

Panamá, 27 de febrero de 1997.

Licenciada

**ITZEL E. SOLIS**

Jefa del Departamento de Proveeduría  
y Compras de la Policía Nacional.

E. S. D.

Licenciada Solis:

Hemos recibido, el día lunes tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997), su comunicación identificada AL-252-97, fechada treinta (30) de enero de este mismo año, mediante la cual consulta nuestra opinión jurídico-legal en torno a una situación de matices precontractuales.

Se informa que el Ministerio de Hacienda y Tesoro se permite sugerirle a su despacho, el Departamento de Proveeduría de la Policía Nacional, (en lo sucesivo Proveeduría) que, tenga a bien dejar sin efectos legales el ~~acto~~ precontractual identificado como la Solicitud de Precio No.097 de veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, celebrado por Proveeduría y la empresa Jimmy, S.A. Se fundamenta esta petición en que, se produjeron en el procedimiento concursal algunas irregularidades insubsanables. Y por tanto, sugiere el Director General, a.i., de la Dirección General de Proveeduría y Gastos de ese ministerio que, se realice un nuevo acto con un pliego de cargos que contemple los parámetros y puntuaciones que deben cumplir los proponentes.

**I.- Criterio de la Asesoría legal del Ministerio de Gobierno y Justicia.**

Según parece, su preocupación por tales recomendaciones del señor Alexis Zuleta, Director General de la Dirección de Proveeduría del Ministerio de Hacienda y Tesoro, la han llevado a consultarle al Licenciado Modesto Justiniani, Asesor Legal del "Ministerio de Gobierno y Justicia", los pasos a seguir y el apego a derecho de esas consideraciones del "Ministerio de Hacienda".

En su respuesta, el Abogado Consultor del "Ministerio de Gobierno", el Licenciado Modesto Justiniani, plantea lo siguiente:

"Salvo mejor criterio esas funciones (se refiere a las funciones y competencias del Ministerio de Hacienda en la precontratación pública) debe ejercerlas el Ministro de Hacienda y Tesoro antes de que se dicte el acto de adjudicación; una vez que es dictado queda sometido al examen por vía gubernativa.

(...)

Dentro de la sana lógica jurídica no puede concebirse que el artículo 7 de la Ley 56 de 1995 faculte a un funcionario del Ministerio de Hacienda y Tesoro para recomendar a una institución que se decrete la nulidad absoluta de todo lo actuado, en un acto que se encuentra en segunda instancia, en razón de haberse interpuesto los recursos de reconsideración con apelación en subsidio".

Se puede pues inferir que, para la Asesoría Legal de su Ministerio, las recomendaciones del licenciado Alexis Zuleta, en su calidad de funcionario del "Ministerio de Hacienda", son jurídicamente impropias e improcedentes, esto habida cuenta de lo avanzado del procedimiento precontractual y de la tramitación del procedimiento impugnativo gubernativo.

Entendemos pues que para al Ente Activo de la Administración: La Policía Nacional, es importante tener claro si es correcto que se acoja la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta y en consecuencia una nueva Solicitud de Precio, cuando el expediente principal no está en sus manos o responsabilidad, sino del "Ministerio de Gobierno y Justicia".

Por otra parte, en el "Ministerio de Gobierno y Justicia se pondera el hecho de que, el "Ministerio de Hacienda y Tesoro" sea competente para hacer ese tipo de recomendaciones, a la Policía Nacional, luego de que la vía gubernativa ( el procedimiento recursivo) se haya aperturado. En igual forma se plantea la duda de que una dependencia pública, que no representa a la Institución misma, pueda hacer recomendaciones, como la declaratoria de nulidad absoluta de una Solicitud de Precios, a otra dependencia pública diferente.

## II.- Nuestra Opinión Jurídica.

De lo hasta aquí expresado se colige que, en el centro de la presente situación de derecho, se encuentran planteadas estas dos temáticas:

- 1.- Las facultades precontractuales del Departamento de Proveduría y Gastos del "Ministerio de Hacienda y Tesoro", y
- 2.- Los efectos procesales del recurso de apelación en la vía gubernativa-precontractual.

## A.- **El papel del Ministerio de Hacienda y Tesoro en la Precontratación Pública.**

Desde nuestro punto de vista si bien, el Departamento de Proveduría y Gastos, del "Ministerio de Hacienda y Tesoro", no representa legalmente a esta Secretaría de Estado, bien se puede decir que, por ser el Ente especializado en los asuntos licitatorios y precontractuales, está perfectamente facultado para actuar, en nombre del referenciado Ministerio, para hacer las recomendaciones y solicitudes a las que alude el artículo 7 de la Ley 56 de 1995. Es decir, tomemos pues a la Dirección de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda, como el ente responsable, por su especialidad, de las competencias descritas en el artículo 7 de la Ley de Contratación Pública.

El Ministerio de hacienda es el Ente Fiscalizador y Saneador del procedimiento de selección de contratistas.

Según se deduce de lo dispuesto en el contexto de la Ley de Contratación Pública, le compete al "Ministerio de Hacienda y Tesoro" ser el rector y participante obligado en todos los actos de selección de contratista. Esto se colige de la redacción de los artículos 13 y 40 de la ley 56 de 1995; y en los artículos 3 y 4 del Decreto Ejecutivo 18 de 25 de enero de 1996. Veamos:

**"Artículo 13. Competencia para presidir actos de selección de contratistas.**

La competencia para presidir los procedimientos de selección de contratistas recae en el representante de la entidad que convoca el acto público correspondiente, o en el servidor público en quien se delegue esta función. Podrán participar en dicho acto un representante del Ministerio de Hacienda y Tesoro y otro de la Contraloría General de la República".

**Artículo 40. Celebración de la licitación pública y solicitud de precios**

En la celebración de las licitaciones públicas y solicitudes de precios, se observarán las siguientes reglas:

(...)

7. Terminada la lectura de las propuestas, válidas y rechazadas, quien presida el acto levantará un acta en la que se dejará constancia de todas las propuestas admitidas, en el orden en que hayan sido presentadas, con expresión del precio propuesto, el nombre de los participantes, las admitidas y las rechazadas, los participantes que hayan solicitado la

4

devolución de las propuestas, el nombre y el cargo que ejercen los funcionarios que hayan participado en el acto, así como el de los participantes que hayan intervenido en representación de los proponentes, los recursos de reconsideración y las quejas o incidencias ocurridas en el desarrollo del acto.

El acta la firmarán todos los funcionarios y participantes en el acto. Cuando algún licitante se negara firmar o se haya retirado del acto sin firmar, se dejará constancia de ello en el acta.

(...)

9. La entidad licitante, en coordinación con el Ministerio de Hacienda atenderá las quejas que se presenten por los proponentes, ejercerá su facultad saneadora del procedimiento y dejará constancia de toda la actuación en el expediente. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.

(...)"

"Artículo 3. La presente reglamentación regirá para todas las instituciones del Gobierno Central, las Decentralizadas, Municipales y otros organismos del Sector Público.

El Ministerio de Hacienda y Tesoro como responsable de la administración del sistema, es el organismo central rector del mismo, por lo que expresará y promulgará las políticas y normas para el desarrollo e interpretación de este Decreto que servirán como guía general para el adecuado funcionamiento de los procedimientos del sistema previsto".

"Artículo 4. El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada por las entidades contratantes. El Ministerio de Hacienda y Tesoro, no obstante, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control fiscal que debe ejercer la Contraloría General de la República".

Per otra parte, se deja ver en el artículo 5 de la Ley 56 de 1995 que, si bien el Ministerio de Hacienda participa y fiscaliza la precontratación pública, no forma parte en la

contratación en sí. Esto es así por una razón elemental: el sistema de contratación pública debe ser realizado de forma descentralizada por las entidades contratantes.

A pesar de lo antedicho, antes del contrato en sí, el premencionado Ministerio tiene gran relevancia o sea, durante la época de la selección del contratista. Es en el precontrato u actos previos al contrato, donde se le da amplias y especiales facultades al Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Así tenemos, por ejemplo las siguientes competencias adscritas por el artículo 7 de la mentada ley de contratación pública :

#### Artículo 7. Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro

El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada por las entidades contratantes. El Ministerio de Hacienda y Tesoro, no obstante, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control fiscal que deba ejercer la Contraloría General de la República.

En consecuencia, corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro:

1. Elaborar las especificaciones o ~~condiciones~~ condiciones generales que sirvan de base a todos los procedimientos de selección de contratistas.
2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando
3. Intervenir en la atención de las quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el expediente del acto público de que se trate.
4. Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratista que hayan sido omitidos, u ordenar la corrección o el cese de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.

5. Elaborar instructivos y reglas para el correcto desenvolvimiento y regularidad de los procedimientos de selección de contratistas, que regula la presente Ley.”

A modo de interpretación de este artículo, se colige, como hemos dicho que, la actuación hacendaria se debe desplegar, por regla general, durante el desarrollo del procedimiento de escogencia del contratista.

No obstante lo anterior, a modo excepcional, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 7, el “Ministerio de Hacienda y Tesoro” puede:

- 1.- **Ordenar la realización de los trámites omitidos y ordenados por la ley,**
- 2.- **Ordenar que se corrijan los tramites realizados en contra de esa ley, y**
- 3.- **Ordenar el cese de los que se estén realizando en contravención a ese estatuto convencional de carácter público.**

En la primera y tercera responsabilidades inmediatamente enumeradas, se puede ver que se trata de una competencia que se ha de ejercer, durante el periodo de selección del contratista. O sea, antes de la contratación en sí.

En cuanto a la orden de corregir los tramites surtidos en desmedro de la ley contractual, es de notar que esta es sin lugar a dudas, una forma especialísima de control y fiscalización, de este tipo de actos públicos, que equivale a una forma de verificación del recto y transparente acto precontractual. Luego se puede decir que, sin que sea una forma de anulación de lo actuado, si es un medio de sanear la actuación público-contractual.

Ahora bien, se debe pensar que esa orden de saneamiento, ha de ser dirigida al Ente Activo de la Administración y que éste, al ser el que preside la precontratación acogerá o no la orden, habida cuenta de que los incumplimientos a la ley de contratación, están bajo su exclusiva responsabilidad. Esto según lo preestablecido en el numeral 5 del artículo 18 de la tantas veces mencionada Ley de Contratación Pública. Además de que luego de la adjudicación no proceden, según lo dispone el numeral 8 del artículo 17, más aprobaciones o revisiones administrativas, de cualquier clase:

“Artículo 18. ...5. La responsabilidad por la dirección y manejo del proceso de selección y la actividad contractual, será del jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegar en otras personas sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden al Ministerio de Hacienda y Tesoro.”

“Artículo 17.(...)

...8. El acto de adjudicación del contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a

7

cualquiera otra clase de exigencias o requisitos diferentes a los previstos en esta Ley y demás disposiciones aplicables."

Por lo expresado, digamos que si la adjudicación ya se ha realizado y el "Ministerio de Hacienda y Tesoro" ha ordenado la corrección de uno de los trámites precontractuales, lo correcto sería que se haga la investigación pertinente y de comprobarse el incumplimiento de la ley, verbigracia, que uno de los contratistas no haya cumplido con algún requisito de ley, se proceda a darle diez días para que subsane dicho incumpliendo, según lo ordenado en los artículos 64 y 65 de la Ley 56; y en todo caso a que se trate de convalidar dicho proceder irregular.

A modo de reivindicación conceptual a este respecto digamos que, la Dirección de Proveduría y Gastos del "Ministerio de Hacienda y Tesoro", si bien puede y debe hacer las recomendaciones de corrección del trámite irregular en la precontratación, **no puede ordenar ni pedir la nulidad de todo lo actuado, habida cuenta de no estar suficientemente legitimado y autorizado por la ley.** Lo primero se desprende de lo planteado a nivel normativo por el artículo 61 de la Ley 56, y lo segundo, de todo lo antedicho.

#### **"artículo 61. Causales de nulidad relativa**

Las demás infracciones al ordenamiento jurídico serán meramente anulables, a petición de quien tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado, dentro de los términos que, para la impugnación de actos administrativos, establecen las leyes de procedimiento fiscal, transcurridos los cuales se entenderán saneados."

Lo que es más importante aún, es que el mecanismo de fiscalización y control del "Ministerio de Hacienda", estudiado, tiene la enorme virtud de tender al fiel cumplimiento de la Ley 56 de 1995 y sobre todo, a la realización de los principios de responsabilidad, transparencia, igualdad y de economía. Todos esto para lograr que se cumpla con el fin querido por la Entidad Pública y el logro del Interés Público.

Apreciamos que es viable y prudente, lo realizado por la Dirección de Proveduría del Ministerio de Hacienda, ya que, se nota que está vigilante de lo actuado por los Entes Públicos, en el sentido de que se cumplan con una serie de recaudos y procedimientos impuestos en cada caso, como valedores opuestos a las posibles desviaciones, voluntarias o involuntarias, de los funcionarios.

En este sentido, creemos que no debe obviarse el hecho de que, lo importante es que nunca se pierda de vista que lo que realmente interesa no es el cumplimiento regularmente cumplido, sino que ese contratado sea el que verdaderamente mejor convenga a la Administración y al Interés Público. En otros términos, el que mejores condiciones brinde al objeto que se desea alcanzar con la contratación pública.

Es por este fin que, en la contratación gubernativa el principio de continuidad obliga que, en el caso de subsistir dudas respecto de si una situación contractual justifica o no la interrupción de las prestaciones, la decisión siempre deba ser a favor de la continuidad del procedimiento, con los respectivos ajustes y mecanismos saneadores. Sobre esto dicen los numerales 3 y 4 del artículo 17 de la Ley 56 de 1995, lo siguiente:

"Artículo 17. (...)

...3 Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual para servir a los fines estatales, así como a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos, a fin de evitar dilatación y retardos en la ejecución del contrato."

### Conclusiones Particulares.

Para terminar somos de la opinión que si el contratista escogido por el Ente Activo de la Administración satisface realmente el interés público requerido, con mejores condiciones a favor de la Administración, se debe evitar acciones procedimentales que prolonguen imprevisiblemente en el tiempo, la ejecución del contrato.

Esto es así ya que, es siempre perjudicial para la Administración pública, el que se reabran y vuelvan a realizar actos de precontratación, cuando los primeros han podido ser subsanados o saneados.

En otro giro, es necesario que se tenga en cuenta que, previo a la declaratoria de un nuevo acto precontractual, es preferible que se sancione a el o los oferentes que no han cumplido con los recaudos de ley mínimos, antes de anular todo el proceso de precontrato. O sea, un estudio de justicia y de razonabilidad aconseja que, si uno de los oferentes no haya cumplido con los recaudos mínimos, sea el el que resulte perjudicado y no el resto de los oferentes.

Por eso, si se opta por la nulidad de todo el acto precontractual, se estaría innecesaria o injustificadamente perjudicando los intereses de los oferentes que quedaron clasificados en los orden preferencias subsiguientes.

Es más, si luego de un examen concienzudo, propio de toda autoridad responsable, se detecta que además de saludable, es necesario realizar un nuevo acto de precontratación (Solicitud de Precio) o, según lo solicita el "Ministerio de Hacienda y Tesoro", se debe motivar dicha decisión y darle traslado a los oferentes para que puedan hacer uso de los recursos y actos impugnativos de ley.



## B.- Los efectos precontractuales de la interposición del recurso de apelación, en la vía gubernativa.

Ya hemos dicho que otro de los interrogantes desprendidos de lo consultado, es el que dice relación a los efectos del recurso de apelación.

En este sentido digamos que, si el acto precontractual no ha involucrado la adjudicación definitiva de dicho acto de selección, la interposición de algún recurso gubernativo, no impide que la propia Administración revise su actuación.

"A CONTRARIIS", si ya se ha dado la adjudicación definitiva, y se interpone un recurso de apelación, el Ente Activo no puede hacer un nuevo examen de derecho, es decir luego del que ya realizó en la reconsideración, sino que debe esperar el que realice su Superior Jerárquico.

Esta afirmación se colige del sentido contrario de lo normado en los numerales trece (13) y quince (15) del artículo 17 de la Ley 56 de 1995. Veamos:

"Artículo 17. (...)

...13.- Si en el procedimiento de selección, quien convoque, presida los actos respectivos o elabore los contratos, advirtiere o se le advirtiere que se ha pretermitido algún requisito exigido por la ley, sin que contra tal acto se hubiere propuesto algún recurso por la vía gubernativa, deberá ordenar el cumplimiento del requisito omitido o la corrección de lo actuado. Efectuada la corrección, la tramitación continuará en la fase subsiguiente a la del acto corregido.

...  
15.- La entidad contratante ordenará la realización de trámites omitidos o la corrección de los realizados en contravención al ordenamiento jurídico, de oficio o a petición de parte interesada, si no se hubiese propuesto recurso por vía gubernativa".

Como se ve, si ya se ha traspasado el procedimiento de selección de contratista, dado que se ha adjudicado tal precontrato, y se apela de lo reconsiderado por el Ente Activo de la Administración, es jurídicamente imposible que se ejecute ningún otro acto distinto de la resolución que resuelve la apelación.

Es decir, la impugnación de un acto precontractual suspende la ejecución de éste, lo cual significa que, al no poder ejecutarse, es verdad que no se puede calificar su juridicidad, sino por el ente encargado: el Superior Jerárquico.

O sea, el que califica la juridicidad de lo actuado en el acto precontractual apelado, lo es, el Superior Jerárquico. En consecuencia, se debería esperar tal juicio jurídico para luego asumir la posición de anular o desestimar una o todas las propuestas. Aún más, esa

pretensión anulatoria ha debido ser puesta en conocimiento del Superior Jerárquico, para que al momento de fallar la apelación, éste armonice los intereses públicos con los de los oferentes.

En cuanto a los efectos de la interposición del recurso de apelación, en la ejecutoria de un precontrato, debemos señalar que, en nuestra opinión, tal recurso suspende la ejecutoria de cualesquier trámite precontractual. Por ello, la solicitud de anulación del precontrato, dirigida al Ente Activo de la Administración, por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, deviene en impracticable e improcedente.

En otros términos, no es sino cuando ya se haya fallado el recurso de apelación cuando, el Ente Responsable y el que preside la Solicitud de Precio, puede o no anular o anular el procedimiento precontractual. Claro está, bajo su única y exclusiva responsabilidad.

### C.-Conclusiones Generales.

Esta Procuraduría, se permite recordarle lo siguiente:

- 1.- Como quiera que en los procedimientos de selección de contratista, la Administración y los oferentes, ya se han empeñado en esfuerzos y recursos económicos, pensamos que en la medida de las posibilidades se estudie la forma de sanear los procedimientos.
- 2.- Dicha actuación saneadora o anuladora, debe ser desplegada luego del examen de Derecho que ha de hacerle el Superior Jerárquico, que conoce del Recurso de Apelación.
- 3.- Finalmente, es necesario que se sigan los lineamientos y recomendaciones del Ente Fiscalizador y Normalizado del sistema de selección de contratista, que en Panamá, lo es el "Ministerio de Hacienda y Tesoro", siempre respetando la letra y espíritu de la Ley.
- 4.- No obstante lo anterior, no debe olvidarse el Ente Activo de la Administración que nos consulta que, él es el único y exclusivo responsable de la buena y transparente marcha de cualquier acto de contratación o precontratación. Así las cosas, ustedes son los que toman la decisión que más concuerda al interés de la Administración, el cual no puede ser diferente, so pena de responsabilidad civil y penal, al interés público.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedamos de usted, atentamente

Anna Marinisgro de Fletcher  
Procuradora de la Administración.