

Panamá, 3 de abril de 2024
DGCP-DS-DJ-317-2024

Licenciado
LUIS DENIS ARCE
Director General
Instituto Panameño de Deportes (PANDEPORTES)
E. S. D.

Licenciado Arce:

Hacemos referencia a la Nota No. 0099-DG-AL-2024 de 30 de enero de 2024, que guarda relación con el Contrato No. 006-2019 INV (acto público No. 2019-1-35-0-15-LV-007599) para el “ESTUDIO, DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y EQUIPARAMIENTO DE NUEVO ESTADIO DE BÉISBOL JUSTINO “EL GATO BRUJO” SALINAS UBICADO EN LA PROVINCIA DE PANAMÁ OESTE, DISTRITO DE LA CHORRERA, CORREGIMIENTO DE BARRIO C.”, celebrado entre PANDEPORTES y el CONSORCIO EL GATO BRUJO.

Indica en su misiva que, el contratista, a través de una de las empresas consorciadas y su representante legal, ha solicitado la devolución del 50% del retenido establecido en el referido contrato, toda vez que ya la entidad emitió Acta Sustancial de la Obra, donde se estableció que se recibieron el 100% de los trabajos, quedando pendiente el mantenimiento de la grama de la instalación deportiva por el periodo de doce (12) meses.

Indica a su vez que, el contrato en su cláusula cuarta establece que en cuanto a las sumas retenidas al momento de la presentación de las cuentas, el porcentaje retenido de cada pago será devuelto por el Estado sin intereses, dentro de los noventa (90) días siguientes a la aceptación final de la obra, razón por la cual consulta a esta Dirección si es viable la petición elaborada por parte del contratista.

Para dar respuesta a su consulta es prudente remitirnos en primera instancia a lo que establece el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, Ley vigente al momento de la convocatoria del acto público, respecto a la figura de la retención en los contratos de obra y la entrega sustancial de la obra, específicamente los artículos 101 y 102:

Artículo 101. *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 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. (Lo resaltado es nuestro)***

Artículo 102. Terminación de la obra. La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acta de aceptación final, después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato. La fianza de cumplimiento continuará en vigor por el término de un año, si se tratara de bienes muebles, para responder por vicios redhibitorios, tales como la mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en la cosa objeto del contrato, salvo 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 obra o bien inmueble.

Por decisión unilateral de la entidad contratante y con fundamento en las condiciones establecidas en el pliego de cargos, puede recibirse, para su uso u ocupación, una obra sustancialmente ejecutada, aunque queden pendientes etapas o trabajos por realizar. En estos casos, la fianza de cumplimiento para responder por vicios redhibitorios y defectos de reconstrucción o de construcción, empezará a regir desde el recibo de la parte sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado, y para el resto de la obra, a partir del acta de aceptación final. (Lo resaltado es nuestro)

De las normas citadas podemos colegir que efectivamente cuando se establecen pagos parciales en un contrato, las sumas retenidas deben pagarse al contratista dentro de un plazo máximo de sesenta días después de la entrega definitiva de la obra. Cabe observar y advertir que en el caso del contrato No.006-2019 INV se estableció un plazo de 90 días siguientes a la aceptación final.

Es importante señalar que, se produce una especie de excepción a la regla establecida en el numeral 6 del artículo 101 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, cuando la entidad contratante decide recibir para

su uso, una obra sustancialmente ejecutada, ya que la figura de la entrega y recepción sustancial de la obra implica entonces para la entidad contratante una regla que cumplir, la cual consiste en devolver al contratista hasta el 50% de la retención cuando esta es superior al costo de los trabajos por realizar, y al ser una regla que cumplir para la entidad, se convierte a su vez en un derecho a ser exigido o solicitado por el contratista.

Esta regla establecida en el caso de la entrega y recepción sustancial de una obra, tiene como finalidad proteger los intereses de ambas partes, porque como se puede apreciar el Estado no queda desprotegido, en virtud que la norma deja claramente establecido que cuando esto se produce, la fianza de cumplimiento establece que para responder por vicios redhibitorios y defectos de reconstrucción o de construcción, empezará a regir desde el recibo de la parte sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado, y para el resto de la obra, a partir del acta de aceptación final, y de esta manera también se regula de forma justa la responsabilidad del contratista de garantizar la obra, respecto a la parte entregada sustancialmente y lo pendiente por entregar o ejecutar.

Por lo anterior, con apego a lo establecido en la Ley, indicamos que, cuando en un contrato de obra se establecen pagos por avance y se aplican retenciones, una vez que se produce una entrega sustancial de la obra, la norma llama a la entidad contratante a aplicar la regla de la devolución de hasta el 50% de las retenciones al contratista cuando esta es superior al costo de los trabajos por realizar.

Sin otro particular por el momento, se despide de usted,

Atentamente,

RAPHAEL A. FUENTES G.

Director General

MAP/jilw.-
Map