

Panamá, 28 de enero de 2025
DGCP-DS-DJ-095-2025

Doctor
José Villarreal
Director General Encargado
Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá
E. S. D.

Doctor Villarreal:

Damos respuesta a la Nota No. DG-04-01-25 de 02 de enero de 2025, recibida en esta Dirección el día 06 de enero de 2025, a través de la cual hace de nuestro conocimiento que ante su entidad, se presentó una gestión de cobro de parte de la empresa contratista RS CONTRACTOR, S.A., por la suma de B/. 227,220.76, monto que corresponde al 50% del excedente de las retenciones realizadas en virtud de la ejecución de los trabajos amparados en el contrato No. 11-2016, mismo que se deriva del proceso de selección de contratista No. 2016-1-25-0-08-LV-015841.

Indica en su misiva que, las retenciones realizadas obedecen a los pagos por avance de la entrega sustancial de la obra de construcción de las nuevas instalaciones que albergan las oficinas y laboratorios central del IDIAP, retención que para la Contraloría General de la República corresponde a la suma de B/. 86,942.76 y no a la señalada por la empresa contratista; razón por la cual culmina consultando se le aclare cuál sería la correcta fórmula para determinar la suma a pagar frente a la ausencia tanto en el contrato, como en el pliego de cargos de una fórmula que así lo indique, conforme a lo señalado en el numeral 4 del artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, normativa bajo la cual se realizó la contratación.

Por consiguiente, debemos indicar 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 interpretación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

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 48 de 2011, 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 86 y 87:

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 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 87. 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. 11-2016 se estableció un plazo de 60 días después de la entrega definitiva de la obra.

Es importante señalar que, se produce una especie de excepción a la regla establecida en el numeral 6 del artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, 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 debe 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, 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 y que, si bien la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 del 2011 no entra a definir el uso de fórmulas para determinar el alcance del monto de la retención que debe ser pagada al contratista, queda abierta la posibilidad para que la entidad conjuntamente con su equipo técnico-legal y el contratista, evalúen y validen toda la documentación que estimen necesaria que pueda determinar con el mayor grado de certeza el alcance económico que debe ser reconocido al contratista y someter luego dichos acuerdos a la Contraloría General de la República.

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

Atentamente,

JAVIER RAÚL MARQUINEZ DEJUD
DIRECTOR GENERAL

AA/MAP/EB

Map EB