

Panamá, 30 de octubre de 2002.

Ingeniero
Rafael Reyes
Subdirector Ejecutivo del
Instituto de Acueductos y
Alcantarillados Nacionales. (IDAAN)
E. S. D.

Señor Subdirector Ejecutivo:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales, y en especial por la facultad contenida en el artículo 6, numeral 1 de la Ley 38 de 2000, de servir de asesores jurídicos de la administración pública, procedemos a emitir nuestro criterio jurídico, solicitado por usted mediante la nota N°2515-DE, fechada 23 de septiembre de 2002, y recibida en esta Procuraduría el 26 del mismo mes y año.

Resumen de los Hechos

Se explica que el IDAAN, requiere celebrar un “**Contrato de Servicios**” de administración técnica e inspección de construcción de proyectos, para el nuevo sistema de abastecimiento de agua potable para la comunidad de Changuinola y fincas bananeras de esta comunidad.

En virtud de lo antes indicado, se celebró un Concurso, en el cual las propuestas presentadas fueron por las empresas OMNICONCONSULT, S.A. y F.G. GUARDIA y ASOCIADOS, S.A., propuestas evaluadas, por la Comisión Evaluadora, quien posteriormente presentó un informe, indicando el total de los porcentajes de cada uno de los concursantes.

Posteriormente, se procedió a celebrar el Acto Público de apertura de las propuestas económicas, en lo cual la empresa que obtuvo mejor calificación fue F.G. GUARDIA y ASOCIADOS, quien además presentó un precio, por debajo del precio oficial estimado por la institución.

En atención a lo planteado, la entidad contratante en uso de las facultades legales que le otorga la Ley 77 de 2001, autoriza el gasto requerido, para la celebración del referido contrato.

Asimismo, se indica que el problema radica, por razón que la representante legal de la empresa F. G. GUARDIA y ASOCIADOS, mantiene un parentesco de consanguinidad (sobrina), con el Director Ejecutivo de la institución.

Sobre los hechos expuestos se consulta lo siguiente:

“Determinar la posible existencia de un impedimento legal que no permita la adjudicación del mencionado proyecto a la empresa proponente F.G. GUARDIA y ASOCIADOS, S.A.,”.

Criterio del Departamento de Asesoría Legal del IDAAN

La Ley 56 de 1995, de contratación pública en su artículo 12, numeral 2, consagra la incapacidad de los servidores públicos para contratar con la entidad donde labore, ya sea por nombre propio o por medio de interpuesta persona, pues sostienen los abogados del IDAAN, que específicamente no es la caso del Director Ejecutivo de dicha entidad, ya que, en la empresa GUARDIA y ASOCIADOS, este no incurre en los elementos señalados en ley, que imposibilita al funcionario para contratar.

Por otro lado, consideran los asesores legales, que por existir un vacío legal en la legislación de Contratación Pública, respecto al tema del impedimento, la Ley 38 de 2000, debe aplicarse de forma supletoria, en su artículo 118, por lo cual son del criterio jurídico, que el Director Ejecutivo del IDAAN, debe declararse impedido, para la celebración del contrato público con la empresa GUARDIA y ASOCIADOS, y delegar la adjudicación en la Junta Directiva y al Subdirector de la institución.

Criterio de la Procuraduría de la Administración

Como cuestión previa nos permitimos transcribir la norma constitucional, que establece la prohibición para contratar respecto a los servicios públicos, que preceptúa lo siguiente:

“Artículo 304: Los servidores públicos no podrán celebrar ni por si mismo ni por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo **en que trabajan** cuando éstos sean lucrativos y de carácter ajeno al servicio que prestan”.

De igual forma, la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, “por la cual se regula la Contratación Pública, en su artículo 12 reitera lo señalado en la

norma constitucional citada, y además enumera otras causas de incapacidad para contratar, que en lo específico es del tenor siguiente:

“Artículo 12. Incapacidad legal para contratar

Son inhábiles para participar en actos de selección de contratistas y celebrar contratos con las entidades públicas:

1. Las personas que hayan sido inhabilitadas para contratar, mientras dure la inhabilitación.
- 2. Los servidores públicos, quienes no podrán celebrar, por si o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajan, cuando éstos sean lucrativos y de carácter ajeno al servicio que prestan.**
3. Las personas a quienes se les haya resuelto administrativamente un contrato por incumplimiento culposo o doloso, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente Ley, mientras dure la inhabilitación.
4. Los servidores públicos y los particulares que intervengan, en cualquier forma, en la preparación, evaluación, adjudicación o celebración de la licitación, concurso o solicitud de precios.
5. Los deudores morosos con el Estado
6. Los defraudadores del fisco.” **(El resaltado es nuestro)**

Señala el Profesor Luis Fuentes Montenegro al comentar sobre el tema en la Constitución Política de 1972, que el contenido prohibitivo de las normas analizadas, conlleva un objetivo moral. Por ello se manifiesta como fórmula contraria al tráfico de influencia que un servidor público pueda ejercer dentro de la entidad en donde labora. Pero es importante resaltar, que esta prohibición se limita únicamente a la posibilidad de contratar con la propia entidad en donde se ejerce el cargo público.

Inferimos entonces, que la prohibición, para con ciertas personas, con respecto a los funcionarios, para no contratar con la institución donde laboren, bajo las condiciones señaladas en la Ley, tiene una intención eminentemente moral, a fin de que el procedimiento requerido para celebrar un contrato público, sea claro, justo y objetivo, y por tanto se de en igualdad de oportunidades para los contratantes.

Con relación al ordinal 2, del artículo 12, de la Ley 56 de 1995, en estricta interpretación legal, se nos señala que los servidores públicos no pueden celebrar contratos ni por ellos mismos ni por interpuestas personas con la entidad u organismo para la que trabajan, salvo en los siguientes presupuestos legales:

- a) Cuando dicha contratación no tenga carácter lucrativo; y
- b) Cuando el objeto del contrato sea afín al servicio que prestan.

En resumen, el objetivo de la prohibición señalada es la moralidad administrativa, y por tanto dar cumplimiento al principio de transparencia, el cual se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Ley 56 de Contratación, señalando las reglas a seguir. La doctrina, se ha referido a este principio, expresando que consiste, en que la actividad contractual debe realizarse de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de las oportunidades en el acceso a la contratación, la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa, tanto por parte de los funcionarios como de los ciudadanos interesados en la contratación.

Luego entonces, podemos decir que se persigue controlar que el servidor público, no se aproveche de su condición de tal para obtener ventajas que puedan ir en menoscabo de fondos del Estado.

Si bien es cierto, las normas referidas no señalan expresamente, como causa de incapacidad para contratar, el parentesco del proponente con la autoridad competente para autorizar el contrato, vale tener presente la importancia de la moral administrativa, la cual es fórmula, de mostrar que los fondos públicos se manejan con transparencia.

En cuanto a la figura del impedimento, en primer lugar, revisamos la Ley 77 de 28 de noviembre de 2001, publicada en Gaceta Oficial N°24, 461-A de 31 del mismo mes y año, en la cual pudimos ver en su artículo 20 que el representante legal del IDAAN, es el Director Ejecutivo, y que lo remplazará en sus ausencias temporales el Subdirector Ejecutivo, mas sin embargo, no se señala así, en ninguno de los artículos de la comentada normativa, nada respecto a la declaratoria del impedimento.

Ciertamente la Ley 38 de 2000, tiene la intención de actuar supletoriamente, como se indica en la nota consultiva, cuando existan vacíos legales, en las reglamentaciones especiales del procedimiento administrativo. Para el asunto que nos atañe, el artículo 118 de la mencionada ley, que refiere a las causales de impedimento, señala lo siguiente:

“Artículo 118. La autoridad encargada de decidir el proceso no podrá conocer de un asunto en el cual esté impedido. Son causales de impedimento las siguientes:

1.El parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, entre el funcionario encargado de decidir o su cónyuge y alguna de las partes;

.....”.

Por otro lado, la ley comentada en su glosario, señala:

“Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

64. Manifestación o declaración de impedimento. Acto por el cual la autoridad que deba **conocer y decidir** un proceso administrativo, declara que no debe intervenir en él, por estar comprendida en una de las causas de impedimento señaladas en la ley”.

Para el análisis respectivo, es oportuno tener claro algunos términos que a nuestro juicio esclarecerán la situación planteada a saber: conocer y decidir. En efecto el Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española, se refiere a éstos, en los siguientes términos:

“Conocer: averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. Entender, advertir, saber”

“Decidir: cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable. Decidir una cuestión, resolver, tomar determinación de algo”.

Así entonces, de lo antes copiado inferimos que la figura del impedimento, es viable para aquellos procesos administrativos, de las cuales requieran el conocimiento y decisión del servidor público, es decir, donde la administración, desempeña la función de juez, quien conoce y posteriormente decide. Por tanto, consideramos oportuno analizar algunos

conceptos consagrados en la ley de contratación, que nos permitirá aclarar el punto consultado, veamos:

Contrato Público, es “aquel acuerdo de voluntades, celebrado conforme a derecho, entre un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones y cuya finalidad es de carácter público.”

La adjudicación, se define como “aquel acto por el cual la entidad licitante, determina, reconoce, declara y acepta, en base a la ley, reglamentos y pliegos de cargos, la propuesta más ventajosa a los intereses del Estado, poniendo fin al procedimiento”.

En resumen, esta Procuraduría es del criterio que la figura del impedimento, no es aplicable a un acto de contratación pública, como tampoco a un acto de adjudicación el cual no es más que una etapa del proceso de contratación, que tendrá efectos a futuro donde la autoridad principal aunque se declare impedido en una etapa del acto, tendrá que actuar en alguna otra fase de dicho contrato, pues estos producen efectos a futuro, a diferencia de un proceso administrativo que requiere el conocimiento de la autoridad y da por resuelto el proceso, dándolo por terminado.

Por lo tanto, estimamos que no procede, que la autoridad contratante, se declare impedida en una etapa del contrato, como lo es la adjudicación, consistente en aceptar la propuesta más ventajosa para los intereses del Estado, que si bien es cierto pone fin al procedimiento de selección, no pone fin al contrato, pues es luego de dicha elección, donde empiezan a surgir los derechos y obligaciones, los cuales por su naturaleza producen efectos a futuro.

Nuestro sistema jurídico, no señala expresamente dentro de las causales de incapacidad, para contratar, el parentesco del proponente, con la autoridad facultada para contratar, no obstante, vale tener presente, el propósito de la norma constitucional, que consagra la prohibición, para con el servidor público, que no es más que conservar y cuidar la moralidad de la gestión administrativa, y por tanto la transparencia en el manejo de los fondos estatales. Esto sería un principio a tener en cuenta, aunque no conste en la ley.

En países como Colombia sí se enumera de forma explícita, como una causal de impedimento para contratar, a las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de afinidad o primero civil con los

servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo con los miembros de la junta o consejo o directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Por lo anterior, este despacho invita a las instituciones, a cumplir con las prohibiciones legales que establece la ley de contratación, respecto a los proponentes, teniendo presente que la razón de la prohibición para con los servidores públicos, para contratar, es mantener un equilibrio contractual, y que así la selección del contratista sea objetiva y justa.

De esta forma esperamos haber atendido debidamente su solicitud.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/21/cch.