

C-No.175

Panamá, 2 de agosto de 2000.

Ingeniero

Alfredo Arias Grimaldo

Administrador General de la
Autoridad de la Región Interoceánica

E. S. D.

Señor Administrador General:

A continuación le brindo respuesta a su interrogante, relacionada al fundamento de ley para la efectividad del derecho de impugnación de los actos pre-contractuales, realizados por la institución a su digno cargo, llegada a este despacho por conducto de la Nota AG-DAL-1425-2000, de 4 de julio de 2000.

La interrogante está redactada de la siguiente manera:

"...nuestra pregunta se basa en el fundamento legal que debemos citar, para el caso de los recursos aplicables a este tipo de resoluciones; toda vez que en nuestra institución ha sido la 'costumbre' citar los artículos 1238 y 1239 del Código Fiscal; cuando aparentemente, por sentido literal del artículo 52, referido, nos parece que debiera ser la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el Artículo N°. 33 de la Ley N°. 135 de 30 de abril de 1943, reformado mediante el artículo N°. 20 de la Ley N°. 33 de 11 de septiembre de 1946".

Cuestión de Derecho.

La situación si bien no tiene un antecedente fáctico específico, y se refiere a un asunto estrictamente de derecho, tiene gran importancia por cuanto dice relación con la manera de hacer cumplir la ley formal de emisión del acto como elemento esencial de la voluntad administrativo. Por esta razón el dictamen se referirá a la motivación jurídica del Acto Administrativo, como elemento esencial de configuración de la voluntad administrativa.

Los fundamentos legales del acto precontractual de la Administración.

Una de las situaciones de interés jurídico se centra en el tema de las normas legales que permiten recurrir un acto precontractual que resuelve un recurso legal expedido por la Autoridad de la Región Interoceánica. En esta materia el artículo 52 del Decreto 18 de 25 de enero de 1996, por medio del cual se reglamenta la Ley de Contratación Pública, establece que, luego de la adjudicación definitiva la o las personas que se crean afectadas por dicha adjudicación, podrán hacer uso de los recursos administrativos establecidos en los artículos 1230 y 1235 del Código Fiscal; se afirma que en todo caso, se tiene la posibilidad de concurrir en la vía judicial para buscar el restablecimiento de los derechos supuestamente afectados. Veamos:

"Artículo 52: Las Resoluciones que adjudiquen en forma definitiva una Licitación, concurso o solicitud de precios se notificará en la forma establecida por los artículo 1230 y 1235 del Código Fiscal. Las personas que se consideren agraviadas con la decisión final, podrán recurrir por la vía gubernativa interponiendo los recursos que se surtirán en el efecto devolutivo, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contencioso administrativa que corresponda".

De la Consulta se infiere sobre la necesidad de aclarar si el fundamento de derecho es la Ley 135 de 1943, modificaba por la Ley 33 1946, ya que es este cuerpo de ley el que regula de manera general el procedimiento gubernativo.

El artículo 33 de la Ley 135 de 1943, regula la materia de la siguiente manera:

"Artículo 33: Por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional.

1. El de reconsideración ante el funcionario administrativo de la primera instancia, para que aclare, modifique o revoque la resolución;
2. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto".

Por otra parte, los artículos 1238 y 1239 del Código Fiscal, que son normas especiales y directamente referidas por el artículo 52 del Decreto 18 de 1996 que reglamenta la Ley de Contratos Públicos; se refiere a su aplicación como fundamento de derecho, con preferencia a la precitada disposición de la Ley 135 de 1943, reglamentaria de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el capítulo VI, relativo a los recursos en la vía administrativa fiscal, se regula los artículos 1238 y 1239 del Código Fiscal, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 1238.- En el procedimiento administrativo fiscal proceden los siguientes recursos:

1. El de reconsideración, ante el funcionario de primera instancia, para que aclare, modifique o revoque la resolución; y
2. El de apelación, para ante (sic) el superior, con el mismo objeto.

El recurrente podrá renunciar al recurso de reconsideración e interponer directamente el de apelación, previo a lo Contencioso-Administrativo".

"Artículo 1239.- De uno u otro recurso, o de ambos, podrá hacerse uso dentro de cinco días hábiles a partir de la fecha de notificación".

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Consideramos que esta dualidad de interpretaciones se despeja teniendo presente lo dispuesto en el artículo 36 del Código Civil, en lo relativo a la derogación y aplicación de dos tipos de normas legales; en este sentido se establece en el mencionado artículo lo siguiente:

"Artículo 36.- Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

En el caso bajo estudio existe una norma general que regula la materia recursiva, en la vía administrativa. Esta normativa es la Ley 135 de 1943, según sus diversas modificaciones.

Igualmente existe una disposición específica sobre el tema del acto precontractual, como lo es las referidas a la licitación pública. Esta norma es el ya mencionado artículo 52 del Decreto 18 de 1996, que establece claramente que se aplica la norma de derecho procesal administrativo, en la materia tributaria, establecida en el Código Fiscal. De allí que, en lo referente al procedimiento fiscal ordinario, esta es norma especial y por ello de preferente aplicación respecto de aquellas disposiciones que de manera general regulan el procedimiento administrativo gubernativo.

Este aserto es corroborado por lo dispuesto en el numeral once (11) del Artículo 40 de la propia Ley de Contratación Pública, la Ley 56 de 1995, al

establecer que, " los vacíos en el procedimiento de selección de contratista se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento fiscal, en su defecto, con los principios y normas del procedimiento civil". Lo que significa que la norma especialmente aplicable, por expresa derivación legal, es el Código Fiscal, en lo relativo al procedimiento fiscal.

Por las anteriores razones, concluimos recomendando que en las resoluciones administrativas en materia de contrataciones públicas, al citar el fundamento de derecho relacionado con los recursos administrativos que proceden, se deben citar los artículos 1238 y 1239 del Código Fiscal por ser la norma especial y aplicable en este tipo de procesos.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho, me suscribo,

Atentamente,

[Faint, illegible signature or stamp]

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/cch.