

Panamá, 1 de noviembre de 2019
DGCP-DS-DJ-991-2019

Doctor
BENJAMÍN COLAMARCO PATIÑO
Director General
Oficina de Electrificación Rural
Ministerio de la Presidencia
E. S. D.

Señor Director:

Me refiero a la nota No.OER-DA-209-2019 de fecha 10 de octubre de 2019, a través de la cual, consulta a esta Dirección sobre el cuestionario que se detalla a continuación:

1. Vigencia de fianzas de anticipo y cumplimiento. Desde la interpretación de la DGCP.
2. Vigencia de las Fianzas, en este caso la de cumplimiento vs redacción de vigencia dentro del contrato de fianza, el artículo 114 del Texto Único de la Ley 22.
3. Vigencia de los contratos, o terminación según el artículo 99 del Texto Único de la Ley 22 bajo la óptica de la interpretación de DGCP.
4. Interpretación a la luz de DGCP del concepto: perfeccionada la liquidación del contrato.
5. Dentro del contrato de fianza de cumplimiento se estipula la vigencia homologada al contrato, pero dentro de la redacción de la cláusula que habla de la sustitución del contratista establece que la vigencia está subordinada a la notificación de incumplimiento contenida en la Resolución Administrativa del contrato.
6. Diferencia entre Adenda y Acuerdo Suplementario.
7. Existe en alguna etapa del proceso de ejecución del contrato en donde se entienda que se suspenden los términos mientras se sustituye al contratista.
8. Obligatoriedad del anticipo del 20%.



Indica en su misiva, que la información obtenida será utilizada para darle curso a ciertos expedientes que mantienen en su entidad y que requieren ser tratados al tenor de las normas de contrataciones públicas.

Al respecto, debemos señalar que la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017.

En cuanto a sus interrogantes 1, 2 y 5, que tienen relación con fianzas y otras garantías en las contrataciones, es oportuno tener presente el contenido del artículo 112 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, que preceptúa lo siguiente:

“Artículo 112. Competencia de la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República absolverá las consultas sobre cualquier aspecto de la constitución, presentación, ejecución y extinción de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con las entidades públicas, conforme a lo establecido en las normas jurídicas vigentes.

Las entidades públicas o entes nacionales o extranjeros no podrán limitar, negociar o disminuir la potestad de la Contraloría General de la República en esta materia.

Las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones del Estado serán reglamentadas por la Contraloría General de la República, en la que incluirá los modelos de fianzas correspondientes”.

La norma citada, establece la competencia de la Contraloría General de la República para absolver las consultas que tengan las entidades en materia de fianzas y garantías que se constituyan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con instituciones públicas.

No obstante, los artículos 114 y 115 de la norma citada establecen la vigencia de las fianzas de cumplimiento y de pago anticipado, respectivamente, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 114. Fianza de cumplimiento. Ejecutoriada la adjudicación, en la forma establecida en la presente Ley, de aquellos actos cuyo monto supere los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00), la entidad contratante requerirá al proponente la presentación de la fianza de cumplimiento del contrato, conforme a lo establecido en el pliego de cargos.

Esta fianza garantiza el cumplimiento de un contrato u obligación de ejecutar fielmente su objeto y, una vez cumplido este, de corregir los defectos a que hubiera lugar. **Su vigencia corresponde al periodo de ejecución del contrato principal y al término de la liquidación, más el término de un año, si se trata de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, como mano de obra, material defectuoso o de inferior calidad que el adjudicado o cualquier otro vicio o defecto en el objeto del contrato, salvo los bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de**

cobertura será de seis meses y por el término de tres años, para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble. Vencidos estos términos y no habiendo responsabilidad, se cancelará la fianza (lo resaltado es nuestro).

Artículo 115. Fianza de pago anticipado. La fianza de pago anticipado tiene por objeto garantizar el reintegro de determinada suma de dinero entregada en concepto de adelanto al contratista. Esta garantía es exigible en la medida en que el contratista no utilice las sumas de dinero adelantadas para la oportuna y debida ejecución del contrato.

Esta fianza en ningún caso será inferior al 100% de la suma adelantada, y tendrá una vigencia igual al periodo principal y un término adicional de treinta días calendario posteriores a su vencimiento.

En ningún caso, la entidad estatal contratante podrá realizar pagos anticipados que excedan el 20% del monto total contratado. No se harán pagos anticipados a los montos que surjan como consecuencia de incrementos al monto total contratado que se realicen mediante adendas.

El uso de pago anticipado deberá ser previamente establecido y debidamente motivado en el pliego de cargos, así como detallar las actividades específicas que desarrollará el contratista con dicho anticipo. En todo momento, el contratista estará obligado a brindar información debidamente respaldada a la entidad contratante. La Contraloría General de la República fiscalizará el uso de estos fondos.

El contratista se encuentra obligado a rendir un informe mensual pormenorizado y sustentado del uso del anticipo previo a la expedición del acta de aceptación final (lo resaltado es nuestro).

Los artículos citados, establecen la vigencia de ambas garantías, por lo que cualquier duda en su interpretación deberá solicitarse aclaración, a través de consulta, a la Contraloría General de la República.

En relación a la pregunta No. 3 sobre la vigencia de los contratos, según el artículo 99 del Texto Único de la ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, esta Dirección comparte el criterio expresado por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas señalado en varias decisiones, en el sentido que el contrato administrativo no se extingue hasta tanto se liquide. La Resolución No.061-2019-Pleno/TACP de 24 de abril de 2019, es la más reciente. Veamos.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

CONTRAPROYECTA ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
MAGISTRADO:

RESOLUCIÓN N°061-2019-Pleno/TACP de 24 de abril de 2019 (Decisión).



Relacionado a lo anterior, debemos anotar que aunque el plazo de doscientos setenta (270) días calendario para la entrega de la obra concluyó, la figura de la

liquidación del contrato amplía su término de vigencia, el contrato mantiene sus efectos incluso a la fecha, por lo que la empresa contratista podía proseguir con las obras del objeto contractual, postura que ha sido reiterada por este Tribunal, señalando que el vencimiento del plazo, no constituye *per se* la cesación inmediata de los efectos del contrato, ya que en los contratos de obra la extinción se configura por el cumplimiento del objeto contractual.

Así, el contrato no se extingue hasta tanto se liquide, por ende el Contrato SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016, se mantiene en vigor con fundamento en el artículo 97 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011:

***Artículo 97. Plazo para la liquidación de los contratos.** Para efectos de este artículo, se entenderá por liquidación de los contratos el procedimiento a través del cual, una vez terminada la ejecución del contrato, las partes determinan las sumas adeudadas entre sí.*

La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en el pliego de cargos o su equivalente, o dentro del término que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En los casos en que el contratista no se presente a la liquidación, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad contratante, o en que las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses siguientes. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo. En este caso, la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

Toda liquidación de contrato deberá contar con el refrendo del representante legal de la entidad o del servidor público delegado y del servidor público autorizado por la Contraloría General de la República.

Este artículo será reglamentado por el Órgano Ejecutivo”.

(El subrayado es nuestro)

Con referencia a lo expresado, la liquidación de los contratos no es un evento optativo de las entidades, ya que la Ley lo ordena indistintamente que el contrato se haya ejecutado o no, al grado de involucrar a la Contraloría General de la República, para rubricar el acta en cuestión, a fin de que no queden saldos pendientes de una u otra parte.

A pesar que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas cita en la precitada resolución el artículo 97 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, la redacción de dicho artículo

corresponde íntegramente al actual artículo 99 del Texto Único vigente de la referida normativa.

En cuanto a la interpretación de la DGCP, del concepto “perfeccionada la liquidación del contrato” este término guarda relación con lo señalado en el último párrafo del artículo 99 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, al respecto del perfeccionamiento de la liquidación del contrato, el cual se dará con la firma del representante legal de la entidad o del servidor público delegado y del servidor público autorizado por la Contraloría General de la República, por lo que no habrá liquidación perfeccionada sin las referidas rúbricas.

Respecto a la diferencia entre Adenda y acuerdo suplementario, tenemos que la adenda es el documento mediante el cual la entidad contratante y el contratista suscriben una modificación al contrato, mientras el acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento que no constituye una nueva relación contractual, es el acto a través del cual se formaliza la sustitución de la fiadora en todos los derechos y obligaciones del contratista.

En este último caso, la fiadora asume por intermedio de una persona idónea al efecto de la ejecución de la obra y tendrá derecho a convenir prórrogas del término pactado las cuales se formalizarán en una adenda.

Referente a la pregunta: ¿si existe en alguna etapa del proceso de ejecución del contrato en donde se entienda que se suspenden los términos mientras se sustituye al contratista? Podemos concluir que no existe ningún artículo que señale lo consultado, sin embargo, como señalamos en el párrafo anterior, cuando la fiadora, por intermedio de una persona idónea sustituya al contratista en la ejecución de la obra, tendrá derecho a convenir prórrogas del término pactado tomando en consideración la demora normal por razón de la sustitución.

Finalmente, sobre la obligatoriedad del anticipo del 20%, la normativa no establece obligación por parte de la entidad de realizar pagos anticipados, solo establece que la suma de dinero en ese concepto no podrá exceder dicho porcentaje, y la institución deberá establecerlo previamente en el pliego de cargos.

Atentamente,



RAPHAEL FUENTES

Director General

Dirección General de Contrataciones Públicas



MAP/mb.