



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 292-2022

RECURRENTE: KRISTELL-RODRIGUEZ ALVARADO
(KRISTAL-ROD)

ACTO IMPUGNADO: Acto Público de Selección de Contratistas
No.2022-0-07-0-04-CM-046306, efectuado por el
MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

COLEGIATURA: LUIS MARISCAL.

RESOLUCIÓN No.280-2022-PLENO/TACP 28 de diciembre de 2022 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (en lo sucesivo Ley 22 de 2006), en su artículo 146 creó al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (en adelante el Tribunal), como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia de los Recursos de Impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, (en lo sucesivo Decreto Ejecutivo No.439 de 2020), en sus artículos 238 y 240, establece las condiciones y requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES

El Ministerio de Educación a través del registro de Cotización en Línea No.2022-0-07-0-04-CL-046110, publicado el día 7 de octubre de 2022, realizó el llamado a los proveedores interesados, para presentar propuestas en atención al "SERVICIO DE SALÓN DE EVENTOS CON CAPACIDAD PARA 200 PERSONAS Y SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN, A REALIZARSE EL 5 DICIEMBRE DE 2022, EN LA PROVINCIA DE CHIRIQUÍ-DAVID, EN HORARIO DE 5:00 P.M. a 9:00 P.M." (Sic), con un monto de referencia, de cinco mil doscientos setenta y seis balboas con veinte centésimos (B/.5,276.20)

Dicha presentación de propuestas fue programada para el mismo día 7 de octubre de 2022, desde las 10:00 am hasta las 2:00 pm, y su consecuente apertura para las 2:01 pm.

Luego de transcurrido el tiempo para apertura de las propuestas, se observa que, solamente participó la proveedora Kristell Rodríguez, quien remitió su correspondiente cotización con un monto de seis mil trescientos cincuenta balboas B/. 6,350.00.



Posteriormente, El 20 de octubre de 2022, a través del Acto Público de Selección de Contratista para la Contratación Menor No.2022-0-07-0-04-CM-046306, publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "Panamá Compra", la Entidad dio a conocer como proponente seleccionado a Kristell Rodríguez, por lo que, el día 31 de octubre de 2022, publicó la orden de compra No. 4800082409 debidamente refrendada, para así formalizar el acto de adjudicación antes mencionado.

No obstante, la Entidad Contratante, publicó en el Sistema Electrónico, "Panamá Compra", 2 de diciembre de 2022, la Resolución No. 1265 del 2 de diciembre de 2022, mediante la cual comunicó que la Asociación de Educadores Veraguenses, a través de la nota NOTA SG-No-202-11-2022, dispuso que se dejara sin efecto la orden de compra y se anulara el acto de selección de contratista.

Por consiguiente, la Licenciada Kristell Rodríguez Alvarado, actuando en su propia defensa como propietaria del comercio Kristal-Rod, presentó ante la Secretaría General de este Tribunal, para el día 9 de diciembre de 2022, formal Recurso de Impugnación, en contra de la Resolución 1265 de 2 de diciembre de 2022, emitida por el Ministerio de Educación, mediante la cual canceló el acto ya referenciado.

El Tribunal, por medio del Colegiatura, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos de ley procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la ley y su reglamento, admitiendo el recurso de impugnación a través de la Resolución N°233-2022/TACP de 12 de diciembre de 2022 (Admisión), publicada en "Panamá Compra" el 13 de diciembre de 2022.

II. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE

Esgrime la apoderada judicial que, el día 7 de octubre de 2022 con hora de ingreso y recepción 1:36 pm, presentó su propuesta con un monto de seis mil trescientos cincuenta balboas (B/. 6,350.00), según lo solicitado en el registro de Cotización en Línea No. 2022-0-07-0-04-CL-046110, siendo esta la única proponente en participar en este proceso.

Siendo así, para los días 15 y 17 de octubre de 2022, remitió a la Entidad, la documentación complementaria de la propuesta, es decir, Pacto de integridad entre otra documentación, por lo que, para el día 20 de octubre se perfeccionó la selección de Kristell Rodriguez Alvarado, a través del acto de compra menor No. 2022-0-07-0-04-CM-046306 para el "SERVICIO DE SALÓN DE EVENTOS CON CAPACIDAD PARA 200 PERSONAS Y SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN, A REALIZARSE EL 5 DICIEMBRE DE 2022, EN LA PROVINCIA DE CHIRIQUÍ-DAVID, EN HORARIO DE 5:00 P.M. a 9:00 P.M." (Sic).

Como resultado, el día 31 de octubre de 2022, la Entidad publicó la orden de compra No. 4800082409, debidamente refrendada. Siendo así, la señora Kristell Rodríguez para cumplir con lo solicitado, reservó, abonó y pagó el local Hotel Puerta del Sol-David-Chiriquí para la fecha del 5 de diciembre de 2022.

Continúa relatando la recurrente que, para el día 2 de diciembre de 2022, se comunicó con la licenciada Indira Gutiérrez- Compra MEDUCA, para ultimar los detalles del servicio solicitado para la fecha del 5 de diciembre de 2022, sin embargo, la funcionara le indicó que este y otros eventos que ya estaban refrendados han sido cancelados, sin entrar en detalles.



Luego del cuestionamiento de la recurrente, el mismo día 2 de diciembre de 2022, la Entidad, publicó en el portal electrónico "Panamá Compra", la Resolución No. 1265 del 2 de diciembre de 2022, mediante la cual comunicó que la Asociación de Educadores Veragüenses, a través de la NOTA SG-No-202-11-2022, dispuso que se dejara sin efecto la orden de compra y se anulara el acto de selección de contratista.

Culmina señalado la recurrente que, para la fecha en que se publicó esta nota de cancelación ya había adquirido los compromisos monetarios para cumplir con lo solicitado, por ende, esto desestabilizó parte de su patrimonio económico, mermando con ello la confianza que se le tiene a las instituciones en los procesos de contratación pública, por lo que solicitó que se dejara sin efecto la Resolución No. 1265 de 2 de diciembre de 2022 y en su lugar, se restituya el derecho (Ver fojas 06-09 del expediente del Tribunal).

III. ADMISIÓN DEL RECURSO

Una vez verificado el cumplimiento de los presupuestos procesales para la admisibilidad del Recurso de Impugnación presentado, este Tribunal procedió a darle curso y en Sala Unitaria mediante Resolución No.233-2022/TACP de 12 de diciembre de 2022, publicada en el sistema electrónico esa misma fecha, admitió el mismo.

Del recurso, se le dio traslado a la entidad, así como se le requirió el informe de conducta acompañado de toda la documentación correspondiente al acto público impugnado. (Ver fojas 024-026 del expediente del Tribunal).

IV. EL INFORME DE CONDUCTA

El Ministerio de Educación el día 16 de diciembre de 2022 publicó, Informe de Conducta, suscrito por Yariela Edith Garcia C., directora nacional de Administración Nacional (MEDUCA), en el que hace un recuento de las actuaciones administrativas que tuvieron relación con el presente Acto Público de Selección de Contratista.

En lo medular del informe, la Entidad a través de la directora nacional de administración nacional, esbozó que, ante lo solicitado por el recurrente la entidad alude que su actuar, está amparado bajo los preceptos legales del artículo 74 de la ley 22 de 2006, ordenado por la ley 153 de 2020, por lo tanto, se puede colegir, que la facultad de rechazo de la institución ampara la decisión adoptada en la Resolución No. 1265 de 2 de diciembre de 2022, para cancelar dicho acto público.

Añade la funcionaria que, consta en el expediente que la asociación de Educadores Veragüenses, en nota SG/ N°191 de 1 de noviembre de 2022, indica que la orden de compra 4800082409 es excesivamente onerosa y considera que en nada beneficiaría al Estado.

V. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 2020, este Tribunal pasará a resolver lo que en derecho corresponde.



1. Procedimiento aplicable

El procedimiento de selección de contratista que atendemos se trata de la Contratación Menor No.2022-0-07-0-04-CM-046306, derivado de la solicitud de Cotización en Línea No.2022-0-07-0-04-CL-046110, cuyo procedimiento se consagra en el artículo 57 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, cuya reglamentación se ubica en el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, Modificado por el Decreto Ejecutivo No. 34 de 24 de agosto de 2022, Veamos:

“Artículo 57. Contratación menor. El procedimiento para la contratación menor permitirá, de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone esta Ley.

En la contratación menor no se exigirá fianza de propuesta. Tampoco se exigirá fianza de cumplimiento, salvo que la entidad licitante lo considere necesario; no obstante, los contratistas seleccionados deberán garantizar a la entidad que se obligan a responder por los defectos de construcción de la obra, por vicios de las cosas o por el cumplimiento de las condiciones pactadas, en los términos que se establezcan en el reglamento de esta Ley.

En las contrataciones menores que no superen los diez mil balboas (B/. 10,000.00), se aplicará un procedimiento expedito por cotizaciones, que será reglamentado por el Órgano Ejecutivo”.

De esta forma, también se deben cumplir las reglas contenidas en el artículo 92 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020 Modificado por el Decreto Ejecutivo No. 34 de 24 de agosto de 2022.

2. Criterios de interpretación

a. Criterios Constitucionales

Las disposiciones aplicables a los procedimientos de selección de contratista, así como la interpretación de las normas, se deben a la fuente de toda norma, por lo que en esta oportunidad resaltamos los artículos 215 y 266 de Constitución Política de la República de Panamá. Veamos:

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

“Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”.

“Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”.

“Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán,



entre otros, en los siguientes principios:

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial". (Lo subrayado es del Tribunal).

"Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

b. Criterio Legal

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

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

3. Criterios de selección para las Compras Menores, por Cotización en Línea

Como quiera que nos encontramos en una compra menor producto de la Cotización en Línea, el tema central será determinar si la entidad contratante, se pronunció conforme al ordenamiento jurídico para la adjudicación del Acto público bajo estudio, atendiendo los criterios señalados para la selección del contratista.

La norma que regula las contrataciones públicas, en su artículo 92, que se refiere al acto de adjudicación, demanda lo siguiente:

"Artículo 92. Adjudicación de las contrataciones menores por cotización. Culminada la solicitud de cotizaciones, la entidad seleccionará del cuadro comparativo presentado por la Plataforma de Cotizaciones en Línea, la cotización de menor precio, siempre que cumpla con los requerimientos y especificaciones exigidas.

Posteriormente la entidad contratante procederá a solicitarle al proponente seleccionado los documentos requeridos para continuar con el proceso de contratación.

En caso de que el proveedor seleccionado no cumpla con la presentación de los documentos solicitados, la entidad procederá a seleccionar la siguiente mejor cotización en precio que además haya cumplido con los requerimientos y especificaciones exigidas. Seguidamente la entidad elaborará el respectivo cuadro de cotizaciones con la cotización elegida, el cual será publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", con el número de cotización en línea, al cual se le dará un número consecutivo de acto público.



Una vez refrendada la orden de compra la entidad procederá a registrar y publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" en el respectivo acto público".

Así pues, en este tipo de selección de contratistas, la regla que prevalece es que la entidad seleccionará del cuadro comparativo presentado por la Plataforma de Cotizaciones en Línea, la cotización de menor precio, siempre que cumpla con los requerimientos y especificaciones exigidas.

4. Actuación de la Entidad (MEDUCA).

Delimitado el tema procedimental, a juicio de este colegiado es de suma importancia, ir examinando una a una las actuaciones que dieron como colorario, la decisión de apotada por la Entidad mediante la Resolución No. 1265 de 2 de diciembre de 2022 y, con ello delimitar las sustaciones de hecho y de derecho que nos sirvan en la consecuente resolución de este recurso, veamos:

Primero. La Entidad erigió un el procedimiento de selección de proveedores para el "SERVICIO DE SALÓN DE EVENTOS CON CAPACIDAD PARA 200 PERSONAS Y SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN, A REALIZARSE EL 5 DICIEMBRE DE 2022, EN LA PROVINCIA DE CHIRIQUÍ-DAVID, EN HORARIO DE 5:00 P.M. a 9:00 P.M." (SIC), a través del registro de Cotización en Línea No. 2022-0-07-0-04-CL-046110, en el que se estableció como precio de referencia la suma de cinco mil doscientos setenta y seis balboas con veinte centésimos B/. 5,276.20.

Segundo. Luego se produjo la adjudicación, a través del acto público de selección de Contratista por compra menor No. 2022-0-07-0-04-CM-046306, en el que resulto beneficiada la proveedora Kristell Rodríguez, la cual ofreció a través de su cotización (observable en el registro de cotización de cotización en línea) brindar el servicio solicitado, por la suma de seis mil trescientos cincuenta balboas B/. 6,350.00, culminando con ello la etapa precontractual, específicamente la selección del contratista.

Tercero. Luego se pasa a la etapa contractual y formaliza la contratación a través de la orden de compra No 4800082409, misma que fue refrendada por la Contraloría General de la República, siendo así, se entiende que la misma cobra la vigencia y obliga a las partes de manera sinalagmática, es decir prestación versus pago, en cuanto a lo mencionado, es importante establecer desde cuando un contrato surge a la vida jurídica, por tanto es importante mencionar lo establecido en el artículo 93, de la ley 22 de 2006:

"Artículo 93. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas".

Debemos anotar que, una vez se firme una orden de compra, se entiende que la etapa precontractual ya está consumada y surge a la vida jurídica la etapa contractual, que guarda relación con la contratación per se, y tiene otro



procedimiento legal establecido, tema del cual estaremos abundando de manera meridana en la parte infra de esta decisión.

Lo paradigmático: la institución luego de haber formalizado un contrato (una orden de compra), con fundamento en el artículo 74 de la Ley 22 de 2006, rechazó y anuló esta, a través de la Resolución 1265 de 2 de diciembre de 2022, basándose en la Nota SG-No-202-11-2022 suscrita por el secretario general del Gremio de Educadores Veragüenses (beneficiarios finales del servicio contratado), ente completamente foráneo en este proceso contratación pública, sin atribuciones legales para decidir y realizar actuaciones en este proceso compra menor.

Decimos que lo actuado por la entidad es paradigmático ya que, es responsabilidad y obligación exclusiva del funcionario que erigió el acto, procurar el cumplimiento de las etapas y los fines de la contratación, basándose en los procesos indicados en la norma. Y dichas etapas son sucesivas, es decir, consecutivas, una después de la otra.

El procedimiento de selección de contratista concluye con la adjudicación y de inmediato inicia la etapa del contrato con el refrendo de éste. Lo que no ha previsto la ley, es decir, el debido procedimiento instituido en la Ley 22 de 2006, es que, la entidad asuma nuevamente una competencia precontractual, como el ejercicio de la facultad de rechazo de propuestas, luego de la formalización de un contrato.

Y aún más desconcertante es que se eche mano de la mencionada competencia sin invocar posibles motivos de interés público y social, para rechazar o anular una contratación.

Aunado a lo anterior, a sabiendas que la contratación tiene el único fin de procurar el mayor beneficio del Estado, por lo que hace evidente que la Entidad encargada de esta contratación, obvió claramente lo establecido en el artículo 21, numeral 2 de la Ley de Contrataciones Públicas que indica que:

“Artículo 21. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1....

2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos”.

En ese mismo orden de ideas, la norma que regenta nuestro proceso de contratación es enfática al establecer el rango de responsabilidad que tienen los funcionarios públicos que participan en el proceso de selección de contratista y hasta en la contratación, al indicar lo siguiente en el artículo 28, veamos:

“Artículo 28. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas Ley 22 de 27 de junio de 2006 43 personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:



1. Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.
2. ...
..."

5. Decisión del Tribunal de Pleno Derecho.

Si nos detenemos a analizar la justificación que brinda la entidad, nos producen aún más dudas que certezas. Esto ya que la entidad se justifica en una comunicación (ver nota de 13 octubre de 2022), de los potenciales beneficiarios (un gremio de educadores), en las que advierten que la contratación podría tener un precio demasiado oneroso. No obstante sugerencia, ese mismo gremio, inicialmente había avalado dicha contratación, veamos:

Extracto de nota SG N°174-10/2022, de 13 de octubre de 2022:

Por este medio hago constar que estamos de acuerdo en recibir los servicios de sala de eventos y servicios de alimentación para las 200 personas a la señora KRISTEL RODRIGUEZ, para la jornada de capacitación masiva "FESTIVAL DEL ARTE LA CULTURA Y LA EDUCACION EN CONMEMORACION AL DIA DEL MAESTRO PANAMEÑO" a realizarse el 5 de diciembre de 2022 en la provincia de Chiriquí con horario de 5:00 p.m. a 9:00 p.m.

Extracto de nota SG/N°189-11/2022 de 01 de noviembre de 2022:

Todos estos artículos sirven para fundamentar que el precio unitario adjudicado al proveedor KRISTELL M. RODRÍGUEZ ALVADADO en nada beneficia al Estado, pues es excesivamente oneroso y supera con creces el precio de referencia dado por la entidad solicitante, en este caso nuestro gremio la Asociación de Educadores Veraguenses.

SOLICITUD ESPECIAL

Por todo lo antes expuesto, solicitamos se anule la ORDEN DE COMPRA N° 4800082409 de 19 de octubre de 2022 y en su lugar se publique nuevamente el acto, teniendo como precio de referencia el precio dado por la entidad solicitante.

Con todo y ello, la motivación del rechazo o "anulación" de la Orden de Compras, da cuenta de una situación realmente alarmante: se ha pactado el precio en un acto de contratación menor, prescindiendo del precio de referencia.

Hacemos alusión a estas notas, para evidenciar la precariedad del argumento utilizado por la Entidad en invocar la "Facultad de Rechazo" para anular el acto y la orden de compra a través de la Resolución No. 1265 de 2 de diciembre de 2022, que a todas luces es un hierro procesal, ya que esta disposición pertenece a la etapa precontractual, y no debe ser utilizada cuando exista un contrato ya suscrito. Esto último se deduce de la lectura del tercer párrafo del mencionado artículo 74, veamos:

"Artículo 74. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público.

En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, debidamente motivadas, la entidad podrá 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 haber 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 por causas imputables al proponente, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta y se le inhabilitará por un periodo de seis meses. Igualmente, para los actos públicos donde no se exige la fianza de propuesta, se le inhabilitará por un periodo de un año

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". (La negrita es nuestra).

Es evidente que existe, una mala interpretación y aplicación de la norma por parte de la Entidad, que se saca de contexto la disposición legal invocada, y la utiliza tratando de corregir o enmendar una actuación que es ilegítima.

Y es que al leer con detenimiento la norma que le dio fundamento a lo actuado por la entidad, es evidente que esta disposición solamente se puede y debe aplicar, como ya lo hemos dicho, en la etapa precontractual de los procedimientos de contrataciones públicas, esto está establecido de manera taxativa en el artículo 74.

Es cierto que esta disposición es una facultad otorgada a las entidades contratantes, no obstante, no podemos pasar por alto que, debe estrictamente ser aplicada en el momento y espacio oportuno para que surta sus efectos legales correspondientes, por eso apoyándonos en lo que estableció el legislador para esta norma, claramente se puede denotar que se hace la observación que la Entidad solo podrá ejercer su rechazo de oferta antes de haber formalizado el contrato.

Es decir, no puede establecer parámetros de la etapa precontractual la Entidad cuando ya hay un conocimiento previo que existe una orden de compra ya refrendada por Contraloría, esto es, que, en vista de la existencia de un contrato, las reglas legales, de manera instantánea cambian su fisonomía jurídica, ya que se trata de otra etapa legal, que no es parecida a la anterior.

Esto claramente es una actuación, que va en contravención de lo descrito por el legislador en esta norma, y es evidente que se trata de utilizar de manera completamente conveniente por la entidad, para cumplir con lo descrito en la nota del Gremio, además en esta nota y consecuente resolución no existe un argumento legal de peso y además se hace alusión a una figura errónea " Rechazo de Propuesta", para anular la orden de compra ya refrendada, dando como resultado el levantamiento de un acto con total prescindencia del proceso legal establecido.

Esto es violatorio la norma y principios legales, ya que debemos recordar que los actos administrativos solo pueden producir efectos a futuro, por ende, consumada la etapa precontractual, solo se pueden aplicar normas que se encuentren vigentes en la etapa procesal correspondiente, es decir las propias del contrato, que es la orden de compra ya refrendada, en esa misma vertiente, señala el jurista Allan R. Brewer-Carias estudioso de la Universidad Central de Venezuela, en su Obra Principios del Procedimiento Administrativo, que " *Es decir, el principio general en esta materia es que los actos administrativos solo pueden producir efectos hacia el futuro, siendo tanto inconstitucional como ilegal, la aplicación de un acto*



administrativo hacia el pasado, principio que no sólo aplica a los actos reglamentarios sino también a los actos de efectos particulares¹".

Es importante, para mayor conocimiento recapitular que la propia norma de contrataciones públicas establece los procedimientos legales para cada etapa para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Esto es, para la Etapa Precontractual entre la que se encuentra la confección del pliego de cargo, la selección de contratista y la adjudicación; la Etapa Contractual, que es la de la perfección del contrato y la revisión de todas las cláusulas y cumplimiento; y la Etapa Post contractual, que tiene que ver con la subsanación y la etapa de reparación de los vicios inhibitorios.

Identificada cada etapa entonces, es imperante indicar que no se deben aplicar normativas de etapas que ya fueron consumadas, ya que serían extralimitaciones de parte de los funcionarios que la apliquen que dan paso a nulidades en los procesos. Recordemos el principio universal de legalidad que establece que el funcionario público solo puede hacer lo que la Ley le permite, y se debe ceñirse estrictamente a lo que indica la norma.

En ese mismo sentido, la Sala Tercera en reiteradas ocasiones se ha referido al principio de legalidad como piedra angular del Estado de Derecho, criterios que para lo cual consideramos oportuno citar el fallo de 20 de mayo de 2010, que, en lo medular, señala lo siguiente:

"...

Efectivamente desde la perspectiva jurídica, el principio de legalidad (en sentido estricto) se enuncia de la siguiente manera: "todo acto de los Órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor". Es decir que todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma jurídica vigente y, más allá, dicha norma jurídica debe encontrar su propio sustento en una norma superior. Este principio tiene un origen histórico antiguo y se ha venido enriqueciendo durante el desarrollo del pensamiento político y jurídico".

Dicho proceso va concatenado a lo establecido en los artículos 32 de la Constitución Política de la República de Panamá y el artículo 36 de la Ley 38 de 2000:

"Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria".

"Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos".

Es claro que la actuación propalada por la Entidad a través de la Resolución No. 1265 de 2 de diciembre de 2022, vulnera los principios constitucionales de nuestra propia carta magna, al extralimitarse utilizando una figura legal no vigente para este caso en particular, lacerando con ello además el Principio de Legalidad establecido en el artículo 32 de la Ley 22 de 2006:

"Artículo 32. Principio del debido proceso. Todas las personas tienen derecho a que se les brinden las garantías esenciales tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista y,

¹ Brewer-Carias, Allan R., Principios del Procedimiento Administrativo.



en las demás etapas de la contratación pública, a ser oídas y hacer valer sus derechos ante la entidad contratante, la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los servidores públicos observarán las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública y durante la ejecución del contrato hasta su liquidación.
2.".

Así pues, como ya lo hemos reseñado, la Entidad al ejercer la facultad de rechazo, sin argumentaciones legales de peso, obvió todo el procedimiento establecido para el rechazo del contrato, que es lo que estaba vigente en ese momento de la contratación, y es que, como ya lo hemos advertido en una ocasión no es válida la aplicación de normas correspondiente a etapas que anteceden en los proceso de selección de contratistas, ya que si nos apoyamos en el capítulo "IX Contratos" de la norma de contratación pública, entonces veremos el tratamiento legal que se le debe dar los contratos.

Al identificar este acto que fue celebrado con omisión del procedimiento legal, corresponde a este Tribunal, declarar la nulidad de este acto, ya que atenta en general contra todo los principios y normas establecidos, para el buen desarrollo de las contrataciones públicas.

"Artículo 166. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad Ley 22 de 27 de junio de 2006 125 que carezca de competencia para adjudicar el acto público o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona".

Estimamos que lo procedente es anular todo lo actuado en el Acto Público de Selección de Contratistas No. 2022-0-07-0-04-CM-046306, producto de la Cotización en Línea No. 2022-0-07-0-04-CL-046110, sobre la base del artículo 244 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, que al tenor apunta a las facultades del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas:

"Artículo 244. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, o revocar restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o anular lo actuado por la entidad contratante".

6. Otras consideraciones para tener en cuenta.

En este apartado, queremos indicar algunas situaciones que esta Colegiatura no entró a valorar en el fondo, pero, eminentemente constituyen o tienen ápices de violaciones al proceso y atentan contra los principios de la Contratación pública, por falta de transparencia, Debido Proceso y responsabilidad de los funcionarios encargados de llevar a cabo este proceso, ya que se observan sendas irregularidades a lo largo de todo este proceso, entre las cuales mencionaremos de manera muy somera, las siguientes que se sustentan en lo sucesivo:

Una de las situaciones es que este acto fue adjudicado a un proveedor el cual ofrecía un precio, por encima del establecido como referencia, situación que atenta duramente contra la norma, ya que es claro que solamente existirán márgenes de



onerosidad en las licitaciones públicas y licitaciones para mejor, según las últimas modificaciones realizadas al decreto 439 de 2022, obteniendo entonces una propuesta que no es beneficiosa para el estado.

La presunción de la existencia de división de materia, con ello tenemos que indicar que se observa que para la fecha de 5 de diciembre de 2022, la Entidad contrató a la misma proveedora para que brindara el mismo servicio, pero en diferentes zonas del país, lo que nos llena de suspicacia es que al hacer la sumatoria de las dos ordenes de compra, las mismas sobrepasan los B/.10,000.00 y bien es sabido que cuanto la adquisición de un servicio o bien sobrepasa esa cifra debe ser desarrollado bajo los parámetros de un acto público, es más, claramente la actividad a desarrollar es en provincias diferentes, no obstante, los actos públicos de compra menor tienen la distinción de poder ser adjudicados por renglón².

Siendo así pareciera que, esta Entidad trato de evadir el procedimiento legal establecido para las compras menores que sobrepasan los B/. 10,000.00 situación que a su vez atenta igualmente contra los principios de la contratación pública 8 (Debido Proceso).

Por otro lado, podemos mencionar la falta de motivación que existe en la Resolución 1265 de 2 de diciembre de 2022, es preciso recordar que todos los actos que emita una entidad pública deben tener sus atributos, es decir su motivación y objeto, sin embargo, en este señalado, vemos la carencia de estos atributos.

Otro de los puntos, es la vulneración del Principio de Publicidad, ya que las notas que sirven para entender de mejor manera el caso, es decir el expediente administrativo, fue subido al portal electrónico Panamá Compra, unos días después de interpuesto el recurso específicamente el 22 de diciembre de 2022, contra esto tenemos que decir que, cada actuación que haga la Entidad debe ser publicada al instante, ya que todas las actuaciones forman parte integral del expediente electrónico, no cumplir con esto es vulnerar de manera directa el principio de publicidad.

Estimamos oportuno realizar este apartado, para auscultar todo lo desarrollado por la Entidad en este acto público y con ello develar que existieron irregularidades y faltas al debido proceso en demasía, por lo que no se puede permitir que este acto surta sus efectos jurídicos, además de la nulidad que ya hemos señalado de pleno derecho que es la ejecución de la "Facultad de Rechazo" por la Entidad, dictada en contravención de la norma.

En conclusión, esta Colegiatura, se sustenta en la violación del debido proceso de la entidad al ejercer la acción de rechazo de la propuesta, para declarar de pleno derecho la nulidad del acto, ya que este es un acto dictado con prescindencia total del proceso, y debe ser anulado, tal como lo dispone la norma y la Constitución.

Por otro lado, en lo que concierne a la Fianza de Recurso de Impugnación, consignada por el recurrente, este Tribunal estima procedente su devolución, ya que no se ha observado temeridad en la actuación del recurrente con la interposición del recurso de impugnación.

² Ver en "Panamá Compra": acto público No. 2022-0-07-0-04-CM-046306, orden de compra No. 4800082409; y acto público No. 2022-0-07-0-06-CM-046289, orden de compra No. 4800082428.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes, de la Resolución No.1265 de 2 de diciembre de 2022, y por ende el Acto Público de Selección de Contratista 2022-07-0-04-CM-046306, producto de la Cotización en Línea No. 2022-0-07-0-04-CL-046110, por la celebración de actos con prescindencia total del Debido Proceso, según la parte motiva de este escrito.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación constituida en dinero en efectivo, por la suma de **SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO BALBOAS (B/.635.00)**, cantidad que representa el diez por ciento (10%) del monto de la contratación y cuya diligencia de consignación No.235-2022 del 09 de diciembre de 2022, reposa a folio 015 del expediente del Tribunal.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "Panamá Compra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente 292-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

