

C-No.157

Panamá, 11 de julio de 2000.

Licenciado

JOAQUÍN E. CARRASQUILLA L.

Director de Contrataciones Públicas del

Ministerio de Economía y Finanzas

E. S. D.

Señor Director:

He recibido su solicitud de Consulta mediante Nota N°. 301-01-349-2000-DCP, fechada 21 de junio de 2000, a través de la cual nos pregunta respecto a las facultades otorgadas a la Dirección de Contrataciones Públicas por la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, artículo 106, numeral 7, en lo que atañe a la aplicación de la medida de inhabilitación, una vez se aplique el procedimiento de la resolución administrativa del contrato por parte de la entidad contratante.

Concretamente se consulta lo siguiente:

1. ¿Puede la Dirección de Contrataciones suspender o dejar sin efecto una Resolución de inhabilitación ya emitida y que no se encuentra ejecutoriada, al presentar la parte afectada pruebas ante esta instancia, de que la entidad contratante omitió el procedimiento establecido en el artículo artículo 106 de la Ley N°56 de 1995; y en consecuencia poder ordenar a la entidad contratante en base a lo anterior a que corrija el trámite realizado en contravención a la Ley en la etapa contractual?

2. ¿Puede la Dirección de Contrataciones Públicas solicitar los expedientes contentivos de los diferentes actos de selección de contratistas rescindidos por la entidad contratante para revisar el procedimiento de la Resolución Administrativa de los contratos y verificar si se han omitido los requisitos del procedimiento establecido en el artículo 106 de la Ley N°56 de 1995, y ordenarle que corrijan lo actuado o que realicen el saneamiento administrativo, facultad otorgada a las entidades contratantes en el artículo 17, numeral 15 de la Ley N°56 de 1995?

3. ¿Si se afecta el interés público con la medida de inhabilitación puede esta Dirección, utilizar las facultades contenidas en el artículo 7, numeral 4 y el artículo 17, numeral 15 de la Ley 56 de 1995 para suspender la medida de inhabilitación con la aprobación de la entidad contratante que solicitó dicha aplicación?

EXAMEN DE LOS HECHOS

Según nos señala en su Nota, el punto en conflicto estriba en el procedimiento que debe llevar a cabo cada entidad en las Contrataciones Públicas y que al omitir alguno de los requisitos establecidos en los artículos 105 y 106 de la Ley N°.56 de 1995, se infringen dicha normas; y si la Dirección de Contrataciones Públicas de conformidad con el artículo 7, ordinal 4, de la ut supra Ley, puede ordenar la realización de trámites fijados que se han omitido u ordenar la corrección del cese de aquellos que violen la Ley o un Reglamento.

El ordinal 3, del artículo 12 de la Ley 56 de 1995, establece la incapacidad para contratar a quienes se les haya resuelto administrativamente un contrato por incumplimiento culposo o doloso, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente ley, mientras dure la inhabilitación.

Para inhabilitar a un contratista con el Estado se deberá, en primera instancia, resolver el contrato tomando como causal, las pactadas en el contrato y las establecidas en el Artículo 104 de la Ley 56 de 1995.

La Resolución administrativa de un contrato deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. La entidad contratante deberá adelantar las diligencias de investigación y ordenar la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos y cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, **un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.**

2. **Se le debe notificar personalmente al afectado a su representante, señalándole las razones de su decisión, y concediéndole un término de 5 días hábiles para que conteste y, a la vez presente las pruebas.**

3. **Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados de las pruebas relativas a la responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas todo esto mediante resolución debidamente motivada y notificada o comunicada personalmente.**

Cabe puntualizar que contra esta Resolución no cabe recurso alguno y por lo tanto agotará la vía gubernativa. De aquí se desprende que una vez notificada o

comunicada personalmente la Resolución administrativa, la misma queda debidamente ejecutoriada.

El artículo 106 de la Ley 56 de 1995, ordena remitir a la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas, copia autenticada de la resolución administrativa del contrato, a los dos (2) días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada para los efectos que disponga la Ley.

La sanción de inhabilitación está regulada en los artículos 12, numeral 3, 105 y 106, numeral 7 de la up supra Ley, y en el artículo 67 del Decreto Ejecutivo N°.18 de 1995. Y le compete a la Dirección de Contrataciones Públicas ejecutar dicha medida cuando las entidades contratantes apliquen el **Procedimiento de Resolución Administrativa** del contrato por las causales establecidas en el artículo 104 de la mencionada Ley.

Se ha podido confirmar que gran cantidad de expedientes remitidos a la Dirección de Contrataciones Públicas para la aplicación de la medida de inhabilitación omiten algunos de los requisitos exigidos por la Ley 56 de 1995 y sin embargo, se debe inhabilitar al contratista, cuando éste no hace uso del Recurso Contencioso Administrativo de forma inmediata.

El Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección de Contrataciones Públicas debe ordenar realizar los trámites omitidos antes de inhabilitar un proponente. Al respecto el artículo 7, numeral 4 de la Ley 56 de 1995 establece lo siguiente:

“Artículo 7. Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro (Ministerio de Economía y Finanzas). 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:

...

4. Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratistas 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.”

Con este concepto no se quiere hacer una instancia procesal en la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas, sino subsanar aquellos requisitos omitidos o corregir los realizados para poder en debida forma ordenar la inhabilitación de los contratistas que incumplen los contratos con el Estado.

Con respecto a este tema la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas considera que de acuerdo a las facultades que la ley les otorga, pueden ordenar que se subsanen los requisitos omitidos o contrarios a la Ley, antes de proceder a aplicar la medida de inhabilitación.

En primer lugar, debemos enfocar la atención, en la facultad que tiene el Ministerio de Economía y Finanzas, para fiscalizar el sistema de contrataciones públicas y recurrimos al artículo 7 de la Ley N°56 de 1995, que dispone en su primer párrafo que el Ministerio de Economía y Finanzas, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema sin perjuicio de las funciones de control fiscal que ejerza la Contraloría General de la República. En ese sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas, como entidad normativa y fiscalizadora supervisa, verifica el sistema o la forma en que se cumplen las prestaciones del servicio público a través de las contrataciones públicas que ejecuten las diferentes entidades contratantes.

La Ley N°.97 de 21 de diciembre de 1998 "*por la cual se crea el Ministerio de Economía y Finanzas y se dictan otras disposiciones*" establece en sus artículos 9 y 10 'que el personal del Ministerio de Economía y Finanzas, en ejercicio de las funciones fiscalizadoras a su cargo, tendrá las facultades y poderes que le aseguren el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulen su actividad; las actuaciones del personal fiscalizador del Ministerio de Economía y Finanzas en ejercicio de sus funciones hacen fe pública, mientras no se prueba lo contrario.'

La facultad fiscalizadora que ejerce el Ministerio de Economía y Finanzas, es en razón a las atribuciones que la propia Ley 56 de 1995, en su artículo 7 le confiere en materia de Contrataciones Públicas. Por tal motivo, y siguiendo los ordenamientos operativos antes mencionados, sus funcionarios ejercen facultades fiscalizadoras; con poderes que le concede la ley en este caso a la Dirección de Contrataciones para vigilar, fiscalizar que los procedimientos de contrataciones públicas se estén ejecutando correctamente para la mejor satisfacción del interés público.

La Ley 56 de 1995 de Contratación Pública, es prístina al señalar aquellas etapas en que pueden ser saneadas las omisiones que cometan las contratistas o empresas. No obstante, *el artículo 17 numeral 15, dispone que 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 hubiese propuesto recurso por vía gubernativa. Esta*

potestad saneadora se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 7 de la presente Ley.

La norma bajo examen dispone con evidencia, que existe una potestad saneadora, por parte de la administración, "**entidad contratante**" que puede darse de oficio o a petición de parte, cuando se haya omitido algún trámite o se solicite la corrección de **aquellos realizados** en contravención del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el artículo 17 numeral 8, es tajante al señalar que los actos de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier clase de exigencias o requisitos diferentes a los previstos en esta ley y demás disposiciones aplicables. En otras palabras, los actos de adjudicación contenidos en la etapa post-contractual no se someterá a aprobaciones o revisiones administrativas porque las mismas tuvieron su momento en los que la administración pública debió hacer las modificaciones u addendas correspondientes. (Ref. Artículo 71 de la ley 56/95)

La entidad contratante debe tener en cuenta el principio de continuidad en las contrataciones públicas, máxime si son directas porque cuando se solicitan es por una razón de una urgencia evidente; en ese sentido, la ejecución contractual debe resolverse con sujeción al criterio de la continuidad, pues los contratos administrativos se hacen para cumplirlos y se les debe ejecutar en la medida en que el interés público exige que esa ejecución sea ininterrumpida o continuada.

"En el caso de la rescisión de contratos que respondan a la satisfacción de necesidades impostergables o se refieren a servicios o prestaciones esenciales que por su naturaleza no pueden interrumpirse, la autoridad administrativa resolverá fundamentando su continuación, utilizando otras medidas sancionatorias como la coercitiva, pecuniaria, cláusula penal o de multas, entre otras. La Administración Pública, debe por todos los medios lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato, y no su rescisión, porque lo que importa en vista del interés público, es que el contrato se cumpla y por ello, la entidad ejecutante deberá extremar sus recursos para evitar la rescisión." (DROMI, Roberto, Derecho Administrativo. P.369.)

La Ley 56 de 1995, es clara al señalar que el Ministerio de Economía y Finanzas ejercerá la potestad normativa y fiscalizadora del sistema de contrataciones, sin perjuicio de las funciones de control fiscal que ejerza la Contraloría General de la República. La norma contenida en el artículo 7, primer párrafo de la citada ley es abierta, pues permite al Ministerio de Economía y Finanzas fiscalizar todos los procedimientos que se generen en el sistema de contratación pública, esto se confirma en el artículo 18 de la Ley 56 de 1995, numeral 5 que dispone que la responsabilidad por la dirección y manejo del proceso de selección y la actividad contractual, será ejercida por el Jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarla en otras personas, **sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control, que le correspondan al Ministerio de Economía y Finanzas.**

En ese sentido, para el Ministerio de Economía y Finanzas poder inhabilitar a una empresa contratista, el ente contratante debe haber cumplido con los procedimientos que señala el artículo 106 de la Ley 56 de 1995 referentes a la resolución administrativa del contrato, sin embargo, el Ministerio de Economía y Finanzas como ente fiscalizador del sistema de contratación pública a través de la Dirección de Contrataciones Públicas puede verificar si la Resolución Administrativa emitida por la entidad contratante ha cumplido o no con el procedimiento correspondiente, y para ello, deberá contar con el expediente contentivo donde reposa el trámite de la Resolución Administrativa que rescinde el Contrato, el cual podrá solicitar con fundamento en los artículos 7, 17, numeral 15, de la Ley 56 de 1995 y el artículo 67 del Decreto Ejecutivo N°.18 de 1996. El artículo 106 numeral 8 de la ut-supra Ley, señala “que en caso de lagunas que se presenten en el procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento fiscal del Código Fiscal o, en su defecto, del procedimiento civil del Libro II del Código Judicial”.

Por último este Despacho es de opinión, que el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección de Contrataciones, una vez haya solicitado los expedientes contentivos de conformidad con el artículo 7 de la Ley 56 de 1995, en el que reposa el trámite de la Resolución administrativa, y verificado si en éstos se han omitido o no los requisitos que se disponen en el artículo 106 de la citada ley, pasará a suspender la resolución de inhabilitación, siempre que no haya sido ejecutoriada, hasta tanto la entidad contratante en virtud de su potestad saneadora corrija cualquier trámite o paso omitido en la resolución administrativa, de acuerdo al artículo 17, numeral 5 de la Ley 56 de 1995 que señala “**que la entidad contratante** puede ordenar la realización de trámites omitidos o la corrección de los realizados, si no se hubiese propuesto recurso por la vía gubernativa”, para luego el Ministerio de Economía y Finanzas proceder con la inhabilitación en caso de corresponder la misma”.

Vale recalcar, que el Ministerio de Economía y Finanzas no puede entrar a revisar el acto de adjudicación ni el contrato de conformidad con el numeral 8 del artículo 17 de la ley 56 de 1995, pues la conveniencia o inconveniencia del objeto del contrato y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán antes del inicio del proceso de selección o a la firma del contrato, según sea el caso; ahora bien, le corresponderá a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia su revisión en caso de acudir a la vía jurisdiccional.

En esta forma espero haber absuelto sus inquietudes, atentamente.

Original }
 Firmado } **Alma Montenegro de Fletcher**
 Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
 Procuradora de la Administración