

Panamá, 16 de agosto de 2001.

Licenciado

**Roberto Ruíz Díaz**

Director de Contrataciones Públicas del  
Ministerio de Economía y Finanzas

E S. D.

Señor Director:

Conforme a nuestras atribuciones Constitucionales y legales, y en especial como Asesora Jurídica de los servidores públicos administrativos acuso recibo de su Nota N°.301-01-1094-2001-DCP de 17 de julio del 2001, ingresada en este Despacho el día 18 de julio del presente, mediante la cual nos consulta lo siguiente:

“1. Cuando se habla de la etapa precontractual en los procedimientos de selección de contratista, esta etapa se extiende hasta que punto, dentro del propio acto público?

Lo anterior es con la finalidad de dilucidar la competencia de la Dirección de Contrataciones Públicas, para fiscalizar y revisar los actos públicos, ya sea cuando medie queja o de oficio, toda vez que cada día son más las instituciones que pretenden refugiarse bajo la premisa de que si un acto ha sido adjudicado y se encuentra debidamente notificado, la Dirección de Contrataciones no puede fiscalizarlo ni revisarlo.

2. ¿Puede la Contraloría General de la República intervenir en un proceso de selección de contratista? o sólo su función fiscalizadora en esta materia se circunscribe al refrendo del contrato objeto de un acto público y a la posterior fiscalización de la ejecución de la obra, si de eso se trata?

### **Opinión Legal de la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas.**

La Dirección de Contrataciones Públicas es del criterio que aun cuando se haya notificado una adjudicación y esté en firme, pero que no se encuentre debidamente refrendado el contrato objeto de dicho acto público, esa Dirección puede fiscalizarlo y revisarlo a fin de determinar que se han cumplido con transparencia todos los supuestos y principios de la Contratación Pública y por tanto, la Institución Pública debe remitir a ese despacho para su análisis el expediente del caso, en el status en que se encuentre.

En la segunda interrogante, la Dirección de Contrataciones Públicas es de la posición que la Contraloría General, tiene claramente definida en la Constitución y en la Ley 32 de 1984 su función fiscalizadora de la ejecución del gasto público y bajo ningún apartado existe punto alguno que le otorgue facultades para intervenir en la selección de contratista más allá de su participación en los actos públicos a efectos de revisión de fianzas y posterior refrendo de los contratos materia de los actos públicos.

### **Dictamen de la Procuraduría de la Administración**

En materia de selección de contratistas, es necesario, enfocar cuál es el espacio precontractual que abarca la misma, es decir, donde inicia y termina esta etapa para hacer todas las revisiones o exámenes de un dato de la realidad jurídica que a juicio de la entidad contratante puede afectar o lesionar el interés público de la Administración Pública durante ese proceso. Para ello, consideramos oportuno definir según la doctrina la fase que abarca estas revisiones o fiscalizaciones por la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas.

Según el jurista Roberto Dromí, en su libro de Derecho Administrativo, la actividad preliminar al contrato de la Administración adopta las formas jurídicas propias de la función administrativa. Las etapas del procedimiento preparatorio y previo a la decisión final de la voluntad contractual de la Administración, sustancialmente adquieren forma de acto, reglamento, hecho o simplemente actos administrativos.<sup>1</sup>

Señala el autor que “la actividad administrativa contractual o precontractual no es ajena al régimen jurídico de la función administrativa ni tiene formas jurídicas de manifestación distintas de aquéllas. En ese orden de pensamiento, los hechos, reglamentos y simples actos administrativos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad contractual, se incorporan unitariamente, aunque de manera separable al procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual. En otras palabras, las reglas, principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa (procedimiento administrativo) son también aplicables a la actividad administrativa precontractual (de preparación de la voluntad) y contractual propiamente dicha (ejecución de la voluntad)<sup>2</sup>

Cabe destacar, que en la etapa precontractual de los procedimientos de selección de contratista, se genera un vínculo jurídico entre la Administración Pública y los participantes como una alternativa previa al contrato, enlace que a nuestro juicio, viene reglado por el Derecho, con efectos jurídicos recíprocos, pero son derechos y obligaciones anteriores al contrato, el cual no debe confundirse con los que emanan del mismo contrato. Así lo ha expresado la Procuración del Tesoro cuando dice: “El mero hecho de presentarse la licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación lo que presupone una diligencia del postulante que excede lo común y su silencio hace presumir lisa y llanamente la aceptación de los términos fijados por la administración...” (3)

En ese sentido, es importante traer a colación el principio de transparencia contenido en el artículo 16, numeral 2 de la Ley 56 de 1995, cuando preceptúa que en los procesos de selección de contratistas, los proponentes tendrán la oportunidad de conocer los informes, conceptos y

---

<sup>1</sup> DORMÍ, Roberto. Derecho Administrativo. 7ª Edición, Argentina, 1998 p. 356-359

<sup>2</sup> Op. Cit. Página 357-358

<sup>3</sup>. Op. Pág. 358-359

decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones, o controvertirles cuando ello legalmente proceda. (Subrayado nuestro)

Se debe precisar, que en virtud del principio de economía contenido en el artículo 17, numeral 1 de la Ley 56 de 1995, en las normas de selección y en los pliegos de cargos o en los términos en referencia, para el escogimiento del contratista, se debe cumplir con los procedimientos y etapas estrictamente necesarios, a fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado, en este caso, representada por la Administración contratante. Con este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección, y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

De igual manera, señala este principio, que los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos, **a fin de evitar dilaciones y retardos en la ejecución del contrato.** De otro extremo, se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias, que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten. (Artículo 17, numerales 5 y 6 de la Ley 56/95)

Por otro lado, las conveniencias e inconveniencias del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, **se analizarán o impartirán al inicio del proceso de selección de contratista o al de la firma del contrato según sea el caso.**

Todas estas preceptivas legales, buscan establecer un procedimiento efectivo y eficiente que no cause costos mayores a la Administración Contratante ni afecte a los participantes. En ese sentido, podemos decir, que la fase precontractual de la selección de contratista, culmina en la adjudicación del contrato, o configuración del propio acto público de adjudicación con la notificación que pone en firme la decisión de la Administración y con ello causa estado, es decir, se genera un derecho subjetivo de interés para el adjudicatario. Después de esta fase, no puede haber revisiones posteriores y así lo señala expresamente el artículo 17, numeral 8 de la Ley 56 de 1995, cuando dice: **“El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra**

**clase de exigencias o requisitos diferentes a los previstos en esta Ley y demás disposiciones aplicables". (Resaltado Nuestro)**

Antes de esa fase, a nuestro juicio, el proponente no podría alegar, en principio derechos adquiridos, por cuanto la voluntad contractual de la entidad contratante en su selección no se ha producido, por ello, antes de la adjudicación, es prioritario, que la entidad normatizadora o fiscalizadora, que es la Dirección de Contrataciones Públicas por excelencia, revise el cumplimiento de los principios reguladores de las contrataciones, en el sentido de determinar a tiempo si la selección de contratista en efecto ha sido objetiva.

En ese orden de ideas podemos decir entonces, que la etapa precontractual, en los procedimientos de selección de contratista se inicia con el procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual de la Administración y se integra, además con la actividad que producirá consecuentemente el futuro contratista hasta llegar a la adjudicación, y ello tiene su razón de ser, ya que se busca la seguridad jurídica en el proceso generando confianza en los participantes y que se determine en esta etapa, las reglas del juego antes de que se proceda a la adjudicación. Ahora bien, si antes de esta etapa, es decir de la adjudicación, se detecta en el procedimiento de selección de contratista, o se advierte que se ha pretermitido algún requisito exigido por la ley sin que en contra de tal acto se hubiere propuesto algún recurso por la vía gubernativa, deberá la Administración contratante, 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. (Cf. Artículo 17 numeral 15 de la Ley 56/95.)

Nótese que en esta etapa 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, sino se hubiese propuesto recurso por vía gubernativa. Esta potestad saneadora se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 56 de 1995.

Sin embargo, el artículo 7 de la Ley 56 de 1995 dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas, 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. Es decir, que el Ministerio de Economía y Finanzas puede intervenir dentro de los procesos de selección de contratistas que realicen las diferentes instituciones para velar por el cumplimiento de los

principios de responsabilidad, transparencia y economía que conllevan la escogencia justa y objetiva de los contratistas con el Estado.<sup>3</sup>

En consecuencia, el Ministerio de Economía y Finanzas por conducto de la Dirección de Contrataciones Públicas, puede 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. De igual forma, está facultado para 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, es decir, desde los proponentes hasta la propia Administración contratante.

Debe quedar aclarado, que la Ley 56 de 1995 de Contratación Pública, señala aquellas etapas en que pueden ser saneadas las omisiones que cometan los contratistas o empresas. No obstante, el artículo 17, numeral 15, dispone que la entidad contratante puede ordenar la realización de trámites omitidos a petición de parte o de oficio siempre que no se hubiese interpuesto recurso por vía gubernativa; sin perjuicio de la potestad saneadora que le confiere el artículo 7 al Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección de Contrataciones Públicas.

Sin embargo, resulta palmario indicar, que el artículo 17 numeral 8, de la Ley in situ, dice que los actos de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores diferentes a los previstos en la ley y demás disposiciones aplicables. Esto implica, que la Administración Pública tuvo su momento para sanear aquellos aspectos omitidos de la Ley; y esto busca una seguridad contractual o equilibrio en la relación que se origine con la adjudicación y el contrato, en otras palabras, la entidad contratante debe definir con precisión las bases legales, técnicas y económicas a fin de evitar mayores costos para la Administración Pública.

No cabe la menor duda, que frente, a situaciones como la de extinguir una situación jurídica creada por un acto administrativo válido cuando las circunstancias actuales así lo exijan para mantener el interés público, no es más que un aspecto de la actividad administrativa, que tiene como objetivo la

---

<sup>3</sup> Nota N°301-01-377-DG de 12 de abril de 1996

principios de responsabilidad, transparencia y economía que conllevan la escogencia justa y objetiva de los contratistas con el Estado.<sup>3</sup>

En consecuencia, el Ministerio de Economía y Finanzas por conducto de la Dirección de Contrataciones Públicas, puede 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. De igual forma, está facultado para 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, es decir, desde los proponentes hasta la propia Administración contratante.

Debe quedar aclarado, que la Ley 56 de 1995 de Contratación Pública, señala aquellas etapas en que pueden ser saneadas las omisiones que cometan los contratistas o empresas. No obstante, el artículo 17, numeral 15, dispone que la entidad contratante puede ordenar la realización de trámites omitidos a petición de parte o de oficio siempre que no se hubiese interpuesto recurso por vía gubernativa; sin perjuicio de la potestad saneadora que le confiere el artículo 7 al Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección de Contrataciones Públicas.

Sin embargo, resulta palmario indicar, que el artículo 17 numeral 8, de la Ley in situ, dice que los actos de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores diferentes a los previstos en la ley y demás disposiciones aplicables. Esto implica, que la Administración Pública tuvo su momento para sanear aquellos aspectos omitidos de la Ley; y esto busca una seguridad contractual o equilibrio en la relación que se origine con la adjudicación y el contrato, en otras palabras, la entidad contratante debe definir con precisión las bases legales, técnicas y económicas a fin de evitar mayores costos para la Administración Pública.

No cabe la menor duda, que frente, a situaciones como la de extinguir una situación jurídica creada por un acto administrativo válido cuando las circunstancias actuales así lo exijan para mantener el interés público, no es más que un aspecto de la actividad administrativa, que tiene como objetivo la

---

<sup>3</sup> Nota N°301-01-377-DG de 12 de abril de 1996

actuación inmediata de la entidad contratante fundada en el interés público<sup>4</sup>, es decir que por razón de oportunidad, según artículo 48 de la Ley de Contrataciones Públicas, la entidad podrá rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convengan a sus intereses. Sin embargo según la norma este rechazo se podrá dar antes de ejecutoriar la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista, porque de lo contrario, tendrá que indemnizar a quien se hubiese adjudicado.

En resumen, toda revisión que se realice por parte del Ministerio de Economía y Finanzas o la Administración, según sea el caso, debe ser antes del acto público de adjudicación, por las razones antes expuestas; de igual forma, es necesario, que la entidad contratante o la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas aplique los mecanismos para detectar con antelación los defectos de las propuestas antes de la adjudicación y subsanar las omisiones y evitar mayores costos para las entidades contratantes y ofrecer seguridad jurídica a los participantes en este proceso.

Este Despacho recomienda, a la Dirección de Contrataciones Públicas, en caso de Quejas o Denuncias sin fundamento, en las que se compruebe la dilatación del proceso y en el que se cause perjuicio a la Administración, se regule en un futuro una Fianza Superior, con el objeto de crear conciencia y responsabilidad de quienes interpongan peticiones infundadas, para que las mismas sean objetivas y veraces al momento de hacer sus señalamientos.

En lo que respecta, al punto de que si la Contraloría debe intervenir en el proceso de selección de contratista, coincidimos con la opinión exteriorizada por el Departamento de Contrataciones Públicas, en el sentido, de que la Contraloría General tiene claramente establecido el artículo 276 de la Carta Política numeral 2, y la Ley 32 de 1984, su facultad fiscalizadora en cuanto a los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos con la finalidad de dar protección al patrimonio del Estado, y la correcta y legal utilización de los recursos públicos y todo lo atinente a la ejecución del gasto público. La Ley no le otorga facultades para intervenir en la selección de contratista más allá de su participación en los actos públicos para la de revisión de Fianzas y posterior Refrendo de los contratos en materia de los actos públicos.

---

<sup>4</sup> MERTEHIKIAN, Eduardo. Estudios sobre Contratación Pública. Editorial Ciencias de la Administración. División de estudios Administrativos. Argentina, 1996 p. 146-147.

En estos términos dejo expuesto el criterio legal de este Despacho, me suscribo de Usted, con la seguridad de mi respeto.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/hf.