

Panamá, 3 de mayo de 1984.

Ingeniero
José I. Blandón
Instituto de Recursos Hidráulicos y
Electrificación,
E. S. D.

Señor Director General:-

Por este medio acuso recibo de su Nota No. DAL-124-84 de 17 de abril de 1984 que se relaciona con la Nota DAL- 094-84 de 26 de marzo de este mismo año, mediante la cual nos plantea varias interrogantes con respecto al rechazo de propuestas u ofertas presentadas en el acto de una Licitación Pública y sobre la correcta interpretación del artículo 44 del Código Fiscal y el artículo 48 del Decreto 170 de 1960.

Concretamente las interrogantes planteadas en su primera consulta en base al supuesto por usted expuesto, son las siguientes:-

- 1.- ¿Cuándo se debe abrir el sobre No.2 de la propuesta rechazada?
- 2.- ¿Antes qué funcionarios deberá efectuarse dicha apertura?
- 3.- ¿Qué formalidades deberán cumplirse para la apertura del sobre No.2?

Las disposiciones sobre el procedimiento de las Licitaciones Públicas se encuentran contenidas en el Capítulo IV, Título I, Libro I del Código Fiscal y en el Decreto No. 170 de 1960 que lo reglamenta y desarrolla. De estas disposiciones se desprende que es la vía o medio de que se sirve el Estado para contratar luego de haberle dado igualdad de oportunidades a todas las personas o proponentes interesados en realizar determinada contratación.

Así, tenemos que la protesta o reclamaciones a que tienen derecho los proponentes se encuentra contemplada en la regla No.

10 del artículo 47 del Código Fiscal que dice textualmente:-

"Artículo 47.- En la celebración de la licitación se observarán las siguientes reglas:-

10.- Todo lo que ocurra en el acto de la licitación se consignará por el Secretario en el acta de la subasta, en la que se hará constar necesariamente el número total de las proposiciones presentadas, con los precios y nombres de los licitadores, con expresión de las admitidas y rechazadas, las causas por las cuales se haya dispuesto el rechazo, los licitadores que hayan solicitado la devolución de la fianza; las protestas o reclamaciones que en cuanto a la infracción de las reglas de este Capítulo se hubiesen formulado, y la declaración respecto a la adjudicación provisional, o la de que la licitación se declaró desierta.

Esta nota la firmarán los funcionarios que intervinieron en la licitación y los licitadores".

- - -

La regla No. 10 antes transcrita la interpretamos en el sentido de que es en el acto de la licitación en que se deberán hacer las reclamaciones, lo cual habrá constar el Secretario en el acta respectiva para que se tomen en cuenta y se analicen al hacerse la adjudicación definitiva.

La Ley no señala procedimiento alguno sobre el procedimiento a seguir en el caso que se haya procedido a la adjudicación provisional estando por resolver alguna protesta o reclamación por lo que la misma deberá ser resuelta en el momento de hacerse la adjudicación definitiva que es el momento en que puede ser negada la adjudicación provisional.

Entonces, con respecto a su primera interrogante, es lógico que en el caso que nos ocupa corresponde la apertura del sobre No. 2 al momento de decidár sobre la adjudicación definitiva para lo cual deberá realizar necesariamente los siguientes pasos:-

- a) Analizar las protestas o reclamaciones presentadas; y si son procedentes;

b) Proceder a la apertura del 2do. sobre ya que de ello pen
dará a que persona ha de adjudicarse definitivamente.

Con respecto a su segunda interrogante, somos de opinión que el funcionario u organismo que hace la adjudicación defini
tiva en caso de que las protestas presentadas sean de lugar, es el mismo funcionario u organismo el que debe proceder a la apertura del sobre No. 2. En el caso que nos ocupa el organismo competente para ello, lo sería la Junta Directiva del IRHE y es ante sus Directores que deberá efectuarse la apertura.

Sobre la facultad que tiene el funcionario u organismo para hacer la adjudicación definitiva está la de revisar toda la ac-
tuación e incluso rechazar propuestas aceptadas en la adjudicación provisional.

A este respecto, la Sala Tercera de lo Contencioso Adminis
trativo, en sentencia de 29 de mayo de 1962, nos comenta:-

"Cuando una adjudicación provisio-
nal se encuentra ante el funcionario
que ha de hacer la adjudicación defini-
tiva tiene éste la facultad de revisar
toda la actuación relativa a la licita-
ción en cuestión y hacer la adjudicación
definitiva según los mejores intereses
del Estado, inclusive tiene la obligación
de rechazar propuestas que en su concepto
no llenan las exigencias de la licitación
aunque hubiesen sido aceptadas y adjudicadas
provisionalmente por el funcionario que pre-
sidió la Licitación.

De no ser ello así, no tendría ningún
objeto las dos etapas que establece nuestro
Código Fiscal o sea la provisional y la de
finitiva". (Demanda interpuesta por el Lcdo.
Humberto Ricard, en representación de la
Compañía Rodríguez, S.A. V. Rep. Jurídico
No.5 de 1962, pág. 242).

- - -

En cuanto a la tercera interrogante, es decir las forma-
lidades que debe seguir el funcionario encargado la adjudica-
ción definitiva para la apertura del sobre No.2, coincidimos
con la opinión vertida en el punto No.3 de su Nota No. DAL-124-
84, fechada 17 de abril de 1984, pero además todo ello deberá
quedar consignado en la resolución motivada que se dicte con
respecto a la adjudicación definitiva.

En relación al otro aspecto de su consulta, es decir sobre

la correcta interpretación del artículo 44 del Código Fiscal y del 48 del Decreto 170 de 1960, no coincidimos con la opinión expuesta en la Nota referida líneas arriba por lo siguiente.

Los artículos antes referidos expresan lo siguiente:-

"Artículo 44 del Código Fiscal:-
Las fianzas provisionales y las definitivas deberán constituirse en el Ministerio donde se celebre la licitación y depositarse en la Contraloría General de la República".

"Artículo 48 del Decreto No. 170 de 1960:-

Las fianzas definitivas de cumplimiento deberán constituirse en el Ministerio donde se celebren las licitaciones y se depositarán en la Contraloría General de la República".

De los artículos transcritos se desprenden claramente dos situaciones, a saber:-

- a) El lugar donde ha de constituirse la fianza, que será el Ministerio donde se celebre la Licitación,
- b) El lugar donde ha de ser depositada la fianza, que será la Contraloría General de la República,
- c) Con respecto a este último punto creemos que no se crea confusión alguna pero no así con lo relacionado al lugar de constitución de la fianza.

A nuestro entender la constitución de la fianza comprendida en estos artículos, se refiere al lugar de su formalización o donde se presenta legalmente.

Cosa distinta es a favor de quien se establece o expide una fianza; su beneficiario en caso de incumplirse el contrato principal.

A este último aspecto no se refieren los artículos comentados ya que repetimos, ellos se refieren al lugar de su presentación o formalización y al lugar en que se deposita definitivamente.

Con respecto a favor de quien ha de expedirse la fianza, damos de la opinión que es a favor de la Contraloría General de la República por razones de índole administrativas pre-establecidas y además por disponerlo así expresamente los artículos 28 y 45 del Decreto 170 de 1960 que establecen lo siguiente:-

"Artículo 28.- Para poder tomar parte en una licitación pública el proponente deberá consignar a favor de la Contraloría General de la República. -Garantía de Licitaciones- una fianza provisional por el 10% como mínimo, del importante valor total de lo que sea objeto de la licitación. Esta fianza ha de acompañarse a la propuesta e incluirse dentro del sobre que contenga la misma". (el subrayado es nuestro)

- - -

"Artículo 45.- El renunciente o sea el proponente que resultare agraciado, deberá consignar a favor de la Contraloría General de la República--Garantía de Licitación-, fianza definitiva de cumplimiento, la cual no podrá bajar del 10% ni exceder del 100% del importe o valor total de lo que se objeto de la licitación". (subrayamos nosotros).

- - -

Por último, el artículo 1095 del Código Fiscal que es de aplicación general, al referirse a la forma en que han de expedirse las fianzas de cumplimiento, expresa:-

"Artículo 1095.- Toda persona natural o jurídica que de acuerdo con este Código o Ley Especial debe prestar fianza de cumplimiento lo hará por la suma y en la forma previstas en la respectiva disposición legal, y de acuerdo con las reglamentaciones que establezca la Contraloría General de la República". (Subrayamos nosotros).

Concluimos entonces que en materia de Licitaciones Públicas, las fianzas provisionales o definitivas deben ser expedidas conforme lo indican los artículos 28 y 45 del Decreto 170 de 1980 que reglamenta las disposiciones pertinentes del Código Fiscal, salvo que alguna disposición especial indique lo contrario.

De esta manera esperamos haber absuelto debidamente su interesante consulta.

Atentamente,

Licdo. José A. Troyano
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

b/b.