

Panamá, 6 de mayo de 2002.

Ingeniero
Laurencio Guardia
Director Ejecutivo
Instituto de Acueductos y
Alcantarillados Nacionales (IDAAN)
E. S. D.

Señor Director Ejecutivo :

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales de servir de consejería jurídica a los servidores públicos administrativos que nos consulten sobre la interpretación de la ley o procedimiento a seguir en un caso concreto; procedo a ofrecer la asesoría solicitada mediante nota No.0928-DE de 8 de abril del presente año, por la cual nos solicita nuestra opinión sobre dos casos en particular.

A continuación los detalles del primer planteamiento:

“1. Mediante Nota DVM-047 calendada 1 de marzo de 2002, el Ministro de Obras Públicas en su calidad de integrante de la Junta Directiva del IDAAN, nos ha manifestado:

Interpretando restrictivamente el numeral 8 del artículo 7 de la citada Ley, se colige que la Junta Directiva está autorizada en aprobar gastos mayores de B/.100,000.00 y que la adjudicación le corresponde al Director Ejecutivo. Sin embargo, es necesario advertir que el artículo 24 de la referida Ley sobre las atribuciones del Director Ejecutivo no establece textualmente la facultad de adjudicar, sino que en su mayoría son de carácter administrativo de la Institución, de elaborar y proponer a la Junta Directiva y en casos excepcionales de nombramientos...’

En virtud de lo plasmado, somos del criterio que el numeral 8 del artículo 7 de la Ley 77 de 2001, es claro al establecer que la Junta Directiva tiene la atribución de ‘autorizar los gastos por sumas mayores de B/.100,000.00 que deba efectuar el Director Ejecutivo.’

El criterio legal adjunto y relativo a este caso sostiene lo siguiente:

“El hecho de que la nueva Ley no haya contemplado en su artículo 24 la atribución o facultad del Director Ejecutivo para adjudicar los actos públicos, correspondiente a la contratación pública, no conlleva a señalar que existe confusión o conflicto de intereses, dado que es claro que la figura de Director Ejecutivo tiene la representación legal del IDAAN, por lo que le asiste el derecho a realizar todas aquellas actuaciones administrativas relacionadas con el manejo, administración, disposición, representación, etc., necesario para el mayor desempeño y desarrollo de la Institución.

Es más si se observa el contenido de la Ley 56 de 1995, la responsabilidad de la celebración del procedimiento de selección de contratista recae sobre el ministro o representante legal correspondiente, por lo que consideramos que el acto de adjudicación es competencia exclusiva del representante legal de la entidad pública o del funcionario en quien se delegue.”

Este despacho concuerda con la opinión jurídica apuntada, en cuanto a la capacidad del Director Ejecutivo como representante legal del IDAAN.

El **artículo 20** de la **Ley 77 de 2001** ‘Que reorganiza y moderniza el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales y dicta otras disposiciones’ precisamente establece que “el Director Ejecutivo tendrá la representación legal del IDAAN. En sus ausencias temporales, lo reemplazará el Subdirector Ejecutivo.”

Aunado a esto y tal como apuntan vuestros asesores legales, la **Ley 56 de 1995** ‘Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones’ señala que el acto de adjudicación es competencia exclusiva del representante legal de la entidad pública o del funcionario en quien se delegue.

El **artículo 13** estipula:

“Artículo 13. Competencia para presidir actos de selección de contratistas.

La competencia para presidir los procedimientos de selección de contratistas recae en el representante de la entidad que convoca el acto público correspondiente o en el servidor público en quien se delegue esta función. Podrán participar en dicho acto un Representante del Ministerio de Hacienda y Tesoro y otro de la Contraloría General de la República.”

Nota: Mediante Ley 7 de 21 de diciembre de 1998, se fusionó el Ministerio de Planificación y Política Económica con el Ministerio de Hacienda y Tesoro, creándose el Ministerio de Economía y Finanzas.

En este mismo orden de ideas, el **artículo 18, numeral 5** precisa lo siguiente:

“Artículo 18. Principio de responsabilidad.

Los servidores públicos velarán por el cumplimiento de los siguientes puntos:

....

5. La responsabilidad por la dirección y manejo del proceso de selección y la actividad contractual será del jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarla en otras personas, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden al Ministerio de Hacienda y Tesoro.”

Concluimos entonces que, aún si el **artículo 24** (sobre las atribuciones del Director Ejecutivo) de la **Ley 77 de 2001** (orgánica del IDAAN) no establece textualmente la facultad del Director Ejecutivo para adjudicar los actos públicos en el contexto de la contratación pública, la **Ley 56 de 1995** (fundamento de la contratación pública) sí contempla esta competencia.

Veamos brevemente el contenido del artículo 24 referido:

“Artículo 24: El Director Ejecutivo tendrá las siguientes atribuciones:

- 1. Nombrar, ascender, trasladar...*
- 2. Administrar los intereses de la entidad, velar por el buen funcionamiento de sus dependencias y el desempeño de sus funcionarios.*
- 3. Formular el proyecto de presupuesto anual....*
- 4. Proponer las tarifas, tasas, rentas...*
- 5. Elaborar el reglamento de rendimiento de los servicios públicos de la entidad...*
- 6. Elaborar y proponer al Órgano Ejecutivo, previo concepto favorable de la Junta Directiva, el reglamento interno del personal del IDAAN.*
- 7. Elaborar y proponer el manual descriptivo...*
- 8. Elaborar y aprobar el manual de procedimientos de auditoría interna...*

9. *Presentar a la consideración de la Junta Directiva del IDAAN el plan de inversiones quinquenal...*
10. *Presentar, por escrito, a la Junta Directiva un informe anual de las actividades de la entidad y los logros alcanzados.*
11. *Asistir con derecho a voz a las reuniones de la Junta Directiva.*
12. *Elaborar el programa de selección, capacitación...*
13. *Elaborar los reglamentos de fijación de tarifas...*
14. *Presentar a la Junta Directiva la creación de nuevos servicios...*
15. *Ejercer las funciones, atribuciones y deberes que le correspondan, conforme a las leyes y reglamentos vigentes.*

En lo que a contratación pública se refiere, deberemos atenernos a lo señalado por la Ley marco, tal y como lo expresa su artículo 15:

“Artículo 15. Principios en las actuaciones contractuales de las entidades públicas.

Las actuaciones de quien intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de transparencia, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

Este despacho reitera que el Director Ejecutivo del IDAAN, sí está facultado para aprobar gastos mayores de B/.100,000.00, ya que eso se colige de forma clara de lo preceptuado en la Ley 56 de 1995 sobre la Contratación Pública.

El segundo caso versa sobre los siguientes términos:

“...la oportunidad que le confiere la Ley a los proponentes de realizar observaciones al Informe Técnico.”

El criterio legal adjunto y relativo a este caso sostiene lo siguiente:

“El párrafo último del artículo 42 de la Ley 56 de 1995 señala:

‘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.

Para el caso concreto, la Administración ha determinado que es sano, conveniente y para la tranquilidad de los oferentes que dichas observaciones sean contestadas por escrito a cada participante en el acto que elabore sus observaciones y que quede constancia de la actuación en el expediente, todo esto para que evidencie la transparencia y objetividad de los actos públicos.

Indistintamente que las Comisiones Evaluadoras son designadas por la entidad contratante, éstas gozan de autonomía constituyendo su principal misión u objeto rendir dictamen técnico y económico, conforme a la metodología de ponderación de propuestas contenidas en el Pliego de Cargos, por lo que no le asiste el derecho a ningún funcionario público ordenar a la Comisión Evaluadora corregir, ampliar un dictamen ya elaborado, máxime cuando ya se le ha dado la publicidad que establece la Ley.

Somos del criterio que teniendo en consideración que la Comisión Evaluadora es un ente transitorio, ya que una vez cumplido su principal objeto (Elaboración del Informe Técnico), la misma deja de existir, por lo que no corresponde a la Administración, antes que se adjudique el acto público, responder observaciones que se le formulen al Informe Técnico, ya que tal cual como lo señala la Ley son simples observaciones al Informe Técnico, las cuales serán consideradas por el funcionario que adjudique el acto.

Nuevamente este despacho da su consenso al discernimiento expuesto por vuestros asesores legales.

Las observaciones que los proponentes realicen en torno al Informe Técnico, son básicamente el examen de los hechos contenidos en el expediente de la propuesta. Este expediente, como bien señala el artículo 42, *‘pasará al análisis técnico y económico de una comisión designada por la entidad contratante, integrada en forma paritaria por los servidores públicos y por particulares idóneos en las ciencias que tengan que ver con el objeto del contrato.’*

Para llevar a cabo este análisis técnico y económico, *‘la comisión deberá aplicar la metodología de ponderación de propuestas contenida en el pliego de cargos y podrá también solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estimen indispensables.’*

Cumpliendo con el principio de buena fe, a los proponentes también se les da la oportunidad de aclarar, explicar u ofrecer cualquier observación adicional al

pliego de cargos que ellos consideren pertinente con el propósito de obtener una mejor evaluación de la propuesta presentada.

Sin embargo, esto no quiere decir que la Comisión Evaluadora encargada del análisis técnico y económico del pliego de cargos tiene el deber de contestar por separado cada una de las observaciones que los proponentes indiquen.

Estas observaciones sólo serán utilizadas por el funcionario que adjudique el acto ‘a fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado’. Esto último está consagrado en el **numeral 1 del artículo 17 ‘Principio de economía’**, que continua con la importancia de la celeridad en la contratación pública en su **numeral 2:**

“2. Las normas de los procedimiento de selección de contratistas se interpretarán de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma, o de la inobservancia de requisitos para no decidir o preferir providencias inhibitorias.”

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/aai/hf.