

Panamá, 19 de septiembre de 2002.

Licenciado

Pablo Ricardo Cortés

Director de Contrataciones Públicas del

Ministerio de Economía y Finanzas

E. S. D.

Señor Director:

Acuso recibo y respondo su importante consulta sobre la viabilidad jurídica de la revocación de un acto administrativo emitido por la Dirección de Contrataciones Públicas, por medio del cual se ordenó dejar sin efecto un acto administrativo de adjudicación definitiva, dictado por el Consejo de Directores del Cuerpo de Bomberos de Panamá. Este acto precontractual, guarda relación con la adjudicación de la "Solicitud de Precio No.CDZ-002-2001 a la empresa ALLIED PRODUCTS INTERNACIONAL INC". Contendida en la Resolución N.301-01-1666 de 8 de noviembre de 2001.

Con fundamento en el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, por medio de la nota 301-01-1666 de 8 de noviembre de 2001, la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas, activa una nueva atribución legal de este despacho, para que se pronuncie respecto de la viabilidad jurídica de la revocación de un acto administrativo específico, el cual es un acto perfeccionado por virtud del cual se deja sin efecto la adjudicación de un contrato de suministro a favor de la empresa ALLIED PRODUCTS INTERNACIONAL INC, y se ordena que se contrate con la empresa: AMBULANCE PANAMÁ NETWORK, S.A.

Los hechos.

Los elementos fácticos que motivan su solicitud de opinión para la viabilidad jurídica de una revocación, son los siguientes:

2

1. El despacho del Director de Contrataciones Públicas, por medio de la nota 301-01-801-2002-DCP, de 15 de julio de 2002, advierte sobre la existencia de un acto que, según el consultante, debe ser revocado, ya que ha nacido viciado de uno de los elementos indispensables de todo acto administrativo, cual es la competencia.
2. Es decir, la entidad consultante afirma que en el acto que ella emitió el 8 de noviembre de 2001, concurren serios vicios que podrían acarrear su revocación.
3. Está claro que la Dirección de Contratación Pública, no podía, ni puede, dejar sin efecto la Resolución CDZ-49- 2001. de 25 de septiembre de 2001, mediante la cual se adjudicó de manera definitiva la Solicitud de Precio No.CDZ-002-2001^a la empresa ALLIED PRDOCTS INTERNATONAL INC, ya que el único organismo publico que está legitimado para adjudicar o revocar la adjudicación, es el propio ente activo de la administración o sea el Cuerpo de Bomberos, y no un organismo consultor, como lo es la Dirección de Contratación del Ministerio de Economía y Finanzas.

4. El acto precontractual de adjudicación definitiva de un contrato, identificado como acto público No.CDZ-02-2001, luego de haber sido notificado a las partes, no podía ser afectado por las decisiones de la Dirección de Contratación, sino por la propia entidad contratante, en este caso, el Cuerpo de Bomberos de Colón.

5. Por lo tanto, estos vicios o irregularidades fundamentalmente se circunscriben a la falta de competencia. Este elemento vicia de nulidad el acto y permite su posible "revocación".

6. Por esta razón considera el señor Director de Contrataciones Públicas que lo más apropiado sería revocar dicho acto.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Cuestión previa.

Como cuestión previa y de especial significación jurídica es el análisis de la aplicabilidad del artículo 62 de la Ley 38 de 2000, como norma de orden público, siendo actos típicamente administrativos, se deben ceñir a lo establecido en el ordenamiento público, y al mismo se le aplica la legislación administrativa especial: la Ley 56 de 1995 y la general, la Ley 38 de 2000.

³

Ámbito metodológico.

Expondremos nuestra opinión respecto de la viabilidad de la revocación de un acto precontractual, analizar las siguientes interrogantes:

1. ¿La Administración puede revocar actos administrativos por razones de juridicidad?

2. ¿Qué diferencia existe entre la revocación y la anulación de pleno derecho?

3. ¿Son aplicables las reglas de la Ley 38 de 2000, sobre revocación y anulación de los actos administrativos, y los actos precontractuales?

4. ¿Tiene razón el consultante en revocar o anular el acto bajo estudio?

5. ¿Qué tipo de acto es la Nota No.301-01-1666 de 8 de noviembre de 2001 y si procede su anulación.

6. ¿Qué mecanismo debe usar el consultante para extinguir el acto precontractual? Para facilitar el examen de esta materia, nos permitiremos transcribir la parte resolutive del acto del cual se espera su revocación, luego analizaremos las generalidades del vocablo revocar, para finalizar en el estudio de las condiciones específicas que la ley de derecho público panameño, establece para la revocación de los actos administrativos.

El acto revocable.

“República de Panamá”

Ministerio de Economía y Finanzas
Dirección de Contrataciones Públicas
Departamento de Licitaciones Públicas
NOTA No301-01- 1666

Panamá, 3 de noviembre de 2001.

Coronel
VICTOR M. MENDEZ GOYTIA
Presidente
Consejo de Directores de Zona
De los Cuerpos de Bomberos de la
República de Panamá
E. S. D.

4

Coronel Méndez:

En atención a la nota enviada por el Lic. Ricardo Silva, Representante Legal de la empresa AMBULANCIA, PANAMÁ NETWORK, S. A., en la cual nos presenta queja contra el acto público No. CDZ-02-2001, relativo a la "Adquisición de una Ambulancia Tipo 111, para el cuerpo de Bomberos de Colón", tenemos a bien hacerle las siguientes observaciones:

En el pliego de cargos (página 8), por un lado se establece que la solicitud de precios será adjudicada por ponderación y se fijan los parámetros y puntajes que deberá aplicar la Comisión Evaluadora. Si nos basamos en lo que señala el pliego en este aspecto, la empresa ALLIED PRODUCTS, INTERNATIONAL, INC., no puede ser favorecida con la adjudicación, pues su calificación total es de 90 puntos o sea cinco puntos por debajo del quejoso que obtuvo 95 puntos.

Por el otro lado (página 10), en este pliego se señala que la adjudicación definitiva se hará al proponente que ha propuesto el menor precio y que cumpla con todas las especificaciones técnicas requeridas como parámetros para adjudicar la solicitud de precios de acuerdo con el pliego de cargos (lo subrayado es del Director de Contrataciones Pública).

Tomando en consideración lo antes descrito, la empresa ALLIED PRODUCTS INTERNATIONAL INC., no puede ser favorecida con la adjudicación, pues de acuerdo con la evaluación no cumple con todas las especificaciones técnicas requeridas.

El Artículo 45 de la Ley 56 de diciembre de 1995, que regula la contratación pública, establece, en su parte pertinente, que la adjudicación se hará al que 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.

La norma transcrita, nos indica de forma clara, que la adjudicación se da por precio o por ponderación. En el caso que nos ocupa la institución, estableció ambas alternativas para adjudicar el acto público y tomando en cuenta las dos alternativas, se observa que la empresa ALLIED PRODUCTS INTERNATIONAL INC., no cumple con lo exigido en el pliego de cargos.

Por lo antes expuesto, ésta Dirección de Contrataciones Públicas, en cumplimiento de las facultades otorgadas por el artículo 7, numeral 4, de la Ley 56 de 1995, le ordenamos primero, dejar sin efecto la Resolución No. CDZ-49-2001, de 25 de septiembre de 2001, mediante la cual se adjudica la Solicitud de Precios No. CDZ-002-2001 a la empresa ALLIED PRODUCTS INTERNATIONAL INC.,

5

y segundo, adjudicar la mencionada solicitud de precios a la empresa AMBULANCE PANAMÁ NETWORK, S. A., quien cumple

con la todas las especificaciones técnicas establecidas en el pliego de cargos y obtuvo la mayor puntuación en la ponderación.

No está demás recordarle al Consejo de Directores del Cuerpo de Bomberos de Panamá, que la mencionada excerta legal, en su artículo 21, deber de selección objetiva y justa, establece, taxativamente, que "los responsables deberán selecciona, al contratista en forma objetiva y justa. Es objetiva y justa la selección en la cual se escoja la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que ésta busca, con base en lo estipulado en el pliego de cargos (lo subrayado es de la Dirección de Contracciones Públicas)".

Asimismo, el artículo 17, principio de economía, numeral 8, de la mencionada ley, estipula que el acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos diferentes a los previstos en esta ley y demás disposiciones aplicables (lo subrayado es de la Dirección de Contracciones Públicas)

Sin otro particular queda del Consejo de Directores de Zona de los Bomberos.

Atentamente,

ROBERTO RUIZ DIAZ

Dirección de Contrataciones Públicas

El contenido de la resolución No. CDZ- 49/ 2001

**“Colegio de Directores de la Zona
De los
Cuerpos de Bomberos de la república de Panamá**

RESOLUCIÓN No. CDZ-49/ 2001

(DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2001)

Por la cual se hace una adjudicación definitiva

EL CONSEJO DE DIRECTORES DE ZONA

DE LOS CUERPOS DE BOMBEROS DE LA REPÚBLICA

En uso de sus facultades, Legales y reglamentarias

CONSIDERANDO

Que el Consejo de Directores de Zona de los Cuerpos de Bomberos de la República, hizo la Correspondiente

6

convocatoria pública identificada como Solicitud de Precios No.CDZ-002101, para la adquisición de una ambulancia nueva Tipo III, para el Cuerpo de Bomberos de Colón.

Que agotada la tramitación prevista en nuestra legislación para tales actos y luego de revisada la actuación conforme la facultad saneadora contemplada en los numerales 13 y 15 del Artículo No.17 de la Ley 56 sobre contrataciones públicas se observa que:

a. El Consejo de Directores de Zona en ningún momento designó la Comisión Evaluadora.

b. Por otra parte, la Comisión que hizo la supuesta ponderación ha omitido motivar el Informe cuya conclusión aparece incorpora al expediente tal como lo exige el numeral 5 del Artículo No. 16 de la Ley No 56.

c. El Pliego de Cargos y Especificaciones no contempla criterios técnicos ni procedimientos de ponderación de las propuestas por lo que el precio es el elemento determinante en la calificación de las ofertas y la posterior adjudicación del acto público.

Que la Ley No.56 de Contratación Pública, en sus artículos No. 21 y 48 establecen la facultad del ente licitante para actuar con discrecionalidad y con el obligado propósito de proteger y asegurar los mejores intereses del Estado.

Que las tres propuestas cumplen con las exigencias técnicas contempladas en el Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas.

Que en consecuencia, corresponde al consejo de Directores de zona en Pleno pronunciarse sobre la Adjudicación Definitiva de la Solicitud de Precios No. CDZ- 002/11, tomando en consideración el menor precio propuesto.

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: ADJUDICAR definitivamente la Solicitud de precios No.CDZ-02/01 a la empresa ALLIED PRODUCTS, INC por la suma B/.75, 856.05 (setenta y cinco mil ochocientos cincuenta y seis con 05/100) por, razón de que su precio es el menor y por tanto su oferta resulta la más favorable.

ARTICULO SEGUNDO. AUTORIZAR al Comandante Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos de Colon, para que suscriba el respectivo contrato con la empresa ALLIED PRODUCTS, INC ajustándose a las disposiciones legales en cuanto a obligaciones y derechos tanto del Estado como del contratista y en un todo conforme al Pliego de Cargos y Especificaciones Técnicas, Addendas (sic) y demás documentos aplicable a la Solicitud de Precios No.CDZ-oo2/01.

7

ARTÍCULO TERCERO: Contra esta Resolución proceden los recursos administrativos de Reconsideración y Apelación. De uno o de ambos puede hacer uso el recurrente dentro de los quince (15) primeros días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo No.45 y concordantes de la Ley No. 56 del 27 de Diciembre de 1995.

Dada en la ciudad de Panamá a los veinticinco (25) días del mes de Septiembre de 2001”.

¿En qué consiste la revocación?

La revocación consiste en la forma de extinción de un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia administrativa producida por un acto unilateral de la Administración Pública. En razón de esto, se extingue un acto administrativo, por medio de la revocación, cuando la propia Administración Pública considera necesario satisfacer las actuales exigencias del interés público o restablecer el imperio de la legitimidad.

Según el criterio referente a la naturaleza sustantiva, la doctrina¹ más autorizada señala que la revocación consiste en la extinción del acto por ser inoportuno o inconveniente para los intereses de la Administración.

Cosa distinta ocurre con la anulación de pleno derecho, la cual consiste en la extinción del acto por estar afectado de nulidad absoluta, es decir, por ser ilegítimo.

Así las cosas, la diferencia más relevante entre la revocación y la anulación de pleno derecho, regulada en la Ley 38 de 2000, la encontramos al analizar el alcance y eficacia de ambas medidas. Así tenemos por ejemplo que la revocación, tiene un alcance más restringido que la anulación, pues en aquella, la decisión

puede ser la nulidad parcial o total del acto. En cuanto a la anulación, la eficacia solamente produce efectos ex nunc, o sea, hacia el futuro, y afecta la totalidad del acto. Por lo tanto, para el caso de la anulación, sus efectos se producen desde que el acto se origina viciado en el mundo jurídico y su eficacia es al pasado, ex tunc.

En cuanto a la anulación es importante señalar que ella difiere de la revocación. Sobre esta temática la autora Hildegard Rondón de Sansó Magistrada de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en una conferencia dictada en las III Jornadas Internacionales de

¹ En este sentido ver el trabajo de investigación respecto del tema de la revocación de los actos administrativos, realizado por el licenciado Abilio Batista, funcionario de la Procuraduría General de la Nación., el cual se encuentra publicado por la empresa Sistemas Jurídicos S.A.

8

Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías", el 14 de noviembre de 1997, explicó lo siguiente:

“En efecto, la diferencia entre anulación y revocación va a radicar en que en principio, en la primera de las figuras mencionadas, el control que la propia Administración ejerce, versa sobre la juridicidad de sus actos, impidiendo su subsistencia cuando están afectados de un vicio que no admite convalidación como lo es el que produce la nulidad absoluta. En tal caso, la Administración está facultada en cualquier tiempo, de oficio o a instancia de parte para "reconocer" la nulidad aludida, con efectos ex tunc, esto es, desde el pasado. Por lo que respecta a la revocación, la misma estaría constituida, bien por la constatación de un vicio de nulidad relativa en el acto objeto del control administrativo que, por ser convalidable tiene un destino que depende de la Administración o bien, por un motivo de inoportunidad o inconveniencia respecto al interés tutelado. La potestad se ejerce con efectos exclusivamente hacia el futuro, esto es, "ex nunc"

Principios que regulan la Revocación.

1. Principio de irrevocabilidad de los actos administrativos.

Por un principio de seguridad procesal, la Administración Pública no puede revocar de oficio ni en forma ilimitada sus resoluciones.

Se ha sostenido que un principio de justicia y orden social exige la estabilidad de los derechos concedidos a las partes en un juicio y la firmeza del procedimiento. Esta seguridad, firmeza y orden abarcan el encadenamiento sucesivo de las diversas etapas del proceso, de tal manera que no pueda volverse a una etapa concluida definitivamente por una mera revocación.

2. En el campo del derecho administrativo.

En orden del derecho público panameño, la revocación se encuentra establecida en la Ley 38 de 2000, sosteniendo el siguiente principio: **Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin que se enmarque específicamente en una de las causales legales especiales para la revocatoria.**

9

Ciertamente el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, prescribe que los actos que hayan creado una situación jurídica particular, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrán ser revocados sin que operen de forma especial una de las causales o elementos de revocación.

Entre estos elementos, el más específico es la de exigirse “el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”, el cual, en su sentido natural, más que un requisito de procedimiento de la revocación, es un aspecto de su esencia; por lo cual, debe ser probado en todo caso en donde se pretenda afectar derechos de las personas afectadas por la revocación.

Así las cosas, creemos que si se pretende la extinción de un acto, por motivos propios a su legitimidad, como lo es la falta de competencia; y no se puede contar con la expresa aquiescencia (consentimiento) del o de los afectados, sería preferible hacer uso del mecanismo conocido como Anulación de Pleno Derecho, el cual, según se deja establecido en el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, procede como medio de depuración técnico jurídico, que por motivos de oportunidad interés público.

Tal vez en el único caso en el que la Administración pueda revocar (técnicamente hablando), a pesar que no se cuente con el consentimiento de la persona, sería cuando dicho acto, haya sido proferido a favor de una persona la cual unos medios engañosos o fraudulentos. Es decir cuando se haya inducido a la Administración a un error administrativo, por la presentación o aportación de declaraciones o documentos falsos. Veamos:

“Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. Cuando fuese emitida sin competencia para ello;
2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerlas;
3. Cuando el afectado consienta en la revocatoria; y,
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

En todo caso, antes de la adopción de la medida a que se refiere este artículo, la entidad administrativa correspondiente solicitará opinión del Personero Municipal, si aquélla es de carácter municipal, del Fiscal de Circuito, si es de carácter provincial, y del Procurador de la Administración, si es de carácter nacional. Para ello se remitirán todos los elementos de juicio que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos pertinentes.

10

En contra de la decisión de revocatoria o anulación puede el interesado interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la Ley.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo, no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla fundado en causa legal, cuando el

organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho”.

(Subraya la Procuraduría de la Administración)

La regla general es que los actos de la administración, al presumirse legales, deben ser mantenidos y respetados en todas sus partes; salvo que sean denunciados de ilegales o que la propia administración los revoque o los anule. En estos dos supuestos las personas que pueden verse afectadas deben, si lo tienen a bien, demandar su ilegalidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

La filosofía que informa el principio anterior es la de dar certeza, seguridad y estabilidad jurídica a los derechos particulares y concretos o situaciones de la misma índole que haya reconocido la ley.

3. La revocación por incompetencia.

En el caso de faltas a las formalidades legales, si la administración estima que expidió un acto con prescindencia de la debida competencia, y no puede obtener el consentimiento de las personas que se puedan ver afectadas; no le está permitido revocar unilateralmente el acto; si no iniciar el procedimiento administrativo de anulación, contemplado en el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 38. En este procedimiento se le debe brindar a las personas todas las garantías del debido proceso administrativo, además de cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 62, es decir, correrle traslado al Ministerio Público, para que este se pronuncie respecto de la viabilidad jurídica de esa potencial anulación.

En caso de la anulación, si la misma perjudica a una persona determinada, ella podrá en todo caso, demandar su anulación, utilizando la correspondiente acción de ilegalidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido el artículo 52 de la ley 38 de 2000, dispone lo siguiente:

“Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Los dictados por autoridades incompetentes;
3. Aquellos cuyo contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;

11

4. Los dictados con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;

5. Los que graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Como se deja ver, la anulación de pleno derecho, es diferente a la revocatoria, aunque igualmente tiende a la invalidez del acto, en sede administrativa: y éste, puede ocurrir cuando la actuación administrativa incumple con alguno de los elementos propios y naturales a su emisión. Sobre esta materia en el glosario de la Ley 38 se establece que:

“Acto administrativo: Es una declaración o acuerdo de voluntad emitida o celebrado conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar,

transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regido por el Derecho Administrativo.

Todo Acto Administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser ilícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la Ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

La regla de la competencia se desprende del acatamiento de parte de la Administración del principio de legalidad, consagrado en el artículo 18 constitucional. En este sentido la Administración Pública debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Por esto el principio de legalidad se bifurca en dos vertientes: por un lado existe una tendencia de carácter negativo, que es la prohibición de actuar en contra del ordenamiento jurídico; y por otro lado, en sentido positivo, constituida por la necesidad de que la Administración obre adecuadamente cuando así lo exige el ordenamiento jurídico.

En términos generales se puede decir que para la revocación por razones de incompetencia se debe acudir a la anulación oficiosa.

En este supuesto la administración, solo tiene **dos caminos**:

12

1. Hacer uso de la anulación en la propia sede administrativa, o
2. Demandar su propio acto de ilegal ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para que sea ésta la que lo anule.

¿Cuándo opera la declaratoria de nulidad de un acto administrativo?

En lo que respecta a la declaratoria de nulidad absoluta, la misma sólo opera si están presentes los vicios a los cuales alude el artículo 52 de la Ley 38 de 2000 regulatoria del Procedimiento Administrativo General, es decir, los llamados vicios de nulidad absoluta, a los cuales hemos hecho referencia con anterioridad, pero que nos permitimos nuevamente señalar. Ellos son:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Cuando sea de imposible o ilegal ejecución;

3. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o,
4. Cuando hubieren sido dictados con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

¿Qué autoridad declara la nulidad de una etapa precontractual?

Según se deja ver en los artículos 62, 63, 64 y 65 de la Ley de Contratación Pública, la persona que puede declarar la nulidad, en sede administrativa, de un determinado acto o actuación viciada de nulidad, es el funcionario que representa al órgano o entidad que tenga la competencia de convocar el acto público correspondiente. Es decir que en la sede gubernativa se puede anular, aunque con la salvedad de que se disponga la conservación de aquellos trámites cuyo contenido no resulten viciados o afectados por la nulidad.

¿Qué tipo de acto es la nta No.301-01-1666 de 8 de noviembre de 2001?

Desde nuestro punto de vista, la nota 301-01-1666 de 8 de noviembre de 2001, si bien pudo haber sido emitida para un asunto del cual no se tenía competencia: anular una adjudicación definitiva, ha sido la expresión de voluntad de un ente público que tiene la atribución legal de participar en el control de la transparencia del procedimiento previo al contrato. Por tanto, ese acto hace parte de una etapa precontractual, al ser una forma de revisión del procedimiento de selección del contratista.

13

En efecto, la atención de quejas en contra de la actuación de los encargados de la contratación, hace parte de un trámite de control de la legalidad y transparencia del precontrato, por lo tanto, ese acto denominado Nota 3001, es una actuación regida por las reglas de la Ley 56 de 1995.

Las reglas para anular ese tipo de actos relativos a una de las etapas precontractuales, deberían ser las establecidas en los artículos 59 y 60 de la Ley 56 de 1995. Es decir que, podría ser anulado, no revocado, por razón de haber sido emitido por una autoridad a la cual no le está atribuida la competencia de anular o revocar una adjudicación definitiva.

Ahora bien, ¿Qué mecanismo debe usar el consultante para extinguir un acto administrativo dictado en la etapa previa al contrato?

Si bien las causales de anulación del precontrato están específicamente establecidas en la Ley 56 de 1995, en esta normativa no se encuentra regulado el procedimiento para tal anulación, y tendrá que acudir al procedimiento fiscal sobre esta materia, como norma supletoria.

Ahora bien, como quiera que en el capítulo sobre procedimiento fiscal, tampoco se encuentra establecida la regulación del procedimiento de anulación, dicho vacío deberá ser llenado por la Ley 38 de 2000.

En este sentido habría que cumplir, según queda dicho, con el traslado a esta Procuraduría, y darle traslado a la parte que podría salir perjudicada de la anulación, para que tenga derecho a la debida defensa.

Ahora bien como quiera que el traslado a esta Casa ya se ha dado, pasemos a ver si concurre en el presente expediente, la causal de anulación, por razón de incompetencia.

¿Procede jurídicamente la anulación de la Nota 302-01-1666 de 8 de noviembre de 2001?

En el meollo de la cuestión se encuentra saber cuáles son las competencias de la Dirección de Contratación Pública, y si dentro de ese ámbito competencial, esa dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas, puede dejar sin efecto o sea revocar un acto de adjudicación definitiva que haya realizado el Ente Activo de la Administración², es decir una entidad responsable del trámite de selección y de contratación.

² Entendiendo por Ente Activo de la Administración, la entidad que tiene a cargo el procedimiento de licitación, concurso de precio, contratación directa y el propio acto contractual, puesto que es la directamente obligada de cumplir una finalidad pública específica, la cual será, satisfecha con el contrato. Por ejemplo, la

14 entidad que licita la construcción de un puente, a de ser el MOP, pues es este Ministerio de Obras el que tiene como atribución la de la construcción de puentes y vías públicas.

En el caso bajo nuestro estudio, el ente activo de la Administración es el Cuerpo de Bomberos de Panamá y las demás entidades, son instituciones controlantes o colaboradoras. Sería el supuesto de la Dirección de Contratación Pública y la Contraloría serían entidades controlantes. Y la Procuraduría sería colaborante al dar opinión consultiva.

Como lo afirma el ente consultante: los actos previos al contrato y la propia contratación tienen la finalidad de satisfacer un interés público específico

Un análisis más detenido de la cuestión, permite comprobar que los "contratos administrativos, siendo como son una parte o una forma de la actividad administrativa, tienen una finalidad específica y propia, la cual no es otra que la satisfacción y el logro del interés público, de las necesidades colectivas, siendo esa finalidad, precisamente, la que les da y define su naturaleza jurídica como tales y los efectos y consecuencias que les son específicos"³.

La finalidad de contratar es la de satisfacer de intereses públicos, los cuales a su vez, serán realizados de manera concreta por los entes públicos que tienen determinadas competencias concretas.

Por lo dicho, el elemento de la competencia para contratar y para tramitar la selección del contratista, es de la Administración activa y no de los entes públicos que contribuyen a lograr que el sistema de contratación sea más transparente o eficiente.

En este sentido es atinente la cita al artículo 7, 45 de la ley 56 de 1995.

“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. (Subrayamos)

Escola, Héctor Jorge., El Interés Público. Pagina 160

15

“Artículo 7. Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada 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:

1. Elaborar las especificaciones o condiciones generales que sirvan de base a todos los procedimientos de selección de contratistas.
2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando.
3. Intervenir en la atención de las quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el expediente del acto público de que se trate.
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.
5. Elaborar instructivos y reglas para el correcto desenvolvimiento y regularidad de los procedimientos de selección de contratistas, que regula la presente Ley”.

(Subrayamos)

Una somera observación a estas disposiciones nos permite afirmar que la competencia para la adjudicación de los actos de selección, es el Ente Activo de la Administración, por estar definida de manera positiva en el artículo 45 de la Ley, cuando se establece que “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”.

Si bien es cierto que, el Ministerio de Economía puede intervenir en los actos anteriores a la adjudicación, se infiere que luego de esa etapa, ya no tiene ninguna competencia para intervenir en los trámites de selección.

En concreto, estando divididas las competencias de los agentes públicos que intervienen en la selección del contratista, el ordenamiento jurídico no establece que los funcionarios del Ministerio de Economía tengan la competencia para adjudicar o desestimar la adjudicación de un acto, público, y menos pueden ordenar la adjudicación o la contratación.

Coincidimos con el consultante en cuanto a la nota No.301-01-1666 de 8 de noviembre de 2001, emitida por el Director de Contrataciones Públicas, al ordenar

16

que se revoque la adjudicación de un contrato, sin que dicho acto contractual se refiera a una competencia propia de la gestión administrativa del Ministerio de Economía y Finanzas está viciada de nulidad absoluta, pues ese importante órgano de control de la transparencia de los contratos, no tiene tales competencias de desestimar una adjudicación definitiva.

Conclusión

De todo lo estudiado creo que el acto objeto del actual dictamen de viabilidad jurídica, no podría ser revocado, en los términos de la Ley 38 de 2000, sino en todo caso anulado de pleno derecho, pues el estudio de las irregularidades aducidas como el de la incompetencia, dicen relación más que de un examen de oportunidad y conveniencia, de legitimidad o juridicidad.

1. La actuación denunciada: la Nota 301, ha sido dictada con evidente pretensión de dejar sin efecto un acto de adjudicación definitiva de un acto ya evaluado por el Ente Activo de la Administración, situación ésta que no compete a la Dirección de Contrataciones Públicas.

2. Por lo tanto, conceptuamos que el Director de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas, está capacitado para dejar sin efecto la nota contentiva de aspectos administrativos que invaden competencias de otras instancias.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedo de usted,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/