



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 17 de agosto de 2018
C-061-18

Ingeniero
Roque J. Maldonado G.
Gerente General
Mercados Nacionales de la
Cadena de Frío, S.A.
E. S. D.

Ref.: Procedencia para accionar ante las autoridades competentes para determinar las responsabilidades de servidores públicos en el vencimiento de un contrato de obra.

Señor Gerente:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de dar respuesta a su Nota MNCF/GG/AL/Nº 139-2018 de 7 de junio de 2018, recibida en esta Procuraduría el 12 de junio de 2018, mediante la cual nos eleva la consulta respecto a la procedencia para accionar ante las autoridades competentes para determinar las responsabilidades, a efecto de recuperar el pago anticipado al contratista y el no accionar en tiempo oportuno, en lo relativo al vencimiento de un contrato de obra identificado como el Contrato Nº 43 (2012) para la Construcción y Equipamiento del Mercado Público de la Ciudad de Colón, suscrito con el Consorcio Omega Engineering Inc., Omega Engineering LLC.

En relación a la interrogante planteada, esta Procuraduría, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que llama a esta entidad a servir de consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interpretación de la ley o el procedimiento que debe seguirse en un caso concreto, es de la opinión que los principios de la contratación pública contenidos en el Texto Único de la Ley Nº 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley Nº 61 de 2017, consagran la transparencia y la responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, siendo este último el dispuesto en el artículo 23 (antes artículo 20), que establece el deber que tienen los servidores públicos que intervengan en los procedimientos de selección de contratista y en la formalización de los contratos públicos, el vigilar la correcta ejecución del contrato con el objeto de proteger los derechos de la entidad licitante.

Aunado a ello, el numeral 13 del artículo 16 del precitado Texto Único, establece que es una obligación de la entidad contratante el adelantar las acciones necesarias para obtener la indemnización correspondiente por los daños que sufra la entidad en virtud del incumplimiento de lo pactado en el contrato, y cuando este es atribuible al contratista.

En tanto la responsabilidad y obligaciones del contratista se circunscribe a lo contenido en el artículo 18 de la precitada excerta legal, y a todas las disposiciones contenidas en el Texto Único, sus reglamentos, el pliego de cargos y el contrato que establece la relación contractual entre ambas partes.

Nuestro criterio, previamente esbozado, se ciñe a las normas contenidas en nuestro Derecho Positivo y consideraciones, que pasamos a detallar.

El Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 2017, establece los principios de la contratación pública, entre los que se consagran la transparencia, eficacia, eficiencia, y responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. En este sentido, el artículo 23 de la norma en comento es del tenor siguiente:

“Artículo 23. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado participe.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

1. **Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante**, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.
2. **Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa.** En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.
3. Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y **serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley**, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas.
4. **Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual**, el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.
5. ...” (El resaltado es nuestro)

De lo anterior se infieren varios supuestos, a saber: el primero es la obligación de procurar el cumplimiento de los fines de la contratación; el segundo, la obligación de vigilancia en cuanto a la ejecución del objeto del contrato; el tercero, la protección de los intereses del Estado, representado a través de la entidad licitante. Por tanto, los servidores públicos están llamados a realizar todas las acciones que establece el ordenamiento jurídico, sean leyes o reglamentos, a fin de que se ejecute el objeto que motivó la contratación y en apego a estos supuestos. Por otro lado, el precitado artículo establece la responsabilidad, por acción u omisión, de los servidores públicos en cuanto a su infracción del ordenamiento jurídico; y señala que tal responsabilidad puede ser penal o administrativa.

Por último, el numeral 4 de la norma ut supra dispone que la responsabilidad por la dirección y el manejo no se limita al proceso de selección, sino que es extensiva al resto de la actividad contractual. Así, queda establecido el deber que tienen los servidores públicos que intervengan en los procedimientos de selección de contratista y en la formalización de los contratos públicos, el vigilar la correcta ejecución del contrato con el objeto de proteger los derechos de la entidad licitante.

Por consiguiente, es deber del servidor público el actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración y con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes, dado que el ejercicio de la función pública debe inspirar confianza en la comunidad, como señala el artículo 4 del Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos¹. Asimismo, es su deber evitar acciones que puedan poner en riesgo la finalidad de la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores. Ello es cónsono con la obligación de las entidades contratantes que deben actuar, por todas las vías necesarias, a fin de intentar minimizar la afectación de la que ha podido ser susceptible la entidad y el patrimonio del Estado, tal como se desprende del numeral 13 del artículo 16² del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 16. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1. ...

13. Adelantar las acciones necesarias para obtener la indemnización correspondiente por los daños que sufra la entidad en virtud del incumplimiento de lo pactado en el contrato, y cuando este es atribuible al contratista. Igualmente, tienen personería jurídica para promover las acciones judiciales y ser parte en procesos relacionados con el incumplimiento, la interpretación, la ejecución o la terminación del contrato.

14. ...”

De esta forma, en el análisis de la consulta elevada, observamos que la misma hace referencia a la falta de devolución de la suma obtenida en concepto de anticipo y la imposibilidad de localizar al consorcio para poder obtener información acerca del uso dado a dicha suma; lo cual trasgrede la responsabilidad del contratista y, a criterio de este

¹ Decreto Ejecutivo N° 246 de 15 de Diciembre de 2004.

² Antes artículo 13 del Texto Único de Ley N° 22 de 2006, previo al reordenamiento efectuado por la Ley N° 61 de 2017.

Despacho, podría representar un incumplimiento de sus obligaciones que recoge el artículo 18 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, específicamente las contenidas en los numerales 1 y 2 que lo obligan a cumplir con el objeto del contrato y sus condiciones, dentro del término pactado, así como el colaborar con la entidad licitante en lo necesario para que el objeto del contrato se cumpla y sea de la mejor calidad. Este incumplimiento debe ser exigible a través de los tribunales competentes, a fin de salvaguardar los intereses del Estado, y previo cumplimiento de los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones Públicas.

Respecto de lo consultado sobre la responsabilidad de los servidores públicos que presuntamente no accionaron en tiempo oportuno, esta Procuraduría advierte que su Despacho, a través de la Nota MNCF/GG/AL/N° 093-2018 de 18 de abril de 2018, elevó consulta a la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) solicitando se le indicara si es procedente accionar ante las autoridades competentes para determinar la responsabilidad en la suspensión indefinida de la obra, a efecto de recuperar el pago anticipado al contratista. En este sentido, la DGCP como autoridad encargada de regular, fiscalizar y asesorar en los procedimientos de selección de contratista que realicen las instituciones estatales, mediante Nota DGCP-DS-DJ-466-2018 de 21 de mayo de 2018, señaló que “es responsabilidad inherente a cada servidor público en el ejercicio de sus funciones, realizar las denuncias correspondientes por los delitos que tenga conocimiento”; toda vez que los servidores a cargo de la contratación pública en una institución estatal están llamados a ser legalmente responsables tanto penal como administrativamente, según corresponda, frente a las actuaciones u omisiones antijurídicas en la realización y desarrollo del contrato, como señala el numeral 2 del precitado artículo 23.

Aunado a ello, el numeral 1 del artículo 83 de nuestro Código Procesal Penal, es claro en señalar que los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones conozcan de hechos constitutivos de delitos de acción pública, tienen la obligación de denunciar acerca de los mismos; siendo ello cónsono con el artículo 29 del Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos que señala lo siguiente:

“ARTICULO 29: OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR. El servidor público debe denunciar ante su superior o ante las autoridades correspondientes, aquellos actos de los que tuviera conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones y que pudieran causar perjuicio al Estado o constituir un delito o violaciones a cualquiera de las disposiciones contenidas en el presente Código.”

En conclusión, somos del criterio que los principios de la contratación pública contenidos en el Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 2017, consagran la transparencia y la responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, siendo este último el dispuesto en el artículo 23 (antes artículo 20), que establece el deber que tienen los servidores públicos que intervengan en los procedimientos de selección de contratista y en la formalización de los contratos públicos, el vigilar la correcta ejecución del contrato con el objeto de proteger los derechos de la entidad licitante. Aunado a ello, el numeral 13 del artículo 16 del precitado Texto Único, establece que es una obligación de la entidad contratante el adelantar las acciones necesarias para obtener la

indemnización correspondiente por los daños que sufra la entidad en virtud del incumplimiento de lo pactado en el contrato, y cuando este es atribuible al contratista. En tanto la responsabilidad y obligaciones del contratista se circunscribe a lo contenido en el artículo 18 de la precitada excerta legal, y a todas las disposiciones contenidas en el Texto Único, sus reglamentos, el pliego de cargos y el contrato que establece la relación contractual entre ambas partes.

Atentamente,


Rigoberto Gonzalez Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/mork

