

CONSULTA NO. 165  
1 de julio de 1996.

*Su Excelencia*  
*Licenciado*  
**Oscar Ceville**  
*Vice-Ministro de la Presidencia*  
E. S. D.

*Señor Vice-Ministro:*

*Me dirijo a usted con la finalidad de dar contestación, con la premura solicitada, a la consulta elevada a través de su Nota 065-96, calendada 28 de junio de 1996, en la que nos pregunta textualmente lo siguiente:*

*"¿La Resolución N°28-96 de 19 de junio de 1996, dictada por la Junta Directiva del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE), dentro del proceso de Licitación Pública N°004-96, para el "Diseño, construcción, suministro, instalación y financiamiento del Proyecto Hidroeléctrico ESTI", se ajusta o no, a las normas sobre Contratación Pública, contenidas en la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995?"*

*De la consulta se destaca su inquietud en torno a la juridicidad de la Resolución de la Junta Directiva del I.R.H.E. amparada por el principio de legalidad de los actos administrativos, principio este que rige en nuestro Derecho Positivo y según el cual todo acto emanado de autoridad pública administrativa se presume legal y válido y por tanto debe ser observado y acatado, hasta tanto no sea declarado nulo por ilegal por la autoridad jurisdiccional competente, que, en nuestro país, la constituye la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.*

*En nuestro país, a partir del 27 de diciembre de 1995, todo lo relacionado con las contrataciones públicas realizadas por el Estado está regulado por la Ley N°56 de esta fecha. Este importante instrumento jurídico, inspirado en las Leyes de Contrataciones Públicas de España y Colombia, y que regula integralmente los convenios de carácter público celebrados por el Estado, define principios como los de Transparencia, de Economía y el de Responsabilidad, de manera novedosa y flexible, señalando un nuevo marco legal dentro del cual el Estado debe llevar a cabo la tradicional actividad administrativa, con la finalidad de*

*hacer más eficiente y expedita la gestión del Estado en la prestación de sus servicios (V. art. 8 de la Ley 56 de 1995).*

*En la consulta que nos ocupa observamos que el IRHE convocó para el día 22 de abril de 1996, la Licitación Pública 004-96 "para el diseño, construcción, suministro, instalación y financiamiento del Proyecto ESTI". De la documentación aportada se colige que en este acto de Contratación Pública se cumplieron con las diferentes etapas a que alude la mencionada Ley 56.*

*En la parte final del Considerando de la Resolución N°28-96, a que se refiere la consulta, se hace mención de las razones que llevaron a la Junta Directiva a "autorizar al Director General para que negocie con ESTI, Consorcio Nórdico, la mejora de la oferta económica y los términos del financiamiento propuesto".*

*Por la importancia que reviste, nos permitimos transcribir los motivos que tomó en consideración la Junta Directiva del IRHE al dictar dicho acto administrativo:*

*"----*

*F. Que el Informe de la Comisión designada para el análisis técnico y económico de la propuestas, concluye en señalar que sólo dos de las ofertas presentadas resultan aceptables para determinar su precio evaluado, toda vez que cumplen con lo señalado por el Pliego de Cargos; a saber, las de Consorcio Estí y Consorcio Nórdico.*

*G. Que de acuerdo a las normas establecidas, el Director General del Instituto procedió a evaluar las conclusiones a que llegara la citada Comisión, determinando que de las dos propuestas antes mencionadas, sólo la oferta Estí Consorcio Nórdico era financieramente viable dentro de los plazos establecidos.*

*H. Que esta Junta Directiva, previa presentación del informe respectivo por parte del Director General, concluye que efectivamente la propuesta de Estí Consorcio Nórdico reúne substancialmente los requisitos exigidos por el Pliego de Cargos para este Acto Público, en los aspectos técnicos y financieros.*

*I. Que adicional a lo antes señalado este Organismo, concuerda con el Director General en la necesidad de obtener una mejoría con este Consorcio de las condiciones económicas y financieras de su oferta, para lo cual procede autorizarle a que negocie*

dichas condiciones de manera que resulten aceptables a la Institución.

J. Que según lo dispuesto en el Artículo 46 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, es facultad de la entidad licitante negociar directamente con la única oferta viable las mejores condiciones posibles para la adjudicación definitiva".

Luego de estas consideraciones, esta Procuraduría procede al análisis de fondo de lo consultado:

Conceptuamos que el artículo 46 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, que sirvió de fundamento a la Resolución en comento, no es la disposición legal aplicable a esta situación jurídica. Repárese en el hecho que este artículo se refiere exclusivamente a la declaración de deserción del acto de selección del contratista. Dicha norma en su parte medular, es del siguiente tenor literal:

**"Artículo 46. Declaración de deserción**

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 antelación prevista en el artículo siguiente.

No obstante, si sólo se presentare 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 o similar, si sólo se presentare 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."

La norma transcrita prevé para los casos de selección del contratista bajo la modalidad de llave en mano, la posibilidad de negociar directamente el contrato con un sólo proponente, pero debemos apuntar que tal situación se vincula exclusivamente a los casos en que se haya presentado una única propuesta en el acto público efectuado, situación que no se dio en la licitación pública objeto de éste análisis.

*Por lo expuesto, el fundamento legal que sirvió de base para la Resolución No.28-96, no se ajusta a las normas sobre contratación pública contenidas en la Ley 56 de 1995.*

*Ahora bien, la función de asesoría de este Despacho, nos obliga a señalar las alternativas a considerar, para resolver la situación jurídica planteada.*

*Cabe entonces formularnos la siguiente interrogante:*

*¿Cuáles serían los mecanismos tendientes a subsanar las deficiencias incurridas por la Administración al momento de expedir la Resolución No.28-96?*

*Tal como se expresó en párrafos precedentes, la Ley N°56, tantas veces mencionada, consagra una serie de principios rectores que coadyuvan a que en todo acto de contratación pública se seleccione la mejor propuesta, para los intereses, del Estado y de la colectividad, de allí que cualquier solución debe partir de estos principios.*

*Plantearémos dos opciones:*

*a. Puede ser aplicado el artículo 7, numeral 4 de la Ley 56 de 1995, el cual preceptúa literalmente lo siguiente:*

***"Artículo 7 Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro.***

*El sistema de contratación pública será realizado 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.*

*----*

*b. No obstante, creemos más conveniente, por ser menos traumática, desde la perspectiva institucional, que la Administración, subsane las deficiencias antes señal*

ejerciendo las atribuciones contempladas en el artículo 64, en estrecha relación con el artículo 17, numeral 15, de la Ley 56, que a la letra expresan:

**"Artículo 17. Principio de economía.**

En cumplimiento de este principio se aplicarán los siguientes parámetros:

---

15. 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 se hubiese propuesto recurso por vía gubernativa. Esta potestad saneadora se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 de la presente Ley". (El subrayado es nuestro).

**"Artículo 64. Convalidación de los actos anulables.**

La administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan". (El subrayado es nuestro).

Estas normas reconocen la posibilidad de la revocación directa, en sede administrativa, del acto administrativo. Sobre este tema autores como el jurista GARCIA-HERREROS, en su obra *Lecciones de Derecho Administrativo*, nos comenta lo siguiente:

**"133. La revocación directa.-** Es la extinción del acto administrativo, por razones de **legalidad** o de **mérito**, dispuesta por la administración. La figura aparece consagrada en el art. 69 del C.C.A., que dispone: "Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedidos o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1°) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la Ley;

2°) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;

3°) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona;

La "revocación" se distingue de la "anulación" por el origen. La administración revoca sus actos, la jurisdicción los

*anula. En ella la extinción del acto se realiza mediante una declaración de voluntad administrativa, es decir, por otro acto administrativo" (GARCIA-HERREROS, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo, Primera Edición., Institución Universitaria Sergio Arboleda; Santa Fe de Bogotá., 1994, p. 181).*

*De la opinión doctrinal transcrita se entienda claramente que la Administración Pública, por razones de legalidad o de mérito, puede utilizar la figura jurídica de la revocación directa del acto administrativo para que el mismo se ajuste a los preceptos legales pertinentes.*

*Abundando sobre el tema y en referencia al origen de la Resolución 28-96, esta Procuraduría es del criterio que la norma que debió ser aplicada es la prevista en el Artículo 51 del Decreto Ejecutivo N° 18 de 25 de enero de 1996, reglamentaria de la Ley 56, el cual textualmente señala lo siguiente:*

*"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 o la declarará desierta en los casos señalados en el artículo 46 de la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995. La adjudicación se hará a quien haya propuesto el menor precio, si este constituye el único parámetro de adjudicación o al proponente que haya obtenido la mayor ponderación de acuerdo con la metodología de ponderación de propuestas señalada en el pliego de cargos".*  
(El subrayado es nuestro).

*A propósito de la situación, causa de esta consulta, cabe recordar lo preceptuado en el artículo V del Decreto Ejecutivo N° 19 de 25 de enero de 1996 "Por el cual se reglamenta el Artículo 16 del Capítulo III de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995", donde se establece el Principio de Transparencia dentro del Régimen de Contratación Pública:*

*"ARTICULO QUINTO: Las autoridades no actuarán con discreción o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la Ley; e igualmente le será prohibido eludir el procedimiento de selección de contratista y demás requisitos previstos en la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995".*

*Esta norma es clara al señalarnos que en materia de Contratación Pública las autoridades no pueden actuar discrecionalmente o con abuso de poder, sino todo lo contrario, su actuación deberá regirse de acuerdo a los fines previstos en la Ley.*

*Este Despacho es consciente, que nos encontramos frente a una Ley de reciente vida en nuestro sistema jurídico, que actualmente está siendo objeto de divulgación, estudio y reglamentación tendiente a que los funcionarios públicos sepan aplicarla correctamente. No obstante lo expresado, somos del criterio que asuntos como el que ahora nos ocupa pudieran evitarse de haberse dado un profundo análisis jurídico, siempre con el concurso de los abogados y el personal técnico que maneje esta temática de la institución involucrada.*

*Por último y en atención a que la resolución tantas veces mencionada fue notificada a los representantes de las empresas participantes, cualesquiera de las dos soluciones, deberá adoptarse una vez transcurra el término de ley para la interposición de los recursos admitibles en la vía gubernativa, es decir, cinco (5) días después de la notificación a los proponentes.*

*En la esperanza de haber coadyuvado al esclarecimiento de las inquietudes planteadas, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto de siempre.*

*Atentamente,*

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher**  
**Procuradora de la Administración**

AMdeF/bdec

16/4/10  
23