

Panamá, 19 de julio de 2021
DGCP-DS-DJ-874-2021

Su Excelencia
MARUJA G. DE VILLALOBOS
Ministra de Educación
E. S. D.

Respetada Señora Ministra:

Nos referimos a su nota DM/60-DAHGSBNAL/CTO-104.1-1400-2021 de 1 de julio de 2021, mediante la cual solicita a esta Dirección criterio y consideración respecto a la figura de cesión de contratos establecida en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Establece en su misiva el criterio de la Dirección Legal de la entidad, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020, que reglamenta la Ley antes indicada y el cual plantea en su parte medular que, adicional a lo establecido en la ley, ésta guarda silencio en cuanto a los requerimientos, parámetros o limitación que deba aplicarse al cedente, para la aprobación de la cesión de contrato, tomando en cuenta que existen proyectos de obra sometidos a aprobación de cesión de contrato, en los que se da un incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista por causas imputables o no imputables a él.

Así mismo considera que, al evaluar una solicitud de cesión de contrato para su aprobación, la entidad además de la evaluación técnica y financiera que mandata la norma al cesionario, debe evaluar la conducta de omisión, negligente o dolosa del contratista original en su manejo del proyecto, aplicando las sanciones por el retraso que el contrato y en su defecto la Ley prevé por dicho incumplimiento, antes de conceder aprobación para la cesión de un contrato, razón por la cual solicita el criterio de esta Dirección al respecto.

Al respecto, es oportuno indicar que la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), tiene competencia para absolver las consultas en materia de implementación y aplicación de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública.

Para dar respuesta a su solicitud debemos comenzar por citar el artículo 96 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, referente en cuanto a la cesión de contrato:

“Artículo 96. Cesión de contrato. Los derechos y obligaciones que surjan por la celebración de un contrato o por una orden de compra podrán ser cedidos por el contratista a un tercero, siempre que la entidad contratante respectiva como el garante preste su autorización previa a dicho acto de cesión. Para tales efectos, el cesionario deberá contar con la capacidad técnica y financiera para proseguir o dar inicio a la ejecución del contrato o de la orden de compra cuyos **derechos y obligaciones** hayan sido cedidos, en los mismos términos que el cedente.” (Lo resaltado es nuestro).

La norma citada deja claramente establecido que, se trata de una prerrogativa del contratista que se encuentra condicionada a autorización previa de la entidad contratante y el garante, tal como lo indica el criterio de la Dirección Legal del ministerio de Educación.

No obstante, esta Dirección difiere del criterio de la Dirección Lega del Ministerio de Educación en cuanto a que la norma guarda silencio respecto a los casos en que existe incumplimiento de contrato o retrasos por causas imputables al contratista, toda vez que salvo que el incumplimiento sea por caso fortuito, fuerza mayor o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 140 Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual y la entidad contratante ejecutará la fianza de cumplimiento consignada, previo cumplimiento de las formalidades de rigor, según lo establecido en el artículo 138 de esta Ley.

Por otra parte ante retrasos durante la ejecución del contrato la norma también prevé la figura de multas por retraso de entrega.

Siendo esto así debemos entender que la sanción de multa o inhabilitación al contratista es una consecuencia del incumplimiento y se decreta mediante la resolución administrativa del contrato, figura distinta a la cesión del contrato, toda vez que la primera significa la terminación del contrato y la segunda significa el inicio o continuidad del mismo, con otro contratista.

Teniendo estos conceptos claros, ante el caso particular de una cesión de contrato en la cual se han dado retrasos por incumplimiento del contratista, debemos entender que tanto la entidad contratante como el garante ya ha realizado un análisis previo, no solo de la capacidad financiera y técnica del cesionario, sino también de los grados de retrasos que tiene la ejecución del contrato, de forma tal que es viable para su necesidad y el interés público la cesión y las modificaciones posteriores que correspondan a los cronogramas de ejecución del contrato.

Por su parte, el cesionario también habrá realizado un análisis de riesgos empresarial previo a reconocer como adquiridos, derechos y obligaciones de un contrato en estas circunstancias y una vez que las autorizaciones son otorgadas y se cumple con los procedimientos administrativos respectivos, todas las obligaciones y derechos producto del contrato pasan al cesionario, quien será el contratista, dejando el cedente de formar parte de la relación contractual.

Ante la decisión de la entidad contratante de acceder a un proceso de cesión del contrato cuando este ha sufrido retrasos por incumplimiento del contratista, esta Dirección es del criterio que no sería jurídicamente viable el establecimiento de sanciones tale como multa o inhabilitación por incumplimiento de forma previa al cedente, toda vez que no se trataría de un proceso de resolución administrativa de contrato, sino de uno proceso en el que las obligaciones que el cedente había adquirido se extinguen, pasando a ser las obligaciones del cesionario en una relación contractual que deberá seguir estando respaldada por el garante en favor del Estado.

Debemos advertir que, lo anterior es sin perjuicio de los acuerdos previos que puedan perfeccionarse entre cedente y cesionario, respecto de derechos y obligaciones tales como cuentas por cobrar si las hubiere, multas por retraso por pagar si las hubiere, entre otros.

Es importante destacar que, aun cuando una entidad lleva a cabo un proceso de resolución administrativa del contrato por incumplimiento del contratista aplicando las sanciones respectiva, el proceso también prevé una etapa en la cual el garante tiene la oportunidad de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica

y financiera, a juicio de la entidad contratante, tal como lo establece en artículo 138 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 el cual citamos para su referencia:

“Artículo 138. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de veinte días hábiles, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

Para los efectos técnicos y legales, se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.

Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 140, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará la fianza de cumplimiento consignada, previo cumplimiento de las formalidades de rigor.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de incumplimiento total en contrataciones menores, la entidad podrá convocar a otro acto público o adjudicar al proponente que haya llegado en segundo lugar, según sea más beneficioso para los intereses públicos, sin perjuicio de las sanciones aplicables. Esta materia será desarrollada en el reglamento.” (Lo resaltado es nuestro).

Sin otro particular por el momento nos suscribimos no sin antes reiterarle nuestras muestras de más alta consideración y respeto.

Atentamente,

RAPHAEL FUENTES

Directora General

MAP/jllw.-
