

4 de agosto de 1993

Ingeniero
GONZALO CORDOBA C.
Director General
Instituto de Recursos Hidráulicos
y Electrificación.
E. S. D.

Señor Ministro:

Con nuestro habitual respeto, nos dirigimos a usted por este medio, a fin de dar respuesta a su consulta, formulada mediante Nota Nº.DAL-224-93, fechada 7 de junio de 1993, y que en su parte medular reproducimos a continuación:

"Puede la Junta Directiva del IRHE autorizar mediante Resolución al Director General de la Institución, para que negocie un aumento en el costo del Contrato Nº.DG-109-92, suscrito entre el IRHE y la empresa AGENCIA VIGILANCIA Y SEGURIDAD, S.A., el 25 de noviembre de 1992, para el Servicio de Vigilancia y custodia de los Bienes del IRHE en la Provincia de Panamá; con fundamento, según el Contratista, en el aumento del salario mínimo, dispuesto mediante Decreto Ejecutivo Nº.70, de 16 de diciembre de 1992; aún cuando en el Pliego de Cargos y en la cláusula Primera del contrato en cuestión, se estableció que "...Los precios contratados son firmes y no están sujetos a escalamiento." ?

Por expresa disposición del artículo 348, numeral 4 del Código Judicial, nuestro despacho debe servir de Concejero Jurídico a los servidores públicos de la Administración que consulten nuestro parecer respecto a determinada interpretación de la Ley o el procedimiento a seguir.

LA LICITACION PUBLICA

Puede definirse como un procedimiento administrativo preliminar a una contratación, mediante el cual la Administración, basada en un criterio previamente establecido, selecciona entre varias propuestas, referentes a compras, obras y servicios, la que mejor atienda al interés público, o sea, al interés de la colectividad, con el fin de estipular a continuación un contrato con la propuesta que resulte más ventajosa.

En los anteriores términos se expresa Emilio Fernández Vázquez en su Diccionario de Derecho Público.

De acuerdo a esta definición podemos decir que la licitación es una invitación (pliego de cargos o condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y aceptará la más ventajosa -esta constituye la adjudicación,- con lo cual el contrato queda perfeccionado; y este procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad perseguida, en los principios de supremacía del interés público, la contratación es ley entre las partes y el cumplimiento estricto del pliego de condiciones.

Este contrato, como toda convención sobre trabajos y suministros por cuenta de la Nación, se formaliza mediante la adjudicación, previa la licitación pública. Este sistema ofrece las siguientes ventajas:

a) Estimula la concurrencia entre los particulares (empresarios, industriales, profesionales, etc.) que pueden efectuar la obra, servicio o suministro que se licita.

b) De la variedad en la concurrencia de los postores (particulares) resulta una evidente y deseada consecución de precios más bajos, con ventajas por tanto para el erario.

c) Con la publicidad del acto de licitación pública se garantiza la imparcialidad de la Administración en las adjudicaciones.

Es preciso acotar aún más, sobre la adjudicación. La misma recaerá necesariamente en la propuesta más conveniente; siendo conforme a las disposiciones establecidas para la licitación, es decir lo requerido en el pliego de cargos.

El concepto -público- de la adjudicación que nos ocupa, difiere en parte del que tiene en derecho privado. Siendo este el acto por medio del cual la administración Pública decide a cuál de las propuestas, se le atribuye la ejecución de una prestación o varias, de acuerdo a la ley y las bases del contrato, y de la proposición del que resulta adjudicatario.

Debemos ser claros, al interpretar los requisitos de la licitación (específicamente del pliego de cargos), pues el contrato se perfecciona por la aceptación de la propuesta que satisfaga lo más posible los intereses de la Nación.

EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACION.

Ahora hablemos de los contratos de la Administración; a diferencia de los contratos de derecho civil (en las que sólo se mira a un interés particular), se atiende el interés general. Somos de la opinión que los elementos intrínsecos del contrato que celebra la Administración pública son los mismos elementos de los contratos celebrados entre particulares, y que en unos y en otros concurren los elementos de consentimiento, de causa y de objeto. Sin embargo en los contratos administrativos hay otro elemento adicional que los define y que implica para ellos un concepto especial, del cual no se puede prescindir y viene a ser el interés público y por lo estipulado en estos contratos (derechos y obligaciones) se afecta a una persona que es la sociedad.

EL PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACION AL CONTRATAR.

En el ámbito del derecho civil, todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por razones de índole legal.

Por otra parte en los contratos que celebra la Administración, no es posible la aplicación del principio expresado en el párrafo anterior de carácter eminentemente civil, porque está de por medio el interés público. En este sentido, se ha manifestado la jurisprudencia más respetable, marcando así la línea jurídica en la que también se orienta nuestro derecho patrio.

La Administración pública está llamada a ejercer una inmensa actividad contractual, en razón de gestionar el interés público y este concepto domina toda las instituciones procurando mantener el equilibrio entre ese interés social y los derechos particulares.

Así podemos colegir que la Administración se encuentra en una categoría especial, con respecto a los particulares al momento de contratar, pues para tener ella el deber de satisfacer el interés público; este no podrá ser bajo ningún concepto afecto al libre juego de la libertad de las partes en la contratación, resultando de esta manera el bien protegido o tutelado.

NUESTRO CONCEPTO.

Respetuosos del criterio por usted esbozado en la consulta, le manifestamos que compartimos su interpretación del artículo 37(a) del Código Fiscal, ya que si bien, él hace referencia a modificaciones en el valor al precio pactado en los pliegos de cargos o en los contratos tratándose de obras públicas, presentación de servicios y suministros de materiales y maquinaria relacionada con actividades de construcción; éste cambio en el valor o precio comercial debe entenderse limitadamente a las actividades de construcción, ya que estos supuestos comprendidos por la norma citada se encuentran unidos al resto por la letra (y) que denota cópula.

Por otra parte la cláusula primera del Contrato No.109-92 dice en su parte final que los precios contratados son firmes y no están sujetos a escalamiento. Esta disposición fue pactada y aceptada y tiene su fundamento en el artículo 55 del Código Fiscal que en su parte pertinente dice:

"Artículo 55: Las entidades públicas podrán incluir en los contratos que celebren los pactos, cláusulas o condiciones usuales, dependiendo de la naturaleza del contrato de que se trate y aquellas otras que consideren conveniente, siempre que no se opongan al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de eficacia administrativa, sin perjuicio de los privilegios y prerrogativas de la entidad pública cuando se trate de contratos administrativos o, en general aquellos en que se haya pactado la resolución administrativa del contrato, con sujeción del artículo 68, la que no podrá ser objeto de limitación, negociación o renuncia por la entidad pública. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho."

De tal suerte que, habiéndose pactado el precio de la prestación del servicio de seguridad que el Estado debe pagar a la empresa de vigilancia y Seguridad S.A. en base a lo estipulado en el pliego de cargos y que fue producto de la voluntad de los contratantes, no es posible acceder a un aumento en el costo del contrato, porque se estaría afectando la esencia misma del acto de licitación; ya que de ser otro el precio o costo a pagar por el servicio; otras hubiesen sido las propuestas de los otros postores y el consecuente resultado de dicho acto.

Finalmente, es el interés público (ya mencionado), el que sirve de norte en la celebración de estos actos y por tanto es el deber de la Administración velar por su estabilidad y seguridad.

Atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

7/och.