

26 de junio de 1996,

Su Excelencia
Ingeniero Luis E. Blanco
Ministro de Obras Públicas
E. S. D.

Señor Ministro:

Pláceme dar respuesta a su amable Nota DM-404-96, calendada 6 de mayo de 1996, a través de la cual tuvo a bien elevarnos la siguiente consulta:

"Generará alguna obligación para el Estado que una de sus Instituciones, luego de haber cumplido diversas etapas, establecidas por nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a Contratación Pública a saber: licitada una obra, evaluada la propuesta, adjudicada la licitación, siendo el contrato aprobado por el Consejo Económico Nacional y obtenido el concepto favorable del Consejo de Gabinete en los casos que se requiera, estando éste solo pendiente del refrendo del Contralor General de la República quien no tiene poder decisorio sobre la contratación o no de la misma, a petición del contratista quien desea aprovechar la temporada de verano, autoriza a éste bajo su propio riesgo dar inicio a los trabajos?"

En primera instancia debo anotar que la atribución que efectivamente nos otorga el numeral 4, del artículo 348 del Código Judicial, entre otras normas, para servir como consejero jurídicos a los servidores públicos administrativos que consultaren nuestro parecer respecto de determinada interpretación de la Ley o el procedimiento a seguir, ha sido modificado por el numeral 2, del artículo 7 de la Ley NQ56 de 27 de diciembre de 1995, "Por la cual se regula Contratación Pública y se dictan otras disposiciones", al establecer esta última, sobre las nuevas competencias del Ministerio de Hacienda Y Tesoro, lo siguiente:

"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:

1....

2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando".

Esta claro entonces, que desde la entrada en vigencia de la Ley 56 de 1995, el Ministro de Hacienda y Tesoro esta llamado a interpretar las normas y procedimientos que regulan lo concerniente a la selección de contratistas o contratación pública, todo ello en vista al carácter fiscalizador y al obvio grado de especialización con el cual este cuerpo normativo ha dotado a aquella entidad.

Partiendo de esta premisa, me permito exponer mi opinión sobre el asunto específico de su interés.

Se centra su interrogante en conocer, si generará alguna obligación para el Estado, el hecho de que en un contrato de obra pública no refrendado por el Contralor General de la República, se autorice el inicio de la ejecución del mismo. En su concepto "... esta autorización en nada viola disposiciones sobre contratación pública, toda vez que la orden de proceder formal se expide cuando se formaliza el contrato respectivo y es partir de ese momento en que el contratista, puede reclamar al Estado el pago por trabajos realizados pues los derechos y obligaciones se encuentran debidamente pactados". (El subrayado es nuestro)

Al respecto, citó el contenido del artículo 82 de la Ley 56 de 1995, sobre Contratación Pública, que en su Capítulo XII, Del Contrato de Obra, reza de la siguiente manera:

"Artículo 82. Inicio de la ejecución de la obra.

La ejecución de la obra se iniciará en la fecha señalada en la orden de proceder expedida por la entidad contratante, dentro del plazo establecido en el pliego de cargos, y si nada se hubiese previsto al respecto en

éste, la fecha de inicio de la obra se establecerá dentro de los treinta (30) días siguientes a la del perfeccionamiento del contrato. Antes de expedir la orden de proceder, la entidad contratante verificará la regularidad de todas las situaciones existentes, desde el punto de vista legal, presupuestario, técnico y físico del sitio en el cual se realizarán las obras contratadas, que permitan la ejecución ininterrumpida de la obra.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya expedido la orden de proceder, el contratista tendrá derecho a los aumentos de costos, experimentados durante el período que transcurre entre la finalización del término de que dispone la entidad contratante para expedir la orden de proceder y la expedición de dicha orden, siempre que el retraso se deba a causas imputables a la entidad contratante". (Las subrayas y negritas son nuestras).

Como bien se puede observar, este precepto meridianamente señala que el inicio de la ejecución de un contrato de obra pública solamente puede darse en la fecha indicada en la orden de proceder expedida por la entidad contratante; y que la institución no puede otorgarla (la orden), sino hasta tanto previamente se verifique la regularidad de todas la situaciones, incluyendo aquellas del punto de vista legal.

En ese sentido, cabe destacar que, en el Derecho Público, la validez de los convenios celebrados por el Estado a través de contratos administrativos, sólo puede darse en la medida en que se cumplan ciertos actos formales o solemnes. Si el acuerdo con la Administración no surge de los canales formales predeterminados por la Ley formal, ese acuerdo no produce efectos jurídicos.

En este aspecto, nos permitimos citar algunas opiniones doctrinales relacionadas con el carácter esencialmente formal del contrato administrativo. Veamos:

"... con ella (la forma) se expresa la voluntad administrativa que se concreta en el contrato.

No participamos, por consiguiente, de la posición de quienes estiman de rigor el principio de la libertad formal, a falta de norma expresa contraria, reiteramos que a nuestro criterio la forma escrita es esencial para la existencia de cualquier contrato

administrativo". (BERCAITZ, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos., Segunda Edición., Ediciones de Palma., Buenos Aires., 1980., p. 300).

"Formas. A través de este elemento, al que ESCOLA cataloga como "esencial complementario", se persigue el cumplimiento de todas las garantías legales orientadas al buen funcionamiento de los servicios públicos. Según ALTAMIRA, por el carácter formal que rige el cumplimiento de todas las actividades públicas, la voluntad administrativa deberá ser expresado en forma precisa e inequívoca; por lo tanto, el no cumplimiento de los mandos legales -acarrea su nulidad, a la inversa de lo que ocurre en el "derecho privado"-". (RAMIREZ, Juan Carlos., El Contrato Administrativo., Editorial Temis., Bogotá., 1987., p. 20).

Así, el artículo 73, en relación con el 18, numeral 1 y el 60, de la Ley 56 en comento, expresa que todo contrato administrativo debe ser refrendado por el Contralor General de la República en ejercicio de sus funciones de control fiscal y los que se celebren con prescindencia absoluta de este requisito, previsto dentro del procedimiento legalmente establecido, adolecen de nulidad absoluta. Contemplan dichas normas lo siguiente:

"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 debe ejercer la Contraloría General de la República. ..."

"Artículo 60. Causales de nulidad absoluta.

Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución o la Ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar la licitación, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en

cualquier momento y por cualquier persona".

"Artículo 73. Facultad de Contratación.

La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad pública correspondiente por parte del Estado, de acuerdo con el modelo de contrato incluido en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos serán refrendados por el Contralor General de la República.

El contrato cuyo monto exceda de la suma de ciento cincuenta mil balboas (B/.150,000.00), deberá publicarse en la Gaceta Oficial, dentro de la mayor brevedad posible". (El subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

Luego, se trata de un elemento que atañe a la misma esencia del contrato y sin el cual éste no puede perfeccionarse. Este ha sido el criterio repetidamente prohijado por nuestra Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. A guisa de ejemplo, es ilustrativo el Fallo de 26 de abril de 1993, en el cual dicho Tribunal, al interpretar la naturaleza del refrendo del Contralor General de la República, se pronunció de la siguiente manera:

"En efecto, si bien es cierto que Aeronáutica Civil había confeccionado el referido contrato, éste no podía tener efectos vinculantes hasta tanto recibiese el refrendo respectivo por parte de la Contraloría General de la Nación, tal como dispone el artículo 48 de la Ley 32 de 1984. (Orgánica de la Contraloría).

Este refrendo le fue negado al contrato No150/89, por lo que debemos concluir, que este contrato nunca se perfeccionó, y que finalmente la institución estatal decidió negar la renovación de la concesión para la empresa Place Concord Internacional, S.A.

....

La Sala debe indicar al recurrente que tales violaciones no se han producido, en primer término porque el referido contrato, tal y como hemos reiterado a lo largo de todo este análisis, no originó derechos y obligaciones o una vinculación jurídica entre las partes que lo suscribieron, dado que no

existió el concurso de todos los requisitos fundamentales del contrato. Debemos enfatizar al demandante que no nos encontramos ante una contratación administrativa y no de orden privado, y que sin el refrendo o autorización del mismo no hay perfeccionamiento del acto."
(El subrayado es nuestro)

En consecuencia, tal como Ud., me lo afirma, es la Orden de Proceder formal, la que únicamente puede ser otorgada una vez el contrato ha sido perfeccionado con la rúbrica del Contralor General, la que señala la fecha de inicio de la ejecución de la obra. Por tanto, la ejecución de la obra no se puede iniciar antes de haber obtenido el mencionado refrendo y haber expedido, posteriormente, la citada Orden. ¿Por qué?

El maestro uruguayo Enrique Sayagués Laso, lo explica de la mejor manera, cuando al discurrir sobre el cumplimiento del contrato administrativo dice:

"537. Plazos. - En los contratos de obra pública se estipulan generalmente los plazos dentro de los cuales tienen que cumplirse: plazos para la iniciación de la obra, para la ejecución de las etapas parciales, y para su terminación. Cuando los plazos no estén expresamente previstos, deben admitirse los que sean corrientes o normales para la obra de que se trate.

Los plazos obligan a ambas partes: el contratista debe iniciar, ejecutar y terminar la obra en los plazos fijados; a su vez la administración tiene que cumplir en tiempo las prestaciones que sean indispensables para que el contratista pueda desenvolverse. El incumplimiento del contratista puede aparejar multas por demora, daños y perjuicios, y aún mismo (sic) la rescisión del contrato; el de la administración puede excusar la demora del contratista, obligar a indemnizarlo e incluso motivar una demanda de rescisión. Si el contratista no ha podido cumplir por caso fortuito o fuerza mayor, procede una prórroga de los plazos estipulados y aún la rescisión sin responsabilidad de ninguna de las partes.

538. Continuación. - Habitualmente, el contrato determina la fecha en que comienza a correr el plazo para iniciar la obra; si nada se ha establecido, se computa a partir del momento en que se perfeccionó el vínculo

contractual.

El vencimiento de los plazos hace incurrir en responsabilidad al contratista o la administración, según los casos, sin necesidad de intimación de mora cuando se ha pactado expresamente que ésta se opera de pleno derecho, o deriva de la naturaleza de la obligación, o fue esa la intención de las partes. En los demás casos, es indispensable constatar la mora.

Las consecuencias derivadas del vencimiento de los plazos pueden desaparecer si las partes acuerdan una prórroga de éstos. Pero la responsabilidad del contratista no se extingue por la mera tolerancia mientras se ejecuta la obra, ni la de ésta por el hecho de que aquél que ejecute la obra a pesar de la demora, siempre que haya hecho reserva de sus derechos". (SAYAGUES LASO, Enrique., Tratado de Derecho Administrativo., Tercera Edición., Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, S.A., Montevideo., 1974., pp. 98 y 99) (El subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

En efecto, el artículo 85, en concordancia con el 105, de la tantas veces citada Ley 56 de 1995, prevé como posible, y así ocurre comúnmente, que las instituciones del Estado pacten dentro de los contratos de ejecución de obras públicas, cláusulas penales y de resolución, cuando por causas circunstanciales imputables al contratista se retrase la entrega de una obra; o cláusulas de incentivo reconociendo una bonificación por el cumplimiento anticipado del contrato. Preceptúan las normas de marras lo siguiente:

"Artículo 85. Cláusulas penal y de incentivos.

Cuando por causas imputables al contratista se retrase la entrega de la obra, se aplicarán las cláusulas penales o la resolución del contrato si procede.

La entidad licitante podrá incorporar, en el pliego de cargos, el reconocimiento a favor del contratista de un incentivo o bonificación por el cumplimiento anticipado del contrato, cuando resulte ventajoso o beneficioso a la entidad licitante".

"Artículo 105. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

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 notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, la que dispondrá de un término de treinta (30) días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de ésta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.

En estos casos, el contratista se hará merecedor a las sanciones de inhabilitaciones previstas en el artículo 12 de la presente Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor".

Resulta evidente, que si la ejecución de un contrato para la realización de una obra pública es iniciada antes de la fecha formal indicada en la respectiva orden de proceder, y que todo caso responde al contenido del plazo fijado primeramente en el pliego de cargos y posteriormente en el propio contrato, es altamente probable que ésta sea finalizada antes del término previsto, haciéndose exigible por parte del contratista las bonificaciones por el cumplimiento adelantado del convenio; o la inaplicabilidad de las cláusulas penales o la resolución del contrato, cuando por causas imputables al contratante se retrase la entrega de la obra (v.g.: si la construcción de un puente peatonal fuere determinada en el plazo de una año calendario y su ejecución real iniciara dos meses antes de la fecha señalada en la orden de proceder, dicho contratista podría extender la edificación de la obra hasta por un período de catorce meses sin incurrir en incumplimiento de lo pactado).

Esto importa a la Administración ya que, como dice SAYAGUES LASO, la imposición de plazos, y consecuentemente de sanciones por el incumplimiento de estos, tiene su fundamento principal en la necesidad de asegurar el funcionamiento de los servicios para los cuales está destinada la obra (Ob. Cit., p. 107).

La Ley 56 de 1995, a pesar de llevar consigo la orientación de

hacer la gestión del Estado más eficiente y expedita, señala un marco legal mínimo dentro del cual los funcionarios públicos responsables de estas actuaciones tienen el deber de manejarse. En relación con esto transcribo el contenido de los artículos 9, numerales 1 y 2, artículo 10, artículo 16, numeral 6, de la Ley 56 de 1995; y el artículo Quinto del Decreto Ejecutivo N.º.19 de 25 de enero de 1996, "Por el cual se reglamenta el artículo 15 del Capítulo III de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, donde se establece el Principio de Transparencia dentro del Régimen de Contratación Pública", que dicen:

"Artículo 9. Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de la entidades contratantes:

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

2. Exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato. Igual exigencia podrá formular al garante de la obligación.

....".

"Artículo 10. Derechos y Obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo 8, será la obligación de las entidades contratantes, obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la Ley, su reglamento y su pliego de cargo".

"Artículo 16. Principio de transparencia.

En cumplimiento de éste principio, se observarán las siguientes reglas:

....

6. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencia exclusivamente para los fines previstos en la Ley; Igualmente, le será prohibido eludir procedimientos de selección de contratistas y los demás requisitos

previstos en la presente Ley".

"Artículo Quinto. Las autoridades no actuarán con discreción o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la Ley; e igualmente, le será prohibido eludir el procedimiento de selección de contratistas y demás requisitos previstos en la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995".

Para concluir, este Despacho considera que sí surgen obligaciones y responsabilidades para el Estado, y para las personas naturales que lo representen en dichas actuaciones, al autorizar el inicio de la ejecución del contrato de obra pública no refrendado por el Contralor General de la República y al cual, en consecuencia, no se le ha podido expedir la respectiva orden de proceder, pues es esta orden la que señala con certeza la fecha de iniciación de la ejecución del contrato y, por tanto, la de del comienzo de los plazos contenidos en la contratación celebrada. Confirma nuestro aserto, lo previsto en el artículo 18, numerales 2, 4 y 5, de la Ley 56 de 1995, cuando al integrar el contenido del Principio de responsabilidad, dice lo siguiente:

"Artículo 18. Principio de responsabilidad.
Los servidores públicos velarán por el cumplimiento de los siguientes puntos:

...

2. Los servidores públicos 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.

...

4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán regidas por conductas ajustadas al ordenamiento jurídico, y son responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

5. La responsabilidad por la dirección y manejo del proceso de selección y la actividad contractual, será del jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarla en otras personas, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le

corresponden, al Ministerio de Hacienda y Tesoro" (el subrayado es nuestro).

Luego de lo expuesto, esta Procuraduría estima que el Ministerio a su cargo debe coordinar con la Contraloría General de la República, a fin que esta última entre a agilizar el respectivo refrendo de los actos de contratación pública. Tal medida sin lugar a dudas favorecería tanto a la administración pública, a los contratistas y a la sociedad.

En referencia a su preocupación por los retrasos que pudieran ocurrir en estas obras por causas no imputables al contratista (v.g. lluvias, tormenta y demás fenómenos metereológicos), tenemos que el artículo 84 de la Ley 56 de 1995 a la letra reza lo siguiente:

"Artículo 84. Concesión de prórroga

Los retrasos que fueren producidos por ~~causas no imputables al contratista, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un período no menor al retraso.~~

Sin perjuicio de lo establecido, las prórrogas modificarán, proporcionalmente, los términos establecidos y se documentarán como adiciones o adendas al contrato originalmente suscrito".

En espera de que esta respuesta sea satisfactoria de sus inquietudes y con muestras de nuestros respetos, me suscribo de usted,

Atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fle
Procuradora de la Administración

AMdeF/23/hf.