



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 010-2022

RECURRENTE: CONSORCIO CABIMA (conformado por las empresas CONSTRUCTORA MECO, S.A. y CONSTRUCTORA MECO, PANAMÁ, S.A.).

ACTO IMPUGNADO: Resolución DIAC-UAL-08-2022 de 18 de enero de 2022, por la cual el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS adjudicó el acto público de selección de contratista en modalidad de Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833.

CONTRAPROYECTA: LUIS MARISCAL.

RESOLUCIÓN N°030-2022-Pleno/TACP de 7 de marzo de 2022. (Decisión)

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (Ley 22 de 2006), crea en su artículo 146 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Tribunal), 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.

En el Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020 (Decreto Ejecutivo 439 de 2020), que reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 238 a 246, se ubica el procedimiento para la tramitación del recurso de impugnación y la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra* (sistema electrónico o *PanamaCompra*).

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de septiembre de 2021, el Departamento de Contratación del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, MOP o la entidad) realizó la convocatoria a todos los interesados en participar en el acto público de selección de contratista en modalidad de Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833, para el *“Diseño, construcción y financiamiento del intercambiador entrada La Cabima y retorno a desnivel en Ciudad Bolívar Provincia de Panamá”* (sic), a través de *PanamaCompra*.
2. El precio de referencia del precitado acto público fue establecido en veinte millones ochocientos sesenta mil ciento ochenta y ocho balboas con sesenta y siete centésimos (B/. 20,860,188.67).



- 3. El acto público se celebró el 23 de noviembre de 2021, con la apertura de propuestas programada para las 10:01 a. m.
- 4. El mismo 23 de noviembre de 2021, la entidad publicó el Acta de Apertura de Propuestas en *PanamaCompra*, en la cual se dejó constancia de la participación de dos proponentes, a saber:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
280-319-61818 DV53	CONSTRUCTORA.URBANA, S.A	23-11-2021 08:55 a.m.	22,553,000.00
44947-167-667 DV 56	CONSTRUCTORA MECO, SA	23-11-2021 09:40 a.m.	21,728,107.25

- 5. El 21 de diciembre de 2021, la entidad publicó el Informe de Comisión Evaluadora, de calendado 20 de diciembre de 2021, que recomendó adjudicar el aludido acto público de selección de contratista al Consorcio C&T La Cabima (Constructora Urbana, S.A.; Toronto Holdings, S.A.), debido a que cumplió con todos los requisitos mínimos exigidos y su propuesta técnica y económica satisface los requerimientos del Pliego de Cargos.
- 6. El Consorcio Cabima presentó observaciones al Informe de Comisión Evaluadora y formalizó Acción de Reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, misma que fue decidida mediante la Resolución N°042-2022 de 13 de enero de 2022 que confirmó lo actuado por la Comisión Evaluadora en su Informe de fecha 20 de diciembre de 2021.
- 7. Posteriormente, el MOP expidió la Resolución N°DIAC-UAL-08-2022 de 18 de enero de 2022, por la cual adjudicó el acto público de selección de contratista en modalidad de Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833 al Consorcio C&T (Constructora Urbana, S.A.; Toronto Holdings, S.A.).
- 8. El 25 de enero de 2022, el licenciado Albis Casasola Morales, en calidad de apoderado especial del Consorcio Cabima, presentó Recurso de Impugnación (visible de foja 014 a foja 033 del expediente jurídico) el 25 de enero de 2022, ante la Secretaría General de este Tribunal, en contra del mencionado acto administrativo.

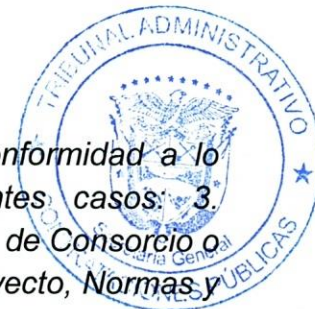
II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

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 N°007-2022/TACP de 26 de enero de 2022 (Admisión), publicada en el sistema electrónico *PanamaCompra* el 27 de enero de 2022.

III. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE

La parte actora impugnó el acto administrativo, fundamentándose en lo siguiente:

- 1. La Comisión Evaluadora descalificó la propuesta del Consorcio Cabima porque Formulario de Costo de Financiamiento se presentó de forma simple, sin la autenticación de firma del representante legal ante Notario Público.
- 2. Que el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020 establece que, en caso de discrepancias entre el pliego adjunto y el pliego electrónico, prevalece este último.
- 3. En el pliego electrónico del acto público de marras, el Requisito 11 (Costos de Financiamiento) no señala explícitamente que el formulario «*debía revestir las características de “autenticación ante Notario según Punto Número 37 del Pliego de Cargos ADJUNTO” a diferencia de los Requisitos identificados como Número*



- 3, 4, 6 y 8 para los que expresamente exige la autenticación».
4. En virtud de lo anterior, *«la exigencia de autenticación de conformidad a lo establecido en el Pliego Electrónico, aplica a los siguientes casos: 3. Antecedentes Legales de la Empresa, 4. Acuerdo de Constitución de Consorcio o Asociación Accidental, 6. Manifestación de Conocimiento del Proyecto, Normas y Especificaciones Técnicas y 8. Carta de Referencia Bancaria».*
 5. Aunado a ello, el pliego adjunto contiene la Tabla de Requisitos Mínimos Obligatorios que, en las páginas de la 19 a la 29, establece las indicaciones y guías de las exigencias para la conformación de la documentación a aportar, y esta no indica que el referido Requisito 11 debía cumplir con la autenticación ante Notario Público, contrario a la exigencia expresa que sí se hace para los Requisitos 3, 4, 6 y 8.
 6. Igualmente, el Requisito 11 hace mención del uso del Formulario 4.3 (que forma parte del pliego adjunto), mismo que *«no contiene instrucciones o condiciones en su contenido o a pie de página que indicaran o guiaran al proponente o a la comisión evaluadora, de que el documento debía ser autenticado ante notario para su validez».*
 7. Que *«es de mencionar que este acto público no es el primer caso en que un proponente presenta el formulario de Costo de Financiamiento sin legalizar. Como se puede observar en los expedientes respectivos, que se aducen como prueba de referencia de Actos del Ministerio de Obras Públicas, visibles en el portal electrónico de contrataciones públicas, donde diferentes proponentes en todos los siguientes actos de Llave en Mano con financiamiento, han presentado en los respectivos actos, el formulario de Costo de Financiamiento sin legalización ante notaría, a saber: 2020-0-09-0-08-LV-006299; 2020-0-09-0-15-LV-006304; 2020-0-09-0-01-LV-007184; 2021-0-09-0-06-LV-007717; 2021-0-09-0-07-LV-007571; 2021-0-09-0-09-LV-007288; 2021-0-09-0-01-LV-007295; 2021-0-09-0-07-LV-007752; y 2021-0-09-0-12-LV-007743.*
En ninguno de los casos anteriores se ha descalificado a ningún proponente por este hecho. Adicionalmente, algunos de esos mismos proponentes dentro de esos actos públicos recibieron adjudicación de contrato y es evidente que fue aceptado el formulario de Costo de Financiamiento sin firma legalizada ante notario. Tal es el caso de los actos públicos 2021-0-09-0-01-LV-007295; 2020-0-09-0-01-LV-007184 y 2021-0-09-0-07-LV-007752» (sic).
 8. Colige el recurrente que lo anterior evidencia que, *«el Ministerio de Obras Públicas, a través de sus distintas comisiones evaluadoras –inclusive con similitud de comisionados del acto que hoy impugnamos– ha verificado el cumplimiento de los Requisitos Mínimos obligatorios conforme al contenido y exigencias del Pliego electrónico, no exigiendo en ningún caso la formalidad de autenticación ante Notario del Requisito Número 11 COSTOS DE FINANCIAMIENTO, según el Punto Número 37 de las Condiciones Especiales del pliego adjunto – no contenidas en el Pliego electrónico para este aspecto ni en la tabla descrita en la página 19 del Pliego Adjunto y Formulario 4.3. (Citamos los precedentes para poder evidenciar la disparidad de criterio en las reglas y condiciones aplicadas en Acto hoy bajo Recurso).*
Que bajo la premisa anterior y frente a cualquier interpretación, duda o discrepancia entre el Pliego electrónico y el pliego adjunto, se deberá aplicar el contenido del pliego electrónico, sin que asista a la comisión la facultad de requerir condiciones, adecuaciones o exigencias más allá de las descritas en el pliego primario, a saber el pliego electrónico – postulado ampliamente desarrollado y apoyado por la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal de Contrataciones Públicas (Artículo 60 del Decreto 439 de 10 de septiembre de 2020)» (sic).
 9. Adicionalmente, a su juicio, el Formulario de Costo de Financiamiento, *«si bien no*



está detallado específicamente, al ser parte de la propuesta económica por tratarse de un contrato llave en mano, debe entenderse que es parte de la propuesta en esta modalidad, con lo cual, mal pudiese exigirse una legalización adicional, y utilizarse como herramienta de descalificación, siendo que el Pliego claramente en el formulario 4.3, indica que el costo de financiamiento es parte de la propuesta».

10. *Que «la razón por la cual el pliego señala una exclusión de autenticación y legalización para el Formulario de Propuesta y el Desglose de Precios es para mantener el principio de la privacidad de la oferta de un proponente. Es obvio que al suscribir un documento en una notaría que es un lugar público se pone en riesgo dicha privacidad» (sic).*
11. *La oferta económica de un proponente está compuesta por el contenido del Formulario de Desglose de Precios y el Formulario de Costo de Financiamiento, documentos que se presentan por separado, con el propósito de cumplir con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley de Contrataciones Públicas, misma que señala que, adjudicada la obra al contratista, la entidad presentará la propuesta de financiamiento al Ministerio de Economía y Finanzas, la cual queda sujeta a revisión y negociación de dicha institución. «Es decir, una vez adjudicado el contrato, la porción de oferta económica indicada en el formulario de desglose de precios se mantiene y la otra porción indicada en el formulario de costo de financiamiento es sujeto de revisión y negociación... En consecuencia, el costo de financiamiento debe ser sujeto del mismo nivel de privacidad dado que hace parte de la oferta económica. Por algo se llama “Costo” de financiamiento, porque es literalmente parte del costo ofrecido».*
12. *En su opinión, «la interpretación errónea de la Comisión respecto a un supuesto incumplimiento del requisito de Costo de Financiamiento, con miras a descalificar a mi representada, va en contra de lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 27 de la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 153 de 2020, ya que atenta contra la propuesta más ventajosa para el Estado, intentándose valer de supuestos defectos de forma no aplicables al formulario indicado. En consecuencia, el documento por el cual se pretende descalificar a mi representada cumple con lo establecido en la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 153 de 2020 y lo previsto en el Pliego de Cargos, atentando contra el principio de economía que debe regir los actos de licitación pública».*
13. *En lo concerniente a la observación que hizo la Comisión en lo que respecta al Requisito 10.26, si bien este no descalifica al recurrente, considera oportuno aclarar que los días calendario en el cronograma de ejecución presentado por Consorcio Cabima fueron presentados según lo solicita el pliego de cargos, toda vez que «la fecha de inicio corresponde a la orden de proceder de conformidad a lo previsto en las bases de licitación y en lo dispuesto en la propia Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 153 de 2020».*
14. *Que el Consorcio C&T La Cabima no cumple con los requisitos obligatorios ni con los requisitos ponderables del acto público impugnado; primeramente, porque la carta de referencia bancaria (Requisito 8 del pliego electrónico y 10.22 del pliego adjunto) que este aportó, porque no satisfizo la exigencia de autenticación de firma ante Notario Público. Además, «no cumple con lo indicado en las observaciones del formulario 4.1 del pliego el cual señala que: “El documento generado, deberá mostrar el nombre, cargo y firma autógrafa del Representante Legal o Autorizado Banco a firmar el documento”» (sic).*
15. *En su opinión, Consorcio C&T La Cabima incumplió con el precitado requerimiento al no haber presentado documentación que evidencia que la persona que firmó la carta de referencia bancaria está debidamente autorizada para ello.*
16. *Añade que el consorcio beneficiado con la adjudicación «no cumple a título de proponente» con la presentación de los Requisitos 7 (Declaración Jurada de*



Medidas de Retorsión); 11 (Pacto de Integridad); 12 (Carta de Adhesión a los Principios de Sostenibilidad); y 14 (Carta de Compromiso Verde), debido a que todos ellos fueron aportados de manera individual por las empresas Constructora Urbana, S.A., y Toronto Holdings, S.A., sin incorporar aquellos en los que suscriben conjuntamente como Consorcio C&T La Cabima. Por lo tanto, no satisface a cabalidad los requisitos mínimos obligatorios.

17. En cuanto al aspecto técnico de la propuesta del Consorcio C&T La Cabima, el anteproyecto aportado muestra el diseño de la sección de la Vía Transístmica, en el cual *«se observa que la planta-perfil, visible a folio 572 no contiene la estructura a desnivel de Retorno herradura, por lo que no se puede verificar el gálibo mínimo sobre la Transístmica, requerido por el Pliego de Cargo. En consecuencia, la información técnica incumple con lo solicitado en el pliego página 40, y por tanto no debió ser ponderado»*.
18. Que el Consorcio C&T La Cabima *«... en cuanto al Intercambio Trompeta, incumple con los requisitos establecidos en el Pliego de Cargos, en los siguientes criterios:*

- a. En la planta del plano planta-perfil, folio 572, no están ubicadas las fundaciones.*
- b. No se muestra la geometría completa de todo el intercambio: eje principal del viaducto, todas las rampas y el retorno inferior al lado de La Cabima Folio 572.*

...

No obstante, se observa que el diseño aportado por el Consorcio C&T adolece de las siguientes falencias que constituyen incumplimiento con lo señalado en página 39 del pliego:

- En los planta-perfil de los folios 536 y 537 No se presenta el volumen estimado de corte y relleno solicitados en el pliego de cargos.*
- No se presenta planta perfil del retorno a desnivel Folio 00537.*
- No se presenta alcance de la iluminación de los intercambiadores, ni en planta, ni perfil, ni en secciones.*
- No presenta los volúmenes de corte y relleno en los planos de planta perfil como lo pide el pliego.*
- No se presentan plantas perfiles de las rampas del intercambiador folio 572» (sic).*

19. Que *«Se observa que en el diseño planteado por Consorcio C&T, se incumple lo requerido en el coeficiente de escorrentía, a saber:*

- La tubería pluvial de la estación 0+039.95 dice que es existente y no tiene capacidad. Esto se observa en la hoja de cálculos en el folio 00546 de su propuesta. En el folio indicado se muestra una relación tirante de agua/diámetro de 100% cuando la norma señala que el mismo debe ser de 80%.*
- Hay cruces pluviales existentes de diámetro de 0.60 m y el pliego habla que los cruces pluviales mínimo deben ser de 0.75m, incumpliendo con lo requerido en el Pliego de Cargos.*

20. Asimismo, *«en el anteproyecto, CONSORCIO C&T LA CABIMA en su hoja 000546 muestra los cálculos de drenaje con un coeficiente de escorrentía de 0.85 cuando el pliego, en su página 277 y establece explícitamente que este coeficiente debería ser 0.90.*

Igualmente, los cálculos de la red de drenaje en su hoja 000546 muestra velocidad del drenaje con valores de 3 pulg/seg. Estos son valores inferiores a 1 m/s, comprometiendo el correcto funcionamiento del sistema. El valor establecido por el pliego en su página 277 es de 1 m/s» (sic).

21. Como último incumplimiento del Consorcio C&T, señala que, de acuerdo con el contenido de la foja 000572, la planta del intercambiador presentada por este proponente *«no muestra la cimentación de la estructura, impidiendo la correcta*



ubicación de los cimientos, tanto en planta como en perfil. Esta condición es solicitada en el pliego en la valoración del anteproyecto estructural en la página 41 del pliego. En consecuencia, la Comisión Evaluadora no debió otorgar la asignación de 2 puntos a este criterio de evaluación, ya que el proponente incumplió los requisitos del Pliego de Cargos».

La parte actora finalizó su escrito solicitando a este Tribunal que:

- (i) Ordene la inmediata suspensión del acto público identificado como Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833, hasta tanto no se resuelva el presente Recurso de Impugnación.
- (ii) Revoque la Resolución Ministerial N°DIAC-UAL-08-2022 de 18 de enero de 2022, emitida por el Ministerio de Obras Públicas y que adjudica el acto público de marras al Consorcio C&T La Cabima;
- (iii) Anule totalmente el Informe de la Comisión Evaluadora; que ordene la conformación de una nueva Comisión Evaluadora, por conducto de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas; y
- (iv) Adjudique, a favor del Consorcio Cabima, la Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833, por haber cumplido al 100% los requisitos obligatorios de participación y porque el proponente Consorcio C&T no cumplió con el 100% de los requisitos mínimos obligatorios de participación, entre otros.

IV. ALEGACIONES EN INTERÉS DE LA LEY

El 2 de febrero de 2021, el licenciado Félix Peralta, abogado en ejercicio, presentó alegaciones en interés de la Ley, ante la Secretaría General del Tribunal (visible de fojas 052 a 055 del expediente jurídico). En su escrito, manifestó que el recurso de impugnación interpuesto por Consorcio Cabima es temerario y tiene como único propósito dilatar la ejecución del acto público y perjudicar tanto a la actual administración del Ministerio de Obras Públicas como a los ciudadanos de La Cabima, que serán afectados por la ejecución tardía de la obra.

Asimismo, subrayó el licenciado Félix Peralta que el impugnante omitió indicar lo que señala el Capítulo II, Numeral 37.1 del Pliego de Cargos, el cual exige a los proponentes cumplir con ciertos requerimientos relacionados con la autenticación y legalización de documentos; por lo que, *«todo documento emitido y firmado por el representante legal o apoderado legal de la empresa contratista y el mismo tenga su domicilio en la República de Panamá y se haya expedido en la República de Panamá, deberá ser autenticado ante notario, a fin de contar con la debida validez».*

Así, a juicio del único tercero intervenirle, el argumento del recurrente es sesgado y no se ajusta a las reglas previamente aceptadas por todos los proponentes, porque dicho consorcio indicó en su propuesta que acepta sin reservas el contenido del pliego de cargos; por lo que no comprende cómo puede ahora desconocer las reglas de participación que estableció la entidad en el pliego.

También, el licenciado Peralta resaltó que la parte actora está utilizando la misma argumentación que ya fue desechada por la DGCP, tal como quedó plasmado en su Resolución N°042-2022 de 13 de enero de 2022, a través de la cual se confirmó lo actuado por el MOP.

El licenciado Peralta concluyó su escrito expresando que la Comisión Evaluadora y la entidad licitante han enmarcado sus actuaciones de conformidad con la Ley y el Pliego de Cargos; por lo tanto, solicitó al Tribunal que confirme lo actuado por el MOP y rechace



el fondo del presente Recurso de Impugnación, debido a que *«el mejor interés del Estado radica en adjudicar y dar la orden de proceder al Consorcio C&T La Cabima que cumplió con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos»*. Adicionalmente, solicitó que este Tribunal ejecute la Fianza de Recurso de Impugnación presentada por el recurrente, al ser este un recurso dilatorio y temerario.

V. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD

El 2 de febrero de 2022, el MOP publicó en *PanamaCompra*, el Informe de Conducta suscrito por el Ministro de Obras Públicas, escrito que también reposa de foja 59 a 63 del expediente jurídico. En su Informe de Conducta, la entidad realizó un recuento de sus actuaciones, desde la convocatoria hasta la adjudicación del acto público.

Al referirse a las pretensiones del recurrente, la entidad enfatizó que sus actuaciones se han ajustado a las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas y no ha cometido ninguna acción u omisión ilegal o arbitraria, ni discrecionalidad alguna durante el procedimiento de selección de contratista. Añadió que la Comisión Evaluadora designada actuó en concordancia con lo estipulado en el Pliego de Cargos. En consecuencia, considera que no le asiste la razón al impugnante en cuanto a los hechos invocados, *«toda vez que carecen de fundamento y han sido contrarrestados con las pruebas que reposan en el expediente»*.

VI. MEDIDA PREVIA

A través de la Resolución 011-2022-Pleno/TACP de 17 de febrero de 2022 (Medida Previa), publicada en el sistema electrónico en igual fecha, este Tribunal decidió anular el dictamen proferido por la Comisión Evaluadora mediante el Informe calendado 20 de diciembre de 2021, por haberse elaborado en contravención al ordenamiento jurídico en materia de Contrataciones Públicas. De igual manera, el Tribunal ordenó a la misma Comisión evaluar a la propuesta de menor precio, con apego a los criterios establecidos en el Pliego de Cargos y lo expuesto por esta Colegiatura en la parte motiva de dicha resolución, de conformidad con la metodología establecida en los artículos 59, 68 y 69 de la Ley 22 de 2006 y el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020.

VII. NUEVA EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, POR LA MISMA COMISIÓN EVALUADORA

La Comisión Evaluadora se instaló y emitió su dictamen a través del Informe fechado 23 de febrero de 2022, en el cual los Comisionados evaluaron íntegramente la propuesta de Consorcio Cabima (Constructora MECO, S.A. y Constructora MECO Panamá, S.A.), concluyendo lo siguiente:

Finalmente, evaluadas las propuestas técnicas y económicas, con base al Cuadro de Criterios de Evaluación, la Comisión Evaluadora determina que los proponentes que pueden continuar en el proceso de selección dentro del acto Licitación por Mejor Valor el público N° N°2021-0-09-0-08-LV-007833, “DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y FINANCIAMIENTO DEL INTERCAMBIADOR ENTRADA LA CABIMA Y RETORNO A DESNIVEL EN CIUDAD BOLIVAR” Provincia de Panamá, son:

No. DE PROPONENTE	EMPRESAS	MONTO DE LA PROPUESTA B/.
1	CONSORCIO CABIMA (CONSTRUCTORA MECO, S.A.; CONSTRUCTORA MECO PANAMA, S.A)	B/. 21,728,107.25
2	CONSORCIO C&T (CONSTRUCTORA URBANA, S.A.; TORONTO HOLDINGS, S.A.)	B/. 22,553,000.00

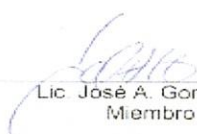


Se detalla a continuación el cuadro con los resultados de la evaluación de las Propuestas:

No. DE PROPONENTE	EMPRESAS	MONTO DE LA PROPUESTA B/.	PUNTAJE OBTENIDO
1	CONSORCIO CABIMA (CONSTRUCTORA MECO, S.A.; CONSTRUCTORA MECO PANAMA, S.A)	B/. 21,728,107.25	100.00%
2	CONSORCIO C&T (CONSTRUCTORA URBANA, S.A.; TORONTO HOLDINGS, S.A.)	B/. 22,553,000.00	98.54%

Para dar fe de lo anterior, se firma el presente informe de evaluación técnica por la Comisión Evaluadora, hoy 23 de febrero de 2022.


Lic. Noris Staff
Miembro


Lic. José A. González
Miembro


Arq. Gladys Burgos
Coordinador

VIII. OBSERVACIONES AL INFORME DE LA COMISIÓN EVALUADORA

El Consorcio C&T La Cabima presentó, por insistencia, el documento denominado “Escrito de Observaciones al Informe de la Comisión Evaluadora y Solicitud Especial”, el 4 de marzo de 2022, ante la Secretaría General de este Tribunal (foja 144 a 148 del expediente jurídico).

Las Secretaría de este Tribunal generó el recibo del mencionado documento por insistencia, principalmente por las siguientes razones:

- La proponente Consorcio C&T no es parte ni tercero interesado en la presente causa, es decir, que no tiene legitimación procesal.
- El Consorcio C&T La Cabima ha utilizado una vía procesal (la observación al informe de comisión) impropia de la vía del control, que ejerce este Tribunal.

Primeramente, cuando se trata de recursos de impugnación, el artículo 158 de la Ley de Contrataciones Públicas concede un término de tres (3) días, luego de notificada la admisión del recurso, para que toda persona, en interés de la ley o interés particular presente sus alegaciones sobre la impugnación incoada.

Dicha oportunidad procesal pudo ser aprovechada por el Consorcio C&T La Cabima para hacer el señalamiento que ahora pretende ingresar a la causa mediante un escrito de observaciones. Sin embargo, al no haber accionado oportunamente y, por extensión, carecer de legitimación procesal, el Tribunal no puede entrar a valorar el fondo de sus argumentos.

Por otra parte, esta Colegiatura debe manifestar que las observaciones a los Informes de Comisión se presentan ante la entidad licitante, y previo a que esta expida el acto administrativo que adjudica, declara desierto o rechaza las propuestas, como requisito previo para la interposición de la Acción de Reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas. Sobre el particular, repasemos lo que establece el artículo 153 de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 153. Acción de reclamo. La acción de reclamo podrá interponerse contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante el proceso de selección de contratista antes de que se adjudique, declare desierto o cancele,



mediante resolución debidamente motivada, el acto público correspondiente, y deberá contener todos los aspectos o hechos que se deseen dirimir por parte del accionante.

Los interesados, antes del acto de apertura de propuestas, o proponentes en un acto de selección de contratista, previo cumplimiento de las formalidades que apliquen, podrán interponer reclamos, en única instancia, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas.

...

Cuando la acción de reclamo esté dirigida en contra del informe de la comisión verificadora o evaluadora, el reclamante deberá haber presentado **ante la entidad**, dentro del término previsto en la ley, sus observaciones a dicho informe, como requisito previo para la interposición de la acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Solo podrá interponerse una acción de reclamo contra el informe de la comisión verificadora o evaluadora; esta acción deberá contener integralmente todos los aspectos o hechos que se deseen dirimir por parte del accionante.

...". (La subraya y la negrita son del Tribunal).

En consonancia, el procedimiento para resolver los recursos de impugnación medie un dictamen de Comisión, la Ley dispone

"Artículo 159. Plazo para resolver. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas pasará sin mayor trámite a resolver dentro del término de diez días hábiles, si la impugnación versa sobre aspectos estrictamente jurídicos. En caso contrario, de requerir pruebas, abrirá un periodo probatorio para practicarlas de hasta diez días hábiles. Vencido este periodo, pasará a resolver el recurso en los cinco días hábiles siguientes.

Cuando dicha valoración recaiga sobre el dictamen de la comisión correspondiente y este sea contrario al pliego de cargos o la ley y se ordene una nueva evaluación ajustada a las motivaciones advertidas por el Tribunal, la comisión tendrá un término de hasta cinco días hábiles para rendir el nuevo informe y remitirlo al Tribunal. Luego de este, se procederá a resolver, dentro de los cinco días hábiles subsiguientes.

...". (El subrayado es del Tribunal).

Frente a lo dispuesto en la Ley, queda claro que no caben observaciones a los Informes de Comisión en esta instancia administrativa y menos aún, por una persona sin legitimación procesal.

Así las cosas, recordemos que la norma obliga al Tribunal al decidir una vez recibido el nuevo informe.

IX. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

1. Tipología del procedimiento de selección de contratista de marras

En cumplimiento del artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, procedemos a resolver el presente recurso, con base en los criterios que a continuación se exponen y teniendo en cuenta que el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa se desarrolla bajo la modalidad de Licitación Pública por Mejor Valor, regulado en el artículo 59 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, el cual señala las reglas de verificación y evaluación de las propuestas frente a estos procedimientos:

"Artículo 59. Licitación por mejor valor. La licitación por mejor valor es el procedimiento de selección de contratista que se realizará cuando los bienes, servicios u obras que van a ser contratados tienen un alto nivel de complejidad



y el monto de la contratación es superior a los quinientos mil balboas (B/.500,000.00). Para tal efecto, se entenderá por alto nivel de complejidad proyectos que requieran una valoración o ponderación especial (planificación o implementación del diseño del bien, servicio u obra requerido). En este procedimiento se ponderarán los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros ofertados por los proponentes, y se adjudicará al proponente que obtenga el mayor puntaje en la metodología de ponderación especificada en el pliego de cargos, siempre que este cumpla con los requisitos mínimos obligatorios exigidos en el pliego de cargos.

En la celebración de la licitación por mejor valor, se observarán las reglas siguientes:

1. ...

10. La comisión evaluadora verificará el cumplimiento de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos por parte de todos los proponentes. Una vez comprobado el cumplimiento de dichos requisitos, pasará a evaluar los siguientes aspectos, siempre que los proponentes hayan cumplido con los requisitos obligatorios, aplicando la metodología de ponderación descrita en el pliego de cargos. En ningún caso, la comisión evaluadora calificará ni asignará puntajes a los proponentes que hayan sido descalificados en función de su incumplimiento de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos.

11. Luego de evaluar todas las propuestas, la comisión evaluadora emitirá un informe en el que se detallarán las propuestas descalificadas por el incumplimiento de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos, si las hubiera, y se describirá cada propuesta con el puntaje obtenido de acuerdo con la metodología de ponderación descrita en el pliego de cargos. Esta comisión contará con un plazo máximo de diez días hábiles para rendir su informe y con una sola prórroga adicional de cinco días hábiles, cuando la complejidad del acto así lo amerite.

12. Una vez emitido el informe, este será publicado obligatoriamente en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y estará disponible, ese mismo día, una copia impresa de dicho informe para los participantes en el acto que la deseen.

...". (El subrayado es del Tribunal).

2. Criterios de interpretación.

a. Criterios constitucionales

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables a los procedimientos de selección de contratista se deben a la fuente de toda norma; es decir, a las disposiciones constitucionales, de las cuales son destacables los artículos 215 y 266 de la Carta Fundamental. Veamos:

"Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios.

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustancial".

"Artículo 266. 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".



b. Criterios legales

Según lo establece la propia ley, la interpretación de las reglas contractuales se sustenta en los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos, de conformidad con los artículos 25 y 35 de la Ley 22 de 2006.

“Artículo 25. Principios generales de la contratación pública. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, publicidad, eficiencia, debido proceso y de igualdad de los proponentes, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Además, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, las normas del derecho administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley.

Las contrataciones públicas deberán contribuir a la construcción de un sistema de responsabilidad social y sostenibilidad, procurando el desarrollo de políticas que permitan la protección comunitaria y medioambiental de Panamá y sus ciudadanos”.

“Artículo. 35. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

Con el propósito de esclarecer los hechos que dieron origen a esta causa, hemos examinado las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo y en el registro electrónico del acto público. Igualmente, hemos procurado que los hechos afirmados por las partes hayan sido probados fehacientemente, así como sus alegaciones, a efectos de obtener, en derecho, un pronunciamiento sobre las circunstancias que llevaron a interponer la impugnación ante este Tribunal Colegiado.

El acto acusado es la resolución que adjudicó el acto público, y la disconformidad sustancial del recurrente guarda relación con el Informe de Comisión Evaluadora, fechado 20 de diciembre de 2021, que descalificó su propuesta, por considerar que el Consorcio Cabima no cumplió con el Requisito 10.25 Costo de Financiamiento (Requisito 11 del pliego electrónico), porque dicho formulario, al estar firmado por el representante del proponente o apoderado, debió presentarse autenticado por Notario, según se desprende del punto 37.1. del pliego de cargos. Por tal razón, los comisionados determinaron que el Consorcio Cabima incumplió con este requisito obligatorio, por lo cual fue descalificado y no pasó a la siguiente fase.

3. Posición argumentativo-jurídica del Tribunal

3.1. Procedimiento precontractual especialmente aplicable

En cumplimiento del artículo 59 de la Ley 22 de 2006, este procedimiento licitatorio se sustenta en la valoración técnica realizada por la Comisión Evaluadora. De manera que, tomando en cuenta que el acto administrativo impugnado tuvo como fundamento el Informe de Comisión fechado 20 de diciembre de 2021, analizaremos la disconformidad del recurrente en contra de la actuación de la Comisión, enfatizando en el deber que

tienen las comisiones de ceñir su labor a lo que dicta el pliego de cargos y la Ley de Contrataciones Públicas.

4. Cargo en contra de la actuación de la Comisión Evaluadora

4.1. Errónea valoración del Requisito 10.25 del Pliego de Cargos adjunto (Requisito 11 de “Otros Requisitos” del Pliego Electrónico)

La parte actora, cuya propuesta es la de menor precio, señaló en su escrito que, la Comisión Evaluadora descalificó su oferta porque el Formulario de Costo de Financiamiento se presentó de forma simple, sin la autenticación de firma del representante legal ante Notario Público.

El impugnante subrayó que el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020 establece que, en caso de discrepancias entre el pliego adjunto y el pliego electrónico, prevalece este último. Aunado a ello, el pliego adjunto contiene la Tabla de Requisitos Mínimos Obligatorios que, en las páginas de la 19 a la 29, establece las indicaciones y guías de las exigencias para la conformación de la documentación a aportar, y esta no indica que el referido Requisito 11 debía cumplir con la autenticación ante Notario Público, contrario a la exigencia expresa que sí se hace para los Requisitos 3, 4, 6 y 8.

Por su parte, en el Informe de Comisión Evaluadora, calendado 20 de diciembre de 2021 (que dio origen a la presente causa), los Comisionados explicaron que la descalificación de la propuesta del Consorcio Cabima obedeció a que, la misma desatendió la instrucción de la cláusula 37 del Pliego de Cargos adjunto.

En virtud de lo anterior, y luego de haber determinado que la Comisión infringió la Ley de Contrataciones Públicas, específicamente el artículo 28 (Principio de Responsabilidad e Inhabilidades de los Servidores Públicos), toda vez que en su valoración no se apegó a las disposiciones del artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, el Tribunal ordenó a la misma Comisión evaluar a la propuesta de menor precio, con apego a los criterios establecidos en el Pliego de Cargos y de conformidad con la metodología establecida en los artículos 59, 68 y 69 de la Ley 22 de 2006 y el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020.

4.2. Acatamiento de la instrucción del ente de control

De conformidad con la ley, la Dirección General de Contrataciones Públicas y este Tribunal poseen atribuciones de control, las cuales permiten que ambos entes emitan criterios, sustentados en derecho, y giren directrices específicas con el propósito de subsanar cualquier actuación apartada de los parámetros establecidos tanto en el Pliego de Cargos como en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, ante el pronunciamiento de cualquiera de estos dos órganos, las Comisiones tienen que atender las instrucciones que emanan de estos.

Efectivamente, en el caso que nos ocupa, los señores Comisionados ejecutaron la orden girada, según el análisis realizado por esta Colegiatura, debidamente fundamentado en Derecho. Así, con la reciente conclusión de la Comisión Evaluadora, contenida en el Informe de Comisión fechado 23 de febrero de 2022, se subsanó el desatino en la valoración inicial de las propuestas.

5. Explicación del cumplimiento del Requisito 10.25 del Pliego de Cargos adjunto (Requisito 11 de “Otros Requisitos” del Pliego Electrónico), por parte del Consorcio Cabima



La oferta de precio más bajo fue la del Consorcio Cabima, por la suma de B/.21,728,107.25, cuya documentación aportada con su propuesta se encuentra visible en “PanamaCompra”, donde apreciamos que, si bien presentó todos los requisitos mínimos de obligatorio cumplimiento, así como también de la documentación técnica, a juicio de la Comisión Evaluadora, este proponente incumplió con el Requisito 10.25 del pliego de cargos adjunto (identificado como Requisito 11 del apartado “Otros Requisitos” del pliego electrónico), porque presentó el Formulario de Costo de Financiamiento sin la debida autenticación ante Notario Público, tal como lo establece el punto 37.1 del pliego de cargos adjunto, motivo suficiente para descalificar su propuesta.

En cuanto al requisito bajo análisis, que fue la razón de la desestimación de la propuesta del recurrente, su redacción es la siguiente, dentro del Pliego Electrónico:

Otros requisitos

...

11	Costo de Financiamiento. Presentar el Formulario de Costo de Financiamiento debidamente complementado, de acuerdo a lo exigido en este pliego de cargos. El Formulario de Costo de Financiamiento deberá estar firmado por el Representante del Proponente o Apoderado. En caso de ser Persona Jurídica, deberá estar firmado por el Representante Legal o Apoderado Legal de la Sociedad. En caso de que el Proponente se presente en Consorcio o Asociación Accidental, el Formulario de Costo de Financiamiento deberá estar firmado por el Representante del Consorcio. El Formulario de Costo de Financiamiento deberá corresponder, en todas sus partes, con el del modelo incluido en el presente pliego de cargos. Este Formulario de Costo de Financiamiento, deberá ajustarse al Formulario N°4.3, modelo incluido en el Capítulo IV (MODELOS, FORMULARIOS E INSTRUCTIVOS), del presente Pliego de Cargos.
----	---

Nótese que, contrario a otros requisitos del pliego electrónico, en modo alguno se alude a la cláusula 37; únicamente señala que debe ajustarse al Formulario 4.3. – Costo de Financiamiento. Veamos dicho modelo:

FORMULARIO N°4.3 – COSTO DE FINANCIAMIENTO

De acuerdo con la estructura de pago, mediante la modalidad de **Contrato Llave en Mano**, la totalidad del Monto del Contrato será pagado conforme a lo que se define en el cuadro siguiente, el cual debe incluir los Costos de Obra, Costo de Financiamiento, e I.T.B.M.S.

CUENTAS DE PAGO	AVANCE DE OBRA REQUERIDO
Primer Pago o Pago Intermedio	Hasta el 50%
Pago Final	Al 100%

El costo de financiamiento que el Contratista presenta, como parte de su Propuesta, es de B/._____ (_____ Balboas con 00/100), incluyendo el I.T.B.M.S.

NOMBRE DE LA PERSONA JURÍDICA O NATURAL, EN LETRA DE IMPRENTA

FIRMA Y NOMBRE DEL REPRESENTANTE LEGAL, DE LA PERSONA NATURAL O DEL APODERADO EN EL ACTO

CÉDULA DE IDENTIDAD PERSONAL O PASAPORTE N°_____

[en caso de consorcios o asociación accidental]

NOMBRE DEL CONSORCIO O ASOCIACIÓN ACCIDENTAL, EN LETRA DE IMPRENTA

FIRMA Y NOMBRE DEL REPRESENTANTE PRINCIPAL DEL CONSORCIO O ASOCIACIÓN ACCIDENTAL

CÉDULA DE IDENTIDAD PERSONAL O PASAPORTE N°_____

Como se observa, este formulario no contiene instrucción alguna referente a la obligación de presentarlo autenticado ante Notario Público o debidamente legalizado, según sea el caso, a diferencia de otros modelos suministrados por la entidad, en donde claramente se expresa esta indicación.



Ahora bien, la cláusula 37 que la Comisión Evaluadora interpretó que es aplicable al requisito en estudio, se encuentra ubicada en la página 54 del pliego adjunto (es decir en el archivo en formato PDF que la entidad publicó como documento adjunto al pliego de cargos electrónico), mismo que es del siguiente tenor:

“37. AUTENTICACIÓN Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS.

En atención al tipo de documento y el lugar en el que el mismo se expida, se deberá cumplir con los siguientes pasos, para legalizar los documentos:

37.1. DOCUMENTOS EMITIDOS O SOLICITADOS DENTRO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ:

Toda copia de un documento que sea emitido en la República de Panamá, debe ser cotejada por notario, a fin de contar con la debida validez.

Todo documento original que sea emitido y firmado por el representante legal o apoderado legal de la empresa contratista y el mismo tenga su domicilio en la República de Panamá y se haya expedido en la República de Panamá, deberá ser autenticado ante notario, a fin de contar con la debida validez.

37.2. DOCUMENTOS EMITIDOS O SOLICITADOS EN EL EXTRANJERO:

Todo documento que no sea emitido en la República de Panamá, y sea emitido ya sea por entidades o autoridades extranjeras o por el representante legal o apoderado de la empresa, fuera de la República de Panamá, a fin de que cuente con la debida validez y aceptación en Panamá, deberá estar debidamente legalizado; para lo cual existen dos (2) vías o procedimientos de legalización:

(1) Convención de La Haya sobre la Apostilla o Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de fecha 5 de octubre de 1961: Fue suscrito entre un listado de 55 Estados signatarios, a fin de abolir el requisito de legalización diplomática o consular para los documentos públicos emitidos en el extranjero. Físicamente consiste en una hoja que se agrega (adherida al reverso o en una página adicional) a los documentos que la autoridad legaliza. En algunos países, la Apostilla puede obtenerse electrónicamente. Para hacer uso de esta vía de legalización de documentos, debe verificarse previamente si el país emisor del documento es un país signatario de dicha Convención.

(2) Autenticación Consular o Diplomática: Consiste en presentar los documentos para su legalización ante el Consulado o Embajada Panameña, del país emisor de los documentos, siempre que la República de Panamá cuente con representación diplomática en dicho país. Una vez los documentos sean legalizados por esta vía, y lleguen a la República de Panamá, deben de pasar previo a ser presentados en el acto de licitación, a participar, por el Departamento de Legalización y Autenticaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de validar la firma de la autoridad consular que legalizó los documentos.

Nota: Se excluye de este requisito de Autenticación y Legalización, el Formulario de Propuesta y el Desglose de Precios.

Todo Documento en idioma distinto al español, deberá traducirse por un traductor público autorizado de la República de Panamá”.

Con lo anterior es claro que existen discrepancias entre el Requisito 11 del apartado “Otros Requisitos” del pliego electrónico y el Requisito 10.25, su equivalente dentro del pliego adjunto. Frente a ello, es propicio externar que la Ley de Contrataciones Públicas manifiesta que, cuando haya discrepancias entre las exigencias del pliego electrónico como en el adjunto, prevalece el electrónico. Seguidamente, lo que tipifica el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020:

“Artículo 60. 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”. (Subrayado suplido).



A la luz de la norma, el servidor público, al momento de dar publicidad al pliego de cargos o términos de referencia en el acto público de marras, tenía el deber de enmendar esta inconsistencia, mediante el mecanismo que establece la ley; es decir a través de la adenda; sin embargo, al no haberse corregido esta situación, la Comisión Evaluadora no puede imputar dicha falencia del pliego al recurrente.

Debemos tener presente que el pliego de cargos es el documento rector en todo procedimiento de selección de contratista, el cual debe contener toda la información uniforme; es decir, el contenido del pliego electrónico y del pliego adjunto deben ser iguales y no dar espacio a confusión ni interpretaciones erróneas.

Así las cosas, la entidad licitante tenía el deber de incluir las reglas de manera clara; tal como lo exige la norma, sin desatender el principio de especialidad de la tutela efectiva y debido proceso, el cual, a través de estos procedimientos, otorga a la colectividad la satisfacción del interés general. Sobre el particular, repasemos lo que establece la Ley 22 de 2006, en relación con la confección del pliego de cargos:

“Artículo 2. Glosario.

...

36. *Pliego de cargos.* Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones”.

“Artículo 39: 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:

...

5. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva”. (El subrayado es del Tribunal).

El sentido literal de las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas es clara y precisa, no da lugar a dudas ni cabida a otras interpretaciones, toda vez que se reconoce a la Administración un grado de discrecionalidad para la configuración del pliego de condiciones, con la consecuencia general de la carga de claridad que debe tener el acto orientador y regulador del proceso de selección de contratista.

Al respecto, consideramos que como regla general la administración está obligada a cumplir con el deber de diligencia y de planeación para la elaboración del pliego, y es su responsabilidad que las reglas sean claras y completas, y no podría trasladarse a los particulares u oferentes, o tampoco deducir una responsabilidad compartida, pues corresponde a ella la carga de claridad y de consistencia sobre la determinación de la necesidad, y de sus condiciones, y de realizar los estudios previos y cumplir los requisitos necesarios que permitan iniciar el proceso de contratación con miras a su satisfacción¹.

Resultaría desproporcionado y contrario a la equidad que las entidades contratantes tuvieran, *motu proprio*, la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar

¹ Sobre la carga de la claridad del pliego de condiciones, puede verse la sentencia del 8 de junio de 2006 de la sección Tercera Consejo de Estado (CP: María Elena Giraldo Gómez), expediente 15.005.



todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

Es claro que, la exigencia que establece el numeral 37 del pliego adjunto, al no estar dentro del pliego electrónico, no puede ser exigido como obligatorio, toda vez que, como hemos dicho en párrafos precedentes, el pliego electrónico prospera sobre el adjunto.

En esta misma línea de pensamiento, el Tribunal es de la opinión de que por establecer el requisito que el Formulario 4.3 – Costo de Financiamiento debía ser complementado “de acuerdo a lo exigido en este pliego de cargos”, dicha frase no podría llevar a afirmar que esa complementación significara el satisfacer las reglas de autenticación de la cláusula 37. Inferir esto es tanto como interpretar de manera extensiva el requisito, condición contraria a la hermenéutica de las excepciones. Amén de contradecir el sentido claro y literal de la ley que exige que las formalidades sean expresas, es decir concretas y específicas.

Este criterio del Tribunal halla sustento en el numeral 11 del artículo 27, numeral 11 de la Ley 22 de 2006 que establece la regla general respecto a las exigencias rituales, sellos, de autenticaciones, protocolizaciones, traducciones, en fin, formalidades: que las autoridades no las exigirán, salvo cuanto en forma expresa lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales.

“Artículo 27. Principio de economía. En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

...

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. En ese sentido, las entidades licitantes no exigirán en los pliegos de cargos documentos de carácter general emitidos por las diferentes autoridades nacionales, estos serán validados electrónicamente por la entidad licitante al momento de verificación y evaluación de los requerimientos del pliego de cargos.

...”. (El subrayado es del Tribunal).

Concordantemente, el artículo 47 de la Ley 38 de 2000, norma supletoria en materia de contrataciones públicas, indica lo siguiente:

“Artículo 47. Se prohíbe establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos dictados para su debida ejecución. Constituye falta disciplinaria la violación de este precepto y será responsable de ésta el Jefe o la Jefa del Despacho respectivo”.
(Subraya el Tribunal).

Esto significa que las excepciones son las formalidades, ritualidades y solemnidades. Así que, al ser excepciones, su evaluación e interpretación debe ser restrictiva, o en palabras del Digesto: “*exceptio est strictissimae interpretationis*”, lo cual conlleva que, si un requerimiento no está expresamente señalado, no se puede aplicar.

En el pliego de marras se indicó de forma expresa a cuáles requisitos se le exigirán ciertas formalidades, como, por ejemplo, en los Requisitos 3, 4, 6 y 8 del apartado “Otros Requisitos”. Esto al aludirse, vía delegación concreta, a la cláusula 37, lo cual no fue el caso del Requisito 11 de “Otros Requisitos” (Requisito 10.25 del pliego adjunto).

La cláusula 37 del Pliego no tiene la finalidad de ser un parámetro para exigencias de las propuestas, por no estar dentro de la plantilla del pliego electrónico. Por lo tanto, dicha cláusula es una norma de referencia para los casos específicos, fuera de los



requisitos de las propuestas, que viene a complementar solo aquellos puntos o requisitos que expresamente refieran a ciertas formas o solemnidades.

En este orden de ideas, en el pliego de cargos, generalmente, se hace la remisión al cumplimiento de la cláusula 37, con frases como las siguientes: “y cumplir con lo establecido en la cláusula 37”, “y deberá cumplir con lo establecido en la cláusula 37”, o “Este documento debe estar legalizado, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 37”.

De manera que, respecto al requisito en comento, a juicio del Tribunal, no es dable tomar lo dispuesto en la cláusula 37 como una exigencia de solemnidad para todos los requisitos del Pliego, puesto que el pliego de cargos así no lo condicionó para el requisito en estudio. Solo se puede invocar la aplicación expresa de la cláusula 37 en aquellos requisitos en donde, concreta y directamente se le delegue a la mencionada cláusula 37 tal virtualidad. En otras palabras, la cláusula 37 es aplicable, solo para aquellos requisitos en donde de manera expresa se indicó que aplicaba.

5. Conclusiones Generales

En el caso de marras, esta instancia administrativa enfocó su atención en la esencia y finalidad de las compras públicas, a efectos de exponer de forma precisa cómo se aplican tanto las reglas como las excepciones a estas en las contrataciones públicas.

Nuestra legislación contempla una serie de principios y reglas orientadas a fortalecer la transparencia y eficacia en los procedimientos de selección de contratista, dentro de las cuales se encuentra aquella que prohíbe la exigencia de requisitos que carecen de sustento legal. De manera que, tal como se indicó en páginas que anteceden, no se puede demandar a los proponentes el cumplimiento de requisitos o trámites que no estén previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos dictados para su debida ejecución.

En el caso que nos ocupa, si bien la valoración inicial realizada por la Comisión se circunscribió a la letra del Requisito 11 (Otros Requisitos) de la plantilla electrónica que señala que se debía “presentar el Formulario de Costo de Financiamiento debidamente complementado, de acuerdo a lo exigido en este pliego de cargos”; esta erró en dicha apreciación, toda vez que su análisis debió atender igualmente a las disposiciones del artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, tal como se desarrolló previamente en esta resolución.

Así las cosas, el centro de la actual decisión de la mayoría ha sido el interpretar las reglas generales de prohibición de requerimientos formales no típicos o tipificados concretamente en una norma.

Es así que, como resultado del análisis integral de las actuaciones contentivas del acto público bajo examen, en atención a las apreciaciones previamente desarrolladas, y de conformidad con el Informe de Comisión Evaluadora, calendado 23 de febrero de 2022, cual fuera elaborado por los Comisionados designados por la entidad licitante, el Tribunal determina que, en el caso que nos ocupa, lo procedente es **revocar** el acto administrativo impugnado, con fundamento en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020:

“Artículo 244. 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 o revocar restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o anular lo actuado por la entidad contratante”. (El subrayado es del Tribunal).



De igual forma, reproducimos el artículo 164 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 164. Cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Las resoluciones emitidas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante las cuales se deciden o resuelven los recursos de impugnación y apelación son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes. La entidad contratante deberá acatar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución que resuelve el recurso”. (El subrayado es nuestro).

Respecto a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal ordenará su devolución, de conformidad con lo establecido el artículo 245 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020:

“Artículo 245. Devolución de la fianza de recurso de impugnación. En la resolución que decida el recurso de impugnación a favor del recurrente, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ordenará la devolución inmediata de la fianza consignada. En los casos en que transcurra el término máximo establecido sin pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, procederá igualmente la devolución de la fianza a favor del recurrente”. (El subrayado es del Tribunal).

En atención a los razonamientos anteriormente expuestos, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución N°DIAC-UAL-08-2022 de 18 de enero de 2022, por la cual el **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS** resolvió adjudicar el acto público de selección de contratista en modalidad de Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833 al Consorcio C&T (Constructora Urbana, S.A.; Toronto Holdings, S.A.); y restablecer el derecho vulnerado.

SEGUNDO: ADJUDICAR al **CONSORCIO CABIMA (conformado por las empresas CONSTRUCTORA MECO, S.A. y CONSTRUCTORA MECO, PANAMÁ, S.A.)** el acto público de selección de contratista en modalidad de Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833, para el *“Diseño, construcción y financiamiento del intercambiador entrada La Cabima y retorno a desnivel en Ciudad Bolívar Provincia de Panamá” (sic)*, por la suma de VEINTIÚN MILLONES SETECIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO SIETE BALBOAS CON VEINTICINCO CENTÉSIMOS (B/.21,728,107.25).

TERCERO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación N°072-001-000032240-000000, emitida por Compañía Internacional de Seguros, S.A., el 24 de enero de 2022, por un límite máximo de responsabilidad de TRES MILLONES CIENTO TREINTA MIL BALBOAS (B/. 3,130,000.00), según Diligencia de Consignación N°007-2022 de 25 de enero de 2021, visible a folio 039 del expediente jurídico de este Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes de 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 se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°010-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de la República de Panamá; Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 202; Ley 38 de 31 de julio de 2000.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado
Salvo el voto.


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General





REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MARTÍN WILSON CHEN, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE CONSORCIO CABIMA, A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. DIAC-UAL-08-2022 DE 18 DE ENERO DE 2022, DICTADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.

Con todo respeto y consideración me veo en la necesidad de reiterar mi desacuerdo con la resolución suscrita por el resto de mis homólogos (Resolución No.030-2022-Pleno/TACP de 7 de marzo de 2022) la cual fundamento de acuerdo al artículo 115 del Código Judicial, norma supletoriamente aplicable de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, positiva al momento de la convocatoria del presente procedimiento de selección de contratista por Licitación Por Mejor Valor No.2021-0-09-0-08-LV-007833, para el “Diseño, construcción y financiamiento del intercambiador entrada la Cabima y retorno a desnivel en Ciudad Bolívar, Provincia de Panamá”, y que expreso de la siguiente manera:

Si bien reconozco que la Comisión ejerció su actividad evaluadora según el mandato legal que se desprende de sus actividades como consecuencia de sus funciones, derivadas del principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos; no es menos cierto que, incumplió con el mandato encaminado en la medida para mejor proveer, la cual impartió el mandato de una valoración excluyente, situación que evidencia una pretermisión procesal ordenada por el juzgador, y por lo tanto, las pretermisiones procesales no son convalidables, al ser una nulidad absoluta, cual advertimos dentro de la causa de manera oportuna, cuyo remedio para evitar ésta, debió ser ordenar un despacho saneador, tal y como lo demuestran las disposiciones jurídicas al efecto (artículo 696 del Código Judicial) en el que el Tribunal debió enderezar su acto para evitar que la Comisión ejerciera su actividad evaluadora al margen de sus instrucciones, por lo que jurisdiccionalmente ante la falta procesal como producto de su pretermisión, se ha generado un vicio de nulidad absoluta que empieza por antonomasia con la figura del Derecho Procesal Penal denominada, del “Fruto del árbol envenenado”, situación que se equipara por su homólogo en el proceso administrativo, ambas como parte del Derecho Público, cual nos permite compartir sus efectos anunciados.

Adicional al hecho advertido, mediante nuestro razonamiento y voto en disenso, que dentro del ejercicio expuesto en la medida para mejor proveer anunciáramos, como violación de la regla procesal impuesta en el pliego de cargos. Situación que evidencia vulneración de los principios en la contratación, entre éstos, el de igualdad de oportunidad, al concedérsele una nueva oportunidad para la valoración de la propuesta del impugnante, misma que incumple con lo regulado en el pliego de



cargos, cual es evidenciada a todas luces en el portal electrónico, y que ~~No nos~~ permite anexarnos en su valorar, menos compartir el criterio de vuestra mayoría.

Lo que advertimos oportunamente es la existencia de un vicio procesal, cual ha sido instrumentado por el propio Tribunal y que le persigue en toda su actividad hasta su conclusión, por lo que debió hacer un alto, enmendarlo y luego conducir el resultado de la evaluación por la comisión. Es decir, el resultado de la prueba deviene de un acto ilegal provocado por la propia Administración, y por lógica consecuente, la información que de allí se deriva no debió tomarse en consideración, toda vez que su introducción contaminó toda la actuación y que por no haberse separado en tiempo oportuno, con el propósito de sanearlo y seguir adelante para la utilización en la decisión arruinó todo lo que se generó a partir de allí, o sea, la decisión.

Lo ensayado en párrafos anteriores se puede visualizar en los artículos 52, 53, 54 y 55 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, y que nos permitimos transliterar.

Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. *Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;*
2. *Si se dictan por autoridades incompetentes;*
3. *Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;*
4. ***Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal.***
5. *Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquéllos que fueron formulados al interesado.*

Artículo 53. Fuera de los supuestos contenidos en el artículo anterior, será meramente anulable, conforme a las normas contenidas en ese Título, todo acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Artículo 54. El funcionario que conozca de un proceso y que, antes de dictar una resolución o de fallar, observase que ha incurrido en alguna causal de nulidad que sean convalidable, mandará que ella se ponga en conocimiento de las partes, para que dentro de los tres días siguientes a su notificación puedan pedir la anulación de lo actuado.

Cuando la causal de nulidad sea observada en un organismo colegiado y el proceso estuviere para fallar, le corresponde al sustanciador ponerla en conocimiento de las partes.

55. La nulidad se decretará para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso.

Las normativas citadas sirven de fundamento para comprender lo que debió hacerse al momento de dictarse una resolución viciada desde su nacimiento, pues, como he



señalado, el juzgador solicitó un procedimiento de selección de contratista distinto al que la comisión ponderó, y que se alcanza a observar de la ordenanza segunda de la medida para mejor proveer, fechada 17 de febrero de 2022.

En la mencionada resolución se aprecian dos escenarios, el primero es que en el punto No.1 se dejó sin efecto el Informe de la Comisión Evaluadora al provocarse su nulidad, por presuntamente haberse elaborado en contravención al ordenamiento jurídico en materia de contrataciones públicas, y el segundo aspecto es que, tratándose de un procedimiento de licitación por mejor valor, se instó a los comisionados a realizar una verificación de una de las ofertas, como si se tratara de una licitación pública, y a una sola de las ofertas, discriminándose de esa forma la valoración de la propuesta que resultó beneficiada con la adjudicación inicialmente y de la que no se le observaron puntos inconsistentes.

En ese sentido, no podemos perder de vista que el informe de la comisión viene viciado por una instrucción que vulneró el debido proceso, al no respetarse el procedimiento legalmente establecido que define la estructura no solo del procedimiento en particular, sino también el que desarrolla el tratamiento que se encuentra en las comisiones evaluadora/verificadora y que debe seguir la Administración, desarrollada por quien detente el poder de valorar las propuestas como es el caso de los comisionados, quienes no deben realizar funciones distintas a las encomendadas, ya que así se entiende al seguirse los pasos que la norma mandata, tal y como lo describen los artículos 69 y 159 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, en el sentido de que la comisión solo actuará por una instrucción previa, **ordenada** en este caso por el Tribunal, y **ajustándose a sus ordenanzas**, lo cual no sucedió en esta oportunidad, por cuanto que lo solicitado fue distinto a lo realizado, no siendo responsabilidad de la comisión sino del juzgador que ocasionó el yerro jurídico.

Al igual que la Ley No.38 de 2000, nuestra norma marco de contratación pública aborda el tema de la nulidad absoluta, cuando en el artículo 166 establece las razones por las cuales considera una causal absoluta de nulidad, y en ese sentido sostiene que los actos que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido genera la invalidación. A continuación, se ilustra un extracto de la parte resolutive a la que hemos estado haciendo el comentario.

PRIMERO: ANULAR el Informe de Comisión Evaluadora, calendado 20 de diciembre de 2021, que recomendó adjudicar el acto público de selección de contratista en modalidad de Licitación por Mejor Valor N°2021-0-09-0-08-LV-007833, para el *"Diseño, construcción y financiamiento del intercambiador entrada La Cabima y retorno a desnivel en Ciudad Bolívar Provincia de Panamá"* (sic), por haberse elaborado en contravención al ordenamiento jurídico en materia de Contrataciones Públicas.

SEGUNDO: ORDENAR a la Comisión Verificadora designada por el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, mediante Resolución Ministerial N°DIAC-UAL-34-2021 de 22 de noviembre de 2021, dentro del acto público N°2021-0-09-0-08-LV-007833, que proceda a la verificación de la propuesta de menor precio, con apego a los criterios establecidos en el Pliego de Cargos y lo expuesto por este Tribunal en la parte motiva de la presente resolución, de conformidad con la metodología establecida en los artículos 59, 68 y 69 de la Ley 22 de 2006 y el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020.



El debido proceso tiene, ante todo, dimensiones programáticas, reglas de obligatoria observancia que no deben ser ignoradas, dado que fueron legisladas para garantizar un orden procedimental, no por esto menos vinculantes jurídicamente, que exigen la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia, y que merece todo usuario del sistema de administración de justicia, siendo esa una de las más importante manifestación del derecho de petición, que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra en el artículo 8 que indica lo siguiente:

Artículo 8 Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2...

3...

4...

5.

El derecho de respetar los términos y trámites, específicamente lo que encierra el proceso debido en cada momento en la toma de decisiones, cualquiera que sea el escenario, debemos ajustarnos y girar nuestras miradas hacia el control de convencionalidad y en ese sentido, instrumentando el debido proceso, por ser la República de Panamá parte de la serie de instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Cuando el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos refiere a las "Garantías Judiciales", no significa que no puede ser aplicada a las autoridades administrativas, por el contrario, su alcance recorre a todo operador de justicia en cualquiera de sus instancias o momentos procesales, y sobre ese aspecto la Corte Americana de Derechos Humanos se ha dirigido, en donde podemos citar la Sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso Claude Reyes y otros vs Chile, veamos, entre otras.

Párr.147; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 1516, párr. 116. 71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter



materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 727, párr. 124; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 104; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 1358, párr. 164; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 1489; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (El subrayado es nuestro).

Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador, Sentencia de 5 de octubre de 2015.

Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 30319 151. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa. 152. En términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las “garantías judiciales” reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana. La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculcado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Asimismo, otras disposiciones de dicho instrumento internacional, tal como los artículos 7 y 25 de la Convención, contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso. En el Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú, que se refería a las ejecuciones extrajudiciales de líderes sindicales, la Corte Interamericana sostuvo que las exigencias del artículo 8 de la Convención “se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial [...]”. Por lo tanto, desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa. Asimismo, deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de



sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio. En el mismo sentido: Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 178; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 17020, párr. 152; Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 144; Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 31621, párr. 174. 1.2 Interpretación Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo (el subrayado es nuestro).

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311 (el subrayado es nuestro).

Sobre la importancia de la aplicabilidad de la norma internacional por el juez interno se ha manifestado que es este hecho el que debe hacer efectivo el control convencional, así lo ha destacado Víctor Bazán y Claudio Nash en la obra Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad, al manifestar que:

“... el control de convencionalidad a cargo de los magistrados nacionales (y demás autoridades públicas), que consiste en verificar la adecuación de las normas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos



forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)"

Por otro lado en la referida obra se deja señalado que, "La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementación en aras del afianzamiento real y no solo declamado del sistema de derechos y garantías.

En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional; esto es que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados.

Ciertamente, no se nos escapa que la jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquellas de los ordenamientos nacionales (cf. Preámbulo de la CADH, párrafo 2.º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentando un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos,...

Frente a este escenario, como autoridades garantes de los derechos reconocidos en nuestra Carta Fundamental y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, me resta indicar que la aplicación del debido proceso no es un acto meramente potestativo, sino obligatorio, a fin de, por una parte, evitar indefensión y por la otra, respetar los lineamientos legales, constitucionales y convencionales ideados precisamente para mantener un orden jurídico al momento de tomar una decisión.

Es por lo anterior que, en relación con este derecho y garantía del debido proceso, la jurisprudencia, así como los Tratados y Convenios Internacionales lo han reconocido, como parte del derecho al debido proceso, del cual las partes gozan de una serie de garantías procesales como lo son: la oportunidad de acceder válidamente a los tribunales de justicia y obtener una decisión o resolución judicial en base a lo pedido; ser juzgados en un proceso previamente determinado por la ley y por motivos o hechos definidos con anterioridad; ser escuchado en el proceso, la posibilidad de aportar pruebas lícitas y contradecir las de la contraparte; derecho a obtener resoluciones debidamente motivadas y hacer uso de los medios de impugnación que otorga la ley, de tal manera que puedan hacer valer sus derechos o ejercer los mecanismos de defensa legalmente establecidos.

Sobre la vigencia e importancia de estos elementos o garantías procesales que componen el derecho constitucional al debido proceso, el Doctor Arturo Hoyos, ha expresado:

"...si se viola alguno de dichos elementos de tal manera que se afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos (ya sea por violación del derecho a ser oído; por falta de la debida notificación, ausencia de bilateralidad, o contradicción del derecho de aportar pruebas; de la posibilidad de hacer uso de medios de impugnación contra resoluciones judiciales; falta total de motivación de estas; tramitación de procesos no regulados mediante ley; pretermisión de una instancia; seguirse un trámite distinto al previsto en la ley - proceso monitorio en vez de uno ordinario; ejecución de sentencia en vez de proceso ejecutivo; notificación por edicto cuando debe ser personal; sentencia arbitraria que, por ejemplo desconozca la cosa juzgada material-) ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional." (Hoyos, Arturo. El Debido, Editorial Temis, S. A., Santa Fe de Bogotá Colombia, 1996, pág.89-90) (El resalto es del Pleno).

Concluyo que, la forma por la cual la propuesta de **CONSORCIO C & T** conformado por las empresas **CONSTRUCTORA URBANA, S.A. y TORONTO GLOBAL HOLINGS, CORP.**, fue excluida de la ponderación a través de la ordenación realizada en la medida previa que anuló el informe de la Comisión Evaluadora y en la que únicamente se solicitó la verificación de la propuesta de menor precio, menoscabó el procedimiento de selección de contratista ordenado por lo indicado en el artículo 59 del Texto Único, a pesar de que se mencionó en la resolución, lo que evidencia pretermisión inconsistencia en el carácter y la naturaleza de lo asumido por vuestra mayoría, lo que deja en indefensión al proponente **CONSORCIO C & T** conformado por las empresas **CONSTRUCTORA URBANA, S.A. y TORONTO GLOBAL HOLINGS, CORP.**, lo cual puede inculcar y conducir a una nulidad absoluta de lo actuado, al ser transgredido el debido proceso.

Esas son las razones por la cual no avalo el fallo mayoritario, por ende, en vista de los razonamientos expuestos, y como quiera que la mayoría tiene un criterio que no comparto, respetuosamente, Salvo mi Voto.


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

