

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Vista N°211

22 de mayo de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Concepto.

El Licdo. Jaime Franco en representación de la **Caja de Seguro Social**, para que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto N°46 de 20 de mayo de 1996, expedido por el **Director General de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro**, y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En esta ocasión nos presentamos ante Vuestra Alta Corporación de Justicia, con la finalidad de emitir nuestro concepto en relación con la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Licdo. Jaime Franco, en representación de la Caja de Seguro Social, para que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto N°46 de 20 de mayo de 1996, expedido por el Director General de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, en virtud del cual se regulan las solicitudes de prórroga que las instituciones gubernamentales otorgan a sus proveedores o particulares contratantes y las multas que se imponen en caso de incumplimiento.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 5 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
 General y dicta disposiciones especiales"; procedemos a
 intervenir en este proceso en interés de la Ley.

Al efecto exponemos lo siguiente:

I. El acto acusado de nulo, por ilegal:

A través de la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad presentada, el demandante persigue que Vuestra Honorable Sala Tercera, declare nulo, por ilegal, el Resuelto N°46 de 20 de mayo de 1996, suscrito por el Director General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, cuyo contenido normativo se lee a fojas 1 a 3 del cuadernillo judicial.

II. Disposiciones legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación expuesto por el demandante:

El Licenciado Jaime Franco, en representación de la Caja de Seguro Social, estima que el Resuelto impugnado, infringe los artículos 4 y 7 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, "Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones", los cuales preceptúan lo siguiente:

"Artículo 4: Normas reguladoras.

En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas, en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la presente Ley, las normas reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones de los pliegos de cargos." (El subrayado es del demandante)

- o - o -

Referente al concepto de infracción de esta norma legal, el apoderado judicial de la Caja de Seguro Social, estima que

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

la violación es directa por falta de competencia, "pues la facultad de reglamentar le fue conferida por ley, al Ministerio de Economía y Finanzas (antes Ministerio de Hacienda y Tesoro) y no a ninguno de sus subalternos." (Ver fojas 10 y 11)

"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:

...

5. Elaborar instructivos y reglas para el correcto desenvolvimiento y regularidad de los procedimientos de selección de contratistas, que regula la presente Ley." (El subrayado es del demandante)

- o - o -

El demandante afirma que a través del Resuelto N°46 de 20 de mayo de 1996, suscrito por el Director General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, se infringe de manera directa por comisión, el precepto legal antes citado, ya que el mismo ha sido dictado por funcionario incompetente para ello y bajo la figura de un "resuelto", instrumento jurídico usado para ventilar cuestiones administrativas, como vacaciones y otros, pero no es idóneo para regular procedimientos de aplicación general.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Además, advierte que: *"Por otro lado, el numeral 5 de la norma transcrita dispone la facultad normativa para elaborar reglas que afecten los procedimientos de selección de contratista; sin embargo, el Resuelto No.46, en su gran mayoría, contiene pautas que se refieren a la fase contractual, esto es, a hechos que se suscitan con posterioridad a la celebración de una contratación... De esta forma, se evidencia la violación directa por comisión en que incurre el funcionario que emite este acto administrativo, ya que excede la materia, objeto de la ulterior reglamentación, señalada por el legislador al expedir la norma transcrita."*

(Ver fojas 12)

III. Criterio de la Procuraduría de la Administración:

Efectuadas las transcripciones de las disposiciones legales que se estiman violadas, y el concepto en que lo han sido, procedemos a externar nuestro criterio, en los siguientes términos:

A través del Resuelto N°46 de 20 de mayo de 1996, el Ministerio de Hacienda y Tesoro, ahora Ministerio de Economía y Finanzas, expidió una regulación, que fija, entre otros aspectos, la multa de 1% dividido entre 30 días de atraso del valor de la orden de compra.

En relación con la supuesta infracción al artículo 4 y al numeral 5, del artículo 7 de la Ley N°56 de 1995, compartimos el criterio jurídico esbozado por el apoderado judicial de la Caja de Seguro Social, toda vez que consideramos que la Dirección General de Proveduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, si bien se encuentra

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

facultada para coordinar, organizar, dirigir y planear las actividades correspondientes para mejorar el servicio de compras y de suministros del sector gubernamental, tal como lo enuncia el acápite a, del Resuelto N°713 de 18 de agosto de 1981, "Por el cual se reorganiza la Dirección General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro"; a nuestro juicio, dicha atribución no comprende la potestad para emitir reglamentaciones, tal como se ha efectuado a través del Resuelto N°46 de 20 de mayo de 1996. La norma legal que se comenta, literalmente dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO SEGUNDO. La Dirección General de Proveeduría y Gastos dependerá directamente del Ministro y Viceministro y desarrollará las siguientes funciones:

- a. Planear, organizar, dirigir, supervisar, controlar y coordinar todas las actividades de un programa técnico de proveeduría y gastos a nivel nacional..."

- o - o -

Tal como se desprende de la norma legal citada, la Dirección General de Proveeduría y Gastos, no es una dirección autónoma, ya que ésta depende directamente del Ministro y Viceministro; por lo que, a nuestro juicio, adolece de una facultad legal expresa para emitir reglamentaciones que desarrollan disposiciones de carácter general, tal como acontece en el caso subjúdice, en el que la Dirección General de Proveeduría y Gastos, ha dictado una normativa que debe ser aplicada por todo el engranaje gubernamental.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Estimamos que, no existe, una previsión legal que le otorgue a la Dirección General de Proveeduría y Gastos, la facultad para emitir regulaciones en torno a la solicitud de prórroga y multas que se le deben imponer a los proveedores que incumplan con la entrega de los bienes licitados; potestad reglamentaria que de acuerdo a lo previsto en el artículo 4 y en el numeral 5, del artículo 7 de la Ley N°56 de 1995, posee el Ministerio de Economía y Finanzas, en la figura de su titular, es decir el Ministro.

En este sentido, el reconocido tratadista Roberto Dromi, en su obra "Derecho Administrativo", apunta lo siguiente:

"Toda regulación normativa es, por definición, el lineamiento de una esfera legítima de expresión, y al mismo tiempo, una frontera que no puede ser sobrepasada, so pena de violación del derecho. Este extremo demarcatorio tiene una significación objetiva por ser, simultáneamente, la línea delimitadora de los comportamientos permitidos y la valla que impide los comportamientos prohibidos. Ello motiva el bloque de legalidad o principio de juridicidad.

Las construcciones tradicionales del principio de legalidad se encaminaban a la llamada vinculación negativa, o sea, que el Estado podía hacer todo lo que no le estuviera prohibido...

Las construcciones modernas del principio de legalidad apuntan a la llamada vinculación positiva. No se admite ningún poder jurídico que no sea desarrollado de una atribución normativa precedente. No hay espacios francos o libres de ley, en que la Administración pueda obrar con un poder jurídico y libre. El principio de legalidad funciona, pues, en forma de una cobertura legal de toda actuación administrativa; sólo cuando la

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Administración cuenta con esa regulación previa su actuación es legítima..." (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 7ª ed. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1998, páginas 507 y 508)

- o - o -

Por tanto, somos del criterio que el Resuelto impugnado es ilegal, toda vez que la Dirección General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, no posee una delegación legal expresa para emitir una regulación en torno a las políticas y reglas para la emisión de solicitudes de prórrogas a los proveedores, ya que dicha atribución es exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas, tal como lo dispone el numeral 5, del artículo 7 de la Ley N°56 de 1995. Reiteramos que, la Dirección General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, se encuentra facultada para planear, organizar, dirigir, supervisar, controlar y coordinar todas las actividades de proveeduría y gastos del sector público a nivel nacional; empero, no así para emitir las reglamentaciones para el desenvolvimiento de la actividad contractual en la que es parte el Estado, pues dicha atribución es exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas.

En cuanto al instrumento jurídico que adoptó el Director General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, para establecer estas pautas legales, coincidimos con los argumentos expuestos por el demandante, toda vez que el Resuelto está concebido para regular otras situaciones jurídicas, y no debe emplearse para emitir normas de carácter general, tal como acontece en el caso bajo estudio.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Al respecto, la Sentencia de 30 de noviembre de 1995, emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, expresó lo siguiente:

“De acuerdo con la doctrina nacional más calificada, el resuelto es un instrumento jurídico establecido, por vez primera, en la Constitución de 1941 (art. 110). Sin embargo, en la práctica gubernativa panameña los resueltos se han venido dictando desde la segunda década de este siglo.

Esta modalidad del acto administrativo se perfecciona con la intervención del Ministro del ramo, con el refrendo del vice ministro o, en su defecto, del secretario administrativo del ministerio, y constituyen actos administrativos de rango inferior, que no figuran siquiera, de manera específica, entre los actos sobre los cuales recae el control de la constitucionalidad, a la luz de lo que establece el numeral primero del artículo 203 de nuestra Carta Política.

Por regla general, los resueltos han sido utilizados para resolver cuestiones de índole administrativa de carácter individualizado, como para conceder vacaciones a servidores públicos; para designar a un funcionario que deba representar a una institución o entidad pública en asunto o misión oficial, para otorgar licencias por enfermedad, gravidez o estudios; para designar a la persona que ha de reemplazar a un funcionario durante un período de vacaciones o licencia; para ascender a un funcionario, entre otros casos (Cfr. Sentencia de Inconstitucionalidad de 5 de mayo de 1993)...” (Registro judicial de noviembre de 1995, página 145)

- o - o -

Por lo expuesto, estimamos que el Resuelto N°46 de 20 de mayo de 1996, expedido por el Director General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, vulnera las

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración
disposiciones legales citadas por el demandante, motivo por el cual solicitamos a Vuestra Honorable Sala, que en su oportunidad procesal, se pronuncie en tal sentido.

IV. Derecho: Aceptamos el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Dr. José Juan Ceballos
Procurador de la Administración
(Suplente)

JJC/8/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Materias: Dirección General de Proveduría y Gastos.
Solicitudes de precios.
Prórrogas
Multas
Resuelto Ilegal.