

Panamá, 10 de febrero de 2020
DGCP-DS-DJ-132-2020

Su Excelencia
INES M. SAMUDIO
Ministra
Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial
E. S. D.

Respetada Señora Ministra:

Me refiero a su Nota No. DS-ING-0107-2020 de fecha 17 de enero de 2020, la cual guarda relación con el pago de las retenciones realizadas dentro del Contrato No. 050-2015 celebrado entre el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial y el Consorcio Nuevo Colón, para el "SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA, EQUIPO Y ADMINISTRACIÓN PARA LOS ESTUDIOS, DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO CON OBRAS DE INFRAESTRUCTURAS Y EDIFICACIONES DEL PROYECTO RENOVACIÓN URBANA DE COLON."

Detalla en su misiva, que el Proyecto de Renovación Urbana se enfocaba en tres componentes: a). La rehabilitación de la infraestructura urbana; b). La recuperación de edificios y otras estructuras o sitios de interés; c). Diseño y construcción del proyecto habitacional Altos de Los Lagos; y que se estipularon los plazos de entrega parcial para cada uno de los componentes.

Agregan, que las entregas parciales ya han sido realizadas por parte del contratista y han sido debidamente recibidas por el Ministerio para su uso y ocupación, sin embargo, el contrato fijó una retención del 5% del valor total de las cuentas presentadas por avance, como garantía de cumplimiento y se estableció que las retenciones serían canceladas al contratista, al momento de la aceptación final de la obra por parte de la Entidad.

El contratista ha solicitado formalmente la devolución de los créditos retenidos, alegando que en atención lo dispuesto por el artículo 86 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017, si la obra fue contratada por fases, la retención afectará a cada una de las fases y se devolverá cuando la fase haya sido concluida a satisfacción de la entidad contratante. Por ello, consultan lo siguiente:

¿Debe la Entidad pagar los retenidos solicitados por el contratista con base al artículo 86 numeral 5 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, de acuerdo a las entregas parciales establecidas en el pliego de cargos y su



correspondiente cronograma, las cuales ya han sido recibidas por el Ministerio a través de las actas sustanciales de entrega y que se encuentran actualmente en uso y ocupación; a pesar que igualmente, el pliego y el contrato indican que dicha retención, le será cancelada al contratista al momento del Acta de Aceptación Final de la obra, por parte de la Entidad?

Frente a lo consultado, consideramos oportuno informarle 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 No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, por lo cual, consideramos pertinente reproducir lo preceptuado por el artículo 86 del Texto Único vigente al momento de la contratación que preceptúa lo siguiente:

Artículo 86. Pago por avance de obra. Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato de obra. Para tales efectos, el contratista remitirá mensualmente informes sobre el avance de la obra, como presupuesto para el pago.

Los pagos parciales, según el avance de la obra, se sujetarán a las siguientes reglas:

1. En el pliego de cargos, se estipularán obligatoriamente las retenciones de un porcentaje, por la entidad contratante al contratista, para garantizar el cumplimiento del contrato.
2. La cancelación de los pagos se deberá estipular obligatoriamente en el pliego de cargos y en el contrato, y esta se hará a partir de la presentación de la cuenta respectiva con toda la documentación exigida por las reglamentaciones vigentes.
3. Después de haberse completado la mitad de la ejecución de la obra contratada, se podrán continuar haciendo pagos, aun a pesar de discrepancias menores entre el contratista y la entidad contratante. Esta última, junto con la Contraloría General de la República, definirán el alcance de estas discrepancias.
4. Si la retención es superior al costo de los trabajos por realizar hasta la terminación sustancial de la obra, se devolverá hasta el cincuenta por ciento (50%) del excedente al contratista, de acuerdo con la fórmula que establezca el pliego de cargos o el reglamento.
5. Si la obra es contratada por fases, la retención afectará a cada una de las fases, y se devolverá cuando la fase haya sido concluida a satisfacción de la entidad contratante.
6. Dentro de un plazo máximo de sesenta días después de la entrega definitiva de la obra, la entidad contratante pagará al contratista las sumas retenidas y cualquier saldo que adeudara. (el resaltado es nuestro)

Al realizar un análisis del citado artículo, se aprecia en primer lugar que la forma de pago deberá realizar por parte de la Entidad, de la manera en que previamente fue establecida en el contrato. De igual forma, dispone que será desde la estructuración del respectivo pliego de cargos que la Entidad estipula el porcentaje a retener para garantizar el cumplimiento del contrato, así como la manera en que se cancelará los pagos, puesto que el pliego de cargos es un instrumento integrante del contrato administrativo.

Frente a lo expuesto se aprecia que los proponentes que participaron en el acto público que devino en la celebración del Contrato No. 050-2015, conocían de antemano el modo de pago que había dispuesto la entidad y con la presentación de



sus propuestas aceptaban sin reservas, ni condiciones el contenido del pliego de cargos.

Continuando con lo normado por el artículo 86, si bien este desarrolla que si la obra es contratada por fases, la retención afectará a cada una de las fases, y se devolverá cuando la fase haya sido concluida a satisfacción de la entidad contratante, no menos cierto es que esta condición debió establecerse en el Contrato No. 050-2015, puesto que de no haber sido el así, la misma normativa señala que dentro de un plazo máximo de sesenta días después de la entrega definitiva de la obra, la entidad contratante pagará al contratista las sumas retenidas y cualquier saldo que adeudara, entre los cuales pudiera estar las retenciones de las fases de la obra.

El criterio previamente esbozado, ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que en fallo de 3 de enero de 2013, manifestó lo siguiente:

"...

La Doctrina ha establecido que el principio de integración instrumental del contrato, tiene la finalidad de aclarar si en caso de conflicto, impera el contenido del pliego de cargo o lo pactado contractualmente, a lo cual señala Roberto Dromi, lo siguiente:

"El pliego, como instrumento jurídico integrante del contrato, es fundamental a la hora de ejecución del mismo. De allí que se haya sostenido que la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección, ha dado fundamento para que la doctrina, en feliz expresión, lo haya denominado la ley del contrato, por ser la principal de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato" (Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, segunda edición actualizada. 1995. Pág. 490).

..." (el resaltado es nuestro)

En consecuencia, el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial deberá cumplir las cláusulas establecidas en el Contrato No. 050-2015, de la manera en que fueron pactadas, las cuales fueron el resultado del respectivo pliego de cargos.

Atentamente,



RAPHAEL FUENTES
DIRECTOR GENERAL

GBP/MAP/lv
lv

