

Panamá, 28 de septiembre de 2001.

Su Excelencia
PEDRO ADAN GORDÓN
Ministro de Desarrollo Agropecuario
E. S. D.

Señor Ministro:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesora y Consejera de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la Consulta que tuvo a bien elevar a esta Procuraduría de la Administración, relacionada con ciertos aspectos relativos al tema de los Contratos por Servicios Profesionales.

El principal aspecto que debemos tomar en cuenta en primera instancia, es que en todo Contrato, siempre y cuando no contravenga la Ley, se atenderá a lo que las partes hayan pactado el mismo; lo no pactado, no se podrá exigir posterior a su constitución.

En el caso que nos ocupa, no estamos propiamente frente al Contrato de Servicios Profesionales, que la Administración Pública suele realizar con los particulares; ello, en virtud de las características propias del mismo y, que más adelante señalaremos.

Todas las interrogantes formuladas por Usted en su Consulta, las contestaremos en función primordial al instrumento pactado y conocido como Contrato de Servicios Profesionales, firmado por la señora **CLARA SOLIS ARAYA**, en representación exclusiva del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (en adelante IICA), y el señor **LUIS GLACE** (q.e.p.d.) como persona natural.

Lo primero que debemos indicarle, es que dentro del contexto de su Consulta, se están refiriendo simultáneamente a dos (2) tipos de Contratos; a saber:

- a. Contrato de Servicios Profesionales
- b. Contrato de Obras.

Para los efectos del presente análisis, nos basaremos únicamente en el Contrato de Servicios Profesionales firmado entre **CLARA SOLIS-ARAYA**, representante del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (en adelante IICA), y **LUIS GLAIZE**, el contratista, por ser éste, el documento en torno el cual gira su Consulta.

Luego de haber leído detenidamente dicho instrumento (el Contrato), hemos podido observar, que adolece de ciertas deficiencias, que hacen que el mismo sea contradictorio en su constitución.

1. Se inicia señalando, que es un Contrato de Servicios Profesionales; no obstante, el mismo contiene cláusulas que dicen ser un Contratos de Obras.
2. Dentro del contexto de su Consulta, también se hace alusión en reiteradas ocasiones, a que estamos en presencia de un Contrato de Obras.

En virtud de lo anterior, este Despacho es de la opinión que en el caso que nos ocupa, estamos única y exclusivamente frente a un Contrato de **SERVICIOS PROFESIONALES**.

Primera Interrogante:

" 1. ¿ El Contrato de Servicios Profesionales entre el MIDA y el Arquitecto Glaize (sic) se extingue o fenece o termina? "

A manera de ilustración definiremos los términos que se utilizan en su primera pregunta:

1. Extinguir: hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente.
2. Fenecer: poner fin a una cosa; concluirla.

3. Terminar: poner término a una cosa, acabarla.

Ahora bien, debemos tener claro como primera situación, que el MIDA en ningún momento firmó ningún Contrato de Servicios Profesionales con el Arquitecto Glaize.

La relación jurídica que se surte en este caso en particular, se da entre el IICA como figura contratante y, el Arquitecto Consultor como el Contratista. El MIDA representa única y exclusivamente, el Organismo Ejecutor del Contrato de Préstamo celebrado entre la República de Panamá y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Lo que sucede en este caso, es que el Banco Interamericano de Desarrollo convino con el Gobierno Nacional, que el IICA, fuera el Ente Administrador de los Recursos del Programa de Modernización de los Servicios Agropecuarios, quien a su vez, contrató los Servicios Profesionales del un Consultor; es por ello, que la relación intrínseca se da solamente entre IICA (Contratante) y el Consultor (Contratista).

En este sentido, es el IICA el único que puede en su momento, dar por terminada la relación contractual entre las partes, sean los motivos que fuesen y, no el Ministerio de Desarrollo Agropecuario. Ahora bien, dentro del contexto de su primera interrogante, debemos señalar que el artículo 104, numeral 2 de la Ley N°.56 de 1995, por la cual se regula la Contratación Pública, establece lo siguiente:

"Artículo 104. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. Como causales de resolución administrativa, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:

- 1.
2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural...."

Esto quiere decir, que en el caso concreto de la presente Consulta, la relación Contractual entre el IICA y el Consultor, se extinguió automáticamente con la muerte de este último (El Contratista).

Segunda Interrogante:

"¿Cómo se extingue o fenece o termina?

- a) Ipso jure - de pleno derecho.
- b) El MIDA debe solicitar la resolución o rescisión del contrato
- c) ¿Ante quién se solicita la resolución del contrato y cómo?"

En virtud de la cláusula **DÉCIMO CUARTA** del Contrato, el IICA, no podía dejar sin efecto en ningún momento el Contrato, toda vez que la única razón por la cual podía hacerlo, era si el Contratista hubiese incumplido con lo pactado sin que mediare causa justificada. Veamos:

"DECIMO CUARTA: El IICA establece y así lo acepta el (la) CONSULTOR (A), que podrá adicionalmente dejar sin efecto el presente contrato cuando el (la) CONSULTOR (A), sin causa justificada y aceptada por el MIDA, no inicie los servicios profesionales contratados en la fecha estipulada; o bien, cuando el (la) CONSULTOR (A) no cumpla cualquiera de las obligaciones derivadas del presente contrato, del programa de trabajo o de los términos de referencia anexos o cuando sin causa plenamente justificada, desconozca y no atienda o acate las instrucciones que le haya dado el MIDA por escrito y con conocimiento de IICA. En caso que el MIDA considere que la falta de cumplimiento a que se refiere el párrafo anterior es por causas imputables al (la) CONSULTOR (A), y que afecta los propósitos de presente contrato, éste quedará rescindido de pleno derecho, para lo cual el MIDA lo comunicará por escrito al (la) CONSULTOR (A), a través del IICA sin que se derive de ello ningún tipo de responsabilidad para el MIDA o el IICA.

Solamente existirá la obligación de pagar al (la) CONSULTOR (A), previo acuerdo entre las partes, con la aprobación del MIDA y la no objeción del BID, la suma proporcional correspondiente a los trabajos encomendados y realizados a satisfacción del MIDA hasta el momento en que se le comunique la terminación del contrato."

Evidentemente, la muerte del **CONSULTOR** no había que justificarla, pues esto resulta ser, un incidente por caso fortuito, ya establecido y contemplado en el artículo 104, numeral 2 de la Ley N°.56 de 1995.

La pregunta es: ¿cómo se extingue la obligación contractual?; la misma se extingue por la muerte del contratista.

En resumen, la relación contractual se extingue IPSO JURE.

TERCERA INTERROGANTE:

"¿Se debe consignar una fianza, si se hizo, cuál debe ser el destino de la fianza consignada por el profesional de la Arquitectura?

- a) ¿El MIDA debe retener la fianza para sufragar parte o todo el valor de las obras que restan por construir?
- b) ¿El MIDA debe entregarle la fianza consignada a los herederos del Arquitecto fallecido?
- c) ¿Qué otro acto de disposición se le debe dar a la fianza?"

En lo que respecta a la constitución de la Fianza de Cumplimiento debemos señalar, que el artículo 17 del Decreto N°.18 de 25 de enero de 1996, por la cual se reglamenta la Ley N°.56 de 27 de diciembre de 1995, que regula la Contratación Pública, establece que los contratos menores no

requieren de la constitución de una Fianza. Veamos.

"Artículo 17. En las compras menores no se requerirán fianzas de propuestas ni de cumplimiento, salvo que la entidad contratante lo estime conveniente; sin embargo la entidad contratante exigirá la fianza de cumplimiento para aquellas contrataciones de obras que excedan la suma de CINCO MIL BALBOAS CON 00/100 (b/.5,000.00) y los casos de bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial.

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 en el contrato se establezca que el contratista se obliga a responder por defectos de construcción o de reconstrucción de la obra ejecutada por el término de tres (3) años.

Varios son los aspectos que se destacan de la norma transcrita:

1. En las compras menores de Cinco Mil balboas (B/.5,000.00), no se requerirá la constitución de la Fianza.
2. Tampoco se requerirá del cumplimiento de la misma.
3. Esta, solo procederá si la entidad contratante así lo exija o requiera.
4. La Fianza de Cumplimiento de las contrataciones de Obras, solo se requerirá, cuando se excedan de los cinco mil balboas (B/.5,000.0)

Todo ello significa, con respecto a su tercera interrogante, literal "a", que el MIDA en primera instancia

no está facultada para retener Fianza alguna, toda vez que el mismo no es parte del Contrato, firmado por IICA y el Consultor.

Que no estamos en presencia de un Contrato de Obras (según Contrato que nos adjuntaron)

El Contrato en mención es Servicios Profesionales y, sólo se exigirá Fianza, si así lo determina la Empresa, situación que en este caso no se hizo en el Contrato; por consiguiente no se debió constituir.

Ahora bien, si por el contrario, se llegó a constituir una Fianza de Cumplimiento, corresponde al IICA, exigir a la afianzadora el pago de la misma o, ésta, debió hacerse responsable de la terminación de la obra. (***Recuérdese, que el Contrato es de Servicios Profesionales y no de Obras***).

La pregunta constituida en el literal "b" de la tercera interrogante, con respecto a si el MIDA debe entregarle la Fianza consignada a los herederos del Arquitecto fallecido, la contestamos en los siguiente términos:

- a. El MIDA no es competente para entregar Fianza alguna a los herederos del Arquitecto, en virtud de que el mismo no es parte en el Contrato; en todo caso correspondería al IICA proceder si esa fuese la situación.
- b. No obstante lo anterior, debemos recordar que la muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural, produce la Resolución del Contrato.

Por su parte, en lo que respecta al literal "c", debemos indicar, que los trabajadores del Arquitecto fallecido, no pueden reclamar en ningún momento la entrega de la Fianza; ello en virtud de que los mismos no forman parte principal de la relación contractual entre IICA y el Contratista.

La pregunta del literal "d", con respecto a qué otro acto de disposición se le debe dar a la Fianza, se desprende que se basará, a las disposiciones contenidas en la Ley N°.56

de Contratación Pública y de manera supletoria, a las normas que rigen la materia, contenidas en el Código Civil.

Cuarta Interrogante:

"¿Cualquier profesional que estuviera trabajando con el Arquitecto fallecido puede seguir laborando bajo el contrato original del Arquitecto fallecido (sic)?"

Dentro de la jerga jurídica, existe un Aforismo Latino que dice: "**ACCESSORIUM CEDIT PRINCIPALI**", que significa que lo accesorio accede a lo principal.

Esto debe entenderse, que a la muerte del Contratista, se extingue toda relación contractual con el IICA, salvo que en el Contrato se hubiese pactado una disposición que estableciera derechos a terceros o la continuidad, valga la redundancia, contractual.

Ahora, si el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, decide continuar una nueva contratación con cualquier otro profesional que hubiese estado laborando con el Arquitecto antes de su fallecimiento, esto quedará solo a decisión del IICA, que ha decidido continuar la Consultoría que dicho profesional. De lo contrario, correspondería a la afianzadora, hacer efectiva la fianza a favor del IICA.

Quinta Interrogante:

"Debe convocarse a un nuevo acto público para adjudicar los diseños que faltan o puede el MIDA contratar directamente a cualquier profesional a criterio de un funcionario del MIDA"

Como quiera que, dentro de su Consulta no se nos adjuntaron mayores elementos constitutivos para poder determinar, hasta dónde llegó la labor consultiva del Arquitecto Luis Glaize, esta Procuraduría de la Administración, considera y recomienda al Ministro, remitir el expediente completo del caso subjúdice, a la Dirección de

Proveeduría y Gastos del Ministerio de Economía y Finanzas, para que sea esta instancia (la que por ley), debe determinar si se debe o no, convocar a un nuevo acto público, siendo ellos los rectores en materia de contratación pública.

No obstante, esta Procuraduría de la Administración, se permite expresarle que estamos anuentes a colaborar con su Despacho, para la mejor interpretación de las normas o leyes vigentes, para una mejor solución a los problemas que puedan surgir en el futuro.

Para finalizar, queremos recomendar al Ministro que en lo sucesivo, se eviten realizar o formalizar Contratos, que en el fondo mantienen una ambigüedad en su constitución de manera tal que no se pueda determinar en un momento dado, si estamos en presencia de un Contrato de Servicios Profesionales o de Obras.

De esta manera, esperamos haber atendido debidamente todas las interrogantes que tuvo a bien elevar a esta Procuraduría.

Con la certeza de mi más alta estima, atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMdeF/14/jabs