

Panamá, 12 de noviembre de 1999.

Ingeniero

RUBEN REYNA

Administrador de la Autoridad

Marítima de Panamá

E. S. D.

Señor Administrador:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los servidores de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su atenta Nota ADM N° 1673-99 LEG, calendada 24 de septiembre de 1999, y llegada a este Despacho el día 12 de octubre del mismo año, mediante la cual tuvo a bien elevar Consulta Jurídica a esta Procuraduría de la Administración, referente a quién le corresponde resolver y establecer los procedimientos a seguir para determinar la compensación por los gastos incurridos por la empresa Importadora y Exportadora Universal, S.A. (IMEXUSA), ante la mora del Gobierno Nacional en dar cumplimiento con las obligaciones derivadas por Ley de la adjudicación definitiva de la Licitación Pública N° 1-89, por causas inimputables a ella, si es al Administrador de la Autoridad Marítima o a la Junta Directiva, máximo organismo de la entidad.

Antes de emitir nuestro criterio sobre el tema consultado, tenemos a bien exponer lo siguiente:

La Administración Pública tiene como finalidad inmediata, la de satisfacer las necesidades colectivas, mediante la prestación de servicios públicos a la comunidad, y para lograr estos objetivos, debe elegir a la persona con la cual contratará la ejecución o reparación de obras nacionales, las adquisiciones, suministros, mantenimiento y servicios que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas, semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos, para obtener lo que se requiere y lograr una adecuada administración de los recursos. A través de los diferentes procedimientos precontractuales, entre los que se encuentra las licitaciones públicas, se selecciona la propuesta más conveniente para los intereses de la Administración.

La Ley de Contratación Pública N° 56 de 27 de diciembre de 1995, regula la preparación y ejecución de la voluntad contractual de los procedimientos de los contratos menores, solicitudes de precios, concurso, licitaciones públicas y contrataciones directas, garantizando la participación del mayor número de oferentes, dando lugar a una mayor competencia, igualdad, publicidad del acto y transparencia administrativa. Además, persigue un mayor control y rendimiento de los fondos públicos que le permiten a la Administración elegir y adjudicar la propuesta que le ofrezca mayores ventajas en cuanto a la calidad de la prestación, mayor eficiencia, capacidad técnica y financiera de los contratantes y ofrece la mayor justicia para los participantes.

En lo que respecta a la licitación pública, la Ley 56 de 1995 de 27 de diciembre de 1995, la define en su artículo 3, numeral 15 como el procedimiento de selección de

contratista cuando el precio oficial excede la suma de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250.000.00). Por otro lado, el artículo 45 de la mencionada Ley, establece el procedimiento de adjudicación de la licitación pública de la siguiente manera:

¿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 del procedimiento fiscal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contencioso administrativa que corresponda.

En efecto, el artículo 45 de la Ley 56 de 1995 establece, al tratar de las adjudicaciones de las licitaciones públicas, que las mismas no se considerarán perfeccionadas sino hasta tanto hayan obtenido las autorizaciones y aprobaciones requeridas.

Por otra parte, la entidad licitante tiene la facultad de rechazar una o todas las propuestas, así lo establece el artículo 48 de la Ley N° 56 de 1995, que a la letra dispone:

¿Artículo 48. Facultad de entidad licitante.

La entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses.

La facultad de rechazo podrá ejercerse, siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo dispuesta en el presente artículo, después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.

A su vez, la entidad licitante podrá ejecutar la fianza de propuesta, de darse incumplimiento por parte del adjudicatario. (Lo subrayado es nuestro)

La Ley 56 de 1995 contempla en el artículo citado ut supra el derecho de la entidad licitante de rechazar una o todas las propuestas que presenten los oferentes de un acto público, o de aceptar la que más convenga a sus intereses. Mas sin embargo,

esta facultad se encuentra debidamente reglamentada en el meritado artículo, encontrándose supeditada a que la misma no podrá ejercerse si la resolución adjudicatoria del acto de selección de contratistas se encuentra ejecutoriada, tal y como sucede en el caso in examine.

Hacemos énfasis en que el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, claramente se refiere a la ejecutoriedad de la resolución de adjudicación, y no al perfeccionamiento de la misma; es pues el presupuesto único para exigir la formalización del contrato o para recibir compensación de los gastos incurridos por la adjudicatoria, el que la entidad licitante ejercite la facultad de rechazo, una vez esté debidamente ejecutoriada la adjudicación. El Sistema de Contrataciones Públicas panameño contempla de manera taxativa que en el caso de que la entidad licitante decidiese ejercer la facultad contemplada en el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación, debe proceder a la formalización del contrato correspondiente o compensar al adjudicatario por los gastos incurridos con motivo de su participación en el acto público de que se trate.

En lo que respecta a la adjudicación, el tratadista Roberto Dromi señala:

¿La adjudicación crea un derecho subjetivo al postor elegido, quien puede desde ese momento exigir el cumplimiento del contrato. Si la Administración se arrepiente, debe indemnizar los daños causados¿ (ST Santa Fe, 26/8/49, ¿Hilbert, Santiago y otro c/Prov. de Santa Fe¿, LL, 57-960; JA, 1950-II-278).

Todo aquel que interviene en una licitación pública adquiere derecho, no a la adjudicación sino a concurrir a la competencia.

Jurídicamente el oferente tiene derecho subjetivo de participar en la comparación de ofertas, pero sólo interés legítimo en la adjudicación. El adjudicatario, por su parte, tiene derecho subjetivo de contratar.

¿Cuando llama a licitación para realizar obras públicas, el Estado conserva el derecho de rechazar todas las ofertas; pero si acepta una de ellas, no puede después negarse sin causa a suscribir el respectivo contrato y, en caso contrario, debe pagar daños y perjuicios¿ (SC Buenos Aires, 27/12/60) ¿García, José M. c/Prov. de Buenos Aires¿, LL, 102, 275)

(DROMI, Roberto: ¿Licitación Pública¿. 2º Edición Actualizada. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995. P. 437, 438)

Ahora bien, una vez ejecutoriada la resolución de adjudicación definitiva, se procede a la formalización del contrato, así lo dispone el artículo 68 de la Ley N° 56 de 1995, subrogado por el artículo 12 del Decreto Ley N° 7 de 2 de julio de 1997.

¿Artículo 68. La firma del contrato.

Una vez ejecutoriada la resolución de adjudicación definitiva por vía gubernativa y constituida la fianza definitiva, el ministro o representante legal de la entidad licitante, procederá a formalizar el contrato de acuerdo con el modelo incluido en el pliego de cargos y las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

Salvo disposición legal contraria, todo contrato cuya cuantía exceda de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00), sin sobrepasar de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00), deberá contar con el concepto favorable del CONSEJO ECONÓMICO NACIONAL. Aquellos cuya cuantía exceda de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00) deberán contar con el concepto favorable del Consejo de Gabinete¿. (Lo subrayado es nuestro)

Es necesario señalar, que la actividad desplegada por el Consejo Económico Nacional es un acto administrativo de control ex post, que acepta como bueno el acto del adjudicante (entidad licitante), con posterioridad a su dictado y le otorga eficacia jurídica incidiendo así en el perfeccionamiento del contrato. Prueba de esto, lo constituye el hecho que el documento que se somete a autorización o aprobación es un Proyecto de Contrato, el cual ha sido elaborado en base al modelo dispuesto en el pliego de cargos.

Asimismo, el Decreto Ejecutivo N° 18 de 25 de enero de 1996, reglamenta la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995, haciendo referencia al perfeccionamiento de la adjudicación de la licitación en los artículos 53 y 54, de la siguiente manera:

¿Artículo 53. La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas¿.

¿Artículo 54. Cuando el monto exceda la suma de QUINIENTOS MIL BALBOAS (B/.500,000.00), los contratos serán refrendados por el Contralor General de la República o el funcionario en quien este delegue y requerirán el concepto favorable previo del Consejo de Gabinete o cualquier otro organismo o autoridad que el mismo designe. La adjudicación de la licitación no se considerará perfeccionada hasta que tales autorizaciones se hayan obtenido.

Los contratos cuyo monto exceda la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.250,000.00) deberán publicarse en la Gaceta Oficial, dentro de la mayor brevedad posible¿.

Téngase presente que con la adjudicación se concluye la fase precontractual del procedimiento licitatorio, iniciándose entonces la etapa contractual, con la formalización del contrato que constituye el principio de la fase integrativa, con la cual comienzan los derechos y obligaciones contractuales. Conforme a ello, con posterioridad a la adjudicación se puede hablar de la existencia de un contrato administrativo.

Por ende, debemos entender que cuando la ley hace alusión a que la adjudicación se perfecciona con la obtención de las autorizaciones o aprobaciones requeridas, se hace referencia al perfeccionamiento del contrato, el cual surtirá efectos una vez obtenidas las meritadas autorizaciones o aprobaciones.

Por otra parte, mediante Decreto - Ley N° 7 de 10 de febrero de 1998, se crea la Autoridad Marítima de Panamá (antes, Autoridad Portuaria de Panamá), el cual dispone que los actos y contratos por sumas mayores de un millón de balboas, serán autorizados por la Junta Directiva, y aquellos cuyo monto no excedan de un millón de balboas, serán

celebrados por el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, así lo disponen los artículos 18 y 27 del Decreto-Ley N° 7 de 1998.

¿Artículo 18. Son funciones y atribuciones de la Junta Directiva:

1. ...

11. Autorizar los actos y contratos por sumas mayores de un millón de balboas (B/.1,000,000.00)¿.

¿Artículo 27. Son funciones del Administrador:

1. ...

9. Celebrar los contratos, convenios, actos u operaciones que deba efectuar la Autoridad y cuyo monto no exceda un millón de balboas (B/.1,000,000.00), con sujeción a lo establecido en la ley y sin perjuicio de que la Junta Directiva ejerza un control previo y posterior, y conforme a lo establecido en las disposiciones que regulan y reglamentan la contratación pública y los reglamentos de la Autoridad¿.

En lo que respecta al caso que nos ocupa, al no regular el Decreto-Ley N° 7 de 1998, que crea la Autoridad Marítima de Panamá a quién le compete conocer los casos en que se deba compensar por gastos incurridos a una empresa que se le haya adjudicado definitivamente una licitación pública, este Despacho considera que para determinar quién debe resolver y establecer los procedimientos a seguir para compensar a la empresa por los gastos incurridos, se debe tomar como base el monto de la licitación pública, ya que el Decreto-Ley N° 8 de 1997 dispone en base al monto de los actos y contratos quién tiene facultad para celebrarlos en los artículos 18 y 27, de la siguiente manera: los actos y contratos por sumas mayores de un millón de balboas, serán autorizados por la Junta Directiva, y aquellos cuyo monto no excedan de un millón de balboas, serán celebrados por el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá. Por lo tanto, en el caso en que la Autoridad Marítima de Panamá tenga que compensar por los gastos incurridos a la empresa, si el monto de la licitación pública es mayor de un millón de balboas, el procedimiento a seguir para determinar los gastos, le corresponde a la Junta Directiva, y si el monto de la licitación pública no excede de un millón de balboas, le correspondería al Administrador de la Autoridad Marítima. Así pues, en el caso de la empresa Importadora y Exportadora Universal, (IMEXUSA), por ser la adjudicación de la licitación pública por un monto de B/. 1,154,596.80, le corresponde resolver y establecer los procedimientos a seguir para determinar los gastos incurridos por la empresa con el fin de retribuirle los mismos, a la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, pues es este ente el que tiene facultades para autorizar actos y contratos cuyos montos sean mayores de un millón de balboas (B/.1,000,000.00).

De esta manera, esperamos haber despejado sus inquietudes en relación con el tema presentado, me suscribo con mis respetos siempre,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER  
Procuradora de la Administración

AMdeF/IL/cch.