora encontramos en el pliego de cargos lo siguiente:

Otros Requisitos

...

- 2

PRESENTAR UNA (1) MUESTRA FÍSICA DE LAS BOLSAS (PUEDE SER GENÉRICA) IGUALMENTE PROPORCIONAR CATALOGO (VER REQUISICIÓN DONDE ESTÁ LAS OBSERVACIONES.)

No

Documentos Adjuntos

Descripción	Tipo	Fecha	Acciones
REQUISICION DE BOLSAS DE EMS	Otros	22-10-2018 12:25 PM	
OBSERVACION: EL FABRICANTE DEBERA PROPORCIONAR UNA (1) MUESTRA FISICA DE LAS BOLSAS (PUEDE SER GENÉRICA); igualmente deberá proporcionar catalogo en donde se resalten las especificaciones técnicas solicitadas en esta requisición. Posteriormente a la adjudicación, la empresa seleccionada deberá presentar el arte con todo los colores y detalles para la aprobación final previo a la fabricación de las bolsas. DE NO PRESENTARSE LA MUESTRA EN MENCION NO SE DARAN LOS Vo.Bo. CORRESPONDIENTES.			

Respecto a la presentación de catálogos, a foja 49 del expediente administrativo, así como en PanamaCompra, se observa el Acta de Apertura de propuestas, de la cual procedemos a citar un extracto:

OBSERVACION: SUPLI SERVICIOS PANAMA, S. A., APORTO MUESTRA, MAYBO BUSINESS SOLUTIONS, APORTO MUESTRA Y FICHA TECNICA, IFARMA LABS, APORTO LAS MUESTRAS, SUPLI SERVICIOS PANAMA Y IFARMA LABS NO APORTARON EL CATALOGO SOLICITADO, QUEDA A CRITERIO DEL DEPARTAMENTO DE SERVICIOS POSTALES LA DECISION DEL MISMO COMO REGENTE.

Así también a fojas 55 y 56 del expediente administrativo, como en publicación en PanamaCompra de 13 de noviembre de 2018, reposa la Nota No.774/DSPT de 9 de noviembre de 2018, suscrita por el Director Encargado de Servicios Postales, en la que señaló lo siguiente:



Al respecto, a pesar que la empresa **SUPLI SERVICIOS PANAMÁ, S.A.** no presentó catálogo impreso de la bolsa ofertada, la muestra física presentada por esta empresa permitió valorar los requerimientos técnicos solicitados. En los requerimientos se establece como Observación solamente que la “no presentación de la muestra” dará lugar a la no obtención de los Visto Buenos correspondientes; estos es ya que existen empresas que fabrican bolsas y no necesariamente poseen un catálogo impreso lo cual no impide la evaluación de la muestra física y permite ampliar la cantidad de propuestas. Por otro lado, la aceptación de los requerimientos por parte de las empresas a través de los formularios de propuesta y la garantía permiten controlar el cumplimiento de los productos ofertados por las empresas.

En este sentido, y luego de las evaluaciones y aclaraciones respectivas de la propuesta y de la muestra física presentada por la empresa **SUPLI SERVICIOS PANAMÁ, S.A.** se determinó que la misma cumple con los requerimientos solicitados, por lo que **“RECOMENDAMOS”** la adjudicación para el suministro de los bolsas a la citada empresa.

En torno a lo anteriormente citado, es importante precisar que lo establecido en el pliego de cargos constituye los límites que tiene que cumplir el administrador, por lo que apartarse de ello sería contradictorio a los principios de la Contratación Pública, lo que a su vez diferiría con las resoluciones previas dictadas por este Tribunal; siendo el pliego de cargos 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 estas reglas y 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 que lo confeccionó, pretendiendo adjudicar el acto público a una empresa que no se ajusta a lo establecido en el pliego.

En este mismo orden y dirección, el artículo 33 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en cuanto al pliego de cargos, estipula:

“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, del procedimiento excepcional de contratación o del procedimiento especial de contratación, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

1. ...
 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 objetiva.
 4. ...
 5. Los requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes.
 6. ...
 7. ...
 8. Las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales referentes al objeto de la contratación.
- ...”

Dicho lo anterior, en el presente proceso se evidencia que la entidad desatendió el pliego de cargos, toda vez que obvió la presentación de catálogos con las especificaciones técnicas, cuando en la etapa de verificación de las propuestas, cambiando las reglas del juego, tomó en cuenta únicamente las muestras y omitió la presentación y cumplimiento del catálogo de los bienes ofertados por los proponentes.

Continuando con el examen de 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.2018-0-04-02-08-CM-002292, 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, en los documentos adjuntos del pliego reposa el modelo suministrado por la entidad para la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, atendiendo 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 el amparo de una norma subrogada (5 de la Ley 58 de 2002) haya provenido 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.

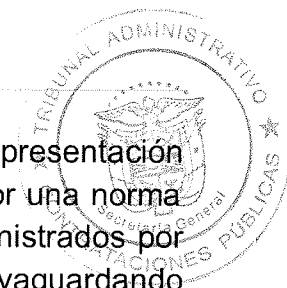
Por tanto, los errores de la Administración y en general de quien ejerce una función pública, no son imputables al administrado. El administrado deposita o tiene confianza en las actuaciones de la Administración y en quienes ejercen la función pública; y esa confianza debe ser tutelada y respetada por 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”.

No podemos perder de vista que **el artículo 13 de la Ley 48 de 2016**, que subroga la Ley 58 de 2002, 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)**



Sostenemos 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, precisamente debido a 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 únicamente la recurrente, no estando obligada a presentar dicha declaración, por ser persona natural de nacionalidad panameña, la aportó acorde al artículo 12 Ley 48 de 2016.

Al respecto, validar dicha propuesta, teniendo presente el error en que incurrió el pliego de cargos, iría en detrimento del *Principio de libre concurrencia o igualdad de trato a los proponentes*, uno de los principios generales de la contratación pública, que entre otros aspectos implica: (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.

Así las cosas, recientemente este Tribunal se pronunció a través de la Resolución No.239-2018-Pleno/TACP de 12 de diciembre de 2018, señalando lo siguiente:

“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”.

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 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”.

En tal sentido, también por medio de la Resolución No.239-2018-Pleno/TACP de 12 de diciembre de 2018, este Tribunal indicó:

“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” **(El subrayado es nuestro)**

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, ante 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.

...” **(El subrayado es nuestro)**

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. 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 2018.

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.2018-0-04-02-08-CM-002292, 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.2018-0-04-02-08-CM-002292, celebrado por el MINISTERIO DE GOBIERNO, para la adquisición de *bolsas de seguridad personalizadas para el servicio EMS (Express Mail Service)*, con precio de referencia de CINCUENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.50,000.00), debido a contraviene la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, que establece Medidas de Retorsión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución a la actora, RASHELL JERENNY LISETH TREJOS LARA (ESTABLECIMIENTO COMERCIAL MAYBO BUSINESS SOLUTIONS), de la Fianza No.10-40-2002680, expedida por La Regional de Seguros, el 20 de noviembre de 2018, por el límite máximo de responsabilidad de CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO BALBOAS CON 40/100 (B/.4,194.40), según la Diligencia de Consignación No.150-2018 de 22 de noviembre de 2018, que reposa a foja 016 del expediente jurídico.

TERCERO: DEVOLVER al MINISTERIO DE GOBIERNO, 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 setenta y seis (76) folios útiles, según informe secretarial visible a foja 040 del expediente jurídico.

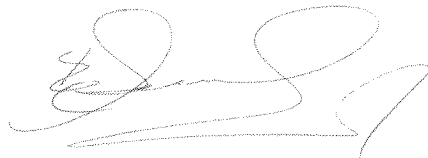
CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

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 183-2018, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2 numeral 37, 4, 20, 21, 28, 33, 48, 52, 116, 136, 145, 146, 148, 152, 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 PROPONENTE RASHELL JEREMY LISETH TREJOS LARA, REPRESENTANTE LEGAL DEL COMERCIO DENOMINADO ESTABLECIMIENTO COMERCIAL MAYBO BUSINESS SOLUTIONS, EN CONTRA DEL CUADRO DE COTIZACIONES No.4 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018, DICTADA POR EL MINISTERIO DE GOBIERNO.

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°027-2019-Pleno/TACP de 15 de febrero de 2019 (Decisión) decidieron anular el procedimiento de selección de contratista por contratación menor No. 2018-0-04-02-08-CM-002292, iniciado por el Ministerio de Gobierno, 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 los documentos adjuntos de los términos de referencia, un modelo de Declaración Jurada Sobre Medidas de Retorsión conforme al contenido del artículo 5 de la Ley No. 58 de 2002, que fue subrogada por la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016, hecho que a nuestro criterio no genera una nulidad absoluta del procedimiento por compra menor No.2018-0-04-02-08-CM-002292 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 propia 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, el proyecto no es justo con 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, ambos principios lo que persiguen es la mayor participación de proponentes en beneficio del Estado y garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista, lo cual no vemos empañado con el error en el modelo de declaración jurada sobre medidas de retorsión.

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, sobre todo cuando ya han pasado más de dos (2) años de estar vigente la nueva ley sobre medidas de retorsión.

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

