

Panamá, 23 de octubre de 1998.

Honorable Representante  
**Sergio Rodríguez**  
Presidente del Consejo Municipal de Olá.  
Distrito de Olá, Provincia de Coclé.

Por este medio doy respuesta a la consulta que nos formuló mediante Nota N°072-98 del 27 de julio de 1998, recibida en nuestro Despacho el día 4 de septiembre del mismo año.

En la mencionada nota, nos formula las siguientes interrogantes:

1. ¿No puede un Presidente del Concejo Municipal suspender un pago a un contratista cuando existan anomalías en la ejecución de una obra y, máxime, cuando hay quejas por escrito de ellas por parte de la comunidad?
2. Si son aplicables en estos casos los artículos 4 y 17 (numerales 11 y 16) de la Ley N°106 de 1973?
3. ¿Si la Resolución N°04 del 11 de agosto de 1997, no ampara al Presidente del Concejo Municipal para suspender o consultar antes de firmar lo referente al pago de un contrato, como es lo acontecido en el caso que nos ocupa?
4. ¿Si el Presidente del Concejo Municipal no puede pedir la reconsideración de lo actuado por la Contraloría y el MIPPE, cuando exista inconformidad de la comunidad, de los Honorables Representantes o del propio Presidente del Concejo?

5. ¿Si después de un litigio como el presente, el contratista tiene la obligación de ejecutar el Proyecto en cuestión, máxime, que el MIPPE, para justificar el proyecto y pagar, tramitó una transferencia de partida y la Contraloría una adenda al contrato, y yo tuve que firmar el cheque debido a que ninguna de estas dos instituciones asumieron sus obligaciones responsablemente?

6. ¿Si el Concejo Municipal tiene la facultad para aprobar una Resolución inhabilitando a un contratista que incumple sus obligaciones como en el presente caso?

7. ¿Considera Usted que la medida cautelar adoptada contra mi persona, que actuaba como Presidente del Concejo Municipal de Olá y en protección y defensa de los intereses del Municipio, se justifica, a pesar de los dados irreversibles que la misma ocasiona? (sic)

Según podemos apreciar en los antecedentes que ha adjuntado a su consulta, la misma se origina por los siguientes hechos:

1. Entre el señor CECILIO CASTILLO y su persona, en calidad del Presidente del Concejo Municipal de Olá celebraron el Contrato N°004 del 25 de noviembre de 1996, en virtud del cual, el contratista se obligó a realizar el corte de camino Volca-La Mina, con una extensión de cinco kilómetros y por la suma de B/9,998.00.

2. Posteriormente, usted recibe una nota firmada por numerosos moradores de la comunidad, en la cual manifiestan su inconformidad con el trabajo realizado.

3. También afirma, que el contratista no cumplió con la obra realizada porque ejecutó el proyecto en El Helechal-Volca-Los Machos, a pesar de que el contrato se refería al corte de camino Volca.Las Minas, con una extensión de 5 kilómetros.

Tal como se vio antes, la primera pregunta que nos formula guarda relación con la posibilidad de suspender los pagos que deba hacer el Presidente del Consejo Municipal por obras contratadas, en caso de que éstas presenten alguna anomalía.

Para responder la referida interrogante, es necesario partir del hecho de que los contratos administrativos son ley entre las partes, lo que significa que cada uno de los contratantes está obligado a cumplir estrictamente con las cláusulas contractuales que hubieren pactado. De igual modo, están obligados a cumplir las normas y principios que rigen la contratación pública.

De lo anterior se desprende, que así como el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra de acuerdo con las especificaciones contenidas en el pliego, el Estado o la entidad pública respectiva, está en la obligación de cumplir con los pagos por la ejecución de la misma.

La suspensión del pago, en consecuencia, sólo debe proceder por motivos o razones fundadas en la Ley, puesto que, de otro modo, el funcionario que retire un pago indebidamente o por razones extrajurídicas podría incurrir en el delito de "abuso de autoridad". Además, el Estado o el Municipio podría resultar económicamente afectado porque, según el artículo 80 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, si los pagos no se realizan dentro de los siguientes noventa (90) días a la presentación de la cuenta y ello ocurre por razones imputables a la entidad contratante, el contratista tendrá derecho al pago del interés moratorio (interés por la mora en el pago), en base a la tasa prevista en el artículo 1072-A del Código Fiscal.

De acuerdo con la mencionada Ley N°56 de 1995, la retención del pago procede por razón de retrasos o demora en la ejecución de la obra tal como se desprende de la parte inicial del artículo 80, que expresa lo siguiente:

**"Artículo 80. El pago. Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato. A tales efectos, en el caso de obras, el contratista remitirá mensualmente informes sobre el avance de la obra como presupuesto para el pago..."**

(El subrayado es nuestro)

En el caso de "anomalías" o de deficiencias en la ejecución de la obra estamos ante una situación distinta, puesto que ellas suponen que la ejecución de la obra por parte del contratista no se realiza de conformidad con las estipulaciones contempladas en el pliego de cargos. La consecuencia jurídica prevista en la Ley para estos casos es la llamada "resolución administrativa" del contrato, que opera por causas o motivos establecidos en el respectivo contrato o en la Ley. Una de las principales y más frecuentes causas de

resolución administrativa de los contratos públicos esta contemplada en el numeral 1° del artículo 104 de la mencionada Ley N°56 de 1995, que expresa lo siguiente:

**“Artículo 104. Resolución Administrativa del contrato.** Como causales de resolución administrativa además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...”

El artículo 105 de la misma Ley es mucho más claro sobre el punto al indicar en su parte inicial que “El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, dará lugar a la resolución administrativa debidamente motivado”. El artículo 106 señala el procedimiento que la entidad contratante debe seguir para adoptar la referida medida, el cual fue resumido por la Sala Tercera en su Sentencia del 9 de julio de 1998, en los siguientes términos:

“El precepto citado enumera las reglas que debe cumplir la entidad pública respectiva para declarar resuelto administrativamente un contrato, a saber:

1. Deben realizarse las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos y comprobar si se ha incurrido en una causal de resolución administrativa del contrato (num.1);
2. Cuando sea factible, la entidad contratante puede otorgar un plazo al contratista para que corrija los hechos que determinaron el inicio de las investigaciones (num.1);
3. Si la entidad pública considera necesario resolver el contrato, debe notificar personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de esta decisión y concediéndole un plazo de cinco (5) días hábiles para que conteste

- y aporte las pruebas que estime pertinentes (num.1);
4. Recibida la contestación, el funcionario debe resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de las partes, o de la exoneración de responsabilidad si fuere el caso y de las normas legales infringidas (nm.3);
  5. Esta resolución, que debe estar debidamente motivada y notificarse personalmente al afectado, admite recurso de reconsideración, con el cual queda agotada la vía gubernativa, para recurrir a la vía contencioso-administrativa (nums. 3, 4 y 5)

Cabe agregar, que el procedimiento anotado está dirigido a comprobar si se dio alguno de los hechos enumerados en el artículo 68 del Código Fiscal o en el propio contrato que dan lugar a la resolución administrativa de dicho contrato o la corrección de tales hechos, cuando ello fuere factible.”

No obstante, lo expresado, consideramos que aun cuando la resolución administrativa del contrato puede proceder en aquellos casos en que el contratista incumpla alguna de las cláusulas pactadas, no siempre la adopción de esta medida es la más adecuada dado que, por lo general, ello implica mayores retrasos y dificultades en la ejecución de la obra, con el consiguiente perjuicio a los destinatarios de la misma, es decir, a la propia comunidad. Estimamos, por tanto, que si las anomalías o deficiencias que presenta la obra contratada son susceptibles de ser corregidas por cuenta del contratista, en lugar de resolver el contrato administrativamente, la entidad contratante podría retener los pagos que deba efectuar al contratista, hasta tanto éste cumpla con lo pactado haciendo las correcciones pertinentes. De lo contrario, podría procederse a la resolución administrativa del contrato.

En la segunda interrogante nos pregunta, si los artículos 4 y 17 (numerales 11 y 16) son aplicables en el presente caso. El contenido de estos preceptos es el siguiente:

**“ARTÍCULO 4.** Las corporaciones o personas que legalmente representen a los Municipios, cuando actuen a nombre de éstos y estén legalmente autorizados para ello por el respectivo Concejo, tendrán capacidad plena para adquirir, reivindicar, conservar, administrar y gravar bienes del Municipio, o para establecer y explotar obras y servicios públicos, dentro de su territorio para obligarse o en fin para ejercitar toda clase de acciones en el orden administrativo, fiscal o contencioso-administrativo.”

**“ARTÍCULO 17.** Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

...

Autorizar y aprobar la celebración de contratos sobre concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos municipales y lo relativo a la construcción y ejecución de obras públicas municipales”.

...

16. Ejercer las acciones constitucionales y legales a que haya lugar, en nombre del Municipio y en defensa de sus derechos.

...”

En primer lugar, consideramos que el artículo 4 y el numeral 11 del artículo 17 fueron aplicados desde el momento en que el Presidente y el Consejo Municipal del Distrito de Olá ejercieron las atribuciones que estos preceptos consagran con relación a la construcción de obras municipales y a la capacidad para obligar y representar al Municipio.

En el caso del numeral 16 del citado artículo 17, se desprende de su contenido, que los Consejos Municipales pueden interponer las demandas, denuncias u otra medida similar ante las autoridades judiciales o administrativas, a fin de defender los derechos e intereses del Municipio. De modo que, si en el presente caso se hubiere comprobado que efectivamente se le lesionaron o efectuaron bienes o fondos del Municipio de Olá, podrían

promoverse las acciones constitucionales o legales que sean pertinentes en defensa de los mismos.

Por lo que se refiere a su tercera pregunta, consideramos que la Resolución N°4 del 11 de agosto de 1994, que consta en los antecedentes que nos remitió, no autoriza al Presidente del Consejo Municipal de Olá para suspender los pagos que debió hacer al contratista, tal como puede extraerse de la lectura de los cuatro puntos que contiene su parte resolutive, en los que ni siquiera se alude a la suspensión de los pagos.

Definitivamente, que por razón de las irregularidades a las que se hace referencia en la precitada resolución, el Presidente del Consejo Municipal estaba obligado a hacer las consultas pertinentes al Ministerio de Planificación y a la Contraloría General de la República a fin de que estos Organismos determinan si debían o no hacerse el pago al contratista.

En su cuarta interrogante nos dice: ¿Puede el Presidente del Concejo Municipal pedir la reconsideración de lo actuado por la Contraloría-MIPPE, cuando exista inconformidad con la comunidad, por los Honorables Representantes o por el propio Presidente del Concejo?

En la citada interrogante, no se señala exactamente a qué actuación de la Contraloría y del MIPPE se refiere, pero parece inferirse de los antecedentes, que usted se refiere a la reprogramación del Proyecto Volca-Mina y a la Adenda al Contrato N°004 del 25 de noviembre de 1996. En nuestro concepto, en el presente caso estamos en presencia de actuaciones administrativas de carácter general que no son legalmente impugnables en vía gubernativa por medio de un recurso de reconsideración, empleado normalmente para pedir la revocatoria de actos que afectan intereses particulares o individuales de una persona.

A nuestro juicio, tampoco cabe la posibilidad de impugnar dichos actos por medio de una acción contencioso-administrativa de nulidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, debido al hecho que tales actos se refieren a la vigencia fiscal del año 1997, que ya ha fenecido.

En su quinta interrogante nos pregunta: ¿Si después de un litigio como el presente el contratista tiene la obligación de ejecutar el Proyecto en cuestión, máxime, que el MIPPE, para justificar el proyecto y pagar, tramitó una transferencia de partida y la Contraloría una adenda al contrato, y yo tuve

que firmar debido a que ninguna de esta dos instituciones asumieron responsablemente sus obligaciones?

Como usted señala en su consulta, el contratista incumplió el Contrato N°004 debido a que la obra ejecutada consistía en el corte de camino "El Helechal-Volca, hacia Los Machos", a pesar de que, según el referido contrato, la obra a realizar era el corte de camino Volca-La Mina.

Sin embargo, se aprecia en los antecedentes remitidos con su consulta que tanto el MIPPE como la Contraloría General de la República tramitaron una Adenda al Contrato N°004 del 25 de diciembre de 1997, en la que se incluye la cláusula siguiente:

"El contratista se compromete a realizar por su cuenta del Trabajo Corte de Camino El Helechal, Volca, Los Machos, hasta la Escuela con una longitud de 5 KMS."

Es importante anotar que la referida Adenda, jurídicamente, constituye una modificación al objeto del Contrato N°004. Por tanto, en nuestro concepto, mal podría ahora exigírsele al contratista, después de haberse modificado el objeto del contrato, que cumpla con el corte de camino Volca-La Mina.

En cuanto a su sexta interrogante, debemos indicarle que el Consejo Municipal de Olá no tiene facultad legal para inhabilitar a un contratista que ha incumplido con un contrato administrativo, ya que ello corresponde a la Dirección General de Proveduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, tal como estipula el artículo 67 del Decreto Ejecutivo N°18 de 25 de enero de 1996, por el cual se reglamenta la Ley N°56 de 1996, que textualmente dice:

"ARTÍCULO 67. El Ministerio de Hacienda y Tesoro, a través de la Dirección de Proveduría y Gastos, tiene como atribución la de inhabilitar, para ser proponente en contrataciones con el Estado, por el término de tres (3) meses la primera vez, y por seis (6) meses en caso de reincidencia, a quienes mediante resolución ejecutoriada se les haya resuelto un contrato por cualquiera de las causales

establecidas en el artículo 104 de la Ley N°.56 de 27 de diciembre de 1995; y Esto trae como consecuencia, la emisión del correspondiente certificado de postor mientras dure la inhabilitación”.

Finalmente, y con relación a su última interrogante, debemos señalarle, que no es función de este Despacho entrar a determinar si la medida cautelar de presentarse periódicamente a la Fiscalía del Circuito Judicial de Coclé, se justifica o no, o si es legal o no, pues, ello correspondería al Juzgado 2do del Circuito de Coclé, Ramo Penal, en el que se tramitaba el proceso penal seguido en su contra por el supuesto delito contra la Administración Pública.

De esta forma esperamos haber cumplido con nuestro deber de orientarle y resolver las interrogantes formuladas, me suscribo, atentamente,

**Alma Montenegro de Fletcher**  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.

**“1999: Año de la Reversión de Canal a Panamá”**