

Panamá, 17 de febrero de 1983

Señor
Arquitecto
Edwin B. Fábrega,
Director General del Instituto
de Recursos Hidráulicos y Electrificación,
C. S. D.

Señor Director:

Aviso a usted recibo de su atenta Nota DAL-030-83, fechada el 24 de enero de 1983.

En ella me hace siete (7) preguntas relacionadas con el tema de las Licitaciones Públicas, tales como "los derechos que le asisten a los proponentes en una Licitación Pública frente a los actos que tengan lugar durante la celebración de la misma y que a juicio de éstos, sean injustos, no se ajusten a lo que establece el Código Fiscal, el Decreto 170 de 1960 o el Pliego de Cargos y Especificaciones y, que además, puedan originarles graves perjuicios".

Paso a resolverlas gustosamente, de acuerdo con mi leal saber y entender, previas las siguientes consideraciones.

En el artículo 238 de la Constitución Política se enuncia la licitación pública en esta forma:

"Artículo 238. 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 determina la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor bene-

2.-

ficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación."

En esta disposición se puede apreciar que el Constituyente se preocupó porque en las licitaciones se asegurara, además del mayor beneficio para el Estado, la plena justicia en la adjudicación.

A nivel legal las normas sobre licitaciones públicas se encuentran en el Capítulo IV, Título I, Libro I, del Código Fiscal y en el Decreto 170 de 1960 que lo reglamentó. Se desprende de estas normas, que las licitaciones son medios de los que se vale el Estado para celebrar algunos contratos con el fin de que todas las personas que quieran intervenir lo hagan como proponentes, sin privilegios para ninguna, escogiendo luego de cumplidas determinadas formalidades, la oferta que más convenga al Estado.

Ahora veamos las interrogantes que Ud. nos plantea:

Primera Pregunta: ¿"Qué acción o recurso cabe al proponente cuya propuesta haya sido rechazada de plano, ante quién debe presentar esa reclamación, en qué momento o dentro de que término?"

Respuesta: El artículo 47 del Código Fiscal establece las reglas que deben observarse en toda licitación pública, así:

"Artículo 47. En la celebración de la licitación se observarán las siguientes reglas:

1o. El acto se celebrará en el día, hora y lugar designados en los avisos;

2o. El Ministro respectivo o su Delegado declararán abierto el acto de la licitación, a la hora fijada y los licitadores entregarán personalmente o por medio de su representante los sobres cerrados que contengan sus propuestas.

Cada propuesta constará de dos sobres cerrados: uno que solamente contendrá la proposición ajustada al Pliego de Cargos, la Fianza Provisional, el Pazy Salvo y todos los demás requisitos y Documentos sujetos al Pliego de Cargo o Especificaciones, con exclusión

del precio, y el otro que contendrá únicamente el precio de la oferta.

El primer sobre se abrirá primero y de no ajustarse a los requisitos que establece la Ley, se rechazará la oferta y no se procederá a abrir ni hacer constancia del contenido del segundo sobre.

3o. Después de la hora fijada no se recibirán más propuestas.

A medida que se vayan recibiendo las propuestas se señalará cada una con la numeración correspondiente por el orden de presentación, y se dejarán sobre la mesa a la vista del público.

4o. Una vez entregados los pliegos no podrán devolverse por ningún motivo;

5o. Vencida la hora de que trata el Ordinal 2o., se abrirá el primer pliego presentado y se dará lectura, en altavoz, a la proposición que contenga. Sucesivamente se abrirán los otros sobres y se leerán las demás proposiciones por el orden de numeración que se les haya dado al presentarlos;

6o. Quien presida la licitación rechazará de plano, en el acto mismo de la apertura de los pliegos, las proposiciones que no fueren acompañadas de la fianza, las que no se ajusten al pliego de cargos, y las que contengan ofertas indeterminadas tales como la de ofrecer 'tal rebaja sobre la mejor postura', o 'tal mejora sobre la propuesta más ventajosa';

7o. Terminada la lectura de todas las proposiciones presentadas, quien presida el acto adjudicará provisionalmente el remate al autor de la proposición más ventajosa entre las admitidas;

8o. Si las ofertas más ventajosas fueren dos o más iguales, se decidirá la adjudicación provisional por medio del sorteo;

9o. Hecha la adjudicación provisional, se unirán al expediente de la licitación todas las proposiciones presentadas, incluso las que se hubiesen rechazado. Se unirán

también al expediente las fianzas provisionales, a menos que los licitadores vencidos o rechazados soliciten su devolución, entendiéndose que con esto renuncian a todo derecho de reclamación sobre la adjudicación definitiva del remate; y

10o. Todo lo que ocurra en el acto de la licitación se consignará por el Secretario en el acta de la subasta, en la que se hará constar necesariamente el número total de las proposiciones presentadas, con los precios y los nombres de los licitadores, con expresión de las admitidas y rechazadas, las causas por las cuales se haya dispuesto el rechazo, los licitadores que hayan solicitado la devolución de su fianza; las propuestas o reclamaciones que en cuanto a la infracción de las reglas de este Capítulo se hubiesen formulado, y la declaración respecto a la adjudicación provisional, o la de que la licitación se declaró desierta.

Esta acta la firmarán los funcionarios que intervinieron en la licitación y los licitadores."

Si observamos la regla contenida en el numeral 6 de este artículo veremos que hace alusión a las situaciones en que se puede rechazar de plano una propuesta. Iguales planteamientos se señalan en el artículo 39 del Decreto 170 de 1960.

Ahora bien, debemos tener en cuenta lo señalado en los numerales 9 y 10 del artículo 47. El primero, determina que "Hecha la adjudicación provisional, se unirán al expediente de la licitación todas las proposiciones presentadas, incluso las que se hubieran rechazado. Se unirán también al expediente las fianzas provisionales, a menos que los licitadores vencidos o rechazados soliciten su devolución, entendiéndose que con esto renuncian a todo derecho de reclamación sobre la adjudicación definitiva del remate". (El subrayado es mío). Por su parte el numeral 10, manifiesta que "Todo lo que ocurra en el acto de la licitación se consignará por el Secretario en el acta de la subasta, en la que se hará constar necesariamente el número total de las proposiciones presentadas, con los precios y los nombres de los licitadores, con expresión de las admitidas y las rechazadas, las causas por las cuales se haya

dispuesto el rechazo, los licitadores que hayan solicitado la devolución de su fianza; las protestas o reclamaciones que en cuanto a la infracción de las reglas de este Capítulo se hubiesen formulado, y la declaración respecto a la adjudicación provisional, o la de que la licitación se declaró desierta. Esta acta la firmaran los funcionarios que intervinieron en la licitación y los licitadores". (El subrayado es mío)

Interpretamos estos numerales en el sentido de que es en el acto de la licitación en que se deberán hacer las reclamaciones, lo cual hará constar el Secretario en el acta respectiva para que se tomen en cuenta y se analicen al hacerse la adjudicación definitiva.

De acuerdo con el numeral 7 del mismo artículo 47, quien preside la licitación sólo puede hacer la adjudicación provisional, susceptible de ser negada posteriormente en la adjudicación definitiva.

Así, pues, el proponente cuya oferta le haya sido rechazada de plano deberá en el mismo acto de la licitación presentar su protesta o reclamación ante el funcionario que preside la licitación. Por lo tanto, esa protesta o reclamación va dirigida en contra de la adjudicación provisional a fin de que la misma sean tomadas en consideración y se analicen al hacerse la adjudicación definitiva.

Segunda pregunta: "En qué momento o dentro de qué término debe resolver el funcionario competente el recurso o acción, si es que cabe alguno?"

Respuesta: La Junta Directiva del IRHE debe resolver sobre las protestas a que nos hemos referido al momento de decidir sobre la adjudicación definitiva.

Tercera pregunta: ¿qué funcionario debe pronunciarse o resolver sobre las protestas o reclamaciones que, según el acta, algún participante o proponente haya formulado en cuanto a la infracción de las reglas que señala el Código Fiscal respecto a la celebración de las Licitaciones Públicas y en qué momento o dentro de qué término debe darse esa pronunciamiento o resolución?"

Respuesta: Tal como se expuso al contestar la primera pregunta, el funcionario u organismo que hace la adjudicación definitiva es el que debe pronunciarse sobre las protestas o reclamaciones, siempre y cuando, las mismas consten en el acta de la subasta. En el caso que nos ocupa el organismo competente para ello, lo sería la Junta Directiva del IRHE.

Sobre este tópico veamos lo que nos comenta la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 29 de mayo de 1962.:

“Cuando una adjudicación provisional se encuentra ante el funcionario que ha de hacer la adjudicación definitiva tiene éste la facultad de revisar toda la actuación relativa a la licitación en cuestión y hacer la adjudicación definitiva según los mejores intereses del Estado, inclusive tiene la obligación de rechazar propuestas que en su concepto no llenan las exigencias de la licitación aunque hubiesen sido aceptadas y adjudicadas provisionalmente por el funcionario que presidió la licitación.

De no ser ello así, no tendría ningún objeto las dos etapas que establece nuestro Código Fiscal o sea la provisional y la definitiva.” (Demanda interpuesta por el Ldo. Humberto Ricord, en representación de la Compañía Rodríguez, S.A. V. Rep. Jurídico No. 5 de 1962, pág. 242).

Con relación al término en que la Junta Directiva del IRHE debe pronunciarse sobre esas reclamaciones nos remitimos a lo expresado en la segunda pregunta.

Cuarta pregunta: ¿“El sólo hecho de haber dejado constancia en acta de las protestas o reclamaciones antes mencionadas obliga a un pronunciamiento de parte del funcionario competente o, de lo contrario, es preciso, que se formalicen o sustenten dichas protestas o reclamaciones, y en este último caso, cuáles serían las normas de procedimiento aplicables?”

Respuesta: Los proponentes en una licitación pública, con base en lo dispuesto en la regla No.10 del artículo 47 del Código Fiscal, pueden presentar sus protestas o reclamaciones en el acto de la licitación y el secretario debe consignar las mismas en el acta de la subasta.

Ahora bien, el solo hecho de haberse dejado constancia en la mencionada acta de las protestas y reclamaciones obliga a que el funcionario u organismo competente las tome en cuenta y las analice antes de hacer la adjudicación definitiva.

Además en el Código Fiscal no se exige ningún procedimiento especial para que los proponentes formalicen o sustenten dicha reclamaciones.

La segunda parte de su consulta expresa lo siguiente:

"Partiendo de un supuesto distinto en que el funcionario que preside una licitación acepta todas las propuestas presentadas y procede a hacer la adjudicación provisional a alguna de ellas, sin que se haya hecho constar en acta, protestas o reclamaciones, se hace necesario solicitarle a usted nos absuelva las siguientes interrogantes."

1. ¿Le asiste o no derecho a los proponentes para interponer algún recurso o acción en contra de la oferta que fué favorecida con la adjudicación provisional o en contra de cualquiera de las otras ofertas aceptadas, con la finalidad de que sean descalificadas y no se tomen en cuenta para los efectos de la evaluación y consiguientemente para la adjudicación definitiva.?"

Respuesta: Con fundamento en lo señalado en la regla No.10 del artículo 47 del Código Fiscal, los proponentes en una licitación pública únicamente pueden presentar protestas o reclamaciones en el acto de licitación contra la adjudicación provisional con la finalidad de que las mismas se estudien y analicen al hacerse la adjudicación definitiva.

8.-

2.¿De ser afirmativa la interrogante arriba planteada, cuál es el recurso o acción que cabe interponer, a qué funcionario debe dirigirse, dentro de qué término debe formalizarse y por qué normas de procedimiento debe sustanciarse la resolución del recurso o acción?"

Respuesta: Lo expuesto precedentemente da lugar a que no entremos a analizar esta pregunta.

3. "si a pesar de ser el IRHE una institución autónoma del Estado, al tenor de lo dispuesto en la Ley No.37 de 1961, subrogada por el Decreto de Gabinete No. 235 de 1969, debe ceñirse a lo establecido en el Código Fiscal cuando señala que las Licitaciones Públicas y los Concursos de Precios deben ser presididos por un funcionario delegado por el Ministro de Hacienda y Tesoro."

Respuesta: Antes de entrar al estudio de esta pregunta se permite hacer ciertas consideraciones relacionadas con el tema de la autonomía de que gozan ciertos entes estatales en nuestro país.

Tal como se señala en el artículo 1 del Decreto de Gabinete No. 235 de 1969 el IRHE tiene personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen interior, según disponga la Ley. Es, pues, una entidad descentralizada, autónoma en lo administrativo y en lo económico.

Como ya hemos tenido oportunidad de expresar la descentralización es una consecuencia del aumento de la actividad de la Administración Pública, con la gran multiplicidad de servicios que debe prestar, lo cual obliga a dividir el trabajo y encargar servicios específicos a determinados entes públicos creados al efecto.

Tal como lo advierte Bullrich, "La descentralización es un fenómeno que se ha desarrollado con el incremento enorme que ha tomado la Administración en los últimos tiempos especialmente en el último cuarto de siglo. Anteriormente los problemas diarios del Estado, fueran de gobierno o de administración, podían ser encargados y resueltos por los gobernantes con relativa

facilidad, pero el desarrollo extraordinario de las facultades del Estado y su extensión a materias y campos no imaginados o sea la multiplicación también extraordinaria de los servicios, ha hecho que sea imposible para los gobernantes-presidentes, jefes de gobierno, ministros, poder apreciarlos en debida forma; sólo pueden limitarse a dar directivas muy generales. Esos hechos han obligado a una división de trabajo que se obtiene (por la descentralización." (Cfr. RODOLFO BULLRICH. "Principios Generales de Derecho Administrativo". Buenos Aires, 1942, pág. 169).

Es decir, que por su índole, no pueden los entes descentralizados concebirse como organismos desvinculados del resto de la Administración, sino más bien relacionados con ésta en "necesaria armonía con los planes y programas políticos y económicos del Estado", según expresiones de Bustorgio y Mauricio Sarría. (Cfr. "Derecho Administrativo", Bogotá, 1974. pág. 203)

Pero la denominación que se le ha dado a estas entidades no corresponde a su verdadero contenido, por lo cual se producen confusiones. En la doctrina se ha considerado tan inadecuada esta denominación que algunos autores han recomendado su cambio por la palabra autarquía.

Bullrich aconseja que "Es necesario no confundir los términos de autonomía y autarquía, porque expresan conceptos diferentes. Atendiendo a su etimología, autonomía significa derecho de darse leyes así mismo, en tanto autarquía significa el derecho de administrarse a sí mismo, en base a las leyes que dicta otra entidad". (Cfr. ob. cit. págs. 170-171).

Sayagués Laso comenta que "Se ha objetado la utilización del vocablo autonomía considerándolo inadecuado y en su sustitución se ha propiciado el uso de la palabra autarquía. Se aduce que autonomía quiere decir 'dictarse sus normas propias' y eso solamente ocurre cuando el ente se da sus propias leyes, es decir, cuando existe a la vez descentralización administrativa y legislativa". (Cfr. Enrique Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1963, pág.252)

Pero este mismo autor, seguidamente, expone que la palabra autarquía tampoco se ajusta exactamente a lo que es la descentralización, porque dicha expresión significa "gobierno propio y que ante la impropiedad de ambos términos, considerados en funciones de su respectivas etimologías, hay que prescindir de los orígenes y estar a su significado actual". (ibidem. pág. 252)

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en fallo del Pleno de 25 de junio de 1962, expuso en demanda de inconstitucionalidad presentada por el Director de la Caja de Seguro Social, que "La autarquía administrativa, llamada también institucional, que en nuestro ordenamiento jurídico se denomina autonomía, no es más que la descentralización de determinados servicios que al Estado tiene el deber de prestar y presta, en efecto, con miras a una mayor eficacia, por medio de los entes descentralizados. Entes que, no obstante la denominación de autónomos o semiautónomos, que erradamente se les da en nuestro ordenamiento jurídico forman necesariamente parte integrante del Estado, cuya unidad (artículo 10. de la C. N.), no puede sufrir menoscabo por la existencia de tales entes, como no lo padece la soberanía porque ella se ejercita, según sea el caso, por cada uno de los tres órganos que integran la organización estatal".

La Caja de Seguro Social, no obstante su autonomía, es parte integrante del Estado, sujeta a la Ley Fundamental y a la que le dió existencia. (Cfr. en "Jurisprudencia Constitucional", Universidad de Panamá. 1967, pág. 410)

Luego de lo expuesto consideramos que las licitaciones públicas que se celebren en el IRHE deben ser presididas por el Ministro de Hacienda y Tesoro o por el servidor público de dicho Ministerio en quien se delegue esa función. Este criterio encuentra su acidero jurídico en lo señalado en el artículo 29 del Código Fiscal, el cual nos dice:

"Artículo 29. Los contratos que celebre el Estado para toda clase de compras, ventas, arrendamientos, obras y servicios y en general todos aquellos que hayan de producir egresos e ingresos en sus fondos que excedan de ciento cincuenta mil Balboas (\$ 150,000.00) se celebrará previa Licitación Pública que se verificará bajo la pr"

presidencia del Ministro de Hacienda y Tesoro o del servidor público de dicho Ministerio en quien se delegue. En los casos del Artículo 22, presidirá la Licitación el Ministro que debe presidir la Licitación y que podrá delegar esta función en otro servidor público del Ministerio respectivo.

La Licitación se verificará siempre por medio de pliegos cerrados y las propuestas se sujetarán a las disposiciones de este Capítulo. Se exceptúan de las formalidades de Licitación los Contratos que se enumeran en el Artículo 58 de este Código."

El artículo transcrito que establece que los contratos que celebre el Estado, y para los cuales se requiera previa licitación pública, se verificarán bajo la presidencia del Ministro de Hacienda y Tesoro o del funcionario de dicho Ministerio en quien se delegue, con excepción de los casos que prevé el artículo 22 del mismo Código, recoge el principio general de que la competencia de ese Ministerio es la inherente a la custodia del patrimonio, rentas y gastos del Estado.

Al desarrollar el procedimiento a seguir en los artículos subsiguientes de la misma excerta, sobre la celebración de los contratos y licitaciones públicas, se menciona insistentemente la intervención del "Ministro respectivo", en cada caso, en razón de las necesidades de cada uno de los Ministerios en cuanto al objeto de la contratación.

Ahora bien, el Decreto Ejecutivo No. 170, de 2 de septiembre de 1960, establece las pautas que la ley señaló para su debida aplicación y, con esa finalidad en su artículo primero prescribió que tanto el Ministro de Hacienda y Tesoro u otro Ministro está facultado para presidir la licitación personalmente, o por medio de su delegado.

Por otro lado, el contexto del artículo 42, inciso primero del Decreto No. 170 de 2 de septiembre de 1960, está ceñido al artículo de la Ley que reglamenta o sea el artículo 50 del Código Fiscal que reza así:

"Artículo 50. El Ministro respectivo, al considerar que se ha cumplido las formalidades de este Capítulo, por Resolución motivada hará la adjudicación definitiva."

Como se puede apreciar de la relación que hemos hecho, el rígido principio contenido en el artículo 29 del Código Fiscal se refiere, en relación con el caso que se nos ofrece, a la precisa designación del funcionario que debe presidir la licitación pública, pero no en lo referente a hacer las adjudicaciones definitivas.

Comovemos, pues, el artículo 29 del Código Fiscal es terminante al señalar que toda licitación pública debe ser presidida por el Ministro de Hacienda y Tesoro o por el funcionario de dicho Ministerio en quien se delegue esa función. La única excepción a este principio es lo dispuesto en el artículo 22 *ibidem*.

Consideramos que, a pesar de que el IRHE goza de autonomía debe acatar lo señalado en el artículo 29 del Código Fiscal.

En esta forma espero haber abuelto debidamente su interesante consulta.

De usted, atentamente,

Ldo. Carlos Pérez Castrellón
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION