



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 063-2020

RECURRENTE: ISRAEL MIGUEL ESPINALES SUIRA (propietario del establecimiento comercial denominado NATION SERVICES).

ACTO IMPUGNADO: Resolución N°DC-087-2020 de 31 de julio de 2020, proferida por la CAJA DE SEGURO SOCIAL (Hospital Regional Dr. Rafael Hernández L.), correspondiente al procedimiento de selección de contratista por compra menor No.2020-1-10-0-04-CM-370159.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 124-Pleno/TACP de 28 de septiembre de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 136 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El procedimiento de selección de contratista en examen, para el "Servicio profesionales de limpieza del área verde de la Finca N°13066, Rollo N°32787, asiento N°1, código de ubicación 4510", difundido en el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas como el procedimiento de selección de contratista No.2020-1-10-0-04-CM-370159, con la indicación del día y hora de la presentación de las propuestas, el día, lugar y hora de inicio del acto público, la descripción del objeto contractual, la partida



presupuestaria, entre otros, en obediencia al contenido del artículo 41 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006.

En razón de lo anterior, se señaló como fecha de presentación de las ofertas el día 9 de julio de 2020, desde las 7:00 hasta las 12:00 m.d., y para el mismo día, pero en horario de 12:01 p.m., como fecha y hora para la apertura de las propuestas, tomando en consideración que estamos ante un acto público de compra menor, cuyo precio de referencia es de doce mil balboas (B/.12,000.00).

Así las cosas, mediante el Cuadro de Cotizaciones N°1000690832 de 23 de julio de 2020, la entidad administrativa resuelve adjudicar el procedimiento de selección de contratista 2020-1-10-0-04-CM-370159, al señor ISRAEL ESPINALES SUIRA quien funge como propietario del establecimiento comercial denominado %%%%, por la suma de diez mil setecientos noventa y cuatro balboas solamente (B/.10,794.00)

Posteriormente, la entidad licitante profiere la Resolución N°DC-087-2020 de 31 de julio de 2020, por medio de la cual se canceló la contratación menor N°2020-1-10-0-04-CM-370159, misma que fue publicada dentro de la página de compras gubernamentales a fecha 11 de agosto de 2020 a las 12:20 p.m.

Por lo anterior, el día 20 de agosto de 2020, fue recurrido en el tiempo procesal oportuno por parte del apoderado especial del propietario del establecimiento comercial denominado NATION SERVICES, la Licenciada Nadiuska Espinales Contreras, alegando no estar de acuerdo con la decisión tomada por la entidad, toda vez que considera que el paz y salvo emitido por la Agencia de la Caja de Seguro Social vigente está dirigida a otra institución, adicionalmente la discrepancia existente dentro del aviso de operación donde se indica que el dígito verificador es el número #1, aunado a lo anterior, el formulario de propuesta se encuentra colocado el número 89.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzada en la decisión de admisión, la entidad a través de nota que fue recibida en la Secretaría de este Tribunal el día 7 de septiembre de 2020, remitió a este Tribunal el informe de conducta. (Visible a folio 085 a la 092 del expediente jurídico).

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De acuerdo a lo revisado en el expediente del Tribunal, no se evidencia escrito de alegatos de terceros en interés particular o de la ley, pese a concederse el término adjetivo para su presentación.

29



IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Como consecuencia de la competencia funcional que nos concede la ley No.22 de 2006, este Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 52 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por compra menor.

Como quiera que el recurso impetrado es en contra de una resolución de rechazo de propuesta y cancelación del acto público que se encuentra regulado en el artículo 136 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, es decir, realizada bajo las reglas estatuidas en el procedimiento de compra menor pública, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que en dicho proceso el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos mínimos de formalidades exigidos en el pliego de cargos y que se llevará a cabo cuando el monto de la contratación no exceda de los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00).

Así la cosas, se establece que la modalidad de adjudicación dentro del acto público en estudio es de forma global, y el criterio implantado fue adjudicar al oferente que propone el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

De las actuaciones realizadas por la entidad administrativa, se desprende dentro de las documentaciones electrónicas que reposan dentro del portal electrónico de "PanamaCompra", que la CAJA DE SEGURO SOCIAL (Hospital Dr. Rafael Hernandez L.), recibió las propuestas para la correspondiente apertura el día 9 de julio de 2020, acto seguido, y luego de previa verificación de las propuestas recibidas por parte de un informe técnico publicado el día 23 de julio del año en curso, por lo que se profirió el Cuadro de Cotizaciones 1000690832 de 23 de julio de 2020, en la cual se adjudicó el acto de selección de contratista N°2020-1-10-0-04-CM-370159, al señor ISRAEL ESPINALES SUIRA propietario del establecimiento comercial denominado NATION SERVICES, quien ofertó la suma de diez mil setecientos noventa y cuatro mil balboas con 00/100 (B/.10,794.00), en virtud que cumplió con lo solicitado en el pliego de cargos, motivo por el cual procedió según lo establece la Ley 22 de 2006 en materia de contrataciones públicas y su reglamentación.

Posteriormente, se profiere la Resolución N°DC-087-2020 del 31 de julio de 2020, mediante la cual se rechazaron todas las propuestas presentadas y cancela la adjudicación, y a su vez le solicitó a la Dirección General de Contrataciones Públicas el cambio de estado del acto público.

De lo anterior, respecto el acto administrativo impugnado, así como de lo expuesto por el informe de conducta, se observa que la entidad se refirió a la facultad

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'y' followed by a flourish.



extraordinaria para cancelar el acto público, contenida en el artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; motivando sus razones por lo siguiente:

certificación de paz y salvo emitida por la Agencia de la Caja de Seguro Social de David, que es dirigido a otra institución Pública, en ese orden se encuentra una discrepancia entre las fojas 71, (aviso de operación), y foja 77, (Formulario de Propuesta para Contratación Menor), dicha discrepancia se da en cuanto al dígito verificador ya que en el aviso de operación se encuentra DV1 y en el formulario de propuesta se encuentra colocado el número DV 89.

De lo anterior, es importante analizar la actuación que llevó a cabo la CAJA DE SEGURO SOCIAL (Hospital Dr. Rafael Hernández L.), a fin de determinar si las actuaciones realizadas por la entidad administrativa se realizaron en apego al ordenamiento jurídico para el rechazo de las propuestas y la cancelación del acto público.

Así las cosas, estamos ante un acto público que fue rechazado las propuestas y a la vez cancelado, pese a que existía una resolución de adjudicación debidamente ejecutoriada, en virtud del informe técnico ya que fue determinado el fiel cumplimiento de la propuesta del establecimiento comercial denominado NATION SERVICE, por considerar que cumplió a cabalidad con los requisitos del pliego de cargos. Por eso, repasando el contenido del artículo 68 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, podemos entender que la facultad de rechazo de ofertas aplica en caso de que se hayan recibidos propuestas y por causas de orden público e interés social, sin que hubiera recaído adjudicación.

Así, pues, vemos que se configuró a menos una de las condiciones que la ley regula, como lo es la recepción de ofertas, más no se motivó la misma en razones de orden público e interés social, ya que los argumentos sostenidos por la entidad son situaciones más de falta de planificación que no pueden ser permitidas bajo ningún argumento, sobre todo cuando se sustenta que se rechaza para redefinir el alcance de los servicios requeridos que vayan de acorde con las necesidades de la empresa y sus objetivos para este año 2020.

La entidad pareciera que no planificó en su justa medida el alcance del acto público iniciado y aprovecha la coyuntura para rechazar las ofertas y cancelar el presente procedimiento de selección de contratista, menoscabando así la participación de los proponentes que confiaron en la voluntad de la entidad para presentar sus ofertas.

Recordemos que la entidad no es la única a quien debe velársele sus intereses, pues el recurrente también los tiene, y es responsabilidad de la Administración otorgarle las explicaciones a detalle del porqué se le rechaza o cancela su oferta y no únicamente indicar que se cancela "para restablecer el curso normal del acto administrativo".



Ante la imposibilidad de evaluar el motivo que señala la entidad adquirente, por la inexistencia de un documento o explicación real que avale lo externado, no podemos menos que concluir que existe una falta motivación al tiempo, pues, el argumento utilizado para rechazar el acto público no puede ser utilizada como una salida para enderezar el error que podría haber cometido la entidad adquirente, ya que sea que se tratase de un error procedimental o bien sea para corregir errores de calidad ni cantidad del objeto a contratar, este hecho finalmente conlleva la responsabilidad de parte de los funcionarios públicos involucrados en la convocatoria del acto público, tomando como norte el principio de transparencia que conduce que con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección de contratista.

Insistimos, cada acto de selección de contratista por minúsculo que sea su precio de referencia, cuesta dinero y tiempo a los proponentes que incurren en gastos para su participación y al propio Estado por cuanto en la medida que se cometen desatinos, se compromete la ejecución presupuestaria y finalmente la esperanza de sus administrados, pues, los particulares no tienen por qué soportar el error de la Administración, entonces deberá encontrar una medida racional, coherente y justa para ambas partes.

No es posible avalar la cancelación de ofertas, por cuanto no se encuentra respaldado en el único medio de prueba que es el expediente administrativo de la entidad, y a pesar de que es una facultad discrecional del servidor público en el ejercicio de la adquisición de compras y suministros a través de la normativa de los contratos públicos, esta debe ejercerse sobre la base de una adecuada, veraz y sólida motivación, que evidencie en su causa u objeto que su activación surge como producto del devenir acaecido por hechos sobrevinientes a la convocatoria en la selección de un contratista, con la finalidad de preservar **“un valor superior”** que hace imposible la continuidad de dicha escogencia del contratista.

Cabe recordar que **la facultad de rechazo no responde a la corrección de deficiencias procedimentales**, ni debe ser utilizada para resolver cuestiones de invalidez del acto público, ya que, si ese fuere el caso, el acto (resolución) no tendría una correcta motivación, ni mucho menos para enmendar condiciones dentro de los términos de referencia.

Ahora bien, encontramos el momento propicio de explicar que si bien, los términos Orden Público e Interés Social son términos jurídicamente indeterminados, están constitucionalmente amparados en nuestra Carta Política, y en tanto demandan una interpretación coherente y conforme con la realidad, de manera tal que, en términos de las contrataciones públicas, se hace precisa la manifestación de problemas que realmente obedezcan a situaciones concretas con las respectivas pruebas que las respalden. Así, a manera de ejemplo, tendríamos las de índole presupuestarias que comprometan y lesionen seriamente a las entidades adquirente, pero no para corregir las falencias generadas por aquellas en el trámite de contratar.



Aunado a lo expuesto, resulta importante agregar que no podemos avalar un concepto basado, en que las entidades tengan la potestad de invocar indiscriminadamente, un rechazo, en virtud de la atención para la cual fueron creados, sino que va más allá, por cuanto la contraparte, que en este caso son los proponentes también cuentan con derechos a la prudencia de la administración, al igual que debe gozar de una convincente motivación.

Decidir sin motivar a nuestro sentido vulnera el debido proceso, la ley especial, la Carta Fundamental, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la tutela administrativa efectiva, al carecer de una real fundamentación que sustente a los participantes la razón o razones por la cual la entidad decidió rechazar sus ofertas, y no dejarlo a la mera interpretación de los participantes, quienes acuden al acto público con la ilusión de que a menos la administración razone sus decisiones.

En ese sentido, vemos que la motivación del acto administrativo es una garantía inserta en el derecho al debido proceso previsto en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, cuando señala que el juzgamiento debe ser conforme a los trámites legales; en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo, que señalan que las actuaciones administrativas de todas las entidades públicas deben efectuarse con arreglo al debido proceso y que la motivación del acto administrativo como uno de los aspectos fundamentales para la emisión de un acto administrativo.

Así lo establece con claridad el artículo 155 de la Ley 38 de 2000, cuando señala que serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho los actos que afecten derechos subjetivos.

Con la motivación de las decisiones lo que se pretende es garantizar plenamente el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que las partes sepan las razones por la cual la administración se ha pronunciado de tal manera, pues, no sólo implica el razonamiento de una adjudicación, declaratoria de deserción o la resolución por la cual se rechazan las propuestas, sino también que los que no se benefician con el acto administrativo conozcan los argumentos que le impidieron la concesión del acto público.

La falta de motivación resulta un acto gravísimo, ya que deja en absoluto desamparo a los administrados que reclaman una decisión fundamentada, lo que incluso provoca un estado de indefensión al no saber que argumentar ante las posteriores autoridades, precisamente por desconocer el o los reales motivos de su rechazo o en este caso, su cancelación, el cual no procede a menos que se rechace previamente y luego se cancele el acto público, tomando en consideración que las cancelaciones del procedimiento de selección de contratista como primera y única opción no son materia de conocimiento de este Tribunal.



Nuestro texto legal positivo sobre contrataciones públicas cuando se refiere al principio de transparencia lo hace en base a una serie de reglas, entre las cuales está el numeral No. 5 que refiere que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaración de desierto del acto.

Los actos administrativos deben ser motivados con sucinta referencia a los hechos y fundamento de derecho. Por tanto, a la vista de las normas aludidas, no puede dársele validez al acto administrativo que adolece de la debida motivación y mucho menos cuando dicho acto afecta derechos subjetivos. Como decimos, esta garantía prevalece indistintamente de que se trate de un acto discrecional; así se deduce no solo de la normativa constitucional y legal señalada, sino que también lo expresa la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (viva manifestación de la voluntad de los países firmantes, entre ellos Panamá).

Dice la Carta en su Capítulo Segundo, numeral 4:

El principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas actuaciones administrativas, especialmente en el marco de las potestades discrecionales (Capítulo Segundo, numeral 4).

En razón de ello y de la inconsistencia sostenida en la resolución impugnada, nos corresponde anular la decisión venida en impugnación y, en consecuencia, entrar a resolver el fondo del asunto, a fin de ponerle fin a la controversia en debate.

Respecto a la situación argumentada por la CAJA DE SEGUROS SOCIAL donde señala que la certificación de paz y salvo emitida por la propia CAJA DE SEGURO SOCIAL, esta no se encontraba dirigida a la entidad licitante, es decir, CAJA DE SEGURO SOCIAL partimos de la premisa que esta etapa ya fue superada al momento de encontrarse ejecutoriado el cuadro de cotización en la cual se adjudicó el acto en estudio, que si bien es cierto este documento estaba dirigida a otra entidad, situación que no amerita un tipo de re-evaluación ya que lo que realmente busca el requisito es que las empresas que estén interesadas en participar en los procedimientos de selección de contratista con el estado se encuentren PAZ Y SALVO, es decir sin ningún tipo de morosidad; ya que en el momento de valorar las propuestas esta cuenta con el cumplimiento, mal podríamos crear críticos de exceso de formalismos.

En este sentido, a juicio de este Tribunal, la entidad vulneró lo establecido en la normativa referente a que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación pública, deben desarrollarse con fundamento en los principios generales, en donde el principio de transparencia mismo que se encuentra debidamente tipificado en el artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de

21



2017, cuyos postulados señalan que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual.

Adicionalmente resaltamos la importante de la responsabilidad que incumbe a quienes participan en los procedimientos de selección de contratista, conforme al principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, cual se encuentra incorporado en el artículo 23 de la Ley de Contrataciones Públicas, el cual señala que están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, protegiendo los derechos de la entidad, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas o terceros, así como actuar ajustados al ordenamiento jurídico, siendo responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta. Por ende, consideramos oportuno orientar a la entidad a conducir los procedimientos de contratación pública, según el ordenamiento jurídico correspondiente.

Por lo antes expuesto, esta colegiatura concluye que le asiste la razón al recurrente, por lo que lo procedente es anular lo actuado por la entidad contratante, conforme al artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 30 de abril de 2018, por no cumplir con los presupuestos para el ejercicio de la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas; esto con el ánimo de enderezar el curso del proceso, que, habiendo sido adjudicado el acto público corresponde expedir la orden de compra y darle el trámite correspondiente.

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

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes la Resolución No.DC-087-2020 del 31 de julio de 2020, por medio de la cual se rechazó todas las propuestas presentadas y cancela la adjudicación y solicitó a la Dirección General de Contrataciones Públicas el cambio de estado del acto público.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación cual fuese presentada en efectivo por la suma de mil ochenta balboas con

21

00/100 (B/.1,800.00); cuya diligencia de consignación reposa a foja 38 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2020-1-10-0-04-CM-370159, a la CAJA DE SEGURO SOCIAL (Hospital Dr. Rafael Hernández L.), contentivo de un (1) tomos, integrados de doscientos diecinueve (219) fojas útiles, de acuerdo al informe de trámite de 00 de septiembre de 2020 que se aprecia a foja 000 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR a la CAJA DE SEGURO SOCIAL (Hospital Dr. Rafael Hernández L.), acatar lo dispuesto por este Tribunal en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente decisión.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el portal electrónico.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: DISPONER la salida y el archivo del expediente N°063-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado
Voto Concurrente


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL SEÑOR ISRAEL MIGUEL ESPINALES SUIRA PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL DENOMINADO (NATION SERVICES), EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N°DC-087-2020 DE 31 DE JULIO DE 2020, EMITIDA POR LA CAJA DEL SEGURO SOCIAL (Hospital Regional Dr. Rafael Hernández L.). EXP. 063-2020, RESOLUCION No. 124-Pleno/TACP DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020 (Decisión)

Me adhiero al criterio jurídico de la mayoría, sin embargo, considero se deben hacer algunas precisiones conceptuales:

De acuerdo a lo expuesto en la resolución de decisión *supra* citada (f. 5, párrafo 3), sobre el particular expresamos siguiendo el *iter* cronológico del procedimiento licitatorio observamos que en las valoraciones de las actuaciones administrativas realizadas por la Caja del Seguro Social (Hospital Regional Dr. Rafael Hernández L.), al momento de emitir el acto administrativo impugnado en su encabezado hace referencia al rechazo de propuesta de la empresa *Recurrente-adjudicataria*, empero, la correcta denominación para esta facultad sería el rechazo de la oferta tal cual señala la resolución impugnada en su parte resolutive, en razón de que la invocación o mención de estas facultades exorbitantes atribuidas a las entidades *licitantes-contratantes* se encuentran contempladas en el artículo 68 de la Ley 22 de 2006 (Texto Único), que a la letra dispone lo siguiente:

“Artículo 68. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público sin mayor fundamentación. En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, la entidad puede rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación. Ejecutoriada la adjudicación del acto público, esta obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera ejercer la facultad de rechazo de su oferta, sin haberse formalizado el contrato. El adjudicatario está obligado a mantener su propuesta y a firmar el contrato respectivo; de no hacerlo dentro del tiempo establecido en el pliego de cargos, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta. Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público quedará en estado de cancelado, salvo que el interesado haga uso del derecho de interponer el recurso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declara el rechazo de la propuesta.” (Lo resaltado es del Tribunal).

Así las cosas, recordamos que existe la responsabilidad de los funcionarios públicos frente a las actuaciones ejercidas, por lo que es deber de los mismos tramitar de una manera diligente para que estos se perfeccionen y consuman siguiendo todos los procedimientos necesarios para el fiel cumplimiento de la actividad contractual llegando a confeccionarse y refrendarse la respectiva orden de compra; lo antes comentado debe interpretarse de manera tal que debe observarse las situaciones fácticas acaecidas en la ejecución de los llamados actos *pre-contractuales* siendo viable la sujeción de dichas actuaciones a la competencia de este Tribunal respecto de la aplicación o no de esta facultad o potestad exorbitante para el rechazo de propuestas y ofertas", en vista de lo anterior, se debe tener claro que se debe contemplar la utilización del rechazo de ofertas, en la etapa posterior a la adjudicación, es decir que exista una empresa favorecida como adjudicataria, tal como lo establece la normativa antes citada, y a diferencia el rechazo de propuestas, se configura con la actuación posterior a la recepción de la propuesta, sin recaer en la adjudicación del acto de selección de contratista; por lo que es adecuado señalarlo en este voto concurrente en contra del acto impugnado que rechaza la oferta del recurrente. Siendo siempre el punto cardinal que esta facultad no es discrecional y deberá estar debidamente motivada en razones de orden público e interés social, de tal manera que lo que se consigue es darle mayor eficiencia y el justo destino al patrimonio público.

Es de conformidad al artículo *supra* citado de la *in comento* ley, que la entidad licitante tiene la tarea de verificar objetivamente el cumplimiento de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos por parte de todos los proponentes en la respectiva etapa y no pasar a cancelar directamente el acto público en su totalidad, en esta etapa *pre-contractual*, ya que al no ser una facultad discrecional, sino una potestad reglada, la entidad licitante esta con esta actuación afectando de esta manera la expectativa de un derecho adquirido por parte del recurrente y de los otros proponentes que por cumplir con todos los criterios de selección en los términos referencia exigidos, cuentan con que la entidad licitante cumpla con los procedimientos preestablecidos para este acto de selección de contratista.

Tenemos muy presente que de acuerdo a la doctrina administrativa la administración pública *per se* cuenta con prerrogativas y potestades las cuales deben ser ejercidas sólo cuando se enmarquen en facultades taxativamente expresas en la legislación y siempre que use dicha facultad dentro de los principios de legalidad para evitar que su actuación sea ilegal y nula, lo *in comento*, considerando que estas facultades de la Administración no son absolutas, y que los principios de justicia, igualdad, racionalidad técnica, proporcionalidad y racionalidad en la oportunidad de obrar, deben ser siempre considerados para que la Administración Pública cumpla su finalidad suprema de servir al interés general y no abusar de sus facultades.

Recordemos el norte programático y de aplicabilidad del derecho del principio de economía (recogido en el artículo 22 de la ley 22 de 2006), el cual nos ordena que no es viable interpretar en forma distinta los defectos de forma o la inobservancia de algunos de los requisitos para los distintos procedimientos de selección de contratista, reduciendo al mínimo los pronunciamientos *inhibitorios*, y que las distintas entidades públicas no exigirán otras formalidades o exigencias rituales, **salvo cuando en forma expresa** lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales.

Dentro del marco conceptual expuesto, es que comparto la parte resolutive de la decisión jurisdiccional, respetuosamente, presentando mi voto concurrente.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

Fecha ut supra.

