

Vista N°411

29 de octubre de 1998

Proceso Contencioso

Administrativo de

Nulidad.

Concepto. Interpuesto por el Licenciado Pedro Pereira en representación de Quimifar, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Nota N°302-01-24 de 23 de enero de 1998, emitida por la Dirección General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro acostumbrado respeto, concurrimos respetuosos ante el Despacho a su cargo, con la intención de externar nuestro criterio en torno al Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad, que se deja enunciado en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

Nuestra intervención está fundamentada en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial.

I. Pretensiones de la demandante.

La parte actora tiene como pretensión, que esa Honorable Sala emita los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO: Que es nula, por ilegal, la Nota N°302-01-24 de 23 de enero de 1998, emitida por la Dirección General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se acate la decisión emitida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social mediante la Resolución N°15,523-97-JD de 23 de diciembre de 1997.

II. Antecedentes.

La Caja de Seguro Social convocó a la Licitación Pública N°48-96, mediante la cual requería el suministro e instalación de equipos de Química Clínica, a nivel nacional, por consumo de reactivos y sus consumibles.

El Ministerio de Hacienda y Tesoro, con fundamento en el artículo 7 de la Ley N°56 de 1995, procedió a emitir el Oficio N°302-01-24 de 23 de enero de 1998, por observar ciertas irregularidades en el procedimiento aplicado en el Acto de Licitación Pública N°48-96 de 12 de agosto de 1996.

La Dirección de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro reiteró el criterio anterior, al indicar que el retraso de la Comisión Evaluadora en entregar su Informe Técnico, así como el uso de metodologías de evaluación no contempladas en el Pliego de Cargos de la Licitación Pública N°48-96 constituyen flagrantes violaciones a las disposiciones de la Ley N°56 de 1995. Como resultado de lo anterior, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social emitió la Resolución N°1,220-97 D.G. de 23 de junio de 1997, a través de la cual adoptó la decisión de rechazar todas las propuestas presentadas.

Posteriormente, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, mediante la Resolución N°15,523-97 J.D. emitida el 23 de diciembre de 1997, prácticamente revivió el Acto Público y lo retrotrajo a la etapa de evaluación de las propuestas; incurriendo en una nueva e ilegal etapa en el procedimiento, quebrantándose el mencionado Principio de Economía, consagrado en el numeral 13, del artículo 17, de la Ley N°56 de 1995.

De allí que se haya expedido el Oficio N°302-01-24 de 23 de enero de 1998, remitido por la Licda. Nelly Guardado Oro, Directora General, a.i., de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, al Licdo. José Chirino Presidente de la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, ordenando el cese de la continuación del Acto Público identificado como Licitación Pública N°48-96 y conminándose a la Caja de Seguro Social, que de persistir la necesidad de adquirir el equipo, deberá proceder a través de un nuevo Acto Público.

III. Las normas legales que se aducen como infringidas y sus conceptos, son las que a seguidas se analizan:

a. Los artículos 1243 y 1245 del Código Fiscal, cuyos textos expresan:

Artículo 1243: Toda resolución u otro acto administrativo contra el cual no haya lugar a interponer recurso alguno administrativo o no se haya utilizado ninguno de los procedentes, quedará ejecutoriado .

Artículo 1245: Cuando en un expediente haya habido segunda instancia, una vez fallada ésta el organismo o funcionario que haya dictado la resolución remitirá el expediente al funcionario inferior competente para que proceda a ejecutarla si fuere del caso .

La sociedad demandante considera que las normas transcritas ut supra han sido violadas directamente por comisión; fundamenta sus argumentos, en el hecho que la Resolución N°15,523-97-J.D., fechada 23 de diciembre de 1997, fue notificada a las empresas participantes en la Licitación N°48-96, y que, en consecuencia, la decisión contenida en la meritada Resolución produjo todos sus efectos jurídicos y, como resultado de ello, está en firme; lo que a su juicio se traduce como un acto que puede hacerse cumplir por la Administración, en el presente caso, representada por la Dirección General de la Caja de Seguro Social.

De conformidad con lo planteado por la parte actora, este elemento indispensable en todo acto administrativo es conocido como la ejecutoriedad, y cita al Doctor Gustavo Penagos, quien en su obra El Acto Administrativo, Tomo I, se remite al profesor José R. Dromi, quien se refiere a la ejecutoriedad, en los siguientes términos:

La ejecutoriedad aparece en el acto administrativo cuando se ha cumplido todo el proceso de su formación y el ordenamiento jurídico le otorga, además de la obligatoriedad de su cumplimiento, la posibilidad de su pronta realización; aunque puede acontecer que comience después de haberse cumplido alguna condición o plazo como elemento modal del acto. (Pág. 457)

Añade el demandante que nuestra legislación fiscal, haciéndose eco de la doctrina establece para los procedimientos administrativos en materia fiscal que toda resolución u otro acto administrativo contra el cual no haya lugar a interponer recurso alguno administrativo o no se haya utilizado ninguno de los precedentes, quedará ejecutoriado. (Artículo 1243, Código Fiscal).

Por tanto, a su juicio, en ese entendimiento, el carácter de ejecutorio del acto administrativo en cuestión responde al principio de la rapidez de la actuación administrativa, cuya finalidad es el logro del bienestar general, que en el presente caso, es la adquisición de los equipos de química clínica por consumo de reactivos indispensables para que la Institución lleve a cabo su fin primordial, que es administrar y dirigir el régimen de seguridad social, cubriendo los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, viudez, orfandad, auxilios de funerales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. (Artículo 1 del Decreto Ley N°14 de 1954, Orgánica de la Caja de Seguro Social.)

Nuestro criterio.

Este Despacho se opone categóricamente a los planteamientos esgrimidos por la parte actora, por las razones que pasamos a exponer:

En primer lugar, los artículos 1243 y 1245 del Código Fiscal se dicen vulnerados con relación a la Resolución N°15,523-97-J.D. de 23 de diciembre de 1997, emitida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, que decide retrotraer el proceso a la etapa en que las propuestas se someten a la consideración de la Comisión Evaluadora.

Manifiesta la sociedad Quimifar, S.A., a través de su apoderado legal, que la Resolución N°15,523-97-J.D. de 23 de diciembre de 1997, emitida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, está ejecutoriada.

La Doctrina considera que todo acto administrativo se entiende perfeccionado cuando se han cumplido todos los requisitos de procedimiento y en la forma que la Ley señale para su expedición. Sólo cuando está perfeccionado puede producir sus efectos jurídicos.

Hay casos en los que se exige la publicación o la notificación del Acto Administrativo, para que el mismo adquiera eficacia; es decir, para que produzca sus efectos.

De allí que la doctrina suele diferenciar entre un acto perfeccionado de un acto eficaz.

La eficacia del acto perfecto puede depender de los siguientes elementos:

- 1- La publicación o notificación.
- 2- Una condición suspensiva.
- 3- Un plazo impuesto en el mismo acto.
- 4- La emisión de otro acto administrativo, cuando se requiere la aprobación de otra autoridad administrativa.
- 5- Que se hayan resuelto los recursos administrativos y, por lo tanto, esté agotada la vía gubernativa.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un Acto Administrativo, la Resolución N°15,523-97-J.D., fechada 23 de diciembre de 1997, que resuelve retrotraer la Contratación Pública a la etapa de evaluación de las propuestas.

Dicha Resolución, por sí misma no causa estado; es decir, que no resuelve el fondo de la Licitación Pública; ya que esa etapa culmina con la adjudicación definitiva del acto público y permite el acceso a la siguiente fase, la contratación y cumplimiento del Contrato entre las partes.

Nótese que el párrafo final del artículo 45 de la Ley de Contratación Pública permite a las personas que se consideren agraviadas con la decisión de adjudicación, el uso de los recursos gubernativos, al disponer lo siguiente:  podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas del procedimiento fiscal  . Los recursos gubernativos únicamente pueden utilizarse una vez se considere perfeccionada la adjudicación definitiva y se hayan efectuado las autorizaciones o aprobaciones necesarias para tales efectos, no antes.

De lo anterior se colige que las actuaciones adelantadas por la entidad contratante antes de la adjudicación definitiva, no son susceptibles de recurso gubernativo alguno (formalmente hablando), por considerarse actos de mero trámite; por consiguiente, no es viable señalar que se esté infringiendo el artículo 1243 del Código Fiscal invocado; ya que el mismo no es aplicable a la situación bajo análisis.

Éste fue el motivo por el cual el Legislador facultó al Ministerio de Hacienda y Tesoro como entidad normativa, encargada de fiscalizar el sistema de contratación, la función de elaborar las

especificaciones o condiciones generales que sirvan de base a todos los procedimientos de selección de contratista; absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública que se esté desarrollando; intervenir en atención a las quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el acto público de que se trate; 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 la Ley N°56 de 1995 o su reglamento, de oficio o a petición de parte de cualquiera de los participantes en tales procedimientos, tal como lo hizo la sociedad Quimifar, S.A., hoy demandante.

De allí que la Resolución N°15,523-97-J.D., de 23 de diciembre de 1997, de la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social no surgió por la interposición de un Recurso Gubernativo, lo que implica que no nos encontramos ante una situación de segunda instancia, por lo que tampoco es aplicable (al caso in examine), el artículo 1245 del Código Fiscal, invocado por la sociedad demandante.

Ello es así, porque la Resolución N°15,523-97-J.D., de 23 de diciembre de 1997, de la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social es el resultado de la queja (copia de la Nota S/N° de 29 de noviembre de 1996), que presentó la sociedad Quimifar, S.A. ante la Dirección de Proveeduría y Gastos, del Ministerio de Hacienda y Tesoro, en la que se pusieron de manifiesto las omisiones e irregularidades cometidas por la Comisión Evaluadora en el proceso de Licitación Pública.

Como resultado de la interposición de la queja y, en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 4, del artículo 7 de la Ley N°56 de 1995, la Dirección de Proveeduría y Gastos, del Ministerio de Hacienda y Tesoro expidió la Nota N°301-01-141-D.G. de 20 de febrero de 1997, a través de la cual ordenaba el cese del proceso de Contratación Pública para el suministro e instalación de equipos de química clínica (a nivel nacional) por consumo de reactivos y sus consumibles, por haberse realizado en contravención de diversas normas de la Ley N°56 de 1995.

Las disposiciones jurídicas que se infringieron en la etapa de evaluación, son las siguientes:

El artículo 17 de Ley N°56 de 1995.

Artículo 17: Principio de Economía.

En cumplimiento de este principio se aplicarán los siguientes parámetros:

1. En las normas de selección y en los pliegos de cargos o en los términos de referencia, para el escogimiento del contratista, se establecerán y cumplirán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios, a fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado. Con este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para diferentes etapas de selección, y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

2.

3.

4. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos, a fin de evitar dilaciones y retardos en la ejecución del contrato.

5. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que, con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten

Con relación a esta norma, debemos manifestar que la Caja de Seguro Social, como la entidad oferente en el acto de Contratación Pública, debió acatar su obligación de cumplir con los requisitos, etapas y términos que establece la Ley N°56 de 1995; tal como lo exige el artículo 17 transcrito el cual señala que en la selección del contratista deben cumplirse los procedimientos, las etapas y los términos preclusivos y perentorios.

La Comisión Evaluadora nombrada por la Caja de Seguro Social dejó precluir el término entre diez (10) y treinta (30) días que le establece la Ley de Contratación Pública, para realizar su Informe, lo que impidió que los proponentes pudieran formular sus observaciones. Ello trae como consecuencia la infracción literal del artículo 17 de la Ley en referencia y del artículo 42 de la misma excerta legal, que en su texto dispone:

Artículo 42 de la Ley N°56 de 1995.

Artículo 42: Análisis de la propuesta.

Al día siguiente de celebrado el acto público, el expediente pasará al análisis técnico y económico de una comisión designada por la entidad contratante, integrada, en forma paritaria, por los servidores públicos y por los participantes idóneos en las ciencias que tengan que ver con el objeto del contrato, escogidos estos últimos en la forma señalada en el artículo 23. Salvo que exista un término fijado en el pliego de cargos, el jefe de la entidad contratante concederá a la comisión un término improrrogable, de acuerdo con la magnitud y complejidad del objeto de la contratación, no menor de diez (10) días ni mayor de treinta (30) días hábiles para rendir un informe técnico. La comisión aplicará la metodología de ponderación de propuestas contenida en el pliego de cargos. También podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estimen indispensables.

Concluido el informe, se pondrá de manifiesto a los proponentes, para que, dentro de los siguientes cinco (5) días, le formulen sus observaciones por escrito, que serán incorporadas al expediente. En ningún caso, la comisión podrá recomendar la adjudicación de la solicitud de precios o licitación a un proponente en particular.

Aunado a los dos anteriores, la Caja de Seguro Social también vulneró el artículo 42 de la Ley N°56 de 1995, que indica:

Artículo 44: Criterios de evaluación.

Las comisiones y las entidades contratantes deberán aplicar los criterios, requisitos o procedimientos enunciados en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de cargos y en las especificaciones. En ningún caso podrán aplicar criterios distintos a los enunciados en la presente disposición.

La norma precitada fue violentada por las autoridades de la Caja de Seguro Social, al emitirse la Resolución N°15,523-97-J.D. de 23 de diciembre de 1997, porque se introdujo un procedimiento no contemplado en la Ley de Contratación Pública, en el Decreto reglamentario, en la documentación de precalificación, ni en el Pliego de Cargos y Especificaciones, al retrotraer el proceso a la etapa de Evaluación, cuando ya se habían rechazado todas las propuestas, mediante la Resolución N°1,220-97 D.G. de 23 de junio de 1997.

Por lo anterior, este Despacho considera que las aseveraciones planteadas en este apartado, deben ser desestimadas.

b. En segundo lugar se dice vulnerado el numeral 4, del artículo 7 de la Ley 56 de 1995, que señala:

Artículo 7: Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

1.

2.

3.

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.

La parte actora argumenta que la disposición citada ha sido violada en el concepto de interpretación errónea; ya que -según ella-- a la misma se le ha dado un alcance que pugna con su espíritu, con lo cual se ha desvirtuado su fin.

Agrega que es importante señalar, que si bien es cierto que la Dirección General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro es el ente normativo y fiscalizador del sistema de contratación pública, sus funciones se encuentran enmarcadas en el sistema normativo-legal, es decir, deben ser interpretadas las mismas como parte integral de un sistema, en atención a los principios generales de derecho, la Constitución y la Ley.

Considera, además, que en el caso in examine existe una decisión emanada de una autoridad administrativa competente □ la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social- la cual ha externado su voluntad mediante la expedición de una Resolución que ha sido debidamente notificada a los interesados y con la que se agota la vía gubernativa, perdiendo competencia la administración para conocer sobre dichos asuntos, pretende la Dirección General de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, en abierta violación al Principio de Irrevocabilidad de los Actos Administrativos, anular en sede administrativo la Resolución N°15,523-97-JD de 23 de diciembre de 1997, sin tener competencia para ello.

Nuestro criterio:

Esta Procuraduría conceptúa que la parte demandante yerra al interpretar el contenido de la disposición jurídica invocada.

Decimos esto, porque el numeral 4, transcrito, es prístino al indicar que el Ministerio de Hacienda y Tesoro puede, entre otras cosas, ordenar el cese de aquellos trámites realizados en contravención a la Ley N°56 de 1995 o su Reglamento.

Subrayamos la palabra trámite consignado en la Ley en referencia, porque □-como ya explicamos en el apartado anterior-□ la Resolución emitida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social identificada con el número 15,523-97 J.D. emitida el 23 de diciembre de 1997, que revivió el Acto Público es un acto que debe considerarse de mero trámite, habida cuenta que el proceso de selección del contratista, aún se encuentra en la etapa de evaluación de las propuestas presentadas, por lo que el Ministerio de Hacienda y Tesoro aún está facultado para ordenar el cese de la Licitación Pública N°48-96.

La sociedad demandante no puede referirse a la Irrevocabilidad del Acto Administrativo, porque la Resolución N°15,523-97 J.D. emitida el 23 de diciembre de 1997, por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social no concede derechos subjetivos a particulares ni es una Resolución que cause estado o resuelva el fondo de una controversia; por consiguiente, no es susceptible de ser recurrida formalmente, a través de los recursos gubernativos que la Ley establece.

No debemos perder de vista, que el Ministerio de Hacienda y Tesoro es la entidad normativa y fiscalizadora del sistema de Contratación Pública y es bajo esa facultad que su Dirección de Proveduría y Gastos procedió a expedir la Nota N°302-01-24 de 23 de enero de 1998.

Como se observa, la facultad del Ministerio de Hacienda y Tesoro está enmarcada en los parámetros y lineamientos indicados por la Ley N°56 de 1995, lo que deja sin sustento jurídico las aseveraciones de la sociedad demandante.

c. Como tercera norma invocada, se señala el numeral 15, del artículo 17 de la Ley 56 de 1995, el cual dispone lo siguiente:



Artículo 17: Principio de Economía.

En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

1.

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 .

La sociedad Quimifar, S.A. indica que la Dirección General de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro ha violado la norma citada en el concepto de violación directa por omisión, porque considera que la norma bajo estudio le concede una facultad saneadora a la entidad licitante o al Ministerio de Hacienda y Tesoro, pero no puede ser ejercida por los dos entes al mismo tiempo; ya que dicha facultad al ser ejercida por cualesquiera de dichos organismos excluye la posibilidad de que el otro se pronuncie sobre el mismo asunto, esto es lo que en materia procesal se denomina competencia preventiva o a prevención; de lo contrario, estaríamos frente a un conflicto de competencias, que es lo que se ha producido en el caso in examine, como consecuencia de que el Ministerio de Hacienda y Tesoro pretende pronunciarse sobre un asunto que ya ha sido resuelto previamente por la entidad licitante, decisión que consta en resolución ejecutoriada.

Nuestro criterio:

Discrepamos del criterio esgrimido por la parte demandante, porque la norma invocada no es aplicable al caso sub júdice.

Decimos esto, porque la facultad saneadora únicamente se aplica cuando existen algunos errores de menor consideración, tales como: el número de cédula de la persona natural proponente, la ponderación distinta a la establecida en el pliego de cargos, etc.

Lo que no es factible, es que la entidad que convoca al acto público de Licitación pretenda, a través de una facultad saneadora, crear requisitos, etapas o términos que no están contemplados en la Ley, como lo es retrotraer el proceso a una nueva etapa de evaluación, con la finalidad de culminar la labor que, en su momento, no efectuó la Comisión Evaluadora.

Por lo expuesto, este Despacho reitera su solicitud a los Señores Magistrados para que se desestimen las pretensiones de la sociedad Quimifar, S.A. y, en su lugar, se confirme el contenido de la Nota N°302-01-24 de 23 de enero de 1998, emitida por la Dirección General de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Pruebas: Aceptamos las presentadas porque cumplen con los requisitos exigidos por el Código Judicial.

Derecho: Negamos el invocado.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Linette Landau

Procuradora de la Administración

(Suplente)

LL/5/mcs.

Licdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General

Materias:

Licitación Pública.

Saneamiento (licitación).

Cese de Actos Administrativos (licitación)

Irrevocabilidad de los actos administrativos (licitación).