

G-No. 234

Panamá, 5 de octubre de 2001.

Licenciado

ERNESTO S. FERNÁNDEZ U.

Gerente General, encargado del
Banco Hipotecario Nacional

E. S. D.

Señor Gerente General, encargado:

Pláceme ofrecer contestación a Nota 2001 (2000-01) 1089 fechada 7 de agosto de 2001, en el marco del cumplimiento de nuestra función de **“consejera jurídica de los servidores públicos administrativos...”**, que nos asigna la Constitución Política, Artículo 217, numeral 5; el Código Judicial, Artículo 346, numeral 5; y especialmente la Ley 38 de 31 de julio de 2000, Artículo 6, numeral 1. En la referida nota somete a nuestro criterio la siguiente interrogante:

“¿ Es preciso dejar sin efecto un acto público de selección de contratista (solicitud de precios) y, en consecuencia, convocar, a un nuevo acto, si los rubros enunciados en el respectivo pliego de cargos, correspondientes a los criterios de ponderación, para la evaluación de las propuestas, son considerados genéricos?”

Previo a ofrecer el criterio solicitado, es importante abordar algunos aspectos relacionados con las formas de Contratación Pública y el Pliego de Cargos como instrumento fundamental en toda contratación que haya de efectuarse.

En primer término, en nuestro medio, existen diferentes formas procedimentales de preparación de la voluntad contractual, pero, lo importante es tener presente que dentro de todas ellas han de respetarse los principios rectores del sistema de Contratación Pública, los cuales se encuentran expresamente consagrados en los artículos 16, 17, 118 y 19 de la Ley 56 de 1995.

Al tenor de lo consultado, en este caso se trata de una Solicitud de Precios en donde los criterios de ponderación han sido considerados genéricos por la Comisión Evaluadora. Sobre el particular, el acto de Solicitud de Precios, es un procedimiento de selección de contratista que se da cuando el Precio Oficial es mayor de diez mil balboas (B/.10.000.00) y no excede la suma de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250.000.00).

Así entonces, entendemos que la entidad licitante preparó el Pliego de Cargos como documento fundamental, más, sin embargo, no advirtió que los conceptos utilizados fueran objetados por no resultar precisamente claros y precisos, tal como expresamente es señalado en la Ley de Contratación Pública.

En lo referente al Pliego de Cargos es necesario recordar la definición que de este hace la Ley, cuando dice: "es el conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.

El Pliego de Cargos constituye la fuente principal de derechos y de obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y ejecución del contrato y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones." (*Cfr. Artículo 3, numeral 17 de la Ley 56 de 1995*).

Traemos a colación esta definición por la importancia que de acuerdo a ella tiene el Pliego de Cargos como instrumento generador de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad contratante, es decir, de las partes intervinientes. Por tal razón, al momento de elaborar este documento es de suma importancia consultar con el Ministerio de Economía y Finanzas para incluir en él reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones, como ha sido la intención de la normativa vigente. En el caso sub-júdice no se ha adjuntado la parte pertinente de este documento a la consulta elevada de manera que

pudiera corroborarse que los criterios allí contenidos son efectivamente genéricos y que por tanto, al no dejar claramente establecidas las reglas ello ha impedido el trámite expedito de la contratación y la transparencia que debe acompañar a la misma.

No obstante, ello no ha sido óbice para que este despacho investigara en Economía y Finanzas; y, examinara con detenimiento la legislación de contratación a la par de la situación presentada.

Retomando lo anteriormente expuesto, se explica en la solicitud elevada que la entidad no advirtió que los conceptos utilizados no eran del todo correctos o mejor dicho que éstos pudieran ser objetados por no adecuarse a los requisitos establecidos en la Ley de Contratación.

Al respecto, debemos indicar que si bien a la luz de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, Por la cual se regula todo lo relativo a la Contratación Pública en Panamá, la entidad contratante posee potestad saneadora en el evento de advertir que se ha pretermitido algún requisito exigido por la Ley, conforme el artículo 17, numeral 15; facultad, que es corroborada o reafirmada en el artículo 40, numeral 9. No obstante, lo cierto es que dicha potestad sólo puede aplicarse en determinados casos, y no en todos. La entidad rectora ha sido clara al así disponerlo en diversos pronunciamientos sobre la materia. Ello significa que esta potestad saneadora puede operar en la omisión de aquellos requisitos que no vicien el acto de nulidad absoluta, como por ejemplo, la omisión en la presentación de los timbres fiscales, pero no así, en caso de prescindencia de requisitos fundamentales preestablecidos en la Ley como lo es que las reglas insertas sean objetivas, justas, claras y completas, atendiendo de este modo lo señalado por la propia Ley.

De manera que a nuestro juicio en el caso presentado no puede sanearse lo actuado, por cuanto y en tanto las reglas establecidas en el pliego de cargos no se ajustaban a lo establecido en la norma de contrataciones públicas, violando con ellas claras disposiciones de la misma.

Consecuentemente, consideramos que la entidad normativa del sistema al ser consultada respecto del tema debió ordenar el cese de los trámites efectuados en atención a lo establecido en el artículo 7, numeral 4; norma, que claramente señala que cuando los trámites realizados en los procedimientos de selección de contratistas contravengan la Ley y sus reglamentos deben ser cesados por contrariar el sentido de la Ley.

Estamos seguros que tal actuación retardará las acciones emprendidas, no obstante, ofrecerá mayor seguridad y certeza jurídica a la actuación de la entidad licitante, pues con ella se estarían respetando los principios de

transparencia, responsabilidad e igualdad de los oferentes básicos dentro del sistema de contrataciones públicas.

En conclusión, sí es necesario dejar sin efecto el acto público de selección de contratista ya gestionado y adelantado, en virtud de lo expresado y para darle mayor firmeza a la gestión. De manera que lo saludable en estos casos es consultar previamente con el Ministerio de Economía y Finanzas, y exponerle claramente las reglas del juego, para evitar fallas en los procedimientos a seguir, tal como lo hemos externado antes.

Esperando haberle aclarado la inquietud presentada, me suscribo, con mis respetos de siempre,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/16/cch.