

Panamá, 28 de marzo de 2001.

Honorable Representante
Constantino Castillo
Presidente del Consejo Municipal de Natá
Distrito de Natá – Provincia de Coclé

Señor Presidente:

Por este medio acuso recibo de su Nota s/n, calendada 21 de febrero de 2001, ingresada a nuestras oficinas el día 6 de marzo del presente, a través de la cual nos consulta sobre la Resolución de una Orden de Compra y la Contratación Directa de otros contratistas.

Examen de los Hechos

“1. Mediante la orden de compra #09-2000 del día dos (2) de octubre del 2000, se comprometió el Ingeniero José María Quijada a realizar a favor del Municipio de Nata, el proyecto **Mejoras a las calles del Corregimiento de Capellanía**, en donde si bien no existe orden de proceder, se entendió como tal la subscripción de la orden de compra y la entrega de su copia al contratista en fecha 29 de octubre del 2000.

2. Durante la ejecución de la obra el contratista desarrolló obras no pactadas en la citada orden de compras, hecho que le fue indicado al contratista por el H.R. José María Añino, corroborado por los señores Eustorgio Bernal y Angel González, que prestaron sus servicios dentro de la obra en cuestión, resultando que el contratista hizo caso omiso de tal advertencia.

3. En función de lo anterior el H.R. del Corregimiento de Capellanía José María Añino envió la Nota N°.126 fechada 24 de noviembre de 2000 al Honorable Presidente del Consejo Municipal indicando las anomalías que se estaban presentando durante la ejecución de la obra, solicitando además que la

misma no fuera recibida a satisfacción en vista de que no se habían cumplido algunos puntos de la orden de compra.

4. En informes técnicos presentados por funcionarios de Contraloría y el Ministerio de Obras Públicas se indica que en efecto, a pesar de que se han hecho labores no previstas en la orden de compra referida, cuyo valor excede la cuantía de la obra contratada, se desprende de ese informe que dicha orden de compra no ha sido cumplida a cabalidad.

5. Con posterioridad a la situación antes planteada, se han presentado al Municipio personas contratadas por el contratista de la orden de compra antes mencionada reclamando el pago de jornadas de trabajo y/o arrendamientos de equipos usados en la obra de la contratación que analizamos, indicando que el titular de la misma no ha hecho pago a las labores prestadas.

6. En reuniones con el contratista y los sub-contratistas o trabajadores del contratista, este se comprometió a cancelarles, indicando además que se comprometía a terminar a cabalidad la obra en cuestión.

7. Luego de lo ocurrido, no se ha localizado al contratista ni ha cumplido con la obra a cabalidad, no ha pagado prestaciones a sus trabajadores, ni sub-contratistas y además suscribió contrato de cesión de créditos a favor de un tercero, comprometiendo la totalidad de la cuantía de la obra contratada en la orden de compra referida, sin que la misma se haya recibido a satisfacción”.

Expuesto los hechos anteriores, el Municipio se encuentra en una disyuntiva, en el sentido de determinar lo siguiente: si proceder *con el pago de la proporción de lo realizado* o simplemente no pagar en vista que el contratista no cumplió con la orden de compra en su totalidad y ha abandonado el área, siendo imposible su localización. Por otro lado, la orden de compra antes mencionada contiene la obligación de darle mantenimiento por tres (3) años a la obra realizada y la cláusula penal que dispone multar en caso de incumplimiento, por tal razón, nos consulta concretamente lo siguiente:

- a- Rescindir la orden de compra por incumplimiento y abandono por parte del contratista, no tan sólo por la culminación de la obra, sino además porque la obra ya muestra deterioro y no se le ha dado el mantenimiento contratado, agravado por el hecho de que el contratista al abandonar el área parece demostrar su intención de no cumplir con lo pactado.
- b- Si procede el punto anterior ¿Podría el Municipio contratar en forma directa con los contratistas que realizaron lo pendiente de la orden de compra para que concluyan con la misma y le den mantenimiento pactado?

- c- ¿Qué validez tiene la cesión de crédito mediante la cual el contratista favorece a un tercero, cuando aun la obra no ha sido recibida a satisfacción? ¿Qué ocurre si la misma no es recibida a satisfacción como en efecto ha ocurrido, exigiendo el tercero el pago inmediato?
- d- ¿Qué consecuencia trae el hecho de que no exista orden de proceder escrita?
- e- ¿Cuándo procede el pago tratándose de una orden de compra? ¿Se puede pagar aun cuando la orden indique que el mismo requiera ser recibida a total satisfacción?

Criterio de la Procuraduría de la Administración

Comenzamos el presente examen, definiendo, en un primer momento, lo que se debe entender por "Orden de Compras", su aplicación en la Administración Pública y el procedimiento a seguir en las Contrataciones Menores para luego abordar cada una de las interrogantes en su orden.

La Ley 56 de 1995, en su artículo 3, numeral 16, define la Orden de Compra en los siguientes términos:

“ Artículo 3. **Definiciones:**

1...

...

16. **Orden de Compra.** Documento que utilizan, de manera eventual, las entidades estatales contratantes, mediante el cual se formaliza la relación contractual de una solicitud de precios.

En efecto, se extrae del artículo 3, numeral 16, de la ley 56 de 1995, que la primera característica a destacar es su aplicabilidad de carácter general, o sea, que no hace ningún tipo de distinción, exclusión o excepción, en cuanto a la utilidad de este documento por parte de las entidades públicas, o de los Municipios. La misma constituye un mecanismo formal, pero de carácter eventual, que permite el establecimiento de la relación contractual con el contratista. Su razón de ser, se ubica en el hecho fundamental de lograr la economía del tiempo en la prestación del servicio, en el suministro de bienes o en la ejecución de una obra pública.

De conformidad, con el artículo 8 del Decreto Ejecutivo N°18 de 25 de enero de 1996 “*por el cual se reglamenta la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, que regula la Contratación Pública y otras disposiciones en esta materia*”; las compras menores inferiores a los Cinco Mil Balboas con 00/100 (B/.5,000.00), se registrarán por el procedimiento para las compras menores de B/.1000.00; sin embargo la institución puede aplicar otro procedimiento.

En estos casos, la entidad contratante podrá solicitar mediante fax o cualquier otro medio expedito las cotizaciones a los proveedores debidamente firmadas o por cualquier

otro medio tecnológico confiable que garantice el ejercicio de una auditoria posterior, las cuales no serán menos de tres. Una vez devuelta la información por parte de los proveedores, dicha información se recogerá en un cuadro de cotizaciones que será firmado por el cotizador y el Jefe de Compras de la entidad contratante e igualmente se le adjuntarán los documentos de la cotización. (Ver artículos 9 y 10 del Decreto Ejecutivo N°.18 de 1995).

En adelante, el procedimiento es igual al de las compras que exceden de los B/.5000.00; es decir, se evalúan las propuestas cuando proceda, (el mejor producto al menor precio) y luego se adjudica, *se confecciona la orden de compra y se le entrega al contratista.* (Resaltado nuestro.)

Ahora bien, la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Nota N°302-01-317-S.D.G. de 29 de junio de 1997, en materia de Contratación Pública, ha manifestado que la orden de compra o contrato respectivo, **es el documento mediante el cual se formaliza una relación contractual, y ante su incumplimiento, procede la rescisión y la efectividad de la fianza y demás sanciones (multas etc.).** (Destacado de la Procuraduría).

Conviene resaltar el punto de la Orden de Compra, en el sentido, que es el documento mediante el cual se formaliza la relación contractual, y ante su incumplimiento procede la rescisión y demás sanciones (multas). Además la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, ha manifestado que se requiere de la confección de la orden de compra, *como una prueba de incumplimiento ya que, si el proveedor se le llama para que la retire y no la hace, desde allí empieza su incumplimiento.* (Ref. Nota N°302-01-317-S.D.G. de 29 de 1997.)

Una vez escogida la mejor propuesta se procederá a la elaboración de una Orden de Compra, que será firmada por el Jefe de Compras de la entidad respectiva o los funcionarios autorizados y refrendada por el funcionario designado de la Contraloría General de la República en la institución. (Cf. Artículo 15 del Decreto Ejecutivo N°18 de 1996.)

Del otro extremo debe enfatizarse en que la actuación administrativa, tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, para estos efectos municipales, tales como: la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados por la ley, así como los principios de igualdad, moralidad administrativa, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

De allí, que con base al principio de responsabilidad, el Jefe o representante de la entidad estatal, según sea el caso, debe responder por la dirección y manejo de la actividad contractual, así como el proceso de selección, a fin de mantener una fiscalización en la calidad de los trabajos o de los servicios contratados de forma tal, que se cumpla lo pactado

en la Orden de Compras o el Contrato. De igual manera, el Contratista responderá por incumplimiento en el contrato o en la orden de compra.¹

Los contratistas declarados responsables quedarán inhabilitados o se harán acreedores de las sanciones de inhabilitaciones previstas en el artículo 12 de la Ley 56 de 1995, sin perjuicio de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual. (Artículo 105 de la Ley 56/95)

Por otra parte, el Contratista responderá por los derechos y obligaciones que haya contraído no sólo con la empresa contratante sino con los Subcontratistas y demás bienes que hubiese arrendado para la ejecución de la obra.

Hecha las consideraciones de rigor doctrinal y legal, pasamos a emitir nuestra opinión respecto a las interrogantes anteriores, bajo la base de los elementos jurídicos expuestos en líneas precedentes.

La norma aplicable en caso de incumplimiento es la que se transcribe:

“El contratista conviene en pagar al Estado, en concepto de multa el 1% del monto total del contrato, dividiendo entre treinta (30) días de atraso, siempre que el trabajo permanezca incompleto después del tiempo acordado y de todas las extensiones que se hubiesen concedido”.

Como se señala, el Contratista desarrolló obras no pactadas en la Orden de Compra, según fue investigado por el señor Representante José María Añino y los señores Eustorgio Bernal y Angel González, haciendo caso omiso de las advertencias hechas por el Honorable Representante en mención, hecho que le fue expuesto mediante Nota N°126 de 24 de noviembre de 2000, a fin de que no recibiera a satisfacción la misma, en vista que algunos puntos de la Orden de Compra no se han cumplido.

Por otro lado, en informes técnicos presentados por funcionarios de Contraloría y el Ministerio de Obras Públicas, se indica que en efecto, a pesar de que se han hechos labores no previstas en la orden referida, cuyo valor excede la cuantía de la obra contratada, la misma no ha sido cumplida a cabalidad, mostrando deterioro.

Confirmado lo anterior, Usted como Presidente del Consejo Municipal, debe aplicar las sanciones dispuestas en el Contrato, dejando constancias de todas las diligencias efectuadas por esa Corporación; para lograr la terminación de la obra.

Deberá dejarse constancia escrita de las diligencias realizadas para que el Contratista culminara la obra y establecer el avance del 50% de la Obra, en un acta donde se describa el porcentaje efectivo de la proporción que se ha realizado, con el objeto de determinar si corresponde o no el pago del mismo, así como de las multas a que se hace

¹ RODRÍGUEZ R., Libardo; Derecho Administrativo; Novena Edición; Editorial Temis; Colombia, 1996, P. 332.

acreedor por incumplimiento de la orden de compra, y la reconstrucción de la obra por el deterioro que presente.

Según informa la Dirección de Proveeduría y Gastos del MEF, opina que la multa debe aplicársele por los días calendarios y no hábiles, ya que la multa es por el incumplimiento de un contrato y no por la entrega, y muchas veces los contratistas se pasan hasta un (1) año sin cumplir con lo solicitado viéndose afectado el Estado en sus intereses.

En las contrataciones de obras por cuantías inferiores a los Cinco Mil Balboas con 00/100 (B/.5.000.00) no se exigirá Fianza de Cumplimiento siempre y cuando el contratista se obligue a responder por defectos de construcción o de reconstrucción de la obra ejecutada por el término de tres (3) años. (V. Artículo 17 del Decreto Ejecutivo N°18 de 25 de enero de 1996)

Aplicando las disposiciones al caso que nos ocupa, es necesario que el Municipio diligencie todas estas acciones formalmente, en el evento de que se desconozca el paradero del contratista ejerciendo las acciones judiciales y administrativas por los daños y perjuicios y proceda a resolver el Contrato de acuerdo con el artículo 68 del Código Fiscal:

“Artículo 68. Salvo disposición expresa en contrario, en todo contrato administrativo que celebre el Estado se estipularán claramente las cláusulas propias o usuales conforme a la naturaleza del mismo y, además, las relativas a la resolución administrativa, fianza de cumplimiento, objeto, cuantía, plazo de ejecución, consignación de timbres fiscales, partida presupuestaria o fuentes de financiamiento con cargo a la cual se pagará la misma...

Como causales de resolución administrativa, además de las que se tengan por conveniente establecer en el contrato, deberán figurar las siguientes:

1. La muerte del contratista, en los casos en que deban producir, la extinción del contrato, conforme el Código Civil, si no se ha previsto que el mismo puede continuar con los sucesores del contratista;
2. La formación de concurso de acreedores o quiebra del contratista o por encontrarse éste en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de concurso o quiebra correspondiente;
3. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo;

4. Disolución del contratista, cuando éste sea una persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio, salvo que los demás miembros del consorcio puedan cumplir el contrato de que se trata.
5. La incapacidad financiera del contratista que se presume siempre en los casos indicados en el numeral 2° de este artículo.

6. El incumplimiento del contrato.

En todo caso, las causales de resolución se entienden pactadas en todo contrato administrativo, aún cuando no se consignen expresamente, y podrán incorporarse en aquellos contratos que no tengan dicho carácter”.

Por otro lado, la Ley 56 de 1995, en el artículo 104, numeral 1 dispone las causales de resolución administrativas, además de las pactadas en el contrato. De igual forma, establece en el artículo 105, de la citada Ley que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante debe notificar al contratista tal como señala un pronunciamiento de la Dirección de Proveduría y Gastos del Ministerio de Economía Y Finanzas (Nota N°302-01-10- de 26 de febrero de 1997, que a la letra dice:

“Al respecto le manifestamos que la resolución administrativa que resuelve un contrato está ejecutoriada cuando se notifica al contratista, ya que contra la resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía administrativa”.

En línea parecida, se encuentra el artículo 106, de la Ley 56 de 1995, que dispone que la resolución administrativa del contrato se ajustará a lo normado en el artículo 105 de dicha ley, de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad pública adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, se podrá otorgar, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad licitante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.

3. Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas, resolución que será comunicada personalmente. Las resoluciones siempre serán motivadas.
4. Contra la resolución administrativa, no procederá ningún recurso y agotará la vía gubernativa.
5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso, ante la jurisdicción contencioso administrativa, a instancia del afectado, de conformidad con la Ley 135 de 1943, modificada por Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial.
6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.
7. Se remitirá, a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas copia autenticada de la resolución administrativa del contrato, a los dos (2) días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos que dispone la Ley.

Para culminar con este punto, deberá evaluarse la contratación directa de otros contratistas o de los mismos, según sea el caso, no obstante, esto quedará a criterio de la institución y lo más recomendable, es consultar con la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas con el propósito de determinar la urgencia evidente para la terminación de las obras y su mantenimiento.

La tercera pregunta, en cuanto a la validez del crédito, la cual el contratista favorece a un tercero, es menester señalar que contamos con poca información por parte del Consejo Municipal sobre el particular, sin embargo cabe advertir que el artículo 75 de la Ley 56 de 1995, dispone que los contratistas podrán ceder los derechos que nazcan del contrato (en este caso los créditos), previo cumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley, el reglamento, o por las condiciones consignadas en el pliego de cargo, en este caso, en la Orden de Compra o Contrato respectivo, que haya servido de base al procedimiento de selección de contratista. Empero, será preciso que el cesionario reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al contratista, y que el Ministerio o entidad respectiva y el garante concientan en la cesión, haciéndolo constar en el expediente respectivo.

Sobre este punto, debe existir el consentimiento del ente contratante. La Cesión de Créditos, según algunos juristas es el contrato en virtud del cual una persona titular de un crédito, denominado cedente o vendedor, se obliga a transferir, o transfiere a otra, llamada cesionario o comprador, un crédito que le compete contra un tercero a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente, que el comprador se obliga a pagarle.² Una de

² ARROYO, CAMACHO, Dulio; Contratos Civiles, Tomo I, 2da. edición; Edit. Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 1997, p.223.

sus características es que transfiere, no sólo el crédito sino también traspassa las obligaciones contraídas por el cedente o vendedor, y respondería por todo el contrato.

La cuarta pregunta está contestada en líneas anteriores, y en ella se señaló que una vez evaluada la propuesta cuando proceda, se adjudica, se confecciona la orden de compra y se le entrega al contratista, entendiéndose por ésta, como el documento mediante el cual se formaliza una relación contractual, y ante su incumplimiento, se procede a la rescisión y correspondiente sanción. En otras palabras, una vez se evalúa y adjudica al mejor postor, se confecciona la orden de compra y se le entrega al contratista, formalizándose inmediatamente la relación contractual, teniendo éste que proceder una vez entregada la orden de compra.

La pregunta número cinco esta resuelta en la Orden de Compra N°09-2000 de 2 de octubre de 2000, la cual dispone la forma de pago y dice que ésta se da **hasta treinta (30) días después de recibido conforme el trabajo y presentado su estado de cuenta**, según las disposiciones y exigencias contempladas en el Código Fiscal, siempre y cuando se haya recibido conforme el trabajo.

Finalmente, recomendamos al Municipio de Natá, tomar en cuenta las normas de Contratación Pública, contenidas en la Ley 56 de 1995, respecto a las Fianzas de Cumplimiento, a efectos de evitar en el futuro estas situaciones afectan la eficacia del servicio público y además repercute negativamente las arcas municipales. Es importante señalar, que el artículo 17 del Decreto N°18 de 1995, dispone que no se requiere de fianzas de propuestas ni de cumplimiento salvo que la entidad lo estime conveniente; es en atención a este último párrafo, que la Procuraduría insta a dicho organismo poner en ejecución lo normado en la Ley.

Espero de esta forma haber aclarado en debida forma su solicitud de consulta, me suscribo de Usted, atentamente,

Original }
Firmado } **Licda. Alma Montenegro de Fletcher**
 } Procuradora de la Administración
 } Alma Montenegro de Fletcher
 } Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.