

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 138-2018

RECURRENTE: **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC.**

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.2018-89 de 27 de septiembre de 2018, por la cual se dispuso rechazar la propuesta presentada por el **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC**, emitida por la Lotería Nacional de Beneficencia, dentro del acto público de selección de contratista para la Licitación por Mejor Valor No. 2017-2-82-0-08-LV-013423.

MAGISTRADO PONENTE: **JOSÉ ARANDA RÍOS**

(CONTRAPROYECTO)

RESOLUCIÓN No.015- 2019 Pleno/TACP de 4 de enero de 2019 (Decisión).

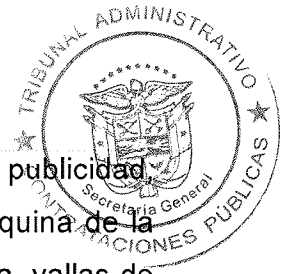
CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá; en su artículo 120 (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.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, y recientemente reformado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, que establece el procedimiento para la tramitación del recurso de impugnación y el Decreto Ejecutivo 188 de 27 de noviembre de 2009 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:

Con fundamento en el artículo 32 (41) del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, la Lotería Nacional de Beneficencia, convocó el acto público No. 2017-2-82-0-08-LV-013423



“Para la contratación de los servicios profesionales especializados en publicidad, para las campañas de sorteos extraordinarios, gorditos del zodiaco, esquina de la suerte, cuñas institucionales o de imagen, confección de artes de prensa, vallas de carretera, prensa escrita, radio, televisión, producción de televisión, servicios de monitoreo radial, lista oficiales de números premiados de sorteos, locutores que transmiten los sorteos, artículos promocionales, volantes, entre otros; por un período de 24 meses a partir de la orden de proceder, la cual podrá emitirse siempre y cuando el contrato haya sido refrendado por la Contraloría General de la República” con un precio de referencia de **CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.5,885,000.00)**, fijando como fecha de presentación de propuestas el día 27 de noviembre de 2017, desde las 8:00 de la mañana hasta las 10:00 de la mañana, y el mismo día, pero a partir de las 10:01 de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas.

Luego del trámite que conlleva el procedimiento de Licitación Pública por mejor valor, la Lotería Nacional de Beneficencia, profiere la Resolución No.2018-10 de 2 de febrero de 2018, por la cual se adjudica a la empresa **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, el acto de licitación pública No. **2017-2-82-0-08-LV-013423** “Para la contratación de los servicios profesionales especializados en publicidad, para las campañas de sorteos extraordinarios, gorditos del zodiaco, esquina de la suerte, cuñas institucionales o de imagen, confección de artes de prensa, vallas de carretera, prensa escrita, radio, televisión, producción de televisión, servicios de monitoreo radial, lista oficiales de números premiados de sorteos, locutores que transmiten los sorteos, artículos promocionales, volantes, entre otros; por un período de 24 meses a partir de la orden de proceder, la cual podrá emitirse siempre y cuando el contrato haya sido refrendado por la Contraloría General de la República” por la suma de **CINCO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE BALBOAS CON 92/100 (B/.5,590,749.92)**, tal como manifestó la entidad licitante en la resolución precitada.

La decisión anteriormente descrita fue publicada en el portal electrónico de “PanamaCompra” el día 06 de febrero de 2018, e impugnada por el Bufete Nieto, el cual actuando en nombre y representación de la empresa **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, presentó ante la Secretaría General de este Tribunal formal recurso de impugnación el día 8 de octubre de 2018, es decir, dentro del término adjetivo que señala la ley positiva de contrataciones públicas.

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno art. 130 de la Ley 22 de 2006 (art. 146, recientemente reformado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017), es decir, el día 8 de octubre de 2018, el Bufete Nieto actuando en calidad de apoderados especiales del **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, presentó ante la



Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación en contra de la Resolución No. **2018-89** de **27** de septiembre de **2018**, emitida por la **LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA** por la cual se decidió RECHAZAR la propuesta-oferta presentada por el **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, en la licitación por mejor valor No. **2017-2-82-0-08-LV-013423**, “Para la contratación de los servicios profesionales especializados en publicidad, para las campañas de sorteos extraordinarios, gorditos del zodiaco, esquina de la suerte, cuñas institucionales o de imagen, confección de artes de prensa, vallas de carretera, prensa escrita, radio, televisión, producción de televisión, servicios de monitoreo radial, lista oficiales de números premiados de sorteos, locutores que transmiten los sorteos, artículos promocionales, volantes, entre otros; por un período de 24 meses a partir de la orden de proceder, la cual podrá emitirse siempre y cuando el contrato haya sido refrendado por la Contraloría General de la República” en vista que la Contraloría General de la República dispuso a través de la Nota No. 4094-18 DFG, fechada 22 de agosto de 2018, negar el refrendo del contrato con base en lo estipulado en el artículo 77 de la ley No.32 de 8 noviembre de 1984 (poder y recurso de impugnación visibles a fojas **(015-022)** del expediente del Tribunal.)

III. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE:

El recurrente solicitó en su escrito de impugnación que la decisión adoptada por la Lotería Nacional de Beneficencia fuese revocada a fin de evitar un perjuicio grave e irreparable a nuestra representada por la violación de las normas de contratación pública y al pliego de cargos toda vez que tanto la Nota No. 4094 -18 DFG de 22 de agosto de 2018 emitida por la Contraloría General de la República como la Resolución No 2018-89 de 27 de septiembre de 2018, hacen alusión a condiciones distintas a las establecidas en el pliego de cargos, y al hecho que no se documentó que la campaña del producto “PIMPAO” no presente dualidad de promoción con este contrato y que no presenta metodología para determinar el precio oficial de la contratación, son hechos que le competen a la entidad presentar, probar o documentar y no corresponden a un incumplimiento por parte de **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC., S.A.**, tomando en cuenta que la metodología para determinar el precio oficial de la contratación es atribuible a la entidad como única responsable de estimar el precio de referencia, por lo que en ella recae toda la responsabilidad de proporcionar la información correspondiente para cumplir con un requisito de la fase preparatoria de un acto público, por lo cual la entidad no puede pretender vulnerar lo dispuesto en el pliego de cargos impuesto por ellos mismos en el procedimiento de selección de contratista. De manera que, no se explica el motivo por el cual se exige un requisito diferente a lo previamente solicitado, por lo que su actuación incumple lo estipulado en su propio pliego de cargos, fundamentando su actuación en aspectos que no se encuentran regulados en el documento rector del acto público.



Concluye manifestando el recurrente que la resolución impugnada transgrede el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, toda vez que, en atención al precitado artículo, la entidad contratante (Lotería Nacional de Beneficencia), pudo haber realizado actuaciones previas al rechazo de la oferta la cual cumplió con los requisitos exigidos para dicho acto público.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.130-2018/TACP de 16 de octubre de 2018 (admisión), previa verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales anunciados en los artículos 340 (207), 341, (208) 342 (210) y s.s., del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, recientemente reformado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, admitió el recurso de impugnación interpuesto por la firma **BUFETE NIETO** apoderados especiales de la empresa **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC., S.A.**, resolución que fue publicada el día 17 de octubre de 2018 en el portal electrónico "*PanamaCompra*," corriéndose traslado del recurso presentado a la **LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA**, para que a partir de la notificación de la resolución precitada compulsara dentro del término de dos (2) días hábiles, el informe de conducta acompañado del expediente administrativo respectivo.

V. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Tal como se observa mediante informe de trámite fechado treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018) emitido por la Secretaria de Impugnación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, visible a foja doscientos diecisiete (217), se deja constancia que no se presentó alegaciones de terceros dentro del proceso.

VI. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante **Nota No. 2018(9-01)238** calendada 26 de octubre de 2018, la **LOTERIA NACIONAL DE BENEFICENCIA**, remitió informe de conducta en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad, la cual reposa a folio 204-210 del expediente jurídico, y cual fuese publicado a fecha 30 de octubre de 2018 a las 02:14 p.m.

VII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

De conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, esta colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso.

Finalizada la exposición sucinta de la resolución recurrida, así como las pretensiones de la parte recurrente, y los presupuestos procesales descritos, el Tribunal procede a manifestar los puntos que han sido objeto de controversia por parte del impugnante.



Como primer punto, es deber de este Tribunal manifestar que, como quiera que en esta ocasión la interposición del recurso atiende exclusivamente sobre la Resolución No.2018-89 de 27 de septiembre de 2018, proferida por la Lotería Nacional de Beneficencia, la cual en su parte motiva, encuentra su sustento en los elementos planteados en la Nota No.4094-18 DFG fechada 22 de agosto de 2018, misma que fuese emitida por la Contraloría General de la República, mediante la cual se niega el refrendo del contrato No.2018 (9)06 toda vez que no se documenta que la campaña del producto "PIMPAO", no representa dualidad de promoción en este Contrato, con relación a los servicios del Contrato No. 2013 (9)08 y el expediente no presenta la metodología para determinar el precio oficial de la contratación, condición que no permite definir si la oferta seleccionada se ajusta a los precios del mercado, por tales motivos la Contraloría General de la República consideró dicha contratación onerosa, situación que no representa los mejores intereses para el Estado".

En este punto, es dable hacer un paréntesis y determinar las facultades y obligaciones que se desprenden de las actuaciones tanto de la Contraloría General de la República como de la entidad contratante (Lotería Nacional de Beneficencia).

Nótese que la Contraloría General de la República hizo referencia al artículo 77 de la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, como fundamento jurídico que respaldó su decisión al momento de negar el refrendo del contrato, sustento que fue utilizado por la entidad contratante para rechazar la oferta, en atención a lo establecido en el artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la ley 61 de 2017.

Ahora bien, notamos que en la resolución mediante la cual se rechazó la oferta se omitió referirse sobre temas comprometidos dentro del mismo artículo anteriormente precitado, tales como la compensación por los gastos, lo cual es ya un elemento de injuricidad de dicho acto.

De igual manera, observamos que la resolución impugnada carece de motivación por parte de la entidad, vulnerando principios generales de la contratación pública, tal como lo es el principio de motivación, de acuerdo al artículo 155 de la Ley 38 de 2000, mismo que debe estar inserto en cada una de las resoluciones proferidas por los organismos gubernamentales al momento de proferir una decisión, toda vez que las empresas involucradas tienen derecho a conocer los motivos por los cuales la entidad arribó a dicha decisión.

En este mismo orden de ideas, la entidad licitante puede (según criterio de la Contraloría) rechazar ofertas, sin embargo, esta facultad debe estar basado en elementos de pruebas objetivos, tales como informes sustentados, inconveniencia del servicio, etc).



Cabe destacar que este Tribunal ha emitido con anterioridad pronunciamiento al respecto del rechazo de oferta en base a lo refrendado por parte de la Contraloría General de la República, sin embargo, hemos acogido la decisión de la entidad licitante siempre y cuando existan elementos que sustenten o avalen la misma, toda vez que, en atención al principio de motivación previamente señalado, es de suma importancia, que todas y cada una de las resoluciones estén debidamente motivadas.

Por lo tanto, procedemos a manifestar de manera taxativa, lo citado por este Tribunal en precedentes anteriores, tal como se puede observar en la Resolución 157- Decisión-Pleno/TACP de 26 de septiembre de 2017:

“Así las cosas resulta de relevancia jurídica la actuación efectuada por el organismo superior de fiscalización, es decir, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ya que no avala el trámite, por las diversas inconsistencias existentes dentro del acto público, **situación que resulta procedente basándonos en los informes suministrados por la entidad administrativa.**”

De ahí que ante tal decisión es imperante soslayar si la conducta asumida a través del acto administrativo impugnado, es cónsona con los efectos procurados por las disposiciones normativas rectoras de la legislación en materia de Contrataciones Públicas, o si por el contrario se vulneraron los derechos de la empresa adjudicataria, principalmente en lo atinente al rechazo de las ofertas por parte de la entidad licitante.

Al respecto, precisamos manifestar lo establecido en el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República:

“Artículo 77. La Contraloría improbará toda orden de pago contra un Tesoro Público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público, siempre que se funde en razones de orden legal o económico que ameriten tal medida. En caso de que el funcionario y organismo que emitió la orden de pago o el acto administrativo insista en el cumplimiento de aquella o de éste, la Contraloría deberá cumplirlos o, en caso contrario, pedir a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del pago o del cumplimiento del acto.

No obstante, lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadó éste por la Contraloría, puede también someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o en el cumplimiento de la orden. En caso de que dicha



corporación decida que el acto debe emitirse o que la orden debe cumplirse, la Contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad de que del mismo se derive recaerá, de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella que votaron afirmativamente. En caso de que la decisión sea negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o libró la orden se abstendrá de insistir en el refrendo.”

Vemos que del artículo que antecede, se desprende un trámite que a todas luces la entidad decidió no realizar, ahora bien, cabe destacar en este punto, que tal como sostuvo la entidad licitante a foja 209 del infolio jurídico, esta no es una disposición obligatoria para la entidad, sin embargo, la Lotería Nacional de Beneficencia, dentro de este informe de conducta, hace alusión a la urgencia de tener los servicios objeto de esta contratación activos, por lo que lo viable es concluir con el procedimiento de contratación y poder iniciar un nuevo procedimiento de contratación en el menor tiempo posibles, ya que debido a la carencia de este servicio, las ventas se han visto perjudicadas.

Por lo tanto, en ese sentido la obligatoriedad de la entidad deviene de la motivación de las decisiones arribadas, en atención al caudal probatorio que ostente en el expediente administrativo y no de la decisión de la Contraloría General de la República, puesto que cada organismo estatal tiene sus razones por las cuales arriba a una decisión en un determinado momento, decisión que no fue fundamentada por la entidad licitante, y a ello nos avocamos.

Es incongruente manifestar la urgencia notoria de un servicio, tal como lo manifestó la entidad licitante, procediendo a concluir un acto de contratación antes de fundamentar los motivos requeridos a la Contraloría General de la República o en su defecto acogerse al procedimiento de consulta antes descrito en el artículo que antecede, encontrándose una empresa adjudicataria pendiente del refrendo de un contrato, máxime que tal como sostuvo la misma entidad licitante, en su momento ante las dos (2) subsanaciones solicitadas por la Contraloría General de la República, los documentos requeridos fueron enviados por la entidad licitante con el único objeto que pudiese concluirse con la etapa contractual, la cual es la finalidad última de todo procedimiento de selección de contratista.

Por tal razón, procedemos a señalar taxativamente lo preceptuado en el artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, ordenado por la Ley 61 de 2017, que a la letra reza lo siguiente:

“Artículo 68. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público.

.....



Ejecutoriada la adjudicación del acto público, ésta 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.....”

Si bien, del referido artículo el mismo le otorga la facultad de rechazar la oferta a la entidad licitante, no es menos cierto que observamos la falta de pronunciamiento en cuanto a la compensación de los gastos incurridos, en la resolución que rechaza la misma, y es ahí donde la censura de la resolución objeto de impugnación, puesto que la facultad que por ley tiene la entidad, va más allá de tomar una decisión que concluye un acto de selección de contratista, versa sobre aludir aquellos elementos que respalden la decisión alegada y que en estricto apego con los principios y preceptos constitucionales no vulneren en este acto la empresa adjudicataria, que en su momento cumplió con un procedimiento de selección de contratista (licitación por mejor valor) aportando los requisitos establecidos en el pliego y sometidos a una comisión evaluadora que atendiendo las disposiciones especiales para este tipo de trámite, ponderó en atención a la metodología establecida en dicho pliego de cargos, la documentación aportada. De manera que somos del criterio que, sobre la entidad licitante, recae la obligación de fundamentar en debida forma cada una de sus decisiones que, si bien puedan tener inicio con la no aprobación del refrendo del contrato por parte de la Contraloría General de la República, debe de igual manera contar con los elementos probatorios respectivos (ya sea informes, documentos, etc.) que avalen la decisión tomada. (Ver Resolución No. 157- Decisión-Pleno/TACP de 26 de septiembre de 2017. Fj. 11 párrafo tercero)

Por los motivos expuestos, lo procedente para este Tribunal, en atención a los elementos anteriormente descritos, a los principios generales en materia de Contratación Pública, es revocar la resolución impugnada, puesto que contraviene con los preceptos legales tal como se ha ilustrado en esta decisión, aunado a que viola el debido proceso y la motivación, que debe estar presente en todo acto de selección de contratista.

Consecuencialmente, en el acto público señalado *ut supra*, debemos reconocer que la entidad licitante, no actuó según los parámetros establecidos por la ley para ejercer la facultad de rechazo de oferta no siendo la decisión justa ni proporcional, no teniendo la motivación necesaria que sustente el llevar a cabo esta actuación administrativa. En aras de salvaguardar la transparencia del acto público de marras según el principio de buena fe, el cual hace que las relaciones entre la administración y el administrado tengan un grado de confianza al emitir un acto administrativo que no adopte una conducta confusa y equivoca que con posterioridad no permita eludir o tergiversar las responsabilidades inherentes al ejercicio de las prerrogativas dadas a ella para el desarrollo de las necesidades públicas y sociales de la población.



Así las cosas, esta Colegiatura procede a revocar en todas sus partes la Resolución No.2018-89 de 27 de septiembre de 2018, proferida por la Lotería Nacional de Beneficencia.

Nuestro pronunciamiento jurisdiccional se fundamenta en el artículo 354 (213) del decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, que al tenor apunta a la facultad del tribunal administrativo de contrataciones públicas de *confirmar* las actuaciones de las entidades licitantes.

“Artículo 354. (213) (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:

C).Revocar lo actuado por la entidad contratante; ...” (Lo resaltado es nuestro)-

En lo referente a la fianza de impugnación consignada por el recurrente, este Tribunal considera que la misma debe ser devuelta, porque se ha observado que no ha existido mala fe ni temeridad en la interposición del recurso de impugnación.

De los razonamientos ut supra expresados, concluye el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución No. No.2018-89 de 27 de septiembre de 2018, proferida por la Lotería Nacional de Beneficencia, por la cual se decidió RECHAZAR la oferta presentada por el **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A/ OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, en la licitación por mejor valor No. 2017-2-82-0-08-LV-013423, “Para la contratación de los servicios profesionales especializados en publicidad, para las campañas de sorteos extraordinarios, gorditos del zodiaco, esquina de la suerte, cuñas institucionales o de imagen, confección de artes de prensa, vallas de carretera, prensa escrita, radio, televisión, producción de televisión, servicios de monitoreo radial, lista oficiales de números premiados de sorteos, locutores que transmiten los sorteos, artículos promocionales, volantes, entre otros; por un período de 24 meses a partir de la orden de proceder, la cual podrá emitirse siempre y cuando el contrato haya sido refrendado por la Contraloría General de la República”.

SEGUNDO: MANTENER los efectos de la Resolución No. 2018-10 de 02 de febrero de 2018, por la cual se adjudicó al recurrente el acto público de selección de contratista para la Licitación por mejor valor No.2017-2-82-0-08-LV-013423.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación No. 031854458 de 11 de octubre de 2018, consignada (Diligencia No.121) el día 15 de octubre de 2018, emitida

por Seguros Suramericana S.A., por un monto de **OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DOCE BALBOAS CON 49/100 (838,612.49)**, que representa el quince por ciento (15%) del valor total propuesto por la recurrente, a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiario la Lotería Nacional de Beneficencia /Contraloría General de la República.

CUARTO: REMITIR el expediente Administrativo del acto público No. **2017-2-82-0-08-LV-013423**, a la Lotería Nacional de Beneficencia, contentivo de cinco (5) tomos integrados por doscientas novecientos dos (902) fojas útiles.

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: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución a través del Portal Electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su elevación en el portal electrónico "PanamaCompra".

SÉPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°138-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 354 (213) y Concordantes del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

Diógenes de
la Rosa
Cisneros

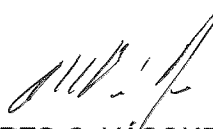
Firmado digitalmente por Diógenes de la Rosa Cisneros
DN: cn=Diógenes de la Rosa Cisneros,
gn=Diógenes de la Rosa Cisneros cn=Panama
#PA on Tribunal Administrativo de
Contrataciones Públicas, ou=Presidencia TACP,
email=dirosac@tracp.gub.pa
Motivo: He revisado este documento
Liberación
Fecha: 2019-01-14 09:11:56:00

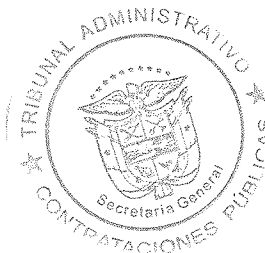
DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado

**Elías Solís
González**

Firmado digitalmente
por Elías Solís González
Fecha: 2019.01.14
16:13:37 -05'00'

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado
Salvo el Voto


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General.





REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

EXPEDIENTE No. 138-2018.

RECURRENTE: CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.

RESOLUCIÓN No. 015- 2019 Pleno/TACP de 4 de enero de 2019 (Decisión).

Con el respecto acostumbrado, manifestamos que no compartimos el criterio de la mayoría de los integrantes de este Tribunal Administrativo, de revocar la resolución impugnada, en virtud de la cual la entidad contratante rechazó la oferta del consorcio adjudicatario, externado en la Resolución No. 015- 2019 Pleno/TACP de 4 de enero de 2019 (Decisión), por las siguientes razones:

1. El 21 de septiembre de 2017, la Lotería Nacional de Beneficencia convocó al acto público de selección de contratista para la Licitación por Mejor Valor No.2017-2-82-0-08-LV-013423, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, *“para la contratación de los servicios profesionales especializados en publicidad, para las campañas de sorteos extraordinarios, gorditos del zodiaco, esquina de la suerte, cuñas institucionales o de imagen, confección de artes de prensa, vallas de carretera, prensa escrita, radio, televisión, producción de televisión, servicios de monitoreo radial, listas oficiales de números premiados de sorteos, locutores que transmiten los sorteos, artículos promocionales, volantes, entre otros; por un período de 24 meses a partir de la orden de proceder...”*; con un precio de referencia de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.5,885,000.00).

A la celebración del acto público de marras, concurrieron las siguientes personas:

Propuestas Recibidas

Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Propuesta	Precio Propuesto
<u>Abel Peñalba Arosemena</u>	01-11-2017 05:01 p.m.	6,000.00
<u>R PUBLICIDAD, S.A.</u>	29-11-2017 09:56 a.m.	5,590,749.92

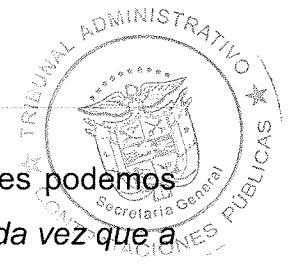
2. Con la Resolución No.2018-10 de 02 de febrero de 2018, la Lotería Nacional de Beneficencia dispuso adjudicar la Licitación por Mejor Valor No.2017-2-



82-0-08-LV-013423 al **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, “por la suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE BALBOAS CON 92/100 (B/.5,590,749.92), incluido el I.T.B.M.S., por ser la proponente cuya oferta cumplió con lo requerido en el pliego de cargos para la contratación” (visible a fojas 814 y 815 del expediente administrativo y en el portal electrónico de *PanamaCompra*).

3. Posteriormente, la Lotería Nacional de Beneficencia dictó la Resolución No.2018-89 de 27 de septiembre de 2018, por la cual rechazó la oferta presentada por el **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.** (visible a fojas 899 y 900 del expediente administrativo y en el portal electrónico de *PanamaCompra*), debido a que el contrato no fue refrendado por la Contraloría General de la República, por lo que no logró su perfeccionamiento.
4. Dentro del proceso que nos ocupa, la Lotería Nacional de Beneficencia con la Resolución No.2018-10 de 02 de febrero de 2018, publicada en el portal electrónico de *PanamaCompra* el 06 de febrero de 2018, y debidamente ejecutoriada¹ transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante publicó en *PanamaCompra* la citada Resolución (08 de febrero de 2018), adjudicó la Licitación por Mejor Valor No.2017-2-82-0-08-LV-013423 al **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, por la suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE BALBOAS CON 92/100 (B/.5,590,749.92), “para la contratación de los servicios profesionales especializados en publicidad, para las campañas de sorteos extraordinarios, gorditos del zodiaco, esquina de la suerte, cuñas institucionales o de imagen, confección de artes de prensa, vallas de carretera, prensa escrita, radio, televisión, producción de televisión, servicios de monitoreo radial, listas oficiales de números premiados de sorteos, locutores que transmiten los sorteos, artículos promocionales, volantes, entre otros; por un período de 24 meses a partir de la orden de proceder...”.
5. Posteriormente, la Contraloría General de la República, con Nota No.2040-18-DFG de 10 de mayo de 2018, visible de foja 894 a 895 del expediente administrativo, realizó una serie de observaciones referentes a aspectos jurídicos y económicos que la entidad contratante y el adjudicatario debían atender para el correspondiente refrendo y viabilidad del Contrato

¹ Artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011.



No.2018(9)06, por la suma de B/.5,590,749.92, entre los cuales podemos citar: (i) *“adjuntar el paz y salvo de la Caja de Seguro Social, toda vez que a foja 219, se aportó certificación de la Caja de Seguro Social solo para la firma del contrato, la cual estableció que la empresa no estaba obligada a inscribirse como empleador, según lo dispuesto en el artículo 99, de la Ley 51 Orgánica de la Caja de Seguro Social...; (ii) aportar acuerdo consorcial; aportar certificación de la Superintendencia de Bancos de Panamá referente a la carta de referencia bancaria de Morgan Stanley Private Wealth Management (sede New York), proporcionada por AJ Lattam Inversiones, Inc.; (iii) indicar si la campaña del producto PIMPAO señalado en el Contrato, estaba relacionada con la promoción y publicidad cita el Contrato 2013(9)08, toda vez que observaron la promoción del mismo producto para ambos contratos; (iv) la carta de asociación y compromiso entre las partes no indicó el porcentaje de participación de cada empresa en la contratación; observaron que el índice de endeudamiento promedio era de 0.87 (el cual se considera elevado) y un capital de trabajo (para el estado financiero 2016) que solo representaba el 3.87% del valor del contrato, ... considerando que los indicadores financieros no mostraban capacidad financiera del Consorcio para la ejecución de dicha contratación”.*

6. A su vez, con Nota No.2996-18-DFG de 26 de junio de 2018 (fojas 896 y 897 del expediente administrativo), la Contraloría General de la República requirió de la Lotería Nacional de Beneficencia y del **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, subsanar los siguientes aspectos jurídicos y económicos, a saber: (i) *el nombre del Consorcio que aparece en el Contrato no es igual al que aparece en el convenio consorcial; (ii) la Nota No.SBP-DJ-N-3061-2018 de 06 de junio de 2016, emitida por la Superintendencia de Bancos de Panamá certificó que Morgan Stanley Private Management no contaba con licencia bancaria o fiduciaria alguna, por lo que debían adjuntar certificación bancaria donde ese banco sea reconocido en Panamá; (iii) debido a que el Contrato 2013(9)08, estaba vigente y contaba con la campaña del producto PIMPAO, era preferible que este Contrato [No.2018(9)06] no incluyera la promoción y publicidad de dicho producto; entre otros.*

7. Igualmente, la Contraloría General de la República con Nota No.4094-18 DFG fechada el 22 de julio de 2018 (foja 898 del expediente administrativo), le manifestó a la entidad contratante, entre otras otras observaciones, que: *“evaluado el contenido de la Nota No.2018(9-01)155, en atención a la Nota No.2996-18 DFG... no se documentó que la campaña del producto PIMPAO,*



no presentaba dualidad de promoción en este Contrato, con relación a los servicios del Contrato No.2013(9)08, el cual estaba vigente; no presentó la metodología para determinar el precio oficial de la contratación, condición que no permitió definir si la oferta seleccionada se ajustaba a los precios del mercado, por lo que la Contraloría General de la República consideró dicha contratación como onerosa, situación que no representaba los mejores intereses para el Estado”; por lo que “con fundamento en el artículo 77 de la Ley 32 de 08 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, negaron el refrendo del Contrato”.

8. Debido a los planteamientos de la Contraloría General de la República, la entidad contratante, con Resolución No.2018-89 de 27 de septiembre de 2018, publicada el 28 de septiembre de 2018 en *PanamaCompra*, dispuso rechazar la oferta del **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, en vista que la Contraloría General de la República en la Nota No.4094-18 DFG, calendada el 22 de agosto de 2018, consideró negar el refrendo del “*Contrato No.2018(9)06 por B/.5,590,749.92*”, suscrito entre la Lotería Nacional de Beneficencia y el adjudicatario, fundamentándose en el artículo 77 de la Ley 32 de 08 de noviembre de 1984 (foja 898 del expediente administrativo).
9. En el informe de conducta, la Lotería Nacional de Beneficencia acogió como válido el criterio esbozado por la Contraloría General de la República y concluyó el proceso de contratación rechazando la oferta del **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, con base en la facultad extraordinaria prevista para la entidad contratante, establecida en el artículo 58 del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006.

Prestemos atención al tercer párrafo del artículo 58 de del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, vigente al tiempo del inicio del procedimiento de selección de contratista, el cual señala:

“Artículo 58. 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.

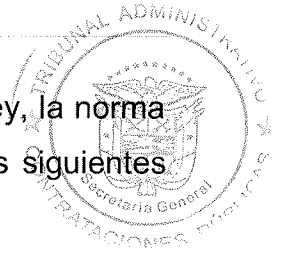
El adjudicatario está obligado a mantener su propuesta y a firmar el contrato respectivo; de no hacerlo dentro del tiempo establecido en el pliego de cargos, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta. Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público 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”.

Como se observa, con meridiana claridad, luego que la adjudicación del acto público de selección de contratista quede ejecutoriada o firme, se producen los siguientes efectos, previstos por el artículo 58 de la Ley de Contratación Pública:

- (i) La ejecutoriedad de la adjudicación obliga al contratista y a la entidad contratante.
- (ii) El adjudicatario tendrá derecho a la formalización del contrato o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad rechaza su oferta.
- (iii) **La entidad licitante puede ejercer la facultad de rechazo de la oferta del adjudicatario, mientras no se haya formalizado el contrato.**

10. Por su parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 157 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, en concordancia con el artículo 58 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 48 de 2011, la entidad licitante tiene entre sus facultades la de rechazar las propuestas en cualquier etapa de proceso de contratación.

En este mismo sentido, el artículo 158 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006 señala que **“el acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista según fuere el caso tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad decidiera rechazar una propuesta después de ejecutoriada la adjudicación. En estos casos, los adjudicatarios rechazados deberán presentar la documentación correspondiente que sustente su solicitud de compensación por los gastos incurridos, la cual deberá ser evaluada por la entidad y resuelta en un plazo máximo de diez (10) días hábiles”.**



A los efectos del principio de ejecución y subordinación de la Ley, la norma reglamentaria citada (artículo 158) patentemente contempla los siguientes presupuestos:

- (i) El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario;
- (ii) El adjudicatario o contratista tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad decidiera rechazar la propuesta después de ejecutoriada la adjudicación;
- (iii) **La entidad puede rechazar una propuesta aun cuando esté ejecutoriado el acto de adjudicación.**
- (iv) El procedimiento de compensación se surte ante la entidad contratante, que debe resolverlo dentro de un plazo de diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud.

11.Referente a la facultad extraordinaria de rechazo de la oferta una vez se encuentre ejecutoriada la adjudicación del acto público de selección de contratista, con que cuenta la entidad contratante, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 29 de septiembre de 2017, sostuvo:

“...precisa en este análisis referirse al artículo 58 de la Ley 22 de 2006, alegado como infringida por el demandante, según el cual la entidad licitante tiene la facultad de rechazar la propuesta cuando ya hubiera adjudicación del acto público; y el adjudicatario tiene derecho a recibir una compensación, cuando la entidad decidiera ejercer esa facultad...

...

... a criterio de este Tribunal (Sala Tercera) no puede prosperar el cargo de ilegalidad sobre el artículo 58 de la Ley 22 de 2006.

De todo ese cotejo, **interpreta este Tribunal que al no conllevar necesariamente la adjudicación de un acto público, la posterior suscripción del contrato y consecuente ejecución, ante el hecho precisamente que la normativa le concede una facultad extraordinaria a la entidad licitante de rechazar la propuesta cuando se encuentra ejecutoriada la adjudicación, también conlleva a descartar el planteamiento del demandante que el rechazo de su propuesta, y la consecuente negativa de ejecución del contrato, vulnera los principios generales de la contratación pública, consignados en el artículo 17 de la Ley 22 de 2006, de ahí que también debemos desestimar el cargo de ilegalidad en comento”.**

12.Como podemos observar, el acto administrativo con el cual la Lotería Nacional de Beneficencia adjudicó la Licitación por Mejor Valor No.2017-2-82-0-08-LV-013423 (Resolución No.2018-10 de 02 de febrero de 2018), quedó debidamente ejecutoriado el 08 de febrero de 2018, es decir, en firme. De lo anterior y en atención al artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27



de junio de 2006, ordenado con la Ley 48 de 2011, la adjudicación *“es el acto por el cual la entidad licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, con base en esta Ley, en los reglamentos y en el pliego de cargos, y le pone fin al procedimiento contractual”*.

No obstante, visto el citado tercer párrafo del artículo 58 de la Ley de Contratación Pública vigente al tiempo de la convocatoria del presente procedimiento de selección de contratista, la entidad contratante podía ejercer la facultad de rechazo de la oferta del adjudicatario, siempre que no se hubiese formalizado el contrato. Se trata de una facultad o potestad discrecional de la entidad contratante debidamente dada por ley, que únicamente demanda, como toda facultad discrecional, que se encuentre debidamente motivada, a efectos de que no esté revestida de arbitrariedad, y que se compense al adjudicatario por los gastos incurridos en la etapa precontractual, siempre que medie solicitud de parte luego de la ejecutoriedad de la decisión administrativa de rechazo de la oferta.

13. Hemos visto que el contrato no se formalizó, debido a las objeciones formuladas por la Contraloría General de la República y la negativa definitiva de no refrendarlo, requisito indispensable para la formalización de todo contrato público.

14. La Lotería Nacional de Beneficencia, entidad contratante, acogió el criterio de la Contraloría General de la República y con base en el comentado tercer párrafo del artículo 58 de la Ley de Contratación Pública, procedió al rechazo de la oferta del Consorcio adjudicatario.

En efecto, el acto impugnado fue debidamente motivado al señalar las razones por las cuales la entidad contratante procedía al rechazo de la oferta, particularmente, atendiendo las objeciones de la Contraloría General de la República, veamos:

Que una vez adjudicada la Licitación por Mejor Valor N° 2017-2-82-0-08-LV-013423 al **Consorcio R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMERICA, INC.**, a través de la Resolución N° 2018-10 del 2 de febrero de 2018, la Lotería Nacional de Beneficencia inició la formalización del Contrato N° 2018(9)06, sin embargo luego de varias subsanaciones al mismo, la Contraloría General de la República dispuso a través de la Nota No. 4094-18 DFG, fechada 22 de agosto de 2018, negar el refrendo del contrato con base en lo estipulado en el artículo 77 de la Ley N° 32 de 8 de noviembre de 1984.

Que entre los puntos señalados dentro de la Nota No. 4094-18 DFG, fechada 22 de agosto de 2018, que niega el refrendo del Contrato N° 2018(9)06 se encuentran que “no se documenta que la campaña del producto PIMPAO, no representa dualidad de promoción en este Contrato, con relación a los servicios del Contrato N° 2013(9)08”; y “el expediente no presente la metodología para determinar el precio oficial de la contratación, condición que no permite definir si la oferta seleccionada se ajusta a los precios del mercado”, por el cual la Contraloría General de la República considera dicha contratación como onerosa, situación que no representa los mejores intereses para el Estado.

Que ante los señalamientos planteados por la Contraloría General de la República a través de la Nota No. 4094-18 DFG, fechada 22 de agosto de 2018, es deber de la Lotería Nacional de Beneficencia hacer lo que en derecho corresponde y seguir con los parámetros planteados en el artículo 58 del Texto Único de la Ley N° 22 del 27 de junio de 2006, haciendo uso de la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas.



Posición que mantuvo la Lotería Nacional de Beneficencia cuando en el informe de conducta, a foja 209 del expediente del Tribunal, expuso que no insistió en el referendo del contrato, según lo permite el artículo 77 de la Ley N°32 de 8 de noviembre de 1984, porque no representaba una disposición obligatoria para la entidad, además de que acogía como válido el criterio esbozado por la entidad fiscalizadora, rechazando la propuesta. Obsérvese:

Ahora bien, el refrendo por parte de la Contraloría General de la República es negado con base en lo señalado en el artículo 77 de la Ley N° 32 de 8 de noviembre de 1984 y aunque dicho artículo establece la figura del "refrendo por insistencia", ya sea a petición de la máxima autoridad o de la Junta Directiva, esta no es una disposición obligatoria para la Entidad y la Lotería Nacional de Beneficencia acoge como válido el criterio esbozado por la entidad fiscalizadora y concluye el proceso de contratación a través de la Resolución N° 2018-89 de 27 de septiembre de 2018, rechazando la propuesta del **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.** con base en la facultad extraordinaria de la Entidad, establecida en el artículo 58 del Texto Único de la Ley N° 22 del 27 de junio de 2006.

15. En efecto, el artículo 77 de la Ley 32 de 1984 no obliga al funcionario que emite el acto no referendo a insistir en el referendo, sino que es potestativo proceder con dicha insistencia. En lo medular, la norma legal indica: "... **el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadó éste por la Contraloría, puede** también someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o en el cumplimiento de la orden..."

Al respecto, resulta oportuno citar el criterio de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sobre la solicitud de referendo de un contrato, externado en la sentencia de 24 de mayo de 2007 y el que cumple la Contraloría General de la República:

"... ante la solicitud de refrendo de un contrato que afecta un patrimonio público ante la Contraloría General de la República, ello supone un examen de la actuación de la Administración que está regido por un interés público, y que ha de ajustarse dentro de lo que la Ley le impone perseguir, que en este caso sería la función fiscalizadora que ampliamente ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Sala Tercera".

16. Consiguientemente, consideramos que lo que procedía por parte de este Tribunal Administrativo era confirmar la decisión de la entidad contratante de rechazar la propuesta del **CONSORCIO R. PUBLICIDAD, S.A. / OMD CENTROAMÉRICA, INC.**, pero disponiendo que se inicie el procedimiento de compensación, tal como lo disponía el artículo 158 del Decreto Ejecutivo



366 de 2006, en el sentido que el adjudicatario rechazado deberá presentar la documentación correspondiente que sustente su solicitud de compensación por los gastos incurridos, una vez se encuentre ejecutoriada la resolución de rechazo, solicitud que debe ser evaluada por la Lotería Nacional de Beneficencia y resuelta en un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

17. La resolución de mayoría concluye que la decisión de rechazo de la oferta estuvo carente de motivación, opinión que no compartimos, por cuanto que, como hemos expresado, la entidad motivó su dictamen sobre la base de las objeciones de la Contraloría General de la República, que dieron motivo a no refrendar el contrato. A nuestro juicio, tales motivos entrañan suficiente motivación del acto recurrido, puesto que patentiza que la entidad impugnada no pudo subsanar ni aportar la documentación requerida para despejar las dudas ni los hechos manifestados por el despacho fiscalizador.
18. Además, la decisión mayoritaria también se sustenta en que la Lotería Nacional de Beneficencia, dentro del informe de conducta hizo alusión a la urgencia de tener los servicios objeto de esta contratación activos, por lo que lo viable para ella era concluir con el procedimiento de contratación e iniciar un nuevo procedimiento de contratación en el menor tiempo posible, ya que debido a la carencia del servicio que pretendía contratar, las ventas se han visto perjudicadas, puntualizando los magistrados en mayoría que: *“Es incongruente manifestar la urgencia notoria de un servicio, tal como lo manifestó la entidad licitante, procediendo a concluir un acto de contratación antes de fundamentar los motivos requeridos a la Contraloría General de la República o en su defecto acogerse al procedimiento de consulta antes descrito en el artículo que antecede, encontrándose una empresa adjudicataria pendiente del refrendo de un contrato, máxime que tal como sostuvo la misma entidad licitante, en su momento ante las dos (2) subsanaciones solicitadas por la Contraloría General de la República...”*.

A nuestro entender, no existe ninguna incongruencia por parte de la entidad contratante, porque, al no poder satisfacer o cumplir con las exigencias de la Contraloría General de la República para que tuviera lugar el refrendo del contrato, determinó rechazar la oferta sin mayor dilación, motivando su decisión en las objeciones del órgano de fiscalización de las finanzas públicas, para poder dar paso al inicio de un nuevo procedimiento de selección de contratista para contar con el servicio requerido. Es decir, la actuación de la Lotería Nacional de Beneficencia fue cónsona con el deber



de administrar adecuadamente los recursos públicos y en acatamiento del criterio fiscalizador.

A fojas 0894 – 0895, 0896 – 0897 y 0898 del expediente administrativo reposan las notas que contienen las razones que motivaron a la Contraloría General de la República a devolver el contrato sin refrendar, hasta negar definitivamente el refrendo con la Nota No.4094-18 DFG de 22 de agosto de 2018, que a nuestro juicio representan razones fundadas para que la entidad contratante no insistiera en el refrendo. Entre ellas:

- El índice de endeudamiento promedio de 0.87 (que consideró elevado) y un capital de trabajo que sólo representaba el 3.87% del valor del contrato, considerando que los indicadores financieros no mostraban capacidad financiera del Consorcio.
- La falta de documentación que permitirá concluir que la campaña PIMPAO no presentaba dualidad de promoción, atendiendo otro contrato que se encontraba vigente.
- Carencia de la metodología para determinar el precio oficial de la contratación, lo que no permitió definir si la oferta seleccionada se ajustaba a los precios de mercado, concluyendo que se trataba de una contratación onerosa, que no representaba los mejores intereses para el Estado.

19. Al mismo tiempo, la revocatoria de la decisión de rechazo de la oferta, por parte de la mayoría de los integrantes de esta Corporación Administrativa, trae consigo colocar a la entidad contratante en una posición contraria a su determinación de no recurrir al procedimiento de consulta para insistir con el refrendo del contrato, que implica, como se ha visto, una potestad discrecional que solamente debe estar revestida de la debida motivación que permita extraer las causas o motivos que justifican tal postura, con lo que, reiteramos, cumplió la Lotería Nacional de Beneficencia; y que puede conllevar a consecuencias o responsabilidades jurídicas para los servidores públicos que avalen la solicitud de insistencia del refrendo de la Contraloría General de la República, según lo prescribe el artículo 77 de la Ley 32 de 1984.

20. Adicionalmente, en concordancia con los puntos 9 y 10 de este salvamento de votos, en otro estadio de la resolución de mayoría, en el que se hace referencia al procedimiento de compensación para estos casos, se concluye que otro motivo de injuridicidad de la resolución recurrida se encuentra en



que la entidad contratante no se pronunció sobre la compensación por los gastos incurridos, a que tiene derecho el adjudicatario en el evento del rechazo de la oferta.

Sobre ese señalamiento, resaltamos que la Lotería Nacional de Beneficencia no incurrió en el vicio de injuridicidad alegado, porque para que operara el derecho a compensación, el adjudicatario debió proceder tal como lo disponía el artículo 158 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, en el sentido que el adjudicatario cuya oferta es objeto de rechazo antes de la formalización del contrato, tenía que presentar o promover una petición a la entidad contratante, acompañada de la documentación correspondiente que sustente su solicitud de compensación por los gastos incurridos, seguido a la ejecutoriedad de la decisión de rechazo, luego de lo cual dicha solicitud debe ser evaluada por la Lotería Nacional de Beneficencia y resuelta en un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

Por tal razón, insistimos en que tampoco compartimos el criterio de mayoría referente a que la entidad contratante no se pronunció sobre la compensación de los gastos del adjudicatario cuando dispuso el rechazo de su oferta, puesto que, como se ha visto, la compensación requiere que medie solicitud de la parte afectada, después que se dicte la resolución de rechazo de la oferta y la misma quede ejecutoriada. En la sentencia de 29 de septiembre de 2017, antes citada, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia expuso claramente el procedimiento que debe seguirse ante esta situación, así:

“... se colige que, frente al rechazo de propuestas, luego de ejecutoriada la adjudicación, el adjudicatario tiene derecho a una compensación; de igual manera, que el adjudicatario deberá gestionar esa compensación presentando una solicitud con documentación que sustente los gastos incurridos, la cual evaluará la entidad, la cual deberá resolverla en un plazo perentorio de diez días hábiles.

En el caso que nos ocupa, no se aprecia dentro de las constancias procesales que el demandante en virtud del rechazo de su propuesta hubiera presentado solicitud de compensación por gastos incurridos, conforme lo exige la normativa aplicable, lo que nuestro criterio conlleva a descartar el planteamiento de que la entidad licitante rechaza la propuesta sin reconocer compensación por gastos incurridos, pues la misma no surge por el solo hecho de rechazarse la propuesta, de entenderlo así no tendría ningún sentido la reglamentación del artículo 58 de la Ley 22 de 2006, a través del artículo 158 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006”.

Expuesto el criterio de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia sobre

el procedimiento de compensación cuando se rechace la oferta del adjudicatario previo a la formalización del contrato, reproducimos, una vez más, la parte medular del artículo 158 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, norma reglamentaria que lo consagra así:

“el acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista según fuere el caso tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad decidiera rechazar una propuesta después de ejecutoriada la adjudicación. En estos casos, los adjudicatarios rechazados deberán presentar la documentación correspondiente que sustente su solicitud de compensación por los gastos incurridos, la cual deberá ser evaluada por la entidad y resuelta en un plazo máximo de diez (10) días hábiles”.

Subsiguientemente, siendo que nuestro criterio, previamente expuesto como sustanciador del caso, no fue compartido por el resto de los magistrados, salvamos el voto.

Firmado
digitalmente por
Elías Solís González
Fecha: 2019.01.15
06:06:31 -05'00'
ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

