

Panamá, 10 de diciembre de 2004.

Ingeniero
Juan José Amado III
Director Ejecutivo del
Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN)
E. S. D.

Señor Director Ejecutivo:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales, y en especial la contenida en el artículo 6, numeral 1, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, de servir de asesores jurídicos a la administración pública, procedemos a dar contestación a su nota N°2247 D.E., fechada 27 de septiembre de 2004, y recibida en este despacho el 6 de octubre del mismo año, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, respecto a la representación mediante abogados para recurrir la vía gubernativa.

Resumen de los antecedentes de su consulta

Mediante convocatoria de solicitud de precios, N°2004-2-66-0-08-SP-000049-1, de 31 de marzo de 2004, se establece el precio oficial, como parte del trámite de un contrato de suministro, y luego de presentadas las distintas propuestas, el IDAAN elaboró un informe técnico, sin que contra éste, se presentara alguna oposición, de parte de los distintos proponentes.

El informe aludido, fue remitido a la Dirección Operativa de la Institución, donde se determinó un error en las especificaciones técnicas, toda vez que se anotó en la solicitud de materiales, un equipo que no correspondía al requerido por la entidad contratante.

Por lo anterior, se emitió la Resolución Ejecutiva N°121-2004, en la cual se declaró desierto el acto de selección de contratista aludido, de conformidad con el artículo 46 de la Ley de Contratación Pública, por considerar que las propuestas presentadas eran contrarias al interés público.

La Resolución Ejecutiva N°121-2004, fue impugnada con recurso de reconsideración por la Sociedad Pro Desarrollo, S.A., no obstante, en el examen del recurso se determinó la omisión de la formalidad, de hacerse representar como persona jurídica, por un profesional del derecho, según lo dispuesto en el artículo 1199 del Código Fiscal.

Con fundamento a lo antes expuesto, se dictó la Resolución Ejecutiva N°126-04, misma en que se resuelve lo siguiente: a) se deniega el recurso de reconsideración, y b) se confirma lo contenido en la resolución recurrida.

Criterio Legal del IDAAN.

Se explica, que la Ley de Contratación Pública, de manera clara establece que quien estime que en un proceso de selección de contratista, le sea vulnerado algún derecho, puede presentar los recursos administrativos pertinentes, en lo cual se aplica el procedimiento administrativo fiscal, el cual exige, que cuando el recurrente es persona jurídica, debe hacerlo mediante un profesional del derecho, y se sostiene, que el representante legal de la Sociedad Pro Desarrollo S. A., no tenía capacidad jurídica para recurrir la vía gubernativa.

La opinión también, se fundamenta en el contenido del artículo 50 de la Ley 38 de 2000, el cual establece que para intervenir en las actuaciones administrativas, debe utilizarse un abogado cuando así lo disponga la Ley.

Opinión de la Procuraduría de la Administración

De su nota consultiva se desprende que le interesa conocer la opinión jurídica de este despacho, en cuanto a sí, se requieren los servicios de un abogado para recurrir la vía gubernativa, en los trámites de un contrato administrativo, en el caso consultado, en el acto de selección de contratista.

Como quiera que el ámbito de aplicación, de los contratos administrativos, en los cuales el Estado, participa a través de cualquiera de sus instituciones

públicas, está determinado por la Ley 56 de 1995, para atender su consulta debemos revisar la misma, para mayor comprensión del análisis.

La Ley in comento, establece y regula todo lo relacionado con las formalidades generales y específicas, de las diversas clases de contratos. En el caso de su consulta, apreciamos alude a la formalidad de selección del contratista mediante solicitud de precios, que se encuentra regulada en el artículo 45, y dispone:

“Artículo 45: Adjudicación de la licitación pública del concurso o de la solicitud de precios.

El jefe de la entidad contratante, o el funcionario en quien se delegue, si considerase que se han cumplido las formalidades establecidas por la ley, mediante resolución motivada adjudicará, en un plazo perentorio, la licitación pública, el concurso o **la solicitud de precios, o lo declarará desierto en los casos señalados en el artículo 46.** La adjudicación se hará a quien haya propuesto el menor precio, si éste constituye el único parámetro de adjudicación, o al proponente que haya obtenido la mayor ponderación de acuerdo con la metodología de ponderación de propuestas señaladas en el pliego de cargos.

La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas. Sin embargo, las personas que se consideren agraviadas con la decisión podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas de procedimiento fiscal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contenciosa administrativa que corresponda”. (el subrayado y resaltado es nuestro)

En cuanto a la discreción del acto de selección de contratista, la misma Ley dispone:

“ Artículo 46: Declaración de discreción

Mediante resolución motivada la entidad contratante podrá declarar desierto el acto de selección de contratista:

....

4. En general, cuando se considere que las propuestas son contrarias a los intereses públicos.

Declarado desierto el acto, la entidad pública podrá convocar a un nuevo acto. La nueva convocatoria se realizará con la antelación prevista en el artículo siguiente.

No obstante, si sólo se presentará en la segunda convocatoria una sola propuesta, la entidad podrá, en lugar de declararla desierta, negociar directamente el contrato únicamente con ese proponente, a un precio que en ningún caso será superior al propuesto.

Para los actos de selección de contratista, bajo la modalidad de llave en mano similar, si sólo se presentará una propuesta, la entidad podrá, en lugar de declararla desierta, negociar directamente el contrato con ese solo proponente, a un precio que en ningún caso será superior al propuesto”.

Como podemos observar de las disposiciones legales antes descritas, el jefe de una entidad contratante está plenamente facultado para adjudicar la solicitud de precios (selección de contratista), asimismo para declararla desierta.

La decisión que adopte el jefe de la institución contratante, en la selección de contratista, podrá recurrirse en la **vía gubernativa**, cuando así lo considere quien se considere perjudicado, en cuyo caso se aplicará el procedimiento administrativo fiscal, sin perjuicio de recurrir la vía judicial, en este caso la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

No obstante lo anterior, la entidad contratante, sólo podrá declarar desierto el acto de selección de contratista, por resolución motivada, cuando observe algunas de las causales enunciadas en el artículo 46 de la Ley 56 cuando las propuestas sean contrarias al interés público. Declarado desierto el acto, se procederá a realizar una nueva convocatoria, para lo cual surgen varias alternativas.

Sobre el término **vía gubernativa**, denominado también recurso gubernativo, es oportuno precisar algunas consideraciones generales, veamos.

El jurista panameño Lic. Raúl Trujillo, acotó lo siguiente:

“El recurso gubernativo, que muchos autores han denominado procedimiento administrativo o vía gubernativa, es el trámite imprescindible y obligado al cual el particular tiene necesidad de ocurrir cuando considera que la administración ha violado su derecho, antes de concurrir a los tribunales ordinarios o especiales, según la legislación, para que le sean subsanados los daños que ha sufrido. Es, si se quiere aceptar, una reclamación del particular frente a la administración, para que ella misma se encargue de volver las cosas al estado de derecho, esto es, el medio por el cual se substancia en vía gubernativa las reclamaciones de los particulares contra el Estado o, mejor dicho, el medio por el cual se ejercita la vía jurisdiccional en asuntos de interés público ya que se trata de actos lesivos al derecho, siendo el requisito un pleito contra la administración como personalidad jurídica.” (TRUJILLO MIRANDA, Raúl., Recursos Gubernativos, Anuario de Derecho N°4, Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias de Políticas de la Universidad de Panamá. 1959-60, p.61).

En consecuencia, los administrados pueden ejercer los recursos administrativos en un Estado de Derecho, y ello es así, cuando estime que se ha vulnerado su derecho, porque a través de los recursos se permite rectificar, modificar oportunamente las decisiones que haya tomado la administración y, el particular puede satisfacer sus pretensiones mediante la utilización de éstos.

En nuestro derecho positivo, el instrumento jurídico general aplicable en materia de recursos administrativos, es la Ley 38 de 2000, salvo cuando exista una norma o ley especial que regule un procedimiento en materias específicas, tal y como queda especificado en su artículo 37, cuando preceptúa lo siguiente:

“Artículo 37: Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas, En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley,

tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley”.

La norma transcrita es clara al señalar, que la Ley 38 de 2000, de Procedimiento Administrativo General, es aplicable en las siguientes circunstancias: a) cuando no existe una norma o Ley procedimental especial y, b) cuando existe ley o procedimiento especial y en el trámite surgen lagunas o vacíos legales.

De lo anterior se comprende, que si existe un instrumento legal que contenga un procedimiento administrativo especial, se aplicará este en primera instancia, y sólo en caso de vacíos legales debe aplicarse la Ley de Procedimiento Administrativo General, es decir, la Ley 38 de 2000.

En el caso de su consulta, según el 45 de la Ley 56 de 1995, existe un procedimiento particular, y es el de materia fiscal, contenido en el Libro VII, Título I, Capítulo I, del Código Fiscal, a partir de su artículo 1180, por lo cual corresponderá remitirnos en primer lugar, a este último cuerpo legal, en lo que respecta a la vía gubernativa.

Los recursos gubernativos, que proceden en el procedimiento fiscal, son: El **recurso de reconsideración** ante el funcionario de primera instancia, para que se aclare, modifique o revoque la resolución y **el de apelación**, con el mismo objeto, que debe ser presentado ante el superior, es decir, ante la Junta Directiva de la entidad según el artículo 7, numeral 14 de la Ley 77 de 2001. (Ver artículo 1238 del Código Fiscal).

En cuanto a la interposición de uno u otro recurso; entiéndase el de reconsideración y apelación, se dispone que podrán hacerse uso dentro de cinco días hábiles a partir de la fecha de notificación. (Ver artículo 1239 Código Fiscal)

Sobre la intervención de un letrado del derecho, en la interposición de esos recursos, tema objeto de su consulta, cabe precisar que en las legislaciones hispanoamericanas, no suele exigirse que las partes confíen su representación a un profesional del derecho, pero si se admite la posibilidad que este asuma la representación.

La Ley 38 de 2000, del procedimiento administrativo general, sobre el tema establece lo siguiente:

“Artículo 50: Para intervenir en las actuaciones administrativas, la persona interesada deberá utilizar los servicios de un abogado o una abogada, cuando así lo exija la Ley”

Se extrae de la disposición descrita, que en nuestro sistema jurídico por regla el administrado o particular, solamente está obligado a hacerse representar por medio de un abogado, en la esfera administrativa cuando exista una ley o procedimiento particular, que así lo disponga. Esto quiere decir, como regla, que los particulares que no son abogados pueden gestionar personalmente los recursos gubernativos a su disposición, sobre el asunto que tengan un interés legítimo, a menos que la ley disponga lo contrario.

Situación, distinta surge para la esfera jurisdiccional, en la cual el accionar es ante los tribunales de justicia, y en principio las gestiones y recursos deben ejercerse mediante la intervención de un Abogado, tal y como queda establecido en la Ley 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, regulatoria del ejercicio de la Abogacía

En consecuencia, si existe un instrumento jurídico que exija para determinadas actuaciones administrativas, utilizar el servicio de un abogado o abogada, el interesado o particular está obligado a cumplir con esta formalidad, de lo contrario no.

El procedimiento administrativo fiscal, que a nuestro juicio de manera indudable es el fundamento jurídico, de la situación que nos plantea, en cuanto como puede gestionar el interesado en la administración, el Código Fiscal dispone lo siguiente:

“Artículo: 1183: Cualquiera persona directa y particularmente afectada por un acto administrativo puede comparecer, por sí o por medio de otra persona debidamente autorizado al efecto, ante la oficina correspondiente y solicitar verbalmente al Jefe de ésta que se le manifiestan los fundamentos y datos que hayan sido tenidos en cuenta en el acto administrativo de que se trate pudiendo hacer, en vista de ellos por escrito, las objeciones que estime conveniente a

sus derecho, las cuales deberán ser admitidas por el expresado funcionario cuando el error cometido sea evidente”.

La facultad que se concede en el inciso anterior se atenderá sin perjuicio del derecho que tiene todo interesado en un acto administrativo fiscal para presentar reclamaciones de conformidad con las demás disposiciones de este Libro”.

Sobre las solicitudes se señala:

“Artículo 1199: Pueden presentar peticiones y promover reclamaciones de carácter fiscal todas las personas directamente interesadas en ellas.

Las personas naturales, cuando se hayan en ejercicio de sus derechos civiles, podrán comparecer y gestionar por si mismas en aquellos asuntos que no impliquen controversia o hacerse representar por un apoderado legal.

Las personas que tengan limitado el ejercicio de su capacidad jurídica, así como las personas jurídicas, habrán de comparecer y gestionar sus peticiones o promover sus reclamaciones por medio de un apoderado legal”. (el subrayado es nuestro)

De las normas descritas se extraen varios elementos importantes, respecto a la representación procesal administrativa en materia fiscal, veamos:

1. Las reclamaciones o solicitudes verbales, que surjan por el perjuicio infligido a un administrado por un acto administrativo no requieren la intervención de un abogado.
2. Las peticiones y reclamaciones, sin excepción alguna, entendiendo por reclamación, “la acción administrativa que ejerza un particular para obtener la reparación de un derecho vulnerado”, en lo cual debe incluirse la vía gubernativa, pueden ser presentadas directamente por la persona interesada, en estos casos tampoco es obligatorio recurrir mediante apoderado legal, sin embargo no se prohíbe al particular hacer valer sus derechos a través de la representación de un abogado.

3. Cuando el recurrente es una persona jurídica, sin excepción alguna, es obligatorio la representación en la vía gubernativa, mediante un profesional del derecho, en aplicación del artículo 50 de la Ley 38 de 2000.

El último punto, cobra vigencia con un pronunciamiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, calendado 26 de septiembre de 2001, en donde se hace un análisis de la figura de la representación abogadil en la esfera administrativa, donde se explica lo siguiente:

“Sobre la regla general de no obligatoriedad de representación del particular o interesado a través de abogado en la esfera administrativa, dentro del procedimiento de esta naturaleza, el derecho comparado es ilustrativo y la reciente regulación de la materia prevista por la Ley 38, de 31 de julio de 2000, que en su Libro Segundo regula el procedimiento administrativo general en Panamá, se compadece con aquella. En el caso del Derecho Administrativo español, el citado autor Parada comenta la Ley 30/92 modificada de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, a saber:

"La asistencia de un profesional (en Derecho o de cualquier otra especialidad) -al margen de los casos en que el abogado lleva al tiempo la representación y la asistencia técnica, como está previsto en el procedimiento de 'las reclamaciones económico-administrativas'- no es preceptiva por regla general ante la Administración, pues la Ley no la impone, pero la permite: 'los interesados -dice el artículo 85.2- podrán actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses'. Sin embargo, se dan supuestos especiales en que la asistencia técnica se exige para determinadas actuaciones, como cuando se presentan informes técnicos que deben ser avalados por los correspondientes profesionales (proyectos de construcción, hojas de aprecio en la expropiación forzosa, etc.). Asimismo, y en base al artículo 24 de la Constitución, que garantiza la asistencia letrada en los prolegómenos policiales del proceso penal y durante la tramitación de éste, debía de exigirse, como mantienen los Colegios de Abogados, la tesis de la obligatoriedad de la asistencia letrada, por lo menos, en los procedimientos administrativos sancionadores de los que pueden

derivarse responsabilidades penales" (Ibídem, p. 227. Parte del resaltado es de la Sala).

La Ley 93 de 1973 y los reglamentos dictados al efecto no prevén la intervención de la parte dentro del procedimiento administrativo que se suscite entre arrendador y arrendatario asistida de modo obligatorio por un profesional del derecho, pero tampoco lo prohíbe, por tanto ésta es una potestad del particular que desee patrocinar y hacer valer sus derechos e intereses a través de la representación, mediante poder, otorgado a un abogado, salvo lo que para casos específicos en la esfera administrativa disponga la Ley.

Acerca de lo anterior, es ilustrativo y señero de la concepción doctrinal imperante dentro del procedimiento administrativo, el artículo 50 de la Ley 38 de 2000:

...

La norma señala como obligatorio el uso de abogado en la vía gubernativa a condición de que así lo disponga la Ley (por ejemplo, el artículo 1199 del Código Fiscal en el procedimiento administrativo de esta naturaleza en ciertos supuestos). A contrario sensu, si un instrumento con valor legal no lo exige para determinados casos o actuaciones en particular, o el régimen procedimental administrativo que se trate, no es obligatorio". (el resaltado es nuestro)

Con fundamento en las normas analizadas y la jurisprudencia referida, queda evidenciado que en la práctica administrativa por regla general, se ha dejado en libertad a los administrados de hacerse representar o no por abogados, salvo cuando existe una Ley que así lo exija en determinados casos.

Ejemplo de uno de los procedimientos administrativos, en el cual se exige la intervención de un Abogado, es el de materia fiscal, y esto es cuando el interesado sea una persona jurídica. Las actuaciones sobre esa materia que haga una persona natural, (solicitud, reclamación o recursos), no requieren utilizar los servicios del profesional del derecho.

El artículo 1199 del Código Fiscal, es claro al señalar el supuesto, en que se requiere efectuar gestiones con la intervención de un abogado o abogada, a

esto podemos aplicarle los artículos 9 y 10 del Código Civil, de los cuales se desprende que cuando las disposiciones legales son claras no se debe consultar su espíritu, y ello es aplicable a la norma objeto de la consulta, la cual tiene una relación clara.

Ahora bien, en el caso consultado, se observa que el recurso de reconsideración, cuyo titular es una persona jurídica, incumplió con la formalidad de presentarlo por medio de abogado, con lo cual la reclamación, adolecía de un defecto u omisión, en cuyo caso en la práctica procedimental (judicial y gubernativa) se concede un término para subsanar la omisión.

La Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 38 de 2000, indica al funcionario respectivo, quien al detectar la omisión o defecto, lo debe hacer constar y conceder un término de ocho días al interesado para subsanar la omisión. (Ver artículo 76 de la Ley 38)

Del tema de los defectos u omisiones, que surjan de la presentación de los recursos en el procedimiento administrativo fiscal, el Código Fiscal, nada dispone del trámite para subsanar los mismos, por lo cual a nuestro juicio surge en esta temática un vacío legal, por tanto procede suplirse con otras disposiciones legales, en este caso la Ley 38 de 2000.

De los **vacíos legales** en el procedimiento fiscal, el Código Fiscal, dispone en su artículo 1194, “se llenarán con las disposiciones del Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la respectiva actuación”.

Por lo anterior, consideramos que en aquellos casos, en que deba aplicarse el procedimiento administrativo fiscal, y la presentación de un recurso o reclamación incumple un requisito formal o adolece de algún defecto, para subsanar los mismos, procede recurrir aplicar el Código Judicial o las leyes compatibles.

No obstante lo anterior, en el caso objeto de su consulta, es evidente que existe un acto administrativo, emitido por el Director Ejecutivo, **la Resolución Ejecutiva N°126-2004**, lo cual quiere decir, que la norma consultada para la situación planteada, sometida a consideración de este despacho, ya fue aplicada. En ese acto, no sólo se deniega el recurso respectivo, por la omisión de no haberse presentado a través de abogado o sino que se confirma el acto

impugnado, en tanto que se resuelven asuntos de fondo y de forma, con lo cual se podría ejercitar la vía judicial.

Para finalizar, este despacho concluye reiterando que cuando el recurrente, dentro del procedimiento administrativo fiscal, es una persona jurídica, es requisito legal comparecer por medio de abogado, tal y como lo dispone el artículo 1199 del Código Fiscal, cónsono con el contenido del artículo 50 de la Ley 38 de 2000.

Esperamos de esta forma haber aclarado sus dudas respecto al punto consultado.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/21/hf.