

Panamá, 14 de noviembre de 2024  
**DGCP-DS-DJ-1734-2024**

Ingeniera  
**María Fernanda de Mendoza**  
Coordinadora General  
Programa Saneamiento de Panamá  
E. S. D.

Ingeniera de Mendoza:

Damos respuesta a su nota No. UCP-SP-2402-2024, recibida en esta Dirección el día 25 de octubre de 2024, por medio de la cual hace de nuestro conocimiento los hechos suscitados dentro del acto público No. 2023-0-12-0-15-LV-043310, convocado por el Ministerio de Salud, a través del Programa Saneamiento de Panamá, para el Diseño y Construcción de los Colectores Sanitarios de Martín Sánchez 1, e Interconexiones (Tramo 1 y Tramo 2).

En ese sentido, sostiene en su misiva entre otras cosas que, el citado acto público se surtió bajo el procedimiento del Banco Europeo de Inversiones, pero utilizando las disposiciones del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, para aplicar el procedimiento de licitación por mejor valor como norma supletoria.

Continua señalando que, el organismo de financiamiento le comunicó que no estaba en la capacidad de otorgar la no objeción al proceso de contratación en su momento, toda vez que para dicho ente, no era aceptable establecer en los pliegos de cargos el requisito de presentar la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, pues consideraba que se afectaba el principio de competencia y no discriminación de los proponentes, lo que es contrario a sus políticas de financiamiento.

Adicionalmente sostiene que, la pasada administración tomó la decisión de darle continuidad al proceso de contratación condicionado a la necesidad de que el Banco Europeo de Inversiones financiara el proyecto, lo que pudo ser la causa para que en el expediente del acto público no conste el requisito de presentación de la Declaración de Medidas de Retorsión, **lo que queda más evidenciado porque ninguno de los oferentes hizo entrega del referido documento**, continuando el proceso de contratación hasta la etapa de adjudicación y formalización del contrato, únicamente del renglón 1, ya que el renglón 2 había sido declarado desierto, hasta ese momento, de conformidad a lo establecido en la Resolución No. 057 de 22 de febrero de 2024.

Agrega que, posteriormente el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, a través de la Resolución No. 066-2024/Pleno/TACP de 12 de abril de 2024, revocó a Resolución No. 057 de 22 de febrero de 2024, únicamente en el sentido de adjudicar

el renglón 2 al Consorcio CEPIA Panamá por un precio de B/. 34,222.730.51; y que, hoy día, el expediente se mantiene en la Contraloría General de la República pendiente de que se atienda la solicitud de subsanación, precisamente para que se adjunten las declaraciones de medida de retorsión de cada uno de los miembros que conforman el Consorcio CEPIA Panamá.

Acompaña su consulta con una pluralidad de documentos, entre los cuales destaca la Nota C-214-24 de 30 de septiembre de 2024, suscrita por el Procurador de la Administración, en la cual emite su concepto jurídico no concluyente del cual se rescata que la omisión de presentar la declaración jurada de medidas de retorsión no es subsanable ni en la etapa precontractual, ni tampoco en la etapa contractual, razón por la que considera que el proponente no tendrá derecho a ser favorecido con la adjudicación del acto público en el que participa.

Por último concluye consultando, en atención a lo recomendado por la Procuraduría de la Administración, sobre cuál sería la afectación que puede ocasionar decretar la nulidad de la adjudicación a los proponentes; que se le confirme si esta Dirección se apega al criterio legal emitido por su entidad y por último que se le indique cual sería la medida para mejor proveer que debe seguir la entidad.

Así las cosas, debemos indicar que la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada interpretación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Para dar respuesta, consideramos oportuno iniciar señalando que ésta Dirección como ente rector en materia de contratación pública, siempre ha sostenido que los contratos públicos deben tener como principal propósito llevar a cabo su ejecución y que así llegue a cumplirse la finalidad de la contratación estatal, que es la de satisfacer una necesidad de la población, haciendo uso óptimo de los recursos públicos, mediante un proceso eficaz y eficiente, obteniendo el mayor beneficio para el interés público y es en atención a ello que nos avocamos para analizar y dar respuesta a la consulta sometida a nuestra consideración bajo esa perspectiva.

Siendo así, se observa que estamos frente a un acto público que se desarrolla bajo el procedimiento de selección de contratista denominado Licitación por Mejor Valor, cuya modalidad de adjudicación es por renglón, y que constituye una contratación financiada por el Banco Europeo de Inversiones, lo que conlleva a que el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 se aplique de forma supletoria, en atención a lo señalado en el artículo 7 de la citada normativa.

Efectivamente, este fue el criterio aplicado por la Dirección General de Contrataciones Públicas para entrar a conocer la acción de reclamo sometida a su consideración, pues precisamente resultaba de manera primaria necesario

establecer si tenía o no la competencia para pronunciarse sobre lo pretendido, ante lo cual se llegó a la siguiente conclusión:

“Que como cuestión preliminar, estima oportuno esta Dirección externar nuestras consideraciones jurídicas entorno a la competencia de este ente fiscalizador en materia de contrataciones públicas, para resolver acciones de reclamo dentro del presente acto público de licitación internacional.

Que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, *“en las contrataciones para la ejecución de obras y la adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultoría, podrán incorporarse las normas y los procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos financieros internacionales o con gobiernos extranjeros, **en cuyo caso se aplicará esta Ley en forma supletoria.** Los pliegos de cargos y demás documentos de las licitaciones para la ejecución de obras y la adquisición de bienes o servicios adquiridos con fondos provenientes de los contratos de préstamo se elaborarán tomando en cuenta lo dispuesto en este precepto”.*

Que de acuerdo con las constancias que reposan en la plantilla electrónica del Acto Público, la presente contratación se desarrolla a través de un procedimiento de Licitación Internacional (Proceso de Licitación No. LPI-CO-BEI-01-2022) y es financiada por un organismo internacional de crédito, el Banco Europeo de Inversiones (BEI).

Que el Pliego de Cargos Adjunto establece que la entidad licitante ha convocado el presente acto público bajo las disposiciones legales vigentes, el reglamento operativo del programa del Banco Europeo de Inversiones (BEI) y la Guía de Contratación Pública para proyectos financiados por dicha entidad financiera internacional, la cual se encuentra disponible en el link siguiente: Guide to Procurement for projects financed by the EIB.  
(El subrayado nos pertenece).

Lo anterior se refuerza aún más cuando el Banco Europeo de Inversiones a través de la Nota PJ/ETD/WM/JB/sm-2019 le señaló en su momento lo siguiente:

A pesar de las múltiples ocasiones en que el staff de BEI les ha pedido que remuevan la referencia con relación a la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, lo continúan manteniendo en los pliegos y aplicando en su proceso de contratación. Como resultado, las condiciones del mercado se vieron afectados y el principio de competencia y no discriminación a los proponentes (elegibilidad

universal) fueron quebrantados. Esto por sí mismo representa un incumplimiento a las Guías de Adquisición del BEI.

### Lo que se observa en el Acto Público:

Al verificar las constancias registrales del acto público No. 2023-0-12-0-15-LV-043310 en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, se observa principalmente lo siguiente: que el citado acto público se convocó el día 22 de septiembre de 2023; que ni el pliego de cargos electrónico, ni el pliego de cargos adjunto, establecen como un requisito de obligatorio cumplimiento la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión; que el día 13 de diciembre de 2023 se llevó a cabo la recepción de las propuestas del acto público; que el día 26 de febrero de 2024, se publicó en el portal la Resolución No. 057 de 22 de febrero de 2024 por medio de la cual, el Ministerio de Salud adjudicó el renglón No.1 al Consorcio YDN-MS y declaró desierto el renglón No. 2 y que el día 17 de abril de 2024, se publicó en el portal la Resolución No. 066-2024/Pleno/TACP de 12 de abril de 2024 por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas adjudicó el renglón No.2 al Consorcio CEPIA Panamá.

Bajo este contexto, a pesar de que no existía la obligatoriedad para los oferentes de presentar junto con su propuesta como requisito la declaración jurada de medidas de retorsión, se observa que contrario a lo señalado en su misiva, el Consorcio YDN-MS, adjudicatario del Renglón No. 1 **si lo hizo**. Veamos, el citado consorcio, tal y como se desprende de su propuesta, está conformado por las empresas **YAMIL SABBAGH CONSTRUCCIONES S.A.S.; D&S S.A.S.; H2O CONSULTING S.A.S., y CONSTRUCCIONES NAMUS, S.A.**

En ese sentido, consta plenamente visible en las constancias registrales del acto público que cada una de las personas jurídicas descritas en el párrafo anterior, efectivamente si presentaron con su propuesta su declaración jurada de medidas de retorsión, la cual fue expedida por la Notaría Pública Duodécima de Panamá.

En cuanto al Consorcio CEPIA Panamá, tenemos que el mismo está conformado por las empresas **CENTROEQUIPOS, S.A., CONSTRUCTORA BATTIKH, S.A., y PINELLAS, S.A.**, y que, si bien no consta presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión en las constancias registrales del acto público, tal y como se desprende en la página 5 de su misiva, dentro del criterio legal emitido por su entidad en el punto b, todas las empresas que conforman dicho consorcio son de nacionalidad panameña, lo que se valida con toda la información que reposa en el expediente electrónico del acto público en estudio.

Revisadas las principales constancias registrales del acto público No. 2023-0-12-0-15-LV-043310 en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, podemos resumir entonces que, el acto público se convocó bajo el procedimiento del Banco Europeo de Inversiones, pero utilizando las disposiciones del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de

2020, para aplicar el procedimiento de licitación por mejor valor como norma supletoria y que por tal razón no formaba parte de los requisitos ni en la plantilla electrónica, ni en el pliego de cargos adjunto, la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión, porque el Estado a través de la entidad licitante así lo determinó al aceptar aplicar el procedimiento del organismo de financiamiento; y que, a pesar de no ser un requisito obligatorio, el Consorcio YDN-MS, adjudicatario del Renglón No. 1, si las presentó y que si bien el Consorcio CEPIA Panamá, adjudicatario del Renglón No. 2, no las presentó, se tiene que el mismo está conformado por personas jurídicas panameñas.

En ese orden de ideas, observamos que lo antes resaltado, no fue expuesto en la consulta remitida por su entidad a la Procuraduría General de la Administración, principalmente el hecho de que uno de los adjudicatarios correspondía a un conglomerado de empresas de nacionalidad panameña y que el otro si había aportado la declaración jurada señalada.

Ahora bien, no es la primera vez que el Ministerio de Salud, a través del Programa Saneamiento de Panamá, atraviesa una situación como la antes planteada, ya que precisamente fue bajo las mismas reglas que convocó el proceso de selección de contratista No. 2021-0-12-0-08-LP-036711 para el Diseño y Construcción del Colector Principal del Río Matasnillo. Veamos las constancias registrales:

#### Aviso de convocatoria

<b>Número de acto:</b>	2021-0-12-0-08-LP-036711
<b>Tipo de procedimiento:</b>	Banco Interamericano del desarrollo
<b>Objeto contractual:</b>	Obra
<b>Descripción:</b>	DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL COLECTOR PRINCIPAL DEL RIO MATASNILLO
<b>Fecha de publicación:</b>	01-12-2021 02:41 PM
<b>Fecha y hora máxima de recepción de expresiones de Interés:</b>	18-04-2022 08:00 AM - 10:00 AM
<b>Lugar de recepción:</b>	Oficinas del Programa Saneamiento de Panamá, Ave. La Fontana, Reparto Nuevo Panamá (Chanis)
<b>Proceso licitación número:</b>	LPI-PSP-CO-02-2021

Tal y como se aprecia de las constancias registrales del acto público antes citado, tampoco formaban parte de los requisitos ni en la plantilla electrónica, ni el pliego de cargos adjunto, la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión y

que a pesar de que se estableció como fecha de presentación de las propuestas, el día 18 de abril de 2022, no fue hasta el día 08 de agosto de 2022, que el Consorcio BRD Matasnillo como adjudicatario, hizo entrega de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión de cada una de las empresas que lo conformaban, dando paso al refrendo del respectivo contrato por parte de la Contraloría General de la República.

Adicionalmente tenemos que, el Ministerio de Salud, también a través del Programa Saneamiento de Panamá, en otra situación similar, convocó bajo las mismas reglas, el proceso de selección de contratista No. 2023-0-12-0-15-LP-043151 para el Diseño y Construcción de las redes y Colectora Martín Sánchez 1-Tramo 3 y Tramo 4. Veamos las constancias registrales:

#### Aviso de convocatoria

<b>Número de acto:</b>	2023-0-12-0-15-LP-043151
<b>Tipo de procedimiento:</b>	Banco Interamericano del desarrollo
<b>Objeto contractual:</b>	Obra
<b>Descripción:</b>	Diseño y Construcción de las Redes y Colectora Martín Sánchez 1-Tramo 3 y Tramo 4
<b>Fecha de publicación:</b>	22-08-2023 01:34 PM
<b>Fecha y hora maxima de recepción de expresiones de Interes:</b>	09-11-2023 08:00 AM - 10:00 AM
<b>Lugar de recepción:</b>	físicamente en las Oficinas de la Unidad Coordinadora del Programa Saneamiento de Panamá, ubicadas en Avenida La Fontana, Reparto Nuevo Panamá
<b>Proceso licitación número:</b>	LPI-PSP-BID-CO-03-2023

Tal y como se aprecia de las constancias registrales de este nuevo acto público, tampoco formaban parte de los requisitos ni en la plantilla electrónica, ni el pliego de cargos adjunto, la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión y de igual manera se refrendó el respectivo contrato por parte de la Contraloría General de la República.

Visto lo anterior y para retomar el hilo de nuestro análisis, se tiene entonces que, tal y como se desprende del propio pliego de cargos del acto público No. 2023-0-12-0-15-LV-043310, el proyecto de saneamiento tiene por principal objetivo satisfacer el interés social en beneficio de todos los residentes de los Distritos de Arraiján y La Chorrera, lo que representa un **enorme impacto socio-económico** para este sector del país, lo que a nuestra consideración prevalece en esta avanzada etapa del

proceso frente al hecho de no haber aplicado las disposiciones de la Ley 48 de 26 de octubre 2016 sobre medidas de retorsión, por haberse regido la licitación por la guía de Contratación Pública para los proyectos financiados por el Banco Europeo de Inversiones, lo que fue aceptado por la entidad licitante al momento de convocar el acto público y darle continuidad hasta la etapa de refrendo, pero que no puede verse ahora como una causal de nulidad absoluta de todo el proceso de selección de contratista, en mayor medida porque como hemos mencionado uno de los consorcios adjudicados si presentó con su propuesta la declaración jurada de medidas de retorsión y porque para el otro escenario, es la propia entidad fiscalizadora la que solicita remediar la falta de su presentación.

En ese orden de ideas, no debemos perder de vista la facultad fiscalizadora que ejerce la Contraloría General de la República, la cual se encuentra contenida en el artículo 1 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, y que establece lo siguiente:

“Artículo 1. La Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos, y examinar, intervenir y fenecer las cuentas relativas a estos. La Contraloría llevará, además, la contabilidad pública nacional; prescribirá los métodos y sistemas de contabilidad de las dependencias públicas y dirigirá y formará la estadística nacional. En ese sentido, las entidades contratantes deberán atender las observaciones que emita la Contraloría General de la República, con motivo de las cuentas presentadas concernientes a los pagos que se deriven de las contrataciones públicas”.

Se tiene entonces que, si es la propia Contraloría General de la República como autoridad competente para aprobar o negar el refrendo del contrato, la que solicita a la entidad subsanar y presentar la declaración jurada de medidas de retorsión por parte del Consorcio CEPIA Panamá; y que adicionalmente son las propias disposiciones contenidas en los artículos 168 y 169 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 como norma supletoria aplicable, las que confieren a la entidad licitante la facultad de sanear los procedimientos y etapas omitidas que no son responsabilidad de los que participaron como proponentes del acto público, lo que de no hacerlo puede provocar la afectación de derechos de los contratistas. De igual forma, decretar la nulidad de todo el proceso de selección de contratista en esta etapa, podría acarrear consecuencias para el Estado. Veamos la norma:

“**Artículo 168. Declaratoria de nulidad.** La nulidad se decretará cuando ello sea absolutamente indispensable para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso. **No prosperará si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación.**”

**Artículo 169. Convalidación de los actos anulables. La administración podrá convalidar los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan.**

(El resalto nos pertenece).”

Este ha sido el criterio sostenido de esta Dirección al señalar que la finalidad que se debe perseguir en la contratación pública **es el interés público**. Es por esta razón, que el artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, establece como obligación de las entidades contratantes y los servidores públicos que intervienen en el proceso, **la de obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público**, así como seleccionar al contratista de tal forma que se vele siempre porque la propuesta seleccionada sea la más favorable a la entidad y a los fines que esta persigue.

Esa finalidad de perseguir los mayores beneficios para el interés público se encuentran directamente vinculados con los principios que rigen la contratación pública, en especial el principio de responsabilidad. Veamos:

“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.

...

**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.”**

(El resalto nos pertenece).

Ahora bien en cuanto a lo señalado en su misiva que se está frente a un contrato que no ha sido perfeccionado y que por ende la vida jurídica del mismo se encuentra en suspenso, concluyendo con ello que no son exigibles las obligaciones que se derivan del mismo, debemos indicar que desde la óptica del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, **como norma supletoria**, no resulta así, pues para las partes si existe una relación de estricto derecho que debe ser respetada, situación jurídica que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un fondo de reciente fecha. Veamos:

“Luego entonces, lo jurídicamente viable posterior a la adjudicación del acto público, es la correspondiente formalización del contrato público, la cual consiste en plasmar en un documento formal, suscrito por la entidad pública contratante y por el adjudicatario, culminando así el procedimiento de contratación; tengamos claro que para la formalización del contrato público se requiere la extensión de un documento



denominado contrato administrativo, el cual genera derechos y obligaciones para las partes contratantes, siendo acordadas por el Estado en ejercicio de funciones administrativas, lo que une a las partes en una relación de estricto derecho público, por ello se requiere la firma del contratista adjudicatario para su formalización, y luego entonces proceder al perfeccionamiento del contrato obteniendo el refrendo por parte de la Contraloría”.

**Resolución No. 032-2022-Pleno/TACP de 14 de marzo de 2022 (Decisión) por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la empresa PASS, S.A., (PROYECTOS, AUTOMATIZACIÓN Y SISTEMAS SOLARES, S.A.) en contra de la Resolución No. 123 de 27 de diciembre de 2021, proferida por el Ministerio de Desarrollo Social (Escuela Vocacional de Chapala).**

No obstante lo antes dicho, si la entidad contratante desde la óptica del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, como norma supletoria, considera necesario ejercer bajo su responsabilidad, la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, debemos indicar que tomando en consideración el principio de seguridad jurídica al cual hace alusión en su misiva, que deberá contemplar la compensación de los gastos incurridos por cada uno de los consorcios adjudicatarios del proceso de selección de contratista en atención a lo señalado en el artículo 74 de la citada normativa, decisión que también puede ser objeto del correspondiente recurso ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Por todo lo antes expuesto, esta Dirección se aparta del criterio legal emitido por su entidad y recomienda como medida para mejor proveer, agotar todos los medios legales a su alcance para procurar la conservación del acto público a través de aportar la subsanación solicitada por la Contraloría General de la República y así lograr el respectivo refrendo para cada uno de los contratos por parte de la entidad fiscalizadora, pues lo que se pretende con esa conservación, es garantizar precisamente la satisfacción del interés general, es decir, la obtención del mayor beneficio para los residentes de los Distritos de Arraiján y La Chorrera.

Sin otro particular por el momento, se despide de usted.

Atentamente,

**JAVIER RAÚL MARQUINEZ DEJUD**  
**DIRECTOR GENERAL**

AA/MAP/EB  
*Map* EB