



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 28 de febrero de 2019
C-023-19

Licenciado

Manuel M. Grimaldo

Gerente General

Zona Libre de Colón

E. S. D.

Ref.: Viabilidad jurídica para que el Comité Ejecutivo de la Zona Libre de Colón, previa la anulación de una resolución, autorice el pago de extras realizadas en la construcción de una obra ya concluida.

Señor Gerente General:

Me dirijo a usted en ocasión de dar respuesta a su nota número REF.: G.G.-308-2019 de 17 de enero de 2019, mediante la cual solicita el criterio legal de la Procuraduría de la Administración, acerca de la viabilidad jurídica para que, el Comité Ejecutivo de la Zona Libre de Colón, previa anulación de la Resolución N°022-16 que dictó el 24 de junio de 2016, autorice el pago de B/ 932,601.64, en concepto de extras realizadas en una obra ya concluida.

Sobre el particular, la pregunta formulada envuelve dos supuestos, uno tiene que ver si el Comité Ejecutivo de la Zona Libre de Colón puede anular o revocar la Resolución N° 022-16 que dictó el 24 de junio de 2016, y el otro, si ese mismo cuerpo colegiado puede autorizar el pago de trabajos extras realizados en una obra ya concluida, y que está siendo utilizada por la entidad contratante.

En relación al primer supuesto, la opinión de la Procuraduría de la Administración es que al no contemplar la Ley de Contratación Pública un procedimiento especial en torno a si es posible anular o revocar de oficio o a instancia de parte, una resolución que niega la solicitud de prórroga de un contrato, la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, regula en forma supletoria la materia, y esta Ley tiene instituido el principio de irrevocabilidad de los actos administrativo, según el cual la Administración no puede revocar sus propios actos, al menos que se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 62 de la misma excerta legal.

En relación al otro supuesto, o sea, la autorización del pago de las extras realizadas a una obra ya concluida, consideramos que la propia entidad contratante es a la que le corresponde determinar si el pago procede o no, tomando en cuenta las condiciones generales y especiales del pliego de cargos, las especificaciones técnicas contempladas en el mismo, las cláusulas del Contrato N° C0-34-12 de 12 de junio de 2012 que la entidad contratante celebró con ITECPA, S.A., las adendas, las órdenes de cambios y los informes elaborados por los inspectores nombrados por la contratista, sin perder de vista las competencias que le corresponde a la Contraloría General de la República, sobre la materia.

Para una mejor comprensión del asunto sometido a nuestra consideración, hacemos una síntesis de los antecedentes del caso, en la forma en que lo relata la nota número REF.: G.G.-308-2019, antes citada, para luego abordar los dos aspectos a los que se refiere la consulta: sobre la anulación de la Resolución N° 022 de 24 de junio de 2016, emitida por el Comité de la Zona Libre de Colón, y sobre la autorización para autorizar el pago de las extras realizadas en la construcción de una obra.

I. Antecedentes

El 21 de junio de 2012, la Zona Libre de Colón y la empresa ITECPA, S.A., suscribieron el Contrato N°CO-34-12, para la ampliación de la Calle 15 en la Zona Libre de Colón, incluyendo rediseño y construcción de toda la infraestructura eléctrica y de telecomunicaciones en las área existente a lo largo toda la calle, para convertirlas en sistema soterrado, por un monto de B/ 5,543,276.25, obra que debió haberse concluido en un plazo de 545 días calendarios, a partir de la orden de proceder, orden que se expidió el 12 de noviembre de 2012.

Durante la vigencia del contrato, se aprobaron tres adendas, autorizadas por el Comité Ejecutivo y refrendadas por la Contraloría General, y de acuerdo a la última, la obra debió haber sido finalizada el 30 de abril de 2016, sin embargo, ese día, la contratista hizo entrega de una parte sustancial de la misma, para lo cual, el técnico responsable por la Zona Libre de Colón, el representante de la contratista y el fiscalizador de la Contraloría General de la República, suscribieron el acta de recibido sustancial de la obra.

En esa acta se plasmaron algunas observaciones, entre ellas, que la adenda N° 4 y la formalización de las cantidades finalmente ejecutadas, respaldadas por las órdenes de cambio 1,2 y 3 por la suma de B/ 510.092.50, que no fueron establecidas en las adendas anteriores, se encontraban en trámite.

Como la obra no fue terminada en la fecha señalada en la adenda N° 3, la contratista solicitó una cuarta prórroga, hasta el 30 de septiembre de 2016, pero mediante Resolución N° 022-16 de 24 de junio de 2016, el Comité Ejecutivo de la Zona Libre de Colón negó la solicitud, y advirtió que, “debido al incumplimiento, se aplicarían las cláusulas de penalización del contrato”.

Destaca la consulta que las órdenes de cambio no reflejaban valores adicionales ni establecen el valor aducido en el acta de recibido sustancial; que la Institución no cuenta con las originales de las ordenes de cambio, sino solo con copias simple; y que finalmente, el 30 de enero de 2017, se firmó el acta de inspección final, en la que se plasmó que la obra “cumple con lo establecido en el contrato”.

II. Criterio de la Procuraduría de la Administración.

A. Sobre la anulación de la Resolución N° 022-15 de 24 de junio de 2016.

Según lo indica la nota número REF.: G.G.-308-2019 de 17 de enero de 2019, la Resolución N° 022-16 de 24 de junio de 2016, en su parte resolutive dice.

“... Artículo 1: NEGAR la solicitud de prórroga del Contrato CO-034-12 suscrito con ITECPA, S.A.

Parágrafo: Advertir a la empresa que dado el incumplimiento es objeto de la aplicación de las cláusulas de penalización del contrato.

...”

Dicha resolución fue dictada por el Comité Ejecutivo de la Zona Libre de Colón, en ejercicio de la potestad discrecional que le otorgaba la Ley 22 de 28 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, contenida en el Texto Único ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011 (en adelante el Texto Único subrogado), vigente al momento en que se dictó la Resolución N° 022-16, y que facultaba a las entidades contratantes a aprobar o negar las solicitudes de prórrogas.¹

De la lectura de la parte resolutive de la resolución en comento, se puede colegir que la misma fue dictada el 24 de junio de 2016, y que no reconoce ni declara derechos a favor de terceros, sino que niega la solicitud de prórroga y le advierte a la contratista sobre la posibilidad de aplicar las cláusulas de penalización pactadas en el contrato, debido al incumplimiento.

En razón a que la resolución de marras no reconoce ni declara derechos a favor de terceros, la misma no puede ser anulada o revocada de oficio, ni siquiera a petición de parte, porque la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el procedimiento administrativo general, y que se aplica supletoriamente al procedimiento administrativo de selección de contratista, consagra en su artículo 51 el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos, pero el artículo 62 establece una excepción cuando se cumplen los supuestos previstos en este artículo. Para mayor claridad, transcribimos estos artículos:

“Artículo 51. Los actos administrativos *no podrán anularse* por causas distintas de las consagradas *taxativamente* en la ley....” (Cursivas de la Procuraduría).

“Artículo 62. Las autoridades públicas *solamente podrán anular o revocar de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:*

1. Si fuese emitida sin competencia para ello;
2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;
3. Si el afectado consiente en su revocatoria;
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

¹ El Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de enero de 2011 (Gaceta Oficial N° 26,829 de 15 de julio de 2011), estuvo vigente hasta el 29 de marzo de 2018, cuando entró a regir la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017, “Que reforma la Ley 22 de 2006 y dicta otras disposiciones”, que en su artículo dispuso que los procedimientos de selección de contratistas o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de esa Ley, se les aplicará las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento.

En contra de la decisión de revocatoria o anulación, puede el interesado interponer, dentro los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la ley.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo, no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla, fundado en causa legal, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho.”
(Cursivas de la Procuraduría).

En relación a lo anterior, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 31 de marzo de 2015, se pronunció en este sentido, o sea, que la administración solamente podrá anular o revocar una resolución en firme, si la misma reconoce derechos a favor de terceros y se cumplan con los presupuestos previstos en el artículo 62 de la Ley 38 de 2000. Así se expresó la Sala:

“ ...

En el primer problema jurídico planteado, esta Corporación considera importante partir expresando, que si bien el artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre el Procedimiento Administrativo General, enuncia causales específicas y el procedimiento para que una entidad pública pueda revocar de oficio una resolución en firme, **también queda entendido que no a toda actuación de una autoridad estatal le es aplicable esa figura jurídica**, en virtud de que el acto a que refiere esa norma a revocar, debe cumplir ciertos presupuestos, como lo es, **que se trate de una resolución en firme que haya reconocido derechos a favor de terceros.**

...
...

Cabe señalar también, que consecuente con lo anterior, la Ley en comento, al definir revocatoria señala, "es la decisión adoptada por autoridad competente que deja sin efecto una decisión o acto anterior". Lo anterior pone de manifiesto, que **la viabilidad de aplicar el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, dependerá de que estemos frente a una resolución en firme en que la autoridad haya adoptado una decisión que reconozca derechos a terceros**" (lo resaltado en negrita es del Despacho).

Como consecuencia de lo anterior, el criterio de la Procuraduría de la Administración es que, al no contemplar la Ley de Contratación Pública un procedimiento especial en torno a si es posible anular o revocar de oficio o a instancia de parte, una resolución que niega la solicitud de prórroga de un contrato, la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, regula esta materia en forma supletoria la materia, de manera que la revocatoria solo procede si se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 62 de dicha excerta legal.

B. Autorización para aprobar el pago de extras realizadas en la obra.

Como expresamos en párrafos anteriores, la Resolución N° 022-16 se dictó dentro del procedimiento de ejecución del Contrato N° CO-34-12, pero no obstante haber vencido el plazo estipulado en la adenda N° 3 para la entrega de la obra, tanto el contrato como el procedimiento de ejecución se mantienen vigentes.

Según la estructura de la Ley 22 de 2006 y su normativa, el procedimiento de selección de contratista tiene varias fases: la precontractual, que se inicia con la convocatoria y termina con la evaluación y adjudicación del contrato; la contractual, que consiste en la firma y refrendo del mismo; y la fase de liquidación del contrato, que consiste en el balance de las deudas que las partes mantenga recíprocamente.

El contrato no termina por el vencimiento del plazo, sino cuando finalice el procedimiento de liquidación. Al respecto, el artículo 97 del Texto Único ordenado por la Ley 48 de 2011 dice que liquidación es “*el procedimiento a través del cual, una vez terminada la ejecución del contrato, las partes determinan las sumas adeudadas entre si*”.

El artículo 99 del nuevo Texto Único de la Ley 22 de 2006 (ordenado por la Ley 61 de 2017), rescata esta definición, pero va más allá, dispone de manera categórica que, mientras no sean liquidados, los contratos se entenderán vigentes.

“Artículo 99. Vigencia y liquidación de los contratos. Los contratos se entenderán vigentes hasta su liquidación.

Para los 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

...” (Las cursivas y lo subrayado es de la Procuraduría).

Refiriéndose al momento en que se considera extinguido el contrato, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en la Resolución N° 033-2012/TAdCP de 9 de marzo de 2012, expresó:

“...

Ahora bien, en relación al punto medular del acto impugnado... se ha concluido que el contrato de marras no se encontraba extinguido al momento de expedirse la resolución administrativa del contrato al considerar que la extinción del contrato, se configura con la liquidación del mismo, lo que en el presente caso, aún no ha ocurrido.

...

Tratándose el caso que nos ocupa de un contrato de obra, mientras el mismo no se liquide ése se encuentra vivo. Lo antes expuesto encuentra su fundamento en el artículo 97 [99 del nuevo Texto Único] de la Ley N° 22 de 2006... (Subraya la Procuraduría)

En el caso particular que nos atañe, la obra fue terminada después del 30 de abril de 2016, o sea, después que expiró el plazo establecido en la adenda N°3, pero como la entidad contratante no inició el procedimiento de resolución del contrato regulado en los artículos 115 y 116 del Texto Único vigente al momento en que se dictó la Resolución N° 022-16,

sino que permitió que la contratista finalizara la obra, lo que procede es activar el procedimiento de liquidación, recordando que liquidación es el procedimiento a través del cual, una vez terminada la ejecución del contrato, *las partes determinan las sumas adeudadas.*

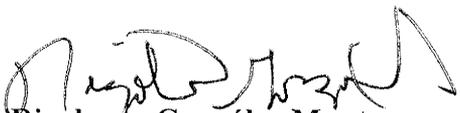
La frase que tenemos en cursivas, empleada en el artículo 97 del Texto Único subrogado, evoca la figura de la compensación regulada en el Código Civil, como una de los modos de extinguir obligaciones, que tiene lugar “cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una con la otra” (Cfr. artículo 1081), y en el caso que nos atañe, la liquidación del contrato ocurrirá cuando las partes se presenten las deudas que se tengan recíprocamente.

En este sentido, le corresponde a la Zona Libre de Colón determinar si procede o no el pago por el monto que señala la consulta, previo el análisis del acta o documento de la reunión de homologación, si lo hubiere; las condiciones generales, específicas, y la especificaciones técnicas contempladas en el pliego de cargos; las cláusulas pactadas en el Contrato N° CO-34-12 y sus adendas; los documentos que autorizaron las órdenes de cambios; si los trabajos que se dice que son adicionales no estaban contemplados en el pliego de cargos y si fueron efectivamente realizados; y los informes de los inspectores de la entidad contratante, que fueron designados en la construcción de la obra.

Cabe mencionar que a la Contraloría General de la República le corresponderá aprobar o improbar el pago, en vista que, entre sus funciones, está la de fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley (Cfr. artículo 280, numeral 4 de la Constitución Política) e improbar toda orden de pago contra un Tesoro Público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público (Cfr. artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, “Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”).

Con fundamento en las normas y consideraciones antes expuestas, la Procuraduría de la Administración expresa su criterio jurídico, manifestando que le corresponde a la Zona Libre de Colón, determinar si es viable o no pagarle a la contratista, los trabajos extras que se alegan fueron realizados, tomando en cuenta los documentos a los que aludimos en párrafos anteriores (acta de homologación, pliego de cargos...), sin perjuicio de las facultades que en esta materia, le corresponde a la Contraloría General de la República.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/gac

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310

* E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa