

17 de abril de 1998

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Contestación de

la Demanda. Propuesto por el Licdo. Héctor Spencer, en representación de Importadora D.M.D., S.A., para que se declare nula, por ilegal la Resolución No. 1779-97 D.G., de 30 de septiembre de 1997, emitida por el Director General de la Caja de Seguro Social, y se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto que nos distingue, concurrimos ante ese Tribunal, con la intención de externar nuestra respuesta, en torno al Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, que se enuncia ut supra; fundamentados en el artículo 348, numeral 2, del Código Judicial, según el cual nos corresponde defender los intereses de la Administración.

I. En cuanto a la pretensión.

La parte actora requiere que Vuestra Sala haga las siguientes declaraciones:

Que es nula, por ilegal, la Resolución No. 1779-97-D.G. de 30 de septiembre de 1997, emitida por la Caja de Seguro Social, mediante la cual se resolvió declarar resuelta administrativamente la Orden de Compra No. 570 de 21 de noviembre de 1996, y se solicita ante el Ministerio de Hacienda y Tesoro se inhabilite a IMPORTADORA D.M.D., S.A., por incumplimiento del contrato contenido en la meritada Orden de Compra.

Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare la vigencia de la Orden de Compra No. 570 de 21 de noviembre de 1996 y, por ende, se ordene a la Caja de Seguro Social el cumplimiento de las obligaciones dimanadas de la misma y se niegue la solicitud elevada ante el Ministerio de Hacienda y Tesoro en el sentido de inhabilitar a IMPORTADORA D.M.D., S.A., para ser postor y contratar con el Estado.

Observamos que no le asiste derecho alguno a la demandante; porque la actuación de la Administración está cimentada en los lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico patrio, según lo dejamos consignado a continuación, por lo que solicitamos respetuosamente a los Señores Magistrados se sirvan desestimar el petitum inmerso en el libelo de la demanda.

II. Los hechos u omisiones en los que se fundamenta la acción, los contestamos en los siguientes términos:

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos, porque así se evidencia en las fojas 19, 20 y 21 del expediente judicial.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Tercero: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

Cuarto: Aceptamos únicamente que se emitió la Nota N°DALC-C-N-579-97 de 8 de octubre de 1997; el resto consisten en conjeturas de la sociedad demandante, que negamos.

Quinto: Este hecho no consta en el expediente judicial; por tanto, lo negamos.

Sexto: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos.

Séptimo: Éste no es un hecho, sino apreciaciones subjetivas, que negamos.

III. Examen de legalidad.

a. El primer artículo que se dice infringido, es el numeral 1, del Artículo 104 de la Ley 56 de 1995 que dice:

"Artículo 104: 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."

Esta norma, según la demandante, ha sido infringida en el concepto de indebida aplicación, ya que a pesar de la claridad de su texto, ha sido aplicada a una situación de hecho no contemplada en la misma.

Agrega que ella no ha incumplido ninguna de las obligaciones pactadas, a través de la aludida Orden de Compra No. 570, tal y como se puede evidenciar del estudio de las piezas que obran el expediente administrativo.

Nos oponemos a los planteamientos externados por el apoderado legal de la sociedad demandante, porque la norma que se ha invocado ha sido precisamente el fundamento legal en el que se cimenta la Resolución No. 1779-97 D.G., de 30 de septiembre de 1997, y la misma es procedente, porque es aplicable siempre que exista un Contrato suscrito entre una entidad estatal contratante y un particular, en calidad de contratista, quien se obliga a la entrega o realización de una cosa; y si ello no se lleva a efecto en los plazos, términos y condiciones pactadas, la Institución tiene la facultad de rescindir el contrato.

Nótese que en un proceso de Contratación Pública, una vez que se ha determinado el tipo de Contrato, se deben estipular las cláusulas propias del mismo, conforme a su naturaleza y, además, las relativas a la resolución administrativa, fianza de cumplimiento, objeto, cuantía, plazo de ejecución, consignación de timbres fiscales, partida presupuestaria o fuentes de financiamiento con cargo a la cual se pagará la misma y la renuncia o reclamación.

Y es así, como las Cláusulas Contractuales, sus Addendas (si las hay), aunadas a las condiciones preestablecidas en el Pliego de Cargos, son las que van a determinar el cumplimiento o incumplimiento del Contrato Administrativo; y es lo que va a indicar -- en última instancia-- la eficacia contractual.

El maestro Roberto Dromi, en su obra intitulada Licitación Pública señala que: "se entiende por eficacia del contrato, el hecho de que la ejecución del mismo se ajuste al orden jurídico del cual deriva: la legislación general de cada contrato, los Pliegos de Bases y Condiciones, el procedimiento contractual." (Ediciones Ciudad Argentina, 2a. ed., Buenos Aires, 1995, pág. 499).

Para Dromi, la eficacia contractual, se apega al concepto etimológico del vocablo "eficacia", que implica un sentido operativo de ejecución, de realización; así como la virtud de la fuerza y el poder para obrar. Añade que "la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas

en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario..." (Dromi, Roberto, ob. cit., pág. 500).

Siendo ello así, conceptuamos que la eficacia contractual se manifiesta desde el momento en que existe una ejecución, una realización y un cumplimiento válido e irrestricto de la legalidad y del procedimiento contractual, entendiéndose como tal, el contenido en el Pliego de Cargos o Bases, el Contrato per se y las Addendas, si las hay. En caso de incumplimiento del contrato, la Administración, como parte perjudicada, está constreñida a demandar la resolución del Contrato Administrativo.

En el caso sub júdice, mediante la Orden de Compra N°570 de 21 de noviembre de 1996, la empresa Importadora D.M.D, S.A. se obligó con la Caja de Seguro Social al suministro de un desfibrilador portátil con monitor y registrador selector de doce (12) derivaciones, por un monto total de seis mil cuatrocientos sesenta balboas con 00/100 (6, 470.00).

La sociedad contratista incumplió con el término de entrega consignado en dicha orden de compra, a pesar de habersele autorizado anteriormente una prórroga otorgada por la Dirección Nacional de Compras y Abastos, para el día 15 de marzo de 1997.

Dicho incumplimiento en la entrega del equipo, como es evidente, ha traído como consecuencia graves perjuicios a la Caja de Seguro Social; concretamente en la Unidad Hospitalaria peticionaria, la que está desprovista de dicho bien, en perjuicio de los asegurados que lo requieren con urgencia evidente.

Por esa razón se emitió la Nota N°DAYFCHMDR.AAM-950-97 de 6 de agosto de 1997, a través de la cual, la Dirección Administrativa del Complejo Hospitalario Metropolitano solicitó la aplicación de las sanciones correspondientes a la empresa Importadora D.M.D., S.A.

A la sociedad demandante se le notificó a través del Oficio N°DALC-N-526-97 de 18 de agosto de 1997, la decisión de resolver administrativamente la orden de compra No. 570 de 21 de noviembre de 1996.

Los argumentos expuestos por la demandante, que hacen referencia a un cambio en el proveedor, no es responsabilidad de la Caja de Seguro Social, porque todo contratista debe garantizar los precios que ofreció en el Acto Público de Contratación; ya que es en base al precio--entre otras cosas-- que el Estado (en este caso, representado por la Caja de Seguro Social) decide cuál es la propuesta más ventajosa que mejor atiende al interés público.

Por consiguiente, no es pertinente la aplicación de la Teoría de la Imprevisión invocada por la demandante, porque esa teoría no puede ser considerada en forma aislada; ya que la misma requiere --previamente-- estar contemplada entre las Cláusulas Contractuales, para que pueda ser aplicada en caso que sobrevenga un elemento extraño a lo previamente pactado, que altere los plazos, los términos y las condiciones.

La transgresión de las Cláusulas Contractuales relativas a la entrega de la cosa, indubitadamente confiere a la Administración la facultad de Rescindir Administrativamente el Contrato, ya que no hubo eficacia contractual porque no se materializó una ejecución, una realización o un cumplimiento válido e irrestricto de la legalidad y del procedimiento contractual; es decir, el Contrato en sí, por lo que no es cierto que la norma in examine se haya aplicado indebidamente.

b. La segunda norma invocada es numeral 6, del artículo 9 de la Ley 56 de 1995, cuyo texto reza:

"Artículo 9: Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes: ...

6.Proceder oportunamente, de manera que actuaciones imputables a las entidades no causen una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista estando obligadas a corregir, en el menor tiempo posible, los desajustes que pudieran presentarse, acordando los mecanismos y procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, de conformidad con el pliego de cargos".

A juicio del apoderado legal de la demandante, la norma citada ha sido infringida en el concepto de violación directa por comisión, ya que él considera que la misma no ha sido aplicada en su justa medida por los funcionarios encargados de la tramitación de la meritada orden de compra.

Añaden que su representada --oportunamente-- puso en conocimiento de la entidad contratante la situación sobreviniente que le impedía la ejecución temporal del contrato, y que considera era consecuencia directa de la mora incurrida por la entidad, en lo relacionado al trámite interno de la orden de compra; y que tal como lo establece la norma citada ut supra la entidad contratante estaba obligada a corregir oportunamente la orden de compra, como se lo había requerido el contratista mediante Nota DCI-347-97 de 2 de junio de 1997, en el sentido de enmendar la descripción correspondiente, lo que era necesario debido a que se tuvo que comprar a otro proveedor el producto, por las circunstancias anotadas en el punto anterior.

Esta Procuraduría considera que no es válida la interpretación que realiza el apoderado legal de la sociedad demandante, porque la disposición jurídica invocada no es aplicable al caso in examine, por razón que la Caja de Seguro Social no ha realizado actuaciones que puedan imputársele como generadoras de una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; máxime cuando en ninguna de las cláusulas contractuales se dispuso la obligación de la Caja de Seguro Social de aceptar una variación en el precio convenido, y mucho menos por causas atribuibles al contratista.

Nótese que la obligación de la entidad --según la norma bajo análisis-- nace precisamente de una actuación irregular de la Administración, que repercute en el cumplimiento del Contrato, por parte del Contratista.

La situación que se nos plantea tiene una connotación distinta, habida cuenta que el incumplimiento nace de la omisión del contratista de mantener y sustentar el precio ofrecido en el acto de Contratación Pública y, por ende, la necesidad de cambiar de proveedor, lo que no puede considerarse como una actuación imputable a la Caja de Seguro Social, tal como lo pretende la parte actora.

La empresa debió procurarse un nuevo proveedor que mantuviera la calidad y el precio del equipo ofrecido durante el proceso de selección; ya que de lo contrario, se entregaría un equipo con características distintas al solicitado en el Pliego de Cargos, inobservándose, por tanto, la finalidad del proceso de Contratación Pública.

Recordemos que el proceso de Contratación Pública nace porque la Administración Pública, como parte integrante de la sociedad, requiere --en la mayoría de los casos-- recurrir ante los particulares, para abastecerse de una serie de bienes y servicios que son necesarios para el mejor desempeño de sus funciones.

Es así como las diversas instituciones que conforman el Sector Estatal, a través de sus Representantes Legales, convocan a una serie de Actos de orden público, destinados a lograr las ventajas naturales de la Ley de la oferta y la demanda, la mejor calidad y el mejor precio, beneficios éstos que --en última instancia-- son ofrecidos a la colectividad. Una vez que se conocen --a grosso modo-- las opciones del mercado, la institución procede a elaborar un Pliego de Cargos, que recoge en detalle los requerimientos de la

entidad contratante, a través de las Bases o los Principios, mismos en los que debe fundamentarse el interesado para participar --en calidad de Postor-- en un Acto Público; llámese éste Licitación, Concurso de Precios o Solicitud de Precios.

Presentadas las propuestas, la Administración selecciona y acepta la más ventajosa, que mejor atienda al interés público; en atención a la calidad, la técnica y el precio del bien o del servicio; procediéndose --entonces-- a la adjudicación del acto: primero provisional y, luego, definitiva que, finalmente, se materializa a través del Contrato Administrativo.

El autor Emilio Fernández Vázquez, en su Diccionario de Derecho Público, nos comenta que la adjudicación definitiva produce los siguientes efectos:

1. "El nacimiento de un derecho subjetivo del adjudicatario para contratar con aquél." Esto es lo que genera el Contrato Administrativo.
2. "Mantenimiento inalterado de los Pliegos de Condiciones, como consecuencia del inicial Principio de Igualdad entre los Licitadores, que también debe observarse durante todo el ciclo contractual."
3. "Derecho del administrado a ser indemnizado o resarcido por desistimiento del licitante antes de que el Contrato se perfeccione o si posteriormente y por su culpa se produce la rescisión de él."
4. "El derecho de los oferentes no adjudicatarios, cuyas propuestas han quedado automáticamente rechazadas, a retirar la documentación presentada y rescatar las respectivas garantías de licitación."
5. "Obligación del adjudicatario de integrar la garantía del contrato." (Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1981, pág. 487.)

De lo anterior se colige que el proceso de Contratación Pública es necesario para que la Administración pueda cubrir las necesidades de bienes y servicios que requiere la colectividad y para que se pueda determinar y precisar cuál es la mejor calidad, técnica y precio que se puede obtener, en beneficio de los asociados; todo ello con la garantía que deben mantenerse inalteradas las condiciones del Pliego de Cargos, como consecuencia del inicial Principio de Igualdad entre los Licitadores, que también debe observarse durante todo el ciclo contractual, tal como lo establece la doctrina.

Imaginémonos que luego de realizarse la adjudicación definitiva, se alteraran las condiciones esenciales del Contrato, como son: la técnica y la calidad del bien descritas en el Pliego de Cargos, y el precio consignado en la propuesta; y en el momento en que la entidad estatal fuera a efectuar el pago, se encontrare que el precio es mayor que la partida presupuestaria aprobada para tal fin; que el equipo no realiza las funciones que se esperaban o que la calidad es inferior, elemento éste importante, cuando se trata de bienes, productos o servicios para hospitales, para ser utilizados en pacientes, donde se pone en riesgo la salud y la vida, ambos jurídicamente tutelados.

De allí imperiosa necesidad de mantener inalterables ciertas condiciones mínimas del proceso de contratación, para que se cumpla la teleología del proceso de Contratación Pública, que es el obtener el mejor beneficio para la colectividad; dicho en otro giro, mejor calidad y técnica a buen precio.

Es importante señalar que la sociedad demandante, a través de la Nota N°DCI-347-97 de 2 de junio de 1997, deseaba que se modificaran las Especificaciones del Contrato contenidas en la Orden de Compra N°570 de 21 de noviembre de 1996.

Sobre tal petición es preciso aclarar que una cosa es solicitar la modificación de las especificaciones contractuales en tiempo oportuno y otra muy distinta, es incurrir en incumplimiento de contrato.

La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, de Contratación Pública, es prístina al precisar bajo qué condiciones pueden modificarse las cláusulas contractuales.

En efecto, el artículo 76 indica que cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos; éstas se podrán efectuar, siempre que se respete la clase y el objeto del mismo.

Sin embargo, en la situación in examine, lo que se suscitó fue un incumplimiento de Contrato, porque la Administración ya le había concedido una prórroga a la empresa Importadora D.M.D, S.A., para la entrega del equipo, y la misma no lo entregó en el tiempo indicado para ese efecto, por lo que no es factible a la parte actora, ampararse bajo una solicitud de modificación de las Cláusulas Contractuales, descritas en el artículo 76 de la Ley 56 de 1995, como forma de solapar un incumplimiento de Contrato.

Por tanto, no se ha producido la infracción de la norma invocada.

3. Como tercera norma infringida, se señala el numeral 3, del Artículo 12 de la Ley 56 de 1995, cuyo texto dispone lo siguiente:

"Artículo 12: Son inhábiles para participar en actos de selección de contratistas y celebrar contratos con las entidades públicas:

3.Las personas a quienes se les haya resuelto administrativamente un contrato por incumplimiento culposo o doloso, de acuerdo al procedimiento establecido en la presente Ley, mientras dure la inhabilitación".

Según la demandante, la norma citada ut supra ha sido violada por la entidad demandada en el concepto de indebida aplicación, al ser aplicada a una situación de hecho no contemplada en la misma. Añade que esa violación se produce, ya que el incumplimiento que se le endilga no se debe a conducta dolosa ni culposa de su parte, además que en la investigación llevada a cabo por la entidad contratante no se demuestra tampoco ni se hace referencia a que se debe el supuesto incumplimiento de las obligaciones.

Yerra la demandante en sus apreciaciones, porque la norma precitada es perfectamente aplicable a la situación que nos ocupa, y que es motivo de nuestro análisis, porque esa es la disposición jurídica que describe cuáles son las personas naturales o jurídicas inhábiles para participar en actos de selección de contratistas y celebrar contratos con las entidades públicas, entre las que indiscutiblemente debe incluirse a la sociedad Importadora D.M.D, S.A., porque la misma se adecua a lo descrito en el numeral 3, de la norma citada, por razón del incumplimiento culposo del Contrato.

Decimos que el incumplimiento contractual fue culposo, porque la empresa demandante debió tomar todas las medidas de precaución tendientes a garantizar que el bien que se iba a entregar a la entidad licitante fuera igual al descrito en el Pliego de Cargos y en la propuesta, en cuando a calidad, tecnología y precio se refiere; ya que esos son los parámetros que el Estado toma en consideración para realizar las adjudicaciones provisionales y, luego, definitivas.

La empresa Importadora D.M.D., no aseguró a la institución los elementos contractuales consignados en el Pliego de Cargos y en el respectivo Contrato, lo que trajo como consecuencia que se le rescindiera el mismo, basados en la potestad irrestricta de la Administración, según se establece en la Ley de Contratación Pública y en la Doctrina, tal como lo indicamos en el análisis identificado con la letra "a".

Correspondía, pues, la aplicación inmediata de la norma invocada, de forma tal que se procediera a establecer los correctivos administrativos al contratista, por faltar a sus obligaciones, siguiendo el procedimiento que la Ley 56 de 1995 establece para ello.

Siendo así, no es cierto que la norma haya sido mal aplicada, porque --tal como se ha observado-- sí es perfectamente aplicable a la situación que se ha sometido a nuestra

consideración, porque ha habido una identificación plena de la misma con el supuesto descrito en la norma.

Por consiguiente, nuestro análisis en derecho deja sin sustento jurídico las apreciaciones vertidas por la recurrente.

4. Como última infracción, se invocan los numerales 6 y 7, del artículo 106 de la Ley 56 de 1995, los cuales disponen:

"Artículo 106: La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el Artículo 105, con sujeción a las siguientes reglas: ...

6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.

7. Se remitirá, a la Dirección de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, copia autenticada de la resolución administrativa del contrato, a los dos (2) días calendario a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispone la ley.

La norma citada ha sido violada en el concepto de violación directa por comisión, ya que a pesar de su texto claro, el mismo no ha sido aplicado en su justa medida por la entidad contratante, debido que a pesar de no estar debidamente ejecutoriada la Resolución N°1779-97-D.G. de 30 de septiembre de 1997, y la cual nos fue notificada el día nueve (9) de octubre del año en curso, ha sido remitida a la Dirección de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, en abierta violación de la norma citada y del orden público, la Nota N°DALC-N-579-97 de 8 de octubre de 1997, solicitando formalmente la inhabilitación de nuestra representada, Importadora D.M.D., S.A. para realizar contratos con el Estado, no pudiendo en consecuencia, participar como postor en las Licitaciones Públicas, Concursos y Solicitudes de Precios que celebren las instituciones del Estado.

Diferimos del criterio esgrimido por la parte actora, porque la Resolución N°1779-97-D.G. de 30 de septiembre de 1997 le fue notificada a la parte actora, el día 9 de octubre de 1997, tal como consta en la foja 39 del expediente; a partir de ese momento, se contabilizaban los dos días que señala la Ley, para que la misma quedara ejecutoriada.

Es cierto que mediante Oficio N°DALC-N-579-97 que fue confeccionado el día 9 de octubre de 1997, se le comunicó al señor Ministro de Hacienda y Tesoro, la solicitud de inhabilitar a la sociedad Importadora D.M.D, S.A. para ser proponente en Contrataciones Públicas con el Estado, por el término de seis (6) meses, por haber incumplido el Contrato contenido en la Orden de Compra N°570 de 24 de noviembre de 1996.

Sin embargo, la Nota N°DALC-N-579-97 que fue confeccionada el día 9 de octubre de 1997, fue recibida en el Ministerio de Hacienda el día 13 de octubre de 1997, tal como consta en el margen superior de dicho oficio, visible en el Expediente Administrativo, y como se corrobora en el Informe de Conducta, por lo que al momento de recibirse oficialmente en el Ministerio de Hacienda y Tesoro, la Resolución ya estaba debidamente ejecutoriada, por lo que la solicitud al Ministerio y la consiguiente inhabilitación, a través del Resuelto N°68 de 11 de noviembre de 1997, son perfectamente válidas y legales, lo que deja sin sustento jurídico el concepto externado por la parte actora.

Por todo lo expuesto, reiteramos nuestra solicitud, para que sean desestimadas las pretensiones y se confirme el contenido de las resoluciones impugnadas, en su oportunidad procesal.

Pruebas: Aducimos como fuente de pruebas el expediente administrativo contentivo de la actuación surtida en la vía gubernativa, que reposa en los archivos de Asesoría Legal de la Caja de Seguro Social, edificio Bolívar.

Aceptamos las aducidas en la demanda, por ser congruentes con el Código Judicial.

Derecho: Negamos el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Linette Landau
Procuradora de la Administración
(Suplente)

LL/5/mcs.

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materias:
Contratación Pública.
Incumplimiento de Contrato.
Contratos Administrativos.
Eficacia Contractual.