

Panamá, 27 de enero de 2004.

Su Excelencia
Dr. Fernando Gracia García
Ministro de Salud
E. S. D.

Señor Ministro:

Tenemos a bien contestar su nota 3530/DAL del 5 de diciembre de 2003 en la cual nos consulta específicamente lo siguiente:

“¿Tiene o no derecho el señor Oscar Osorio a que se le cancelen los salarios correspondientes a seis meses de trabajo que prestó de manera efectiva, tomando en consideración que el contrato no cumplió con todas las formalidades, ya que sólo fue firmado por el consultor y el Estado, y falta el refrendo de la Contraloría General de la República?”

Como cuestión previa, consideramos relevante para el tema que nos ocupa revisar lo que dispone la doctrina en relación con la clasificación de los contratos y así establecer el tipo de contratación al que se refiere en su consulta, y analizar lo que dispone la Ley 32 de 1984 y la Ley 56 de 1995, en torno a este tipo de contratación y los requisitos establecidos para la validez de los mismos, y el concepto de derechos adquiridos. Revisaremos lo dispuesto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en fallos relacionados al tema de su consulta y los criterios emitidos por la Procuraduría de la Administración, en torno al Refrendo de la Contraloría General en los contratos que celebre el Estado con los particulares.

Basándonos en la teoría general del negocio jurídico, el contrato podemos definirlo como un negocio jurídico bilateral creador de obligaciones. Entendiendo que el negocio jurídico es una o varias declaraciones de voluntad encaminadas expresamente a producir consecuencias jurídicas. Existen diversas posturas en torno al por qué un contrato obliga, en esta oportunidad citamos la siguiente:

“la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en las exigencias de la vida y como un imperativo para la seguridad y el orden.”

De acuerdo a Valencia Zea y Ortiz Monsalve, los contratos se clasifican en:

“bilaterales y unilaterales; a título oneroso y a título gratuito; conmutativos y aleatorios; libre discusión y adhesión; ejecución instantánea y ejecución sucesiva; nominados o innominados; contratos solemnes y consensuales.”

Los referidos autores definen los contratos solemnes y consensuales como sigue:

“el contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ella no se produce ningún efecto...” (el subrayado es nuestro)

Se extrae de lo anterior que el contrato es solemne cuando por la ley se requiere del cumplimiento de formalidades para su perfeccionamiento, lo que se conoce como “ad substantiam actus”. Entonces, para la formación de un contrato de este tipo no solo es necesario la aceptación y manifestación de voluntad de ambas partes, es indispensable para su perfeccionamiento, que se cumpla con la solemnidad que se establezca en la ley.

Otro aspecto importante al analizar la formación de un contrato son los presupuestos de validez de los mismos, estos deben existir como factores previos para que nazcan los contratos. Entre estos supuestos tenemos la capacidad: el análisis de la capacidad de una persona con quien se va a contratar debe ser previo a todo contrato, pues de éste dependerá que no se incurran en nulidades insubsanables. La capacidad legal es la capacidad de obrar o de ejercicio de una persona para contratar, consiste en poder obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

En materia de contrataciones en las cuales el Estado sea parte, la ley aplicable es la Ley 56 de 1995 de Contratación Pública, y se aplicara de forma supletoria las normas de derecho civil y comercial.

La Ley 56 de 1995 define Contrato de Prestación de Servicios, como sigue:

“El que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades de consultoría, prestación de servicios personales de especialistas o de obras de arte”.

El artículo 73 de la referida Ley, norma la facultad o capacidad de contratación pública, como sigue:

“La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad publica correspondiente por parte del Estado, de acuerdo al modelo del contrato incluido en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes.

Los contratos serán refrendados por el Contralor General de la Republica.....”

De lo anteriormente expuesto se desprende, que la Contratación de los Servicios del señor Oscar Osorio como Consultor para la ejecución del préstamo 4375-PAN, negociado con el Banco Mundial a través del Contrato No2-069 de 15 de mayo de 2000, es un contrato de prestación de servicios, en el cual una parte es el Estado y otra un particular. Para que este contrato tenga validez y vinculen a ambas partes, deben ceñirse a la regulación de derecho público debido al interés público involucrado y la calidad de la administración como contratante. En consecuencia, e interpretando lo que dispone el artículo 73 de la Ley 56 de 1995, el referido contrato debe estar firmado por el ministro o representante legal de la entidad pública facultado para contratar en nombre del Estado, y como continúa disponiendo la norma, éstos deben ser refrendados por el Contralor General de la República. Observemos que en el artículo 73 de la Ley 56 de 1995, se conjugan ambas hechos: la capacidad o facultad legal del que firma y el refrendo respectivo del Contralor, como formalidad indispensable.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 32 de 1984, en su artículo 48, faculta a esta entidad, como sigue:

“La contraloría refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios. Esta función puede no ser ejercida en aquellos casos en que la ley, por razones justificadas, la considere innecesario, lo cual debe declararse en resolución motivada del Contralor o Sub Contralor General de la República.”

La Sala Tercera en fallo emitido el 9 de marzo de 2001, en Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción: (Consultorías, Investigaciones y Comunicaciones, S.A. vs Proyecto de Desarrollo Educativo del BID/Ministerio de Educación)

“No debe perderse de vista que los contratos que celebre el Estado con particulares se rigen por la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 y de conformidad al artículo 69 de la mencionada ley, estos contratos serán supletoriamente regidos por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública. La Ley 56 de 1995, claramente contempla lo referente al perfeccionamiento de los contratos de esa naturaleza, y entre otros aspectos formales el artículo 73 de la mencionada Ley prevé que deberán ser refrendados por el Contralor General de la República...

Como antes se indicó el Contrato N°C-24-99 se ajustó a las formalidades previstas en la Ley, mas ello no sucede con la Addenda N°1 del contrato, en cuya Cláusula Quinta claramente contempla que "esta Addenda comenzará a regir a partir de su refrendo", y constancia de ello no se aprecia en el expediente. A juicio de la Sala, el acto contenido en el Resuelto N°947 de 1999, tal como lo plantea la Procuradora de la Administración, por sí sólo no tiene

validez jurídica, pues, de su contenido claramente se infiere que lo allí resuelto se fundamenta en la mencionada Addenda N°1, que no surgió a la vida jurídica al no contar con el debido refrendo de la Contraloría General, por lo tanto, no surgen derechos u obligaciones o una vinculación jurídica entre las partes que suscribieron en este caso la Addenda N°1, pues, no existió el concurso de todos los requisitos establecidos en la Ley para la formalización de los contratos, para posteriormente adicionarla al contrato principal.” (el subrayado es nuestro)

Sobre el tema objeto de su consulta, la Procuradora de la Administración se pronunció a través de la Vista fiscal No200 de 8 de mayo de 2000, en los siguientes términos:

“de conformidad a lo previsto en el artículo 73 de la Ley 56 de 1995, los contratos públicos que celebren las entidades públicas se perfeccionarán con el Refrendo del Contralor General de la República, de manera que si no cuenta con las firmas correspondientes, éste no ha surgido a la vida jurídica por lo que carece de validez legal.”

En su consulta nos pregunta expresamente sobre si tiene o no derecho el señor Osorio a los salarios correspondientes al tiempo que prestó servicios bajo el Contrato No2-069 del 15 de mayo de 2000. Interpretamos que nos pregunta sobre el “derecho adquirido” a ser remunerado o que le sean pagados los dineros por servicios prestados en virtud del contrato previamente citado.

El derecho adquirido es aquel que por razón de la misma ley se encuentra irrevocable y definitivamente incorporado al patrimonio de una persona.

Fiore define derecho adquirido como:

“el derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse integralmente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no ha sido consumado enteramente antes de haber comenzado a entrar en vigor la ley nueva.” (el subrayado es nuestro)

Reconocemos que los contratos jurídicamente constituidos son ley entre las partes, pero para que los contratos lleguen a tener vida jurídica deben cumplir con las formalidades que exige el derecho positivo. Como hemos expuesto previamente, para que los contratos solemnes se perfeccionen, es necesario además de la voluntad de las partes, también los requisitos que dispone la ley. Por lo tanto, y en el caso que nos ocupa, en materia de contratación pública de servicios, para que el Contrato No2-069 de 15 de mayo de 2000 tenga validez, vincule al Estado y al señor Oscar Osorio, le genere derechos y obligaciones es necesario que nazca jurídicamente y para esto es indispensable su perfeccionamiento a través del Refrendo de la Contraloría General de la República. Dicho esto, si el contrato no llega a conformarse jurídicamente, no nacen derechos ni obligaciones para ninguna de las partes.

Concluido nuestro análisis, procedemos a absolver su consulta como sigue:

1. El contrato 2-069 de 15 de mayo de 2000 mediante el cual el Estado a través del Ministerio de Salud contrata los servicios de consultoría para la Gerencia General del Proyecto Piloto de Reforma de la Red Pública de los Servicios de Salud en la República de Panamá, del 1 de febrero al 31 de diciembre de 2000, se rige bajo la Ley 56 de 1995 y de no estar refrendados por el Contralor General de la República, se está incumpliendo con las formalidades requeridas para su perfeccionamiento.
2. Si el contrato 2-069 no se perfeccionó, consideramos no se genera derechos ni obligaciones para ninguna de las partes, en este caso el Estado y el señor Oscar Osorio. En consecuencia, no procede el pago de dineros en concepto de servicios prestados con base al contrato de servicios en mención.

El derecho adquirido por la efectiva prestación de servicios no nace toda vez que el contrato en sí no se perfecciona.

Esperando haber podido asistirle en su consulta, le reitero nuestra disposición de ofrecerle cualquier otra información o ampliación adicional.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/go/hf.