

Panamá, 6 de octubre de 2000.

Doctor
ALEXIS PINZÓN
Viceministro de Salud.
E. S. D.

Señor Viceministro:

Dando cumplimiento a las funciones Constitucionales y legales asignadas a este Despacho por el Artículo 217, numeral 5 de la Constitución Política; 346, numeral 6; y, el Artículo 6, numeral 1, de la ¹Ley 38 de 31 de julio del 2000, que deroga el citado artículo 348 del Código Judicial, de **“servir de consejeros jurídicos a los servidores públicos administrativos”**, procedo a ofrecer con la premura solicitada opinión respecto a situación que expone la Nota 2702-DAL fechada 25 de septiembre del 2000, suscrita por el Viceministro encargado, y que concretamente, dice:

“El objeto de nuestra misiva, consiste en formularle consulta jurídica relacionada con competencia y funciones de la Contraloría General de la República en las Contrataciones Públicas.

La Contraloría General de la República, expidió la Circular No.103-Leg. De 24 de agosto de 2000, relativa a la valoración de las ofertas con porcentajes menores al precio oficial, en donde indica que algunas

¹ Gaceta Oficial No.24.109 de 2 de agosto de 2000.

Entidades Públicas no valoran las ofertas cuando están por debajo de un porcentaje del precio, poniendo como ejemplo el 15%, lo que en su criterio introducirla en los pliegos de cargo o aplicarla es ilegal y contra el interés público, por lo que sustentando su posición en interpretaciones legales, indica que esa entidad fiscalizadora no avalará ninguna adjudicación, ni refrendará Contratos en los cuales se haya aplicado dicha medida.

Nuestra consulta está orientada a conocer su opinión legal sobre la competencia y funciones de la Contraloría en las Contrataciones Públicas, cuál es el límite a su función fiscalizadora y si la misma llega a poder entrar a dilucidar por ejemplo, la ponderación del precio oficial, tal cual lo hace en la Circular citada, de la cual se adjunta una copia. ¿No correspondería en todo caso establecer estos parámetros al Ministerio de Economía y Finanzas?. De igual forma nos gustaría aclarara su concepto, sobre el hecho de que de no observarse los criterios de la Contraloría en este punto, hasta dónde sería factible jurídicamente, pudiera la Contraloría no refrendar estos Contratos, ...”

Analizaremos, lo solicitado atendiendo la normativa positiva y algunas fuentes de derecho.

- 1. A nivel Constitucional.** La Contraloría General de la República es una entidad creada e instituida constitucionalmente, con la responsabilidad de ejercer vigilancia fiscal en toda la administración pública. Así, el artículo 276, de esta norma suprema enumera taxativamente, las funciones que debe desarrollar este ente estatal para cumplir a cabalidad con las

funciones asignadas. A propósito del precepto mencionado, es oportuno citar en este punto al constitucionalista **Luis Fuentes Montenegro**, catedrático universitario, quien ha expresado: **“Las funciones de la Contraloría General de la República, evidencian un doble carácter el de un ente contable y el de vigilante de la gestión fiscal. Dichas funciones, a su vez, pueden ser agrupadas en cuatro grandes atribuciones: la de llevar el libro de la deuda pública, la supervisión de las cuentas del erario, la determinación de los métodos de contabilidad y la organización administrativa de la propia Contraloría.**

En esencia, tales se centran en la **revisión, confrontación y supervisión, mediante procedimientos contables, de las cuentas, pagos, transferencias, contratos y órdenes de las entidades públicas, para determinar si están conformes a las normas jurídicas pertinentes, a fin de poder otorgar o no, el respectivo refrendo. Pero esto, no significa en modo alguno, que la Contraloría General de la república o el Contralor, so pretexto de cumplir con la vigilancia fiscal de la administración, interfiera en las tareas administrativas de las otras instituciones públicas, pues desnaturalizaría sus deberes en virtud de las extralimitaciones”.** (Lo subrayado es de este Despacho) (**Fuentes Montenegro, Luis. Constitución Política de la República de Panamá. 1972. Titulada y Comentada. Panamá. 1997. Págs. 167-168**)

Hemos subrayado este último párrafo, para resaltar que en materia administrativa impera por mandamiento constitucional el principio de legalidad para los funcionarios públicos, quienes no pueden hacer más de lo que la Ley les permite.

2. A nivel Legal. Las funciones fiscalizadoras que la Constitución concede a la Contraloría General están debidamente desarrolladas en la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Artículos 1, 2, 11, 31, 37, 48, 55 y otros.

En virtud de ello, podemos decir que ciertamente, es atribución de la Contraloría General examinar, fiscalizar y mantener control efectivo sobre los fondos y bienes públicos. Asimismo, es indiscutible que el Contralor

General debe refrendar todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios. Esta función puede no ejercerse en aquellos casos en que la Contraloría justifique lo innecesario del trámite a través de una Resolución motivada.

En cuanto al tema consultado, en examen de las normas de la Ley 32, orgánica de la Contraloría General no hemos encontrado disposición que faculte a esta entidad a intervenir de manera directa en materias que por expreso mandamiento legal le son asignadas a otras instituciones estatales, como lo es la materia de las Contrataciones Pública.

Abundando un poco más observamos que el Estado, en su carácter de persona jurídica, actúa a través de órganos y entes que garantizan el cumplimiento de sus funciones específicas, de modo que con la promulgación de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, reglamentada a través del Decreto Ejecutivo No.18 de 25 de enero de 1996, se cumple el objetivo deseado de desburocratizar y descentralizar lo concerniente a las contrataciones públicas que frecuentemente tienen que cumplir las instituciones públicas. Atendiendo esta finalidad la Ley instituye al Ministerio de Economía y Finanzas como ente normativo y fiscalizador del sistema de Contrataciones Públicas, para coadyuvar en el mejoramiento de la prestación de servicios públicos a la comunidad en general, sin desatender las funciones de control fiscal que dada su naturaleza y funciones deba ejercer la Contraloría General de la República, pero dentro siempre del marco regulatorio que le señala la Ley.

En este sentido, la Ley 56 de 1995 ha sido clara al establecer que en materia de Contratación, las normas reguladoras del sistema son las normas constitucionales, la propia Ley 56, las normas reglamentarias que se dicten al efecto y las estipulaciones de los pliegos de cargos. (Cfr. Artículo 4 de la Ley 56/95).

A propósito del Pliegos de Cargos, en materia de contrataciones públicas, la Ley 56 ibídem, artículo 3, numeral 17, lo define como, **“el conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los**

términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato. El Pliego de Cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones." (Lo subrayado es de este Despacho).

Esta definición que recoge la Ley en relación con el pliego de cargos, evidentemente significa que este documento es el que contiene todas las condiciones que regularán la validez de los actos públicos a celebrarse. En él se recogen los derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección y ejecución del contrato. Incluso, el Ministerio de Economía y Finanzas como entidad reguladora del sistema, continuando con sus políticas desburocratizadoras y descentralizantes no interviene en la elaboración de este instrumento, ello corresponde a la entidad licitante a fin de que recoja plenamente sus necesidades, salvo que ésta tenga dudas sobre algún aspecto y considere oportuno someter el asunto a consulta, al ente rector. Luego entonces, es responsabilidad de la entidad licitante elaborar su pliego de cargos con las especificaciones técnicas, condiciones generales y especiales, referentes a la cosa objeto de la contratación, tal como lo establece el artículo 24 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Observamos que, conceptualmente conforme a la Ley, el Pliego de Cargos constituye la fuente principal de condiciones que deberán dirigir el objetivo de la Contratación, por lo que su cumplimiento, es obligatorio.

Doctrinalmente, se concibe el pliego de cargos de la siguiente manera: **"Las cláusulas del pliego de bases y condiciones constituyen normas de interés general y, por lo tanto, son obligatorias para todos, incluso para la propia administración; las propuestas deben coincidir con el pliego por ser éste la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes, al que debe acudir para resolver los problemas que se planteen.** (Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1997. Pág. 353.)

Como podemos apreciar, en otros sistemas el pliego de bases y condiciones que en Panamá denominamos pliego de cargos o formulario de propuesta, constituye la fuente de derechos y obligaciones, por tanto es de carácter obligatorio para las partes que en el acto intervienen, igual sucede en Panamá. De allí entonces, que deba aplicarse la metodología de ponderación contenida en él, tal como lo ha señalado la Dirección de Proveduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, de manera reiterada.

La Corte Suprema de Justicia máximo organismo encargado de administrar justicia, en casos similares al que ahora nos ocupa, respecto a las funciones de las entidades públicas ha sido consistente en expresar que en el derecho público rige el principio de legalidad de los actos que emita la administración y que las actuaciones de los funcionarios públicos debe ajustarse a lo que estrictamente establecen las leyes. En tal virtud, se ha referido a las atribuciones que debe desarrollar la Contraloría General y también a las funciones del Ministerio de Economía y Finanzas como ente regulador de las Contrataciones Públicas. En este orden, en reiterados fallos ha reconocido la delicada función que corresponde ejercer a este ente estatal, no obstante ha sido clara al puntualizar que ella debe ceñirse a lo establecido en la Ley, a modo de ilustración pasamos a citar tres (3) de las Sentencias mencionadas.

Así, en cuanto a las funciones de la Contraloría, en Sentencia de treinta (31) de octubre de 1996, en demanda de Plena Jurisdicción interpuesta ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo en donde intervino la Contraloría para ordenar al Registro Público la abstención de inscripción de un bien inmueble, esta superioridad expresó:

“El Tribunal conceptúa que la labor de la Contraloría General de la República en los casos en que considera que pueden afectarse los fondos del Estado debe seguir siendo adelantada en la manera correcta y eficiente en que se ha venido produciendo, pero que cualquier medida que se adopte se realice con fundamento en hechos y circunstancias probadas, para que no se

afecte el funcionamiento de otras instituciones, o a quienes de buena fe contratan con el Estado, como en el caso que nos ocupa, ..." (Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 31 de octubre de 1996. Reg. Jud. Octubre.1996. Pág. 430)

En la misma línea de pensamiento, en Sentencia de 2 de julio de 1999, el cuerpo colegiado de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, manifestó:

"Esta superioridad al analizar la actuación del Contralor General, señaló que el control fiscal que ejerce la Contraloría General debe ajustarse a lo previsto en el artículo 1 de la ley 93 de 1976, por lo que este control v debe ejercerse de manera razonable y compatible con el interés público. ..." (Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo. Demanda de Nulidad. Sentencia de 2 de Julio de 1999.)

Obviamente, se desprende de los extractos copiados que la Corte Suprema de Justicia, ha sido reiterativa al externar que la Contraloría General en ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, ha de sujetarse a las normas que regulan la materia tratada, lo que supone que este cuerpo colegiado procura el merecido respeto al principio de legalidad que rige en los actos de la administración.

Refiriéndose a materia de Contrataciones Públicas, este órgano colegiado ha externado:

"De la normativa sobre contratación pública se desprende que es obligación de las entidades contratantes obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos cumpliendo con las disposiciones

de la ley 56 de 1995, su reglamento y el pliego de cargos. (Artículo 9; ordinal 1.)

El artículo 48 por su parte, establece como una facultad de la entidad licitante el reservarse el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses. La facultad de rechazó según la citada norma, podrá ejercerla la entidad estatal siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo.

En nuestro ordenamiento positivo vigente las resoluciones administrativas quedan ejecutoriadas o en firme cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos legalmente establecidos (reconsideración y apelación); o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación. Al respecto confróntese los artículos 42 y 33 de la Ley 135 de 1943, en concordancia con el artículo 1243 del Código Fiscal y el artículo 45 de la Ley 56 de 1995." (Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo. Demanda de Plena Jurisdicción. Sentencia de nueve (9) de octubre de 1997).

3. **Criterio de este Despacho.** Tal como puede observarse tanto nuestro ordenamiento normativo como la jurisprudencia nacional han referirse a las instituciones estudiadas, de manera clara define sus funciones y atribuciones.

Por un lado, la Contraloría tiene el deber de ejercer todos los mecanismos de control para los que le faculta la Ley sobre los fondos y bienes públicos, pero esta fiscalización debe realizarse no sólo de manera razonable sino también ajustada a las normas legales que regulan la materia que se trate.

Por otro lado, en materia de Contratación, la Ley ha dispuesto claramente que el organismo rector del sistema es el Ministerio de Economía y Finanzas, conforme el artículo 7, de la Ley 56; y, 3 y 4 del Decreto Ejecutivo 18 de 1996, reglamentario de la Ley 56 citada. Ello, indica que la institución encargada de establecer y esclarecer los procedimientos relativos a esta materia es este Ministerio y no otra institución. De modo que como bien lo señala nuestro ordenamiento civil, cuando la materia tratada esté regulada por normas especiales que especifiquen su tratamiento se atenderán primordialmente éstas. La Ley 56 es la norma especial que regula todo lo relacionado a las Contrataciones Públicas, y en todo caso la norma aplicable en materia de contratación de modo supletorio sería el Código Fiscal, por lo que debe cumplirse lo establecido en ella. En ese sentido, tenerse claro que en materia de contratación no le es dable a la Contraloría General establecer pautas. Puede, establecer pautas en otros órdenes de la tramitación de las contrataciones, tal como sucedió en los procedimientos de contratos menores, en donde en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, se elaboró un trámite más expedito.

En atención a ello, podemos decir que las competencias de la Contraloría General están recogidas en la Ley 32 de 1984; en la que, como hemos dicho antes no existe norma que le faculte a entrar en cuestiones atinentes propiamente a las contrataciones como lo es la ponderación de los precios que han de proponerse en los actos públicos que se celebren y el pliego de cargos, por tratarse de materia inminentemente de contratación y sujeta por tanto a las directrices del Ente Rector (Ministerio de Economía y Finanzas).

En cuanto, a la factibilidad jurídica de que la Contraloría General no refrende los Contratos remitidos para su aprobación, ello es posible de acuerdo al artículo 48 de la Ley 32 que le otorga esa facultad, pero de cualquier modo, el asunto improbadado puede

someterse a conocimiento de otras instancias, como las autoridades superiores de la institución licitante, en donde si este organismo superior decide que el acto debe emitirse, la Contraloría deberá refrendarlo. Logrando si se quiere el refrendo requerido por insistencia, conforme lo establece la parte final del artículo 77 de la citada Ley 32. Puede, también llevarse el asunto antes de decidirse el fondo a la Sala Tercera para su conocimiento en consulta Contencioso Administrativa a objeto de que esta instancia superior se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del acto administrativo, como ha ocurrido en otras ocasiones, ejemplo de ello es la opinión de la Sala de fecha 14 de septiembre de 1998. (Cfr. *Registro Judicial. Septiembre. 1998. Pág. 330*).

De esta manera espero haber dado respuesta a lo solicitado, atentamente,

Original
Ejecuto

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMde F/16/hf.