

, 8 de marzo de 1994.

Su Excelencia
MARCO A. ALARCON P.
Ministro de Educación ✓
E. S. D.

Señor Ministro:

Con todo respeto, tenemos a bien dar respuesta a la consulta que nos formulara, mediante nota N°DNAJ/523 de fecha 9 de noviembre de 1993.

En su consulta nos relata que el Ministerio de Educación, a través de la Unidad Ejecutora del Programa Educación BID, Fase III ha celebrado tres (3) Concursos de Precios, de cinco (5) proyectos del Programa MINEDUC-BID y que los mismos han resultado desiertos. Se desprende de ella igualmente, la necesidad de lograr la autorización del Ministro de Hacienda y Tesoro (prevista en el artículo 63 del Código Fiscal), para realizar la Contratación Directa y así llevar a cabo los proyectos diseñados. De esta situación, se motiva su consulta, por cuanto nos solicita "los criterios e interpretación del artículo 43 del Decreto N°33 de 3 de mayo de 1985, del Código Fiscal". En este sentido, nos plantea dos (2) interrogantes, a saber:

Primera Interrogante:

"¿El Ministerio de Hacienda y Tesoro está facultado para exigirle al Ministerio de Educación, como condición sine qua non la indicación del monto y empresa favorecida con la contratación directa; para la celebración de dicho acto?"

Segunda Interrogante:

¿Esta condición está fundamentada bajo algún precepto legal, o sólo se produce a efecto de una práctica administrativa en el Ministerio de Hacienda y Tesoro; ya que nuestra institución ha celebrado con la anuencia y aprobación del Consejo de Gabinete, este tipo de actos, sin

objetar medidas al respecto, obteniendo una escogencia satisfactoria, beneficiosa, con una rápida y diligente tramitación; tal como presentamos ejemplo en la Resolución de Gabinete N°561 de 22 de septiembre de 1993"

Exámen Legal: El artículo 42 del Decreto N°33 de 3 de mayo de 1985, determina en primer lugar que la Contratación Directa, solo proceda por vía de excepción; y en tal evento, no estaría sujeta a los procedimientos previos a la Licitación Pública, del Concurso de Precio ni de la Solicitud de Precio, según sea el caso. Por otra parte, esta disposición enumera utilizando el sistema de "numerus clausus" los casos en que tiene lugar la Contratación Directa.

En concordancia con la disposición citada, se encuentra el artículo 43 del mismo Decreto, que ordena para los casos de Contratación Directa (por vía de excepción) la exigencia de que la declaratoria de excepción que les da lugar, conste en acuerdo del Consejo de Gabinete, cuando por virtud del objeto del Contrato se requiera Licitación Pública.

Contempla también la norma 43 referida, en su segundo párrafo que la excepción a los Concursos de Precios o Solicitudes de Precio requiere la autorización del Ministerio de Hacienda y Tesoro, mediante resolución debidamente motivada y firmada por el Ministro.

En cuanto a sus interrogantes, podemos afirmar que por disposición expresa de la Ley (artículo 43) el Ministro de Hacienda y Tesoro, está facultado para autorizar la excepción del acto público de Concurso de Precio. Del texto de esta norma legal se infiere que para proceder a esta aprobación, este funcionario tiene no solo el derecho, sino el deber de conocer el monto o precio a pagar y la empresa con quien se vaya a contratar para ejecutar la obra, realizar el suministro o llevar a cabo el servicio.

En principio los actos públicos de Licitación, Concurso de Precio y Solicitud de Precio, tienen entre otras diferencias, una fundamental y es la cuantía a la que acceden. Si la misma supera la suma de Ciento Cincuenta Mil Balboas (B/.150,000.00) se celebrará Licitación Pública; cuando hayan de producir un ingreso o gasto total mayor de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00) se realizará mediante Concurso de Precio y cuando no procedan cualquiera de estos actos públicos, se llevará a cabo mediante Solicitud de Precio.

La experiencia que nos relata en su consulta con respecto a la Resolución de Gabinete N°561 de 22 de septiembre de 1993, presentó claramente otra motivación, al tener que exceptuarse

al acto público de Licitación por haber urgencia evidente; fundamentada en los artículos 58, numeral 4 y 59 del Código Fiscal.

La reserva que impone el Artículo 43 del Decreto N°33 de 1985 reglamentario de las Licitaciones Públicas, Concurso y Solicitud de Precios, al conceder facultad al Ministerio de Hacienda y Tesoro en su párrafo Segundo para autorizar la contratación directa, debe entenderse que no se trata de la simple orden a la autoridad para que proceda en forma ilimitada o sin condicionamiento a esas contrataciones directas, por cuanto que esa contratación que otorga tanto el Consejo de Gabinete en los casos de Licitación Pública y el Ministerio de Hacienda y Tesoro cuando se trata de Concursos y Solicitudes de Precios, en realidad suplan el trámite de la Licitación y del Concurso y Solicitud de Precios, por lo que para otorgar esa autorización tanto el Consejo de Gabinete como el Ministerio de Hacienda y Tesoro, deben saber al menos, el monto a pagar y si la empresa escogida se dedica al rubro a que se refiere la licitación y su capacidad de cumplimiento para evitar contrataciones frustrantes y perjudiciales para el Estado.

Lamentamos no coincidir con su criterio, que posterga a la autorización del señor Ministro de Hacienda y Tesoro las gestiones necesarias que finalizan con la contratación; y es que precisamente el objeto que se persigue con estos actos de naturaleza pública viene a ser el de satisfacer una necesidad, que el propio Estado no pueda por alguna razón cubrir. Para ello se debe tener como norte el principio de honestidad, la decencia administrativa y la transparencia de quienes tengan el deber de actuar en su realización. El artículo 43 del Decreto N°33 de 1985 de igual manera se suma en su intención de cumplir estos propósitos, a aquellos que determinan la regla general para su realización.

Esperando haber dado respuesta a sus interrogantes, nos despedimos, atentamente,

LICDO. DONATILO BALLESTEROS S.
Procurador de la Administración.

7/nder.