

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1445

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 5 de diciembre de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

El Licenciado Víctor Hugo Rodríguez, actuando en nombre y representación del **Ministerio de Educación**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Contrato N°SERV-03-2018 celebrado el 26 de marzo de 2018, entre el **Ministerio de Educación y la empresa Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A.**

**Concepto de la Procuraduría
De la Administración.**

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso
Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado Víctor Hugo Rodríguez, actuando en nombre y representación del **Ministerio de Educación**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Contrato N°SERV-03-2018 celebrado el 26 de marzo de 2018, entre el Ministerio de Educación y la empresa Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., cuyo objeto es la prestación del servicio de “SUPERVISIÓN INTEGRAL, INSPECCIÓN DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD Y CONTROL DE OBRA DE TODOS LOS TRABAJOS RELACIONADOS CON EL ACTO PÚBLICO N°2017-0-07-0-12-AV-029150, PARA EL PROYECTO DISEÑO, DESARROLLO DE PLANOS Y CONSTRUCCIÓN DE:
(18) AULAS TEÓRICAS; (1) AULA DE APOYO; (2) MÓDULOS DE

DORMITORIO DE 6 HABITACIONES; (1) LABORATORIO DE INFORMÁTICA; (1) LABORATORIO DE CIENCIAS; (1) SALÓN DE PROFESOR; (1) DIRECCIÓN; (1) BIBLIOTECA; (1) MÓDULO DE SERVICIO SANITARIO TIPO II; (1) ASTA DE LA BANDERA; (1) MONUMENTO; (1) PLAZA CÍVICA; (3) MÓDULOS DE LETRINAS TIPO I; CONEXIÓN Y SUMINISTRO DE TUBERÍAS DE AGUAS RESIDUALES Y AGUAS PARA CONSUMO; (2) TANQUES DE AGUA CON SU ESTRUCTURA DE ACERO; LIMPIEZA DE TANQUE SÉPTICO EXISTENTE Y SISTEMA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES; (2) TANQUES SÉPTICOS; SISTEMA FOTOVOLTAICO; ROTULADO DE PLANTEL Y SISTEMA DE ALARMA CONTRA INCENDIO Y SEÑALIZACIÓN, DEL C.E.B.G. PEÑA PRIETA, UBICADO EN EL DISTRITO DE MUNÁ, CORREGIMIENTO DE MARACA, REGIÓN DE KODRINI, COMARCA.” (Cfr. fojas 2, 3 y 11 del expediente judicial).

I. Disposiciones legales que se aducen infringidas.

El apoderado judicial del Ministerio de Educación manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las disposiciones que se enlistan a continuación:

A. El demandante adujo como infringidos algunos artículos de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública; no obstante, los artículos citados no corresponden a aquellos del Texto Único de la ley en cuestión, conforme fue ordenado por la Ley 61 de 2017, vigente al momento que se dieron los hechos, por lo tanto los citaremos de la forma siguiente:

A.1. El artículo 16, posteriormente modificado por el artículo 10 de la Ley 61 de 2017 y ordenado por el Texto Único de la Ley 22 de 2006 (actualmente artículo 19), que enlista dentro del grupo de personas naturales o jurídica incapacitadas legalmente para contratar con el Estado, a aquellas se encuentren inhabilitadas, mientras dure la inhabilitación (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial);

A.2. El artículo 118, posteriormente modificado por el artículo 83 de la Ley 61 de 2017 y ordenado por el Texto Único de la Ley 22 de 2006 (Actualmente artículo 134), mediante el cual se indica que “Los contratistas inhabilitados no podrán participar en ningún procedimiento de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación.

La inhabilitación será efectiva a partir de su registro en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ‘PanamáCompra’. La inhabilitación tendrá efectos para los actos y contratos que no hayan sido perfeccionados” (Cfr. foja 8 del expediente judicial);

A.3. El artículo 140, posteriormente Ordenado por el Texto Único de la Ley 22 de 2006 (actualmente artículo 160), referente a las causales de nulidad absoluta de los contratos, dentro de las cuales se encuentra, entre otros casos, cuando estos sean celebrados por personas inhabilitadas para contratar en los casos determinados por dicha Ley (Cfr. fojas 7 y 8); y

B. El artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, “Por la cual se adopta la ley de la Contraloría General de la República”, mediante el cual se señala el trámite que debe surtir en aquellos casos en los que la Contraloría General de la República, en uso de sus facultades, impruebe una orden de pago contra el tesoro público. (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

III. Criterio del Demandante.

Al sustentar el concepto de la violación de las disposiciones legales descritas en el epígrafe precedente, el apoderado judicial del Ministerio de Educación, en lo medular, indica que el 26 de marzo de 2018, la institución que representa y la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., suscribieron el Contrato N°SERV-03-2018, antes aludido, por lo que mediante Nota DM-DNAL-658-2018, de 26 de marzo

de 2018, el Ministerio de Educación lo remite a la Contraloría General de la República para su consideración y refrendo (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Así mismo, señala que el Ministerio de Gobierno a través de la Resolución N°030-R-018 de 19 de abril de 2018, publicada el 20 de abril de 2018 en el Sistema Electrónico de Panamacompra, decidió inhabilitar a la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., por el término de un (1) año y seis (6) meses, razón por la cual, una vez ejecutoriada dicha resolución, la Dirección General de Contrataciones Públicas procedió a incluirla en el Registro de Contratistas Inhabilitados, con un período de inhabilitación que abarca desde el 11 de mayo de 2018, al 11 de noviembre de 2019 (Cfr. fojas 5 y 6 del expediente judicial)

Finalmente, manifiesta que, pese a la existencia de un inhabilitación previa en contra de la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., la Contraloría General de la República, en fecha posterior a dicha inhabilitación, es decir, el 18 de mayo de 2018, realizó el refrendo del contrato N°SERV-03-2018, situación que a su juicio conlleva la nulidad del contrato, de acuerdo a las disposiciones contenidas en los artículos 16, 118 y 140 de la Ley 22 de 2006¹ y sus respectivas modificaciones, y el artículo 77 de la Ley 32 de 1984 (Cfr. fojas 6 a 9 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

De una atenta lectura del expediente en estudio, se hace palpable que la controversia que ha dado lugar al presente proceso, se originó debido al refrendo de la Contraloría General de la República, realizado el 18 de mayo de 2019, del Contrato N°SERV-03-2018 celebrado el 26 de marzo de 2018, entre el Ministerio de Educación y la empresa Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., puesto que, posterior a su fecha de suscripción y antes de la fecha de refrendo por parte de esa entidad, la empresa contratista, Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., mediante la Resolución

¹ Es importante aclarar que dichas normativas fueron ordenadas y/o modificadas por la Ley 61 de 2017 y el Texto Único de la Ley 22 de 2006, conforme fue señalado por nosotros en el apartado correspondiente a "Disposiciones legales que se aducen infringidas."

N°030-R-018 de 19 de abril de 2018, proferida por el Ministerio de Gobierno y publicada el 20 de abril de 2018 en el Sistema Electrónico de Panamacompra, había sido inhabilitada de contratar con el Estado por el Término de un 1 año y seis (6) meses, comprendidos desde el 11 de mayo de 2018, al 11 de noviembre de 2019, por lo tanto, al momento de ser refrendado el contrato la precitada sociedad se encontraba inhabilitada (Cfr. fojas 19 a 21 del expediente judicial).

Así las cosas, tenemos que en base a lo manifestado en la demanda, **el problema jurídico planteado, va encaminado a determinar si deviene en la nulidad del Contrato N°SERV-03-2018, el hecho que la Contraloría General de la República lo haya refrendado en una fecha en que la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado.**

Sobre este punto, este Despacho considera oportuno iniciar su análisis anotando que con base en el artículo 280 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República ejerce una autoridad fiscalizadora en materia patrimonial con el propósito de proteger los intereses públicos, para lo cual le está asignada la función de fiscalizar, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley.

En este marco, se hace necesario señalar que la aprobación de la Contraloría General de la República ante un acto de manejo de fondo, se da a través del refrendo, que no es más que, como acabamos de mencionar, una actuación administrativa de aprobación, realizada por el Contralor General, dentro del contexto de su rol de fiscalización de la hacienda pública, cuyo objeto es la verificación que el acto a refrendar cumpla con las directrices establecidas en la Ley.

Ello encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, que señala los

parámetros de verificación que deben realizarse previo al refrendo, de la siguiente manera:

“Artículo 74.

Toda orden de pago que se emita con cargo al Tesoro Nacional o contra cualquier otro tesoro público deberá ser sometida al refrendo de la Contraloría General, sin cuyo requisito no podrá ser pagada. A tal efecto, la Contraloría verificará:

- a) Que ha sido emitida de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia;
- b) Que está debidamente imputada al presupuesto;
- c) Que la partida presupuestaria respectiva tiene saldo disponible para cubrir la erogación;
- ch) Que ha sido emitida para pagar bienes recibidos o servicios efectivamente prestados, salvo las excepciones establecidas en la ley; y,
- d) Que el beneficiario de la orden es titular efectivo del crédito.”

La importancia del refrendo del acto público por parte del Contralor General de la República ha sido objeto de estudio por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia de 31 de agosto de 2017, sobre el tema, indicó:

“...debe considerarse el refrendo del contralor como una aprobación al pago solicitado, para que el acto administrativo de contratación o compra en firme pueda tener eficacia, o en otras palabras para que pueda ejecutarse. Así las cosas, los actos administrativos que requieran el refrendo, no surgen a la vida jurídica, es decir, no producen efectos ni obligaciones que le son propios, hasta tanto no hayan sido refrendados por la Contraloría General de la República.

En cuanto a los parámetros de verificación que el Contralor General de la República debe realizar para proceder a realizar el refrendo, nos señala el artículo 74 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, que deben ser apreciados los siguientes aspectos...” (El resaltado es nuestro).

Así mismo, es importante destacar que conforme lo dispone el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, **la Contraloría General de la República tiene el**

deber, cuando la Ley así lo determine, de improbar toda orden de pago contra un tesoro público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público.

Por otra parte, debemos anotar que **las normas de contratación pública establecen reglas que procuran el prevailecimiento del interés público sobre el interés privado**, y es que se ha dicho que a través de las contrataciones públicas “el Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política, entendiéndose que los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.”²

Es por ello que las contrataciones públicas poseen una naturaleza especial, pues la competencia de la Administración y sus agentes para suscribir contratos y perfeccionar dichos actos administrativos, no se regulan directamente por la Ley Civil, sino por las normas administrativas que prescriben los requisitos y solemnidades especiales exigibles a dichos contratos. De ahí que el artículo 84 del Texto Único la Ley 22 de 27 de junio de 2006, “Que regula la Contratación Pública”, establezca que los contratos públicos que celebren las entidades estatales deban regirse, en primer lugar, por las disposiciones de dicha Ley y sus disposiciones complementarias.

En este orden de ideas, tenemos que el **artículo 87 de la referida Ley** señala que **“Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista”**.

Es importante destacar que **los contratos públicos constituyen actos administrativos complejos que deben contar con las autorizaciones necesarias para surgir a la vida jurídica**, pues no sólo requieren el consentimiento y la firma de las

² MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Teórico y Práctico. Tercera Edición. Grupo editorial LEYER. Bogotá Colombia 2001. Pág. 71.

partes, como ocurre en los contratos civiles, sino que **por mandato expreso de la ley, necesitan del refrendo de la Contraloría General de la República para considerarse perfeccionados y puedan generar derechos y obligaciones para las partes.**

Para mayor alcance de lo planteado en el párrafo anterior, resulta conveniente indicar que **Sala Tercera se ha referido en innumerables ocasiones a los efectos jurídicos del refrendo de una contratación pública, advirtiendo de forma concluyente que la falta de refrendo impide el perfeccionamiento del contrato** y hace que éste no sea vinculante entre las partes, pues, no existe jurídicamente. Así lo ha dicho, entre otras, en las sentencias de 21 de mayo de 2003; 24 de julio de 2008; y más reciente, la de 15 de octubre de 2012, en la que la Sala Tercera señaló lo citado a continuación:

“Cuenta también esta Corporación con varios los pronunciamientos que ilustran que el refrendo de Contraloría General de la República es indispensable para el perfeccionamiento de los contratos administrativos. Veamos a manera de ejemplo extracto de uno de estos pronunciamientos:

‘Disiente la Sala de esa interpretación, por cuanto este Tribunal Colegiado, en aplicación de las normas jurídicas vigentes sobre contratación pública y aquellas complementarias a la materia (ver artículo 73 de la Ley 56 de 1995; la Ley 32 de 1984; el artículo 1 numeral 4 del Decreto Ley No.7 de 1997 en concordancia con el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, entre otras), se ha referido en numerosas ocasiones a los efectos jurídicos del refrendo de una contratación pública, subrayando en términos categóricos que la falta de refrendo impide el perfeccionamiento del contrato, y hace que éste no sea vinculante entre las partes, pues no existe jurídicamente. Sobre el particular son consultables, entre otras, las sentencias de 26 de abril de 1993; 9 de mayo de 2000 y más recientemente en de sentencia de 9 de marzo de 2001, cuando esta Superioridad indicó:

'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.'

En ese sentido, **no cabe duda que al no contar el Contrato de SUMINISTRO LOS ANDES con el refrendo de Contraloría, éste no se encontraba perfeccionado ni podía ser exigible a ninguna de las partes.** En ese entendimiento, el contrato establecía en su Cláusula Undécima lo siguiente:

'Este contrato comenzará a regir a partir de la fecha del refrendo por parte de la Contraloría General de la República'

Por su parte, el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, y el artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 18 de 1996, establecen en su parte pertinente lo siguiente:

'Artículo 45: Adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios.

La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas.' (Subrayado es de la Sala)

'Artículo 53. La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas' (Subrayado es de la Sala)

Todo lo anterior, nos conduce a la conclusión de que al no contar la contratación con el refrendo de la Contraloría General, el demandante no puede invocar derechos de ejecución del contrato frente a la Autoridad Marítima de Panamá, lo que significa que no puede accederse a la pretensión del demandante, de que se compren a SUMINISTROS LOS ANDES las 8 grúas hidráulicas para el Puerto de Vacamonte, o que se le pague una indemnización por el monto total de la contratación, como si ésta se hubiese perfeccionado." (El resaltado es del Despacho).

Con base a lo señalado anteriormente, se evidencia de una atenta lectura del expediente en estudio, que al momento de la inhabilitación de la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., el Contrato N°SERV-03-2018 celebrado el 26 de marzo de 2018, entre el Ministerio de Educación y la empresa Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., no había sido perfeccionado, pues no fue hasta el día 18 de mayo de 2018, cuando la Contraloría perfeccionó dicho contrato a través de su refrendo. En consecuencia, era susceptible de sufrir los efectos de la inhabilitación contenidos en el artículo 134 de la Ley 22 de 2006, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 134. Efectos de la inhabilitación. Los contratistas inhabilitados no podrán participar en ningún procedimiento de selección de contraista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación.

La inhabilitación será efectiva a partir de su registro en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ‘PanamaCompra’. **La inhabilitación tendrá efectos para los actos y contratos que no hayan sido perfeccionados.**” (El resaltado es nuestro).

El artículo invocado nos permite reafirmar que al no haber sido perfeccionado el Contrato N°SERV-03-2018 a la fecha de inhabilitación de contratación por parte de la empresa Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., los efectos de la inhabilitación a la que había sido sometida dicha sociedad, recaían directamente sobre el precitado contrato.

Es por ello que, a nuestro juicio, el Contralor General de la República, al momento de realizar el estudio del Contrato N°SERV-03-2018, debió improbarlo en virtud de las facultades que le otorga el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, debido a que en ese momento concurría en contra de Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., uno de los supuestos que le impedían contratar con el Estado, siendo éste que la precitada empresa se encontraba inhabilitada para contratar.

Esto, en concordancia con lo manifestado en el artículo 19 de la Ley 22 de 2006, conforme fue ordenado por la Ley 61 de 2017, que a su letra dice:

“Artículo 19. Incapacidad legal para contratar. Podrán contratar con las entidades estatales las personas naturales capaces conforme al Derecho Común, y las personas jurídicas legalmente constituidas, sean nacionales o extranjeras, siempre que no se encuentren comprendidas dentro de alguna de las siguientes situaciones:

1. Estar morosas en el pago de la multa por incumplimiento de contrato u orden de compra o encontrarse inhabilitadas para contratar con el Estado.

...”

Aunado a lo anterior, se corrobora que la propia Contraloría General de la República valida el criterio por nosotros vertido, debido a que en su Nota 2791-18 de

11 de octubre de 2018, entre otras cosas, el Contralor General reconoce la posible nulidad del Contrato SERV-03-2018, antes aludido, e insta al Ministerio de Educación a demandar su nulidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema Justicia (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

Así mismo, este Despacho considera que el hecho que la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., estuviera inhabilitada para contratar, constituía una de causales de nulidad absoluta de los contratos, establecidas en el artículo 155, en concordancia con el artículo 160, ambos del Texto Único de la Ley 22 de 2006. Veamos

“**Artículo 155. Causales de nulidad absoluta.** Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido seas imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público 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 160. Nulidad absoluta de los contratos.** Son causales de nulidad absoluta de los contratos públicos:

1. Que se celebren por personas inhabilitadas para contratar en los casos determinados por esta ley.
...”

Debido a las razones expuestas por nosotros y como quiera que a la fecha de perfeccionamiento del contrato la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado, este Despacho considera que el Contrato N°SERV-03-2018 deviene en nulo, al tenor de dispuesto en el artículo 155, en concordancia 160, ambos recién transcritos.

Siendo ello así, coincidimos con el accionante de la vía contencioso administrativa, en el sentido que el Contrato acusado de ilegal, viola en forma directa los artículos aludidos del Régimen de Contratación Pública, pues ha quedado claro que a la fecha de perfeccionamiento de dicho contrato, la sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., carecía de capacidad legal para contratar con el Estado,

en virtud de la inhabilitación a la que había sido sometido, por lo cual, sobre dicho contrato recae una causal de nulidad, al tenor de lo establecido en el artículo 160 de la Ley 22 de 2006.

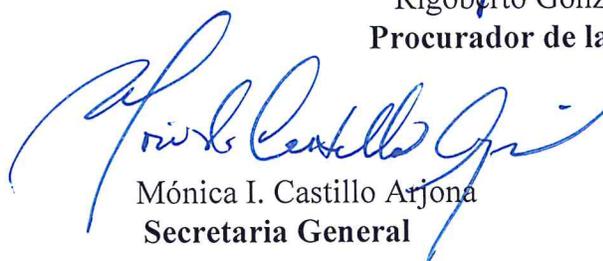
Un último elemento importante que destaca la evidente nulidad del contrato, y que a nuestro juicio debe ser tomado en cuenta, es que la propia sociedad Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A., quien suscribió junto al Ministerio de Educación el Contrato N°SERV-03-2018, al momento de contestar la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad en estudio, acepto todos los hechos expuestos por la accionante en ella y tácticamente reconoció la existencia de fundamento suficiente como para decretar la Nulidad del mencionado contrato.

V. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

En virtud de las anteriores consideraciones y expuesto el criterio jurídico de la Procuraduría de la Administración con respecto al tema planteado en la Acción de Nulidad en estudio, solicitamos a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se sirvan declarar que ES NULO, POR ILEGAL el Contrato N°SERV-03-2018, celebrado el 26 de marzo de 2018, entre el Ministerio de Educación y la empresa Construcciones e Inspecciones Nacionales, S.A.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 455-19