



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 9 de diciembre de 2021
C-208-21

Licenciado
Generoso Guerra Moreno
Ciudad.

Ref: Rescisión de Contrato Administrativo por incumplimiento del contratista.

Licenciado Guerra:

Por este medio nos referimos a su memorial presentado el 25 de noviembre de 2021, mediante el cual formula a esta Procuraduría de la Administración la siguiente consulta:

“Si un Contrato suscrito entre una Entidad Autónoma del Estado Panameño, como lo es el Instituto de Acueducto y Alcantarillados Nacionales (IDAAAN), para la ejecución de un determinado proyecto, se rescinde por incumplimiento del CONTRATISTA mediante una Resolución Administrativa que resuelve además, NOTIFICAR y remitir copia de esta Resolución a la FIADORA para los fines legales a que hayòn lugar en la Fianza de Cumplimiento y la Fianza de Pago Anticipado del Contrato, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista e todos sus derechos y obligaciones.

Si puede ser factible que este contrato pueda ser reactivado a la vida jurídica, toda vez que la Empresa Aseguradora ha manifestado por escrito su voluntad, de sustituir al contratista.

Y si existe la obligatoriedad o no, de que la Institución reactive el contrato con la aseguradora sustituyendo al CONTRATISTA.”

Al respecto, debemos expresarle que, tal como lo prevé el artículo 2 de la Ley N^o 38 de 31 de julio de 2000, Orgánica de la Procuraduría de la Administración, “*las actuaciones de esta Procuraduría se extiende al ámbito jurídico administrativo del Estado, excluyendo las funciones jurisdiccionales, legislativas y, en general, las competencias especiales que tengan otros organismos oficiales*”, y ocurre que en el presente caso, el numeral 1 del artículo 15 del Texto Único de la Ley N^o 22 de 22 de junio de 2006, “Que regula la Contratación Pública” ordenado por la Ley N^o 153 de 2020, señala que le corresponde al Director General de Contrataciones Públicas: “Absolver las consultas en materia de implementación y aplicación de la presente Ley.”

No obstante, como quiera que el numeral 6 del artículo 3 de la misma Ley N^o 38 de 2000 señala que la Procuraduría de la Administración tiene como misión brindar orientación legal administrativa al ciudadano en la modalidad de educación informal, procederemos a brindársela, indicándole que la orientación brindada no debe ser valorada como de carácter vinculante. Veamos:

En primer lugar, en vista que usted hace referencia a los artículos 106 y 115 del Texto Único de la Ley N^o 22 de 27 de junio de 2006, “Que regula la Contratación Pública”, ordenado por el artículo 44 de la Ley N^o 48 de 10 de mayo de 2011, debemos manifestar que estamos en presencia de un contrato administrativo iniciado durante la vigencia del referido Texto Único.

Sobre el particular, los artículos en mención, o sea, el 106 y 115 y los artículos 116 y 117, que guardan relación con el tema, disponen lo siguiente:

“Artículo 106. Ejecución y extinción de las fianzas. Si el proponente seleccionado no constituye la fianza de cumplimiento dentro del término correspondiente, perderá la fianza de propuesta, que quedará a favor del Tesoro Nacional. En caso de incumplimiento del contrato por el contratista, este perderá, en todos los casos, la fianza de cumplimiento de contrato otorgada, la que ingresará al Tesoro Nacional. Si la fianza fuera otorgada por una institución bancaria o de seguros, *la fiadora tendrá, dentro de los treinta días calendario siguientes a la notificación de incumplimiento, la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta y riesgo de la fiadora, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.* Ejecutada la obra contratada, la fianza de cumplimiento continuará en vigencia por el término de un año... Vencidos estos términos y no habiendo responsabilidad, se cancelará la fianza.
...” (Letras en cursivas son del Despacho).

“Artículo 115. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. *El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.* Para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato. *Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre. Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.* Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente Ley, sin perjuicio de la responsabilidad

civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor” (Letras en cursivas son del Despacho).

“**Artículo 116.** Procedimiento de resolución. La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.
3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas.
4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.
5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.
6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000.”

“**Artículo 117.** Competencia. La competencia para inhabilitar a los contratistas por incumplimiento de contratos u órdenes de compra recae en el representante de la entidad o en el servidor público en quien se delegue esta función. *La sanción de inhabilitación se decretará en el mismo acto en que se declara la resolución*

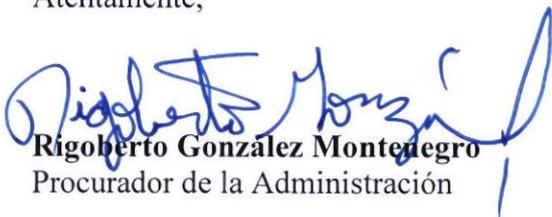
administrativa del contrato. Será responsabilidad de la Dirección General de Contrataciones Públicas reglamentar esta materia. Para efectos de la inhabilitación, se entenderá que los contratistas inhabilitados no podrán participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación, la cual será de tres meses a tres años, dependiendo de la reincidencia, de la cuantía del contrato y de la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento. ..." (Letras en cursivas son del Despacho).

Como se puede observar, el artículo 106 antes citado señala que la fiadora tendrá, dentro de los treinta días calendario siguientes a la notificación de incumplimiento, la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta y riesgo de la fiadora, tenga la capacidad técnica, de modo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115, las cláusulas del contrato principal se hacen extensivas al contrato de fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato, y la fiadora deberá indicarle a la entidad contratante el nuevo contratista quién continuará la ejecución del contrato en nombre de la fiadora.

El contrato es el mismo, solo varía el contratista que es sustituido por otro quien actúa por cuenta y riesgo de la fiadora, pero se mantienen las mismas condiciones del contrato, excepto el término de duración que variará debido al incumplimiento del primer contratista.

En esta forma, hemos procedido a brindarle una orientación respecto a su consulta, reiterándole que la orientación aquí vertida no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que determine una posición vinculante de la Procuraduría de la Administración, en cuanto a los temas consultados, por lo que le exhortamos a que eleve la consulta formal a la DGCP (completar) quienes de acuerdo al a Ley tienen la facultad consultiva y la competencia para pronunciarse respecto del tema sobre el cual le hemos orientado.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/gac