

Panamá, 13 de octubre de 1999.

Profesor
RAFAEL RUILOBA CAPARROSO
Director General del Instituto Nacional de Cultura
E. S. D.

Señor Director:

Dando cumplimiento a las funciones que nos señala la Ley como asesores jurídicos de los funcionarios públicos administrativos, ofrecemos respuesta a consulta que tuvo a bien formularme a través de Nota D.G.-2531/99 fechada 1 de octubre de 1999, la que específicamente dice:

¿Si un contrato suscrito entre en (sic) el Instituto Nacional de Cultura y una organización sin fines de lucro, se establece en una de las cláusulas que se ha consignado una fianza de cumplimiento (Póliza de Seguro), y no hay evidencias de la existencia de dicha Póliza de Seguro.

¿ Puede el Instituto Nacional de Cultura rescindir el referido contrato por incumplimiento de cláusula pactada?¿.

Previo al criterio que gustosamente le ofreceremos, haremos algunos comentarios en relación con las formalidades que conlleva la conformación de los Patronatos, en virtud de estar vinculado un Patronato en el presente caso.

Doctrinalmente, puede entenderse por Patronato. Consejo formado por varias personas, que ejercen funciones rectoras, asesoras o de vigilancia en una fundación, en un instituto benéfico o docente, etc, para que cumpla debidamente sus fines. (Cf. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Pág. 991.)

En nuestro Derecho Positivo, los Patronatos son organismos autónomos, de carácter benéficos en su mayoría, en el que se adscriben fondos públicos y privados para fines específicos del ente de que dependen. Adicionalmente, podemos agregar que los Patronatos son fundaciones de interés público reconocidos por la Legislación Nacional en el Artículo 64 del Código Civil.

Estos organismos autónomos deben ser creados formalmente a través de una Ley, en la que se determinará de manera específica entre otras cosas, sus fines y objetivos; las funciones que hayan de tener a su cargo; su competencia; las bases generales de su organización; sus órganos colegiados y designación de las personas que han de regirlos. El objetivo primordial de los Patronatos es la de mejorar y promover algunos servicios que el Estado está obligado a prestar a la sociedad.

En cuanto a su competencia, sólo pueden desarrollar las actividades que estén estrechamente ligadas a los fines específicos para los que fueron creados, de lo que se desprende que no pueden realizar funciones que no les estén expresamente asignadas en sus disposiciones fundacionales, ni dedicar sus fondos a finalidades distintas de las que constituyen el objeto que los mismos tengan asignado por dichas disposiciones.

En el presente caso, no se nos ha adjuntado la Ley a través de la cual se crea el Patronato del Museo Antropológico Reina Torres de Araúz, por lo que no podemos hacer mayores referencias al mismo.

De otro lado, respecto de la formalización de los Contratos Públicos, debemos indicar que en estos deben contemplarse varios aspectos. En primer lugar, las contrataciones que efectúe el Estado deben ceñirse por mandamiento expreso de la Ley a lo dispuesto en la Ley 56 de 1995, y lo que no esté dispuesto en dicha Ley, se aplicarán las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.

En todo acto de contratación pública el o los proponentes deberán presentar, conjuntamente con su oferta, una fianza de propuesta, con la finalidad de garantizar la firma del contrato y el mantenimiento de su oferta. (Cfr. Artículo 107 de la Ley 56 de 1995, tal como quedó modificado por la Ley No. 56 de 1996, artículo 9.)

En este orden, la Ley dispone que las fianzas deben constituirse en efectivo, en títulos de crédito del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros, o mediante garantías bancarias o en cheques librados o certificados, pero lo importante para contratar es que la fianza sea presentada en el momento de optar por la obra y no posteriormente, dado que la propia norma establece lo pertinente.

En el caso que Usted nos presenta, según nos explica no existe evidencia administrativa en la Institución sobre la presentación efectiva de la fianza de cumplimiento tal como señala la Ley, sin embargo, en el Contrato No.001-99 de 10 de agosto de 1999, la Cláusula Vigésima afirma que: ¿El ESTADO declara que el PATRONATO presentó Póliza de Seguro, que cubre robo, incendio, responsabilidad civil y daños por terceros que representa el cien por ciento (100%) del valor total de las piezas inventariadas en poder del PATRONATO.¿ Pero, al no existir documentación en relación con dicha Póliza que acredite fehacientemente el aval de lo contratado, a nuestro juicio todo lo actuado estaría viciado, toda vez que la Ley ha sido clara al precisar: ¿Los proponentes en un acto de contratación pública deberán presentar, conjuntamente con su oferta, una fianza de propuesta, a fin de garantizar la firma del contrato...¿. De lo que se desprende que la presentación de la fianza es un requisito SINE QUA NON para participar en el acto de contratación por lo que al faltar ésta no se está cumpliendo con lo señalado por la Ley de Contratación Pública.

En el caso bajo análisis la Ley nos habla de Resolución del Contrato y la entidad consultante nos habla de rescindir el contrato, términos que para mayor ilustración, hemos considerado distinguir. En cuanto a la RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS, el jurista CABANELLAS nos expone: ¿Acto jurídico que deja sin efectos un contrato válidamente concertado. Para Sagués: la reducción a la nada de un contrato válido.¿ En tanto que, de la RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS nos dice: ¿Facultad de dejarlos sin efecto, en virtud de precepto legal que a ello autoriza, o según cláusula estipulada por las partes.¿ (Cf. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág.188 y 177 respectivamente).

De las anteriores definiciones podemos extraer que ambas figuras son plenamente confiables para dar por terminado un contrato ya refrendado, por causas justificadas.

Respecto, de la Resolución del Contrato, el artículo 104 de la Ley de Contratación Pública, establece:

¿ARTÍCULO 104. Resolución administrativa del contrato.

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

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.
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.
3. La quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse éste en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.
4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.
5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

PARAGRÁFO. Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a éste por ministerio de esta Ley, aún cuando no se hubiesen incluido expresamente en el contrato.

En este mismo sentido el artículo 105 de la Ley 56 se refiere a la Resolución del contrato por incumplimiento del contratista, indicando entre otras cosas que tal decisión se hará por medio de acto administrativo debidamente motivado. El artículo 106 señala taxativamente, el procedimiento a seguir en estos casos.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 9 de julio de 1998, manifestó:

¿Como puede apreciarse, el punto medular de este negocio consiste en determinar si el Gerente General del Banco Hipotecario Nacional cumplió el procedimiento que establece el artículo 68-A del Código Fiscal, adicionado por el artículo 22 de la Ley No.31 del 30 de diciembre de 1994 (sobre contratación pública), para resolver administrativamente un contrato, en este caso, el Contrato de Arrendamiento No.53-94, del 24 de junio de 1994. El precepto citado enumera las reglas que debe cumplir la entidad pública respectiva para declarar resuelto administrativamente un contrato, a saber:

1. Deben realizarse las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos y comprobar si se ha incurrido en una causal de resolución administrativa del contrato (num.1);
2. Cuando sea factible, la entidad contratante puede otorgar un plazo al contratista para que corrija los hechos que determinaron el inicio de las investigaciones (num.1);
3. Si la entidad pública considera necesario resolver el contrato, debe notificar personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de esta decisión y concediéndole un plazo de cinco (5) días hábiles para que conteste y aporte las pruebas que estime pertinentes (num.2);

4. Recibida la contestación, el funcionario debe resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de las partes, o de la exoneración de responsabilidad si fuere el caso y de las normas legales infringidas (num.3);

5. Esta resolución, que debe estar debidamente motivada y notificarse (sic) personalmente al afectado, admite recurso de reconsideración, con el cual queda agotada la vía gubernativa, para recurrir a la vía contencioso-administrativa (nums. 3,4 y 5).

Cabe agregar, que el procedimiento anotado está dirigido a comprobar si se dio alguno de los hechos enumerados en el artículo 68 del Código Fiscal o en el propio contrato que dan lugar a la resolución administrativa de dicho contrato o la corrección de tales hechos, cuando ello fuere factible.¿ (Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativa. SENTENCIA de 9 de julio de 1998, Reg. Jud. Julio 1998. Págs.433-434)

Hemos estimado conveniente insertar lo medular de este Fallo para incorporar lo externado por nuestro máximo organismo de Justicia en relación con el tema examinado, no obstante, es importante advertir, que en el Fallo transcrito cuando se hace referencia al artículo 68-A del Código Fiscal, realmente debe aludirse al artículo 106 de la Ley 56 de 1995 sobre la Contratación Pública, ya que ésta modificó el artículo citado.

Todo lo expuesto nos dirige a indicarle que tal y como han sido presentados los hechos, el Instituto Nacional de Cultura sí puede rescindir el contrato en cuestión con fundamento en el artículo 104, numeral 1 de la Ley 56 de 1995, que expresamente consagra el incumplimiento de las cláusulas pactadas como causal de resolución administrativa de los contratos de carácter administrativo.

En estos términos dejo plasmado el criterio solicitado, me suscribo, con mis respetos de siempre, atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/cch.