

, 24 de abril de 1986.

Ingeniero
José I. Blandón
Director General del
Instituto de Recursos
Hidráulicos y Electrificación
E. S. D.

Señor Director General:

En respuesta a su atenta Comunicación DAL-045-86
fecha 9 del corriente, recibida el pasado 17, paso a
absolver la consulta que tuvo a bien plantearme, atendiendo
do el mismo orden que siguieron las interrogantes formuladas
das.

"e) ¿Puede la Junta Directiva del INSTI
TUTO DE RECURSOS HIDRAULICOS Y ELECT
RIFICACION declarar inhábil o incá
pacitada a una persona natural o ju
rídica para ser postor en las licita
ciones públicas y en los concursos de
precios que celebren el Estado y sus
instituciones, al igual que para ser
contratista de aquél y de éstas, con
fundamento en el numeral 3o. del ar
tículo 66 del Código Fiscal?"

A mi juicio, le asiste razón a la Asesoría Legal de la
entidad a su digno cargo, cuando asevera que la Junta Directi
va del INRE carece de competencia para "declarar inhábil o
incapacitada para ser postor en la licitación pública y en
los Concursos de Precios que celebren el Estado y sus Insti
tuciones, al igual que para ser contratista de aquél y de
éstas, con fundamento en el numeral (tercero) 3o. del artícu
lo 66 del Código Fiscal.

En efecto, como quiera que no existe norma legal que
faculte a la Junta Directiva a este efecto, ésta carece de com
petencia para ello; de allí que, de pronunciarse en tal sentido

do, el acto se viciaría de nulidad por falta de competencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 33 de 1946.

En abono de lo anterior es oportuno señalar que la Ley 31 de 1964, por la cual se introdujeron reformas sustanciales en materia de contratación pública, concentró en el Ministerio de Hacienda y Tesoro la función de certificar la idoneidad de las personas para participar en licitaciones que celebren las entidades estatales. A este efecto, resulta ilustrativo lo establecido en los literales a), b), d) y f) del artículo 40A de dicho Código, adicionado por la referida Ley.

En este último artículo se dispone de manera expresa que corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro otorgar el certificado de idoneidad, que permitirá al beneficiario del mismo ser incluido en un listado de personas idóneas, el que "deberá ser remitido a las distintas dependencias del Estado", a la vez que establece que dicha certificación "será el único documento necesario para comprobar la idoneidad" como licitante.

Conviene aclarar que, de acuerdo al literal b) del citado artículo, para la obtención del certificado en referencia, el interesado debe comprobar -entre otros elementos- "que no ha faltado al cumplimiento de contratos anteriores con el Estado, o la entidad respectiva", lo que indica que es al Ministerio de Hacienda a quien compete determinar si el interesado cumple o no con este presupuesto, para los fines de declararlo idóneo para contratar con el Estado o con alguna de sus entidades.

Todo lo anterior es sin perjuicio de la facultad que el artículo 49 del Código Fiscal le concede a la Administración "para rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convenga a sus intereses", la que puede ser útil para no aceptar una propuesta de una persona que se considere que no ofrece garantía para los intereses del Estado.

Sobre este aspecto importa destacar lo que al efecto establece el artículo 50 del citado Código, según la reforma introducida por la Ley 31 de 1964, en sus tres primeros incisos, que son del siguiente tenor:-

"Artículo 50.-El Ministro del ramo o el representante de la entidad pública correspondiente, si considerase que han cumplido las formalidades establecidas por la Ley, mediante resolución motivada adjudicará definitivamente la licitación a la persona cuya propuesta

represente el mayor beneficio para el Estado.

La adjudicación de la licitación tomará en consideración para determinar el mayor beneficio para el Estado señalado en la Constitución, la conveniencia económica de las propuestas y la capacidad técnica, económica, administrativa y financiera de los proponentes. La decisión final se adoptará para adjudicar la licitación alla propuesta que represente mayor calidad al menor precio, según los reglamentos que se dictan al efecto.

El Organó Ejecutivo por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro establecerá las reglas normativas y de fiscalización, de forzoso cumplimiento, en materia de compras y licitaciones".

"b) En caso afirmativo ¿qué requisito o presupuesto formales deben darse previos a esa declaración y mediante qué instrumento debe hacer la misma?"

Al ser negativa la respuesta a la pregunta anterior, huelga responder a la presente.

"c) En el evento de que la respuesta a la pregunta del aparte a) sea negativa, entonces ¿qué autoridad debe tal declaración, mediante qué instrumento y qué requisitos o presupuestos deben darse para que pueda hacerse esa declaración?"

Habida cuenta de que, como se indicó, corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro pronunciarse sobre la idoneidad de las personas que deseen participar en las licitaciones públicas y en concursos de precios que celebren las entidades estatales, a nuestro juicio, es dicha dependencia ministerial la facultada para declarar que una persona natural o jurídica es inhábil para participar en tales actos.

En la declaración debe hacerse mediante resolución, en cuya parte motiva se expongan las razones para la misma y, de manera especial, lo atinente al incumplimiento de obligaciones contractuales frente a la entidad estatal.

Es evidente que para la adopción de tal medida, el Ministerio de Hacienda y Tesoro debe haber comprobado el hecho del incumplimiento en referencia utilizando los medios de prueba idóneos a ese efecto conforme a nuestra legislación. Uno de ellos podría ser la resolución de la entidad estatal que resolvió administrativamente un contrato por falta de cumplimiento de la persona, de cuya existencia debe ser notificado el interesado y quien puede recurrir en vía gubernativa y contencioso administrativa contra la misma.

Este criterio es el que ha recogido la Sala Tercera de la Corte en Sentencia de 24 de febrero de 1964, cuya doctrina reproduzco:-

"La Sala observa que del texto del ordinal 3o. de dicho artículo 66 no se desprende, como lo conceptúa el recurrente, que para establecer el incumplimiento anterior de un contrato con el Estado debe presentarse, como única prueba, la de haber sido resuelto administrativamente, por esa causa, porque la locución 'los que anteriormente celebrado con el Estado', permite también determinar ese hecho por otros medios, como el de las quejas que sobre el particular hayan sido formuladas por los funcionarios que por razón de los cargos que desempeñan tienen que ver con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratistas." (CASO: Mauricio Menasche y Cía Ltda. demanda la ilegalidad de la adjudicación provisional de la licitación pública No.11 de 17 de abril de 1963, el Resuelto No. 393, de 13 de Mayo de 1963, dictado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, la Resolución No.164 de 17 de agosto de 1963, dictada por el Organó Ejecutivo y la declaratoria de desierta de la referida licitación No.11 de 17 de abril de 1963. -Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, Universidad de Panamá Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Centro de Investigación Jurídica - Edit. Universidad de Panamá, pág. 114-).

Nos parece que tratándose de normas de orden público, como las que regulan la contratación del Estado, que tienden

a tutelar intereses públicos, las diversas entidades estatales deben poner en conocimiento del Ministerio de Hacienda y Tesoro en forma inmediata todo incumplimiento de contrato en que incurra una persona, a fin de que se cumpla con la finalidad de dicha norma, que es la de reservar este tipo de contratos para aquellas personas que ofrezcan un margen de seguridad en el cumplimiento de los mismos.

Pienso que una adecuada coordinación y colaboración coadyuvará a sañear en forma razonable la contratación pública.

"c) ¿Si tal declaración o decisión recae o se adopta contra una persona jurídica, específicamente contra una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación panameña, esa inhabilitación alcaza o es oponible también a las personas que tienen alguna relación con esa persona jurídica (Directores, Dignatarios, Representantes, Agentes Generales, Accionistas, etc.)? "

Es evidente que, como bien indica la Dirección de Asesoría legal del IAH, nuestro derecho positivo consagra el reconocimiento de personalidad jurídica a los entes o personas morales diferentes de la de sus miembros o directores. Así lo establece el artículo 39 de la Constitución Política, el 58, 64 y 73 del Código Civil, el 297 del Código de Comercio y otras normas que regulan la materia; sin embargo, nos parece que aún cuando en principio el incumplimiento de una persona jurídica no puede conllevar formalmente el incumplimiento de sus dignatarios, directores o accionistas para los fines del numeral 3o. del artículo 66 del Código Fiscal, no es menos cierto que, las personas jurídicas actúan a través de personas naturales, que son responsables de sus gestiones.

De allí que una conducta contumaz o reiterada, que evidencie incumplimiento de una o de varias personas como representantes de diversas personas jurídicas, debe tomarse en consideración para la finalidad indicada. Y es que ello evidencia o culpa grave o dolo de dicha personas, lo que no puede pasarse por alto para los fines de la Ley, especialmente porque la colusión o medios fraudulentos en las licitaciones o concursos de precios está contemplado como figura delictiva en los artículos 349 y 350 del Código Penal.

En orden a lo anterior es importante recordar lo que establece el artículo 1561 del Código de Comercio, según el cual -en caso de quiebra culpable o fraudulenta de compañías mercantiles- son responsables los administradores, gerentes, directores o liquidadores.

Esta norma es del siguiente tenor:-

"Artículo 1561.- Las penas de quiebras culpable o fraudulenta se aplicarán a los gerentes, administradores, directores o liquidadores de las compañías mercantiles que hubieren sido declaradas en estado de quiebra, cuando personalmente hubieren ejecutado los hechos que según la ley constituyen el delito".

Las normas en referencia hacen responsables a las personas naturales de una gestión fraudulenta que afecta los procesos de contratación pública o que ha originado la quiebra de una compañía mercantil. Me parece, por tanto, que estas normas atenúan el principio de independencia entre la persona jurídica y sus representantes legales, en lo que dice relación con la responsabilidad por los actos realizados a nombre de la primera.

Pienso, en consecuencia, que estas normas deben tomarse en cuenta para resolver la situación planteada en materia de inhabilitación para contratar, puesto que si se les exige responsabilidad penal a los gerentes, administradores, directores o liquidadores por actos cometidos en el desempeño de sus funciones, respecto de compañías mercantiles, lo que es mucho más grave, es viable inhabilitar para contratar con el Estado, cuando incurran en tales hechos, a las personas que los cometen.

"e) De ser afirmativa la pregunta anterior ¿hasta quiénes, exactamente, se extiende tal inhabilitación?"

Me parece que la inhabilitación debe extenderse a los gerentes, directores, administradores o liquidadores y, en general, a quienes sean responsables del fraude o ocultación, una vez comprobado el hecho.

Sobre este aspecto comparto plenamente el criterio expuesto por el señor Contralor General de la República en el

Oficio No.265 de 26 de marzo último, que le dirigió a Ud. y cuya copia he obtenido, cuando al referirse a un caso concreto expresa:-

"La situación señalada, una misma persona natural en posiciones administrativas y ejecutivas determinantes, en empresas jurídicamente distintas, pero que económica y administrativamente operan como un solo 'Grupo Empresarial', pues guardan relación directa entre sí, que se presentan ante el IRHE a licitar y coinciden en contratar con esa misma Entidad Estatal, produce condiciones que pueden asemejarse a una colusión en detrimento de una sana administración de fondos y bienes públicos, que en determinados momentos podrá resultar dañoso para los intereses de esa Institución Pública.

3. La situación antes expuesta, con base en los hechos recogidos y analizados en el citado Informe del Auditor de la Contraloría en el IRHE, necesariamente constituyen antecedentes y elementos de juicio que configuran el supuesto legal de incompatibilidad de una persona para celebrar contrato con el Estado, establecido en el Ordinal 3o. del Artículo 66 del Código Fiscal, en el que se dispone que no puede ser contratista con el Estado 'los que anteriormente hubieren faltado al cumplimiento de contrato con el Estado'.

4. Los mismos hechos y las circunstancias que vinculan al Ing. Alexis Medina Lay con la empresa A.E.G. Ingeniería y Servicios, S.A., así como también con otras empresas en las que él aparece o actúa vinculado a ellas, igualmente configuran el supuesto legal de incompatibilidad de una persona para celebrar contrato con el Estado, contemplado en el Ordinal 1o. del mismo Artículo 66 del Código Fiscal. En efecto, esta norma establece que el Contratista para obligarse con el Estado debe tener capacidad, requisito que debe entenderse no sólo como capacidad técnica, profesional, administrativa, financiera y de otro orden, sino también, por ser de la esencia de las relaciones de buena fé, debe tener capacidad moral, es decir, su conducta como contratista no ha de presentar antecedentes reñidos con

determinados y sanos principios de comportamiento.

La capacidad moral, en las relaciones contractuales en general, constituye requisito legal para la existencia del contrato, teniéndose dispuesto que ante circunstancias provocadas directa o indirectamente por una de las partes, sin distinguir forma de la acción, que induzcan a la otra a celebrar un contrato, que sin ellas no lo hubiera celebrado, deja de existir el consentimiento del contratante afectado y, en consecuencia, jurídicamente no puede haber contrato.

Cuando el mismo supuesto se presenta en el ámbito de la Administración Pública, particularmente en la actuación administrativa sobre Licitación Pública, Concurso de Precios, Solicitud de Precios ó en la fase de celebrar el contrato adjudicado a una persona natural o jurídica, actuando ella directamente o por interpuesta persona, frente a una Institución Pública, significa entonces que no concurre el requisito contenido en el Ordinal 10. del Artículo 66 del Código Fiscal, es decir, la 'capacidad para obligarse'. Ello es así, porque no hay consentimiento estatal, pues éste también se manifiesta 'por el concurso; de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato', conforme el principio recogido en el Artículo 1113 del Código Civil.

5. En la actuación examinada, correspondiente al proyecto de contrato con la firma A.E.S. INGENIERIA Y SERVICIOS, S.A., que en esta ocasión se ha sometido al refrendo de la Contraloría, aparece la 'poliza contra todo riesgo' emitida por Cía. de Seguro La Previsora, S.A., suscrita por el Ing. Alexis Medina Lay, como Apoderado General de la citada firma. Sin embargo, la misma sociedad se presenta ante el IRHE con una persona distinta, ANGEL DE DIEGO C., como su Representante Legal, para formalizar el proyectado contrato, hecho que evidencia el manejo irregular del Ing. Alexis Medina Lay frente a sus relaciones con el IRHE, directamente como persona natural ó a través de interpuesta persona jurídica."

f) Qué requisitos, presupuestos o formalidades deben cumplirse o llenarse cuando una institución autónoma del Estado se proponga o decida ejercer la facultad que le confiere el artículo 68 del Código Fiscal de DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESUELTO UN CONTRATO invocando como causal el incumplimiento del Contratista?"

A mi juicio, cuando una Institución Autónoma del Estado esté frente a la causal de incumplimiento del contratista, debe emitir una resolución en cuya parte motiva explique en qué consistió dicho incumplimiento e indique que el mismo es de tal gravedad que amerita la resolución administrativa del contrato. En esta resolución se resolverá el contrato y se ordenará, tal como lo dispone el inciso final del artículo 68 del Código Fiscal, hacer efectiva la fianza de cumplimiento que garantiza las obligaciones del contratista.

Es evidente, desde luego, que antes de adoptar dicha medida, la entidad Estatal debe haber comprobado el incumplimiento y haber dejado constancia de él en el expediente del contrato, a efecto de evitar decisiones adversas en el evento de que el interesado recurra.

De igual manera, debe cuidarse que la reclamación al fiador se realice dentro del término que habitualmente se consigna en los bonos de garantía, porque de lo contrario tal reclamación resultaría extemporánea.

Por último, pienso que debe remitirse al Ministerio de Hacienda y Tesoro copia de la resolución en que dicha medida se adopte para que figure en el expediente de la persona relativo al certificado de idoneidad para ser postor en licitaciones.

"g) En el caso anterior, ¿mediante qué instrumento y qué autoridad debe hacer tal declaración?"

En mi opinión, la resolución de un contrato administrativo celebrado por una entidad autónoma debe ser declarada mediante resolución emitida por el representante legal de la Institución, concebida en los términos que expliqué en la respuesta anterior.

Como es natural, si el afectado no se conforma con la decisión, ésta puede apelar ante la Junta Directiva, cuya decisión pone término a la vía gubernativa; y desde ese momento el contrato se entiende resuelto para todos los efectos.

Pienso de esta manera, porque el Director, Gerente o Rector de la Institución Autónoma es el representante legal de la misma; de allí que sea quien suscriba los contratos que la misma celebra y quien deba fiscalizar el cumplimiento de los mismos. Por tanto, cuando ha comprobado que se ha producido el incumplimiento del contrato, corresponde a dicho funcionario -en su condición de representante legal de la Institución Autónoma- resolverlo administrativamente.

"h) ¿qué recursos confiere la Ley a una persona natural o jurídica contra la cual se adopte cualquiera de las dos medidas o decisiones a que se refieren las interrogantes que proceden?"

Nuestras leyes conceden, a la persona afectada por una resolución que le niegue idoneidad para ser postor en licitaciones o concursos de precios o que declare resuelto administrativamente un contrato, los recursos de reconsideración y apelación en vía gubernativa, que contemplan los artículos 1238 del Código Fiscal y 20 de la Ley 33 de 1946, al igual que el recurso de plena jurisdicción instituido por el numeral 2 del artículo 203 de la Constitución y reglamentado por la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y otras subsiguientes. Lo anterior es sin perjuicio del recurso de inconstitucionalidad que puede ser utilizado en los casos de que se considere que el acto ha violado una norma jurídica básica.

En la esperanza de haber satisfecho las interrogantes planteadas, le reitero mi aprecio y consideración.

Atentamente,

Olmedo Sanjurjo G.
PROCURADURIA DE LA ADMINISTRACION