

Panamá, 16 de mayo de 2001.

Su Excelencia

VICTOR N. JULIAO GELONCH

Ministro de Obras Públicas

E. S. D.

Señor Ministro:

Acusamos recibo de su Nota N°DM-286 de fecha 10 de abril de 2001, mediante la cual solicita nuestra opinión sobre la interpretación que se le debe dar a la frase "...**compensación por los gastos incurridos**...", contemplada en el artículo 48 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, que regula la Contratación Pública en nuestro país.

Aun cuando las consultas sobre los procedimientos de selección de contratista o de la contratación pública, son de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 7 de la Ley 56 de 1995, entraremos en el fondo de su Consulta en virtud de la facultad legal que nos confiere la Ley N°38 de 2000, de servir de consejera jurídica de los servidores públicos administrativos.

Antecedentes:

Señala Usted, que en el año 1998 el Ministerio de Obras Públicas efectuó un acto público, emitiéndose la Resolución de adjudicación y su notificación respectiva. No obstante, el contrato no se llegó a perfeccionar debido a la ausencia del refrendo del Contralor General de la

República, por razón de la falta de fondos para sufragar el valor de la obra.

Nuestra Opinión:

Consideramos de interés transcribir el artículo 48, contentivo de la frase objeto de la Consulta.

Veamos:

"Artículo 48. Facultad de entidad licitante.

La entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses.

La facultad de rechazo podrá ejercerse, siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a **recibir compensación por los gastos incurridos**, si la entidad licitante decidiese ejercer la **facultad de rechazo** dispuesta en el presente artículo, **después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.**

A su vez, la entidad licitante podrá ejecutar la fianza de propuesta, de darse incumplimiento por parte del adjudicatario." (las negritas son nuestras)

El artículo citado contempla la facultad de rechazo de las propuestas y el momento en que puede hacer uso de la misma.

Se colige de dicha norma, que la entidad licitante puede hacer uso libremente de la facultad de rechazo, sin ninguna contraprestación, siempre y cuando no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista.

Sin embargo, si la entidad licitante decide ejercer la facultad de rechazo, luego de encontrarse ejecutoriada la Resolución que adjudica el acto público respectivo, deberá compensar al adjudicatario de los gastos incurridos por razón de la participación en dicho proceso de selección de contratista.

Vemos pues, como la adjudicación en firme es la que genera el derecho al adjudicatario para ser resarcido de los gastos en que hubiese incurrido como participante del proceso de selección de contratista.

La Adjudicación, según la Ley 56 de 1995, es el acto por el cual la entidad licitante determina, reconoce, declara y acepta, sobre la base de la ley, reglamentos y el pliego de cargos, la propuesta más ventajosa a los intereses del Estado, poniendo fin al procedimiento precontractual.

La resolución de adjudicación debidamente ejecutoriada, según el tratadista Roberto Dromi¹, produce consecuencias jurídicas tales como el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; el deber jurídico de contratar el objeto licitado con el adjudicatario, que se traduce en el

¹ Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999. Págs. 438-439

impedimento de contratar con cualquier otro que no sea aquél; el mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones como ley del contrato a celebrar; derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios por desistimiento del licitante antes de la perfección del contrato o su rescisión ulterior por culpa de éste, entre otros.

En el Derecho Comparado, observamos, que el desistimiento del Contrato por parte de la Administración, antes de perfeccionarse el Contrato o en la ejecución del mismo, genera para el adjudicatario el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios. Sin embargo, nuestra legislación contempla únicamente la compensación de los gastos incurridos, cuando la Resolución de Adjudicación se encuentre ejecutoriada.

Tal como lo contempla nuestra legislación, con la adjudicación ejecutoriada se culmina una fase del procedimiento de selección de contratista y es la fase precontractual, ya que la consecuencia inmediata de la adjudicación es la confección del contrato respectivo y su formalización, tal como lo dispone el artículo 68 de la Ley N°56 de 1995, subrogado por el artículo 12 del Decreto Ley N°7 de 2 de julio de 1997.

Asimismo, el Decreto Ejecutivo N°18 de 25 de enero de 1996, reglamentario de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, con relación al perfeccionamiento de la adjudicación en los artículos 53 y 54, establece lo siguiente:

"Artículo 53. La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas.

Artículo 54. Cuando el **monto exceda la suma de QUINIENTOS MIL**

BALBOAS (B/.500,000.00), los contratos serán **refrendados** por el **Contralor General de la República** o el funcionario en quien este delegue y requerirán el concepto favorable previo del Consejo de Gabinete o cualquier otro organismo o autoridad que el mismo designe. La adjudicación de la licitación no se considerará perfeccionada hasta que tales autorizaciones se hayan obtenido. Los contratos cuyo monto exceda la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.250,000.00) deberán publicarse en la Gaceta Oficial, dentro de la mayor brevedad posible."

Por ende, debemos entender que cuando la ley hace alusión a que la adjudicación se perfecciona con la obtención de las autorizaciones o aprobaciones requeridas, se hace referencia al perfeccionamiento del contrato, el cual surtirá efectos una vez obtenidas las autorizaciones o aprobaciones respectivas.

Sin embargo, como bien Usted señala, el perfeccionamiento del Contrato no se concretó por la falta del refrendo del señor Contralor General de la República por falta de fondos para sufragar el costo de la obra. En consecuencia, al adjudicatario sólo le corresponde el pago o compensación de los gastos en que hubiese incurrido como concurrente al proceso de selección de contratista, ya que así lo establece la Ley. En esta fase no le corresponde el pago del lucro cesante como lo solicita el adjudicatario, pues el mismo es propio de los procesos indemnizatorios, como bien lo señala Usted en su Nota.

La indemnización es el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o extracontractuales, que se resuelve por el resarcimiento económico.

Por lucro cesante se entiende "...lo que una persona deja de ganar, o ganancia de lo que se ve privada, por el incumplimiento de la obligación que incumbe al deudor."²

Como ya lo hemos señalado, las obligaciones nacen del Contrato y como el mismo no se encontraba perfeccionado, no puede entenderse que la compensación es sinónimo de indemnización, porque desvirtuaríamos el sentido de la Ley, el cual es claro y hace la distinción entre las dos fases del proceso de selección de contratista, el precontractual y el contractual.

La Ley de Contratación Pública sí prevé la indemnización por daños y perjuicios al contratista, pero sólo cuando por circunstancias de interés público, la Administración unilateralmente dé por terminado el Contrato, es decir, cuando éste se encuentre en ejecución, pero no antes.

De esta forma concluimos nuestra opinión, con la esperanza de poder despejar sus inquietudes en relación a tan importante tema, me suscribo,

Atentamente,

Original en el expediente de la Contratación Pública
Número de expediente: 12/2012

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/12/cch.

² Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 21ª. Edición Actualizada. Pág. 582