

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 976

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 5 de octubre de 2020

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Javier Ernesto Sheffer Tuñón, actuando en nombre y representación de **Herazo LG Contratistas, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la negativa tácita, por silencio administrativo, en que incurrió el **Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados (IDAAN)** al no dar respuesta a una petición mediante la cual solicita el reconocimiento y cancelación de los intereses moratorios causados por pagos realizados con posterioridad al vencimiento de cuentas conforme a lo establecido en los Contratos 20-2016 y 121-2016, presentada el día 27 de agosto de 2019, y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de demanda.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda que da origen al caso que nos ocupa, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: Este hecho es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 61 y 66 del expediente judicial).

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la recurrente manifiesta que se infringen las siguientes normas:

A. Los artículos 34 y 155 (numeral 1), los cuales establecen, en ese orden, los principios que informan al procedimiento administrativo general; y la obligatoriedad de motivar, con sucinta referencia a hechos y fundamentos, algunos tipos de actos administrativos (Cfr. fojas 11-13 del expediente judicial);

B. Los artículos 13 (numerales 10 y 11) y 79, del Texto Único de la Ley 22 de 2006, los cuales establecen, en ese orden, la obligatoriedad de efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos (numeral 10), y la obligación de programar dentro del presupuesto los fondos necesarios para hacerle frente al pago de intereses moratorios (numeral 11); y que las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos (Cfr. fojas 13-16 del expediente judicial);

C. La Cláusula Séptima, párrafo tercero, de los Contratos 20-2011 (sic) y 121-2016 (idéntica en ambos contratos), la cual establece que los pagos parciales se harán efectivos dentro de un plazo de noventa (90) días, posteriores a la presentación de las cuentas mensuales (Cfr. fojas 14, 61 y 66 del expediente judicial);

D. El artículo 1072 A del Código Fiscal, el cual establece que los créditos a favor del Tesoro Nacional, vencidos y no pagados dentro del plazo legal establecido, devengarán un recargo de 10% y adicionalmente un interés moratorio de dos puntos porcentuales por mes o fracción de mes sobre la tasa de referencia del mercado que indique anualmente la Superintendencia de Bancos (Cfr. 16-20 del expediente judicial);

F. El artículo 24 (numeral k) del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, el cual indica que es obligación y deber de las entidades contratantes efectuar los pagos correspondientes

dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo, y de hacerse en fecha posterior por causa no imputable al contratista, éste tendrá derecho al pago de intereses moratorios (Cfr. 21 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

De las constancias que reposan en autos, se advierte que la sociedad **Herazo LG Contratistas, S.A.** y el **Instituto de Acueductos y Alcantarillados (IDAAN)**, suscribieron el Contrato 20-2016 de 21 de abril de 2016, y el Contrato 121-2016 de 26 de septiembre de 2016, para el “Servicio de Lectura de Medidores y Distribución de Facturas” por el monto de un millón doscientos cincuenta y cinco mil balboas con cuarenta y seis centésimos (B/.1,255.070.46) y por treinta y seis (36) meses, en el caso del primer contrato; y por el monto de un millón ciento ochenta y seis mil ochocientos ochenta y dos balboas con sesenta y dos centésimos (B/.1,186,882.62) y por veintinueve (29) meses, en el caso del segundo contrato (Cfr. fojas 57-68 del expediente judicial).

Producto de la relación contractual antes mencionada, la empresa accionante presentó ante la institución demandada, el día 27 de agosto de 2019, una nota en la que ponía de manifiesto su reclamación en concepto de intereses moratorios, con base a lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

A juicio de la demandante, el **Instituto de Acueductos y Alcantarillados (IDAAN)**, no dio respuesta oportunamente a la reclamación presentada, motivo por el cual, interpuso la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, que ocupa nuestra atención, en la que solicita que:

“1. Declare nula, por ilegal, la negativa tácita por silencio administrativo del IDAAN por el no pago de intereses moratorios solicitados, derivados de la prestación de servicios contractuales a la entidad oficial, por **Herazo LG Contratistas, S.A.**, específicamente por el pago retrasado de cuentas originadas de los contratos *N° 20-2016 Licitación Pública N° 2015-2-66-0-99-LV-009871, de 20 de octubre de 2015 y el Contrato N° 121-2016 Licitación Pública N° 2016-2-66-0-99-AV-010972, de 20 de mayo de 2016.*

2. Restablezca y por tanto reconozca el derecho particular violado en el sentido que la sentencia estimatoria condene al IDAAN, a que pague la suma de B/.82,551.60 a la parte actora, en concepto de intereses moratorios, por pago atrasado de las cuentas presentadas, durante la ejecución de los dos contratos mencionados en el numeral 1 de este petitum, para lo que ha de basarse en el fórmula prevista por el artículo

1072 A del Código Fiscal, de conformidad con la Ley 22 de 2006, artículo 79 y concordantes.” (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

En este contexto, se desprende que la pretensión de la empresa demandante, es que la Sala Tercera condene al **Instituto de Acueductos y Alcantarillados (IDAAN)**, al pago de la suma de ochenta y dos mil quinientos cincuenta y un balboas con sesenta centésimos (B/.82,551.60) en concepto de intereses moratorios dimanantes del pago tardío de las sumas adeudadas a **Herazo LG Contratistas, S.A.**, es decir, con posterioridad al plazo de noventa (90) días, desde la fecha de la presentación de las cuentas mensuales, de conformidad con lo establecido en los contrato antes referidos (Cfr. 3-5 del expediente judicial).

Al respecto, advierte la empresa demandante que tal y como se establece en la cláusula séptima, párrafos segundo y tercero (idénticas en ambos contratos), se indica lo siguiente:

“El contratista deberá presentar mensualmente una cuenta contra EL IDAAN por el valor del servicio y suministro terminado durante el mes anterior, según los pagos establecidos de común acuerdo con el IDAAN, se retendrá el 50% del ITBMS.

Los pagos parciales se harán efectivos dentro un plazo de noventa (90) días, posteriores a la presentación de las cuentas mensuales. No se hará ningún pago antes de que hayan transcurridos treinta (30) días después de emitida la Orden de proceder, previa validación correspondiente del personal designado para tal fin.” (Cfr. fojas 61 y 66 del expediente judicial)

En este sentido, advierte, además, que el artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de junio de 2006, vigente al momento de la suscripción de los contratos enunciados, y aplicable al caso que nos ocupa, señala *que*: “*Las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo*” (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

Además, la empresa demandante señala que en ambos contratos el IDAAN incurrió en pagos retrasados de las cuentas presentadas en tiempo por ésta. A su juicio, se han generado intereses moratorios tal como se detalla en el cuadro visible a fojas 6 a 8 del expediente de marras (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Por su parte, el **Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados (IDAAN)** manifestó en su Informe de Conducta lo que nos permitimos transcribir a continuación:

“ ...

7. Verificado el Cuadro de Intereses Moratorios Pendientes de Pago descritos por la demandante, podemos acotar que se trata de reclamaciones que datan de pagos supuestamente adeudados de manera extemporánea por parte del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), para los años 2016, 2017, 2018 y 2019.

8. Al encontrarnos frente a una reclamación que tiene sus génesis en un contrato público regulado por las disposiciones establecidas por el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, vigentes al 2016, representa de vital importancia aplicar lo establecido por el artículo 71 de la referida disposición legal, la cual no obliga a aplicar las disposiciones del Código Civil para aquellos temas que no se encuentran regulados en dicha norma, como el caso de las reclamaciones para el pago de afectaciones producto de la responsabilidad civil que viene inmersa en toda relación contractual:

“Artículo 71. Disposiciones aplicables a los contratos públicos. Los contratos públicos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones de la presente Ley y disposiciones complementarias, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.”

9. Continuando con este mismo orden de ideas, resulta imperante resaltar, que desde el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en su artículo 144, vigente al 2016, establece categóricamente que la acción civil derivada de las contrataciones públicas, prescribe conforme a los términos dispuesto por el Código Civil de la República de Panamá:

“Artículo 144. Prescripción de acciones de responsabilidad contractual. La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refiere la presente Ley, prescribirá conforme a los términos dispuestos por el Código Civil. La acción disciplinaria prescribirá según los términos establecidos por el Código Administrativo o leyes especiales, y la acción penal prescribirá de acuerdo con los términos dispuestos por el Código Penal.”

10. Basados en las disposiciones del artículo 1706 del Código Civil de la República de Panamá, el plazo para interponer su reclamación para la indemnización a través del pago de los intereses moratorios señalados por la demandante, en el cuadro descrito en su escrito de demanda, fueron presentados de manera extemporánea, tal como se observa en el referido cuadro.

Ahora bien, y luego de expuesto lo anterior, esta Procuraduría es del criterio que no le asiste la razón a la empresa **Herazo LG Contratistas, S.A.**, en cuanto a su pretensión, por las siguientes consideraciones.

Tal y como se observa en las constancias procesales contenidas en autos, los días 21 de abril y 26 de septiembre de 2016, el **Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados (IDAAN)**, y **Herazo LG Contratistas, S.A.**, suscribieron los Contratos 20-2016 y 121-2016 para el "Servicio de Lectura de Medidores y Distribución de Facturas" por un período de treinta y seis (36) meses en el primero de ellos, y por veintinueve (29) meses en el caso del segundo (Cfr. fojas 57-68 del expediente judicial).

En la Cláusula "2" de ambos contratos, se señala el monto a pagar por la institución demandada; un millón doscientos cincuenta y cinco mil balboas con cuarenta y seis centésimos (B/.1,255.070.46), en el caso del primer contrato; y un millón ciento ochenta y seis mil ochocientos ochenta y dos con sesenta y dos centésimos (B/.1,186,882.62), en el caso del segundo (Cfr. fojas 57 y 63 del expediente judicial).

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 86 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, vigente al momento de la celebración del contrato, señala lo siguiente:

"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 ésta se hará a partir de la presentación de la cuenta respectiva con toda la documentación exigida por las reglamentaciones vigentes." (Lo resaltado es nuestro).

De la redacción anterior, se desprende que: **"Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato de obra"**; y **"La cancelación de los pagos se deberá estipular obligatoriamente en el pliego de cargos y en el contrato"**, razón por la cual, este Despacho, luego de hacer una revisión a los Contratos 20-2016 y 121-2016, aprecia que no existe en ninguna de sus cláusulas, condiciones o términos, alguna indicación que establezca el pago de intereses moratorios.

Para lograr una mayor aproximación a lo expresado, los artículos 13 (numeral 10) y 79 de la Ley 22 de 27 de junio 2006, vigente al momento de la celebración del contrato, señalan lo siguiente:

“Artículo 13. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1...

13. Efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dichos pagos los realiza la entidad contratante en **fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, éste tendrá derecho al pago de los intereses moratorios, con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal.** Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado, debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo.”

“Artículo 79. Pago. Las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dichos pagos los realiza la entidad contratante en **fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, éste tendrá derecho al pago de los intereses moratorios con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal.** Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo.” (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, si bien es cierto, el numeral 10 del artículo 13, en concordancia con el artículo 79 de la citada Ley de Contratación Pública, señala que si dichos pagos los realiza la entidad contratante en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, éste tendrá derecho al pago de los intereses moratorios, con base a lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal; no es menos cierto, **que los pagos se deben realizar en la forma prevista en el contrato de obra y el pliego de cargo, y en ninguno de estos se advierte exigir el pago de intereses moratorios referente a atrasos en los pagos acordados.**

Este mismo criterio fue compartido por la Sala Tercera, que al expresarse en la Sentencia de 3 de junio de 2010, respecto de una situación de similar naturaleza, es decir, la reclamación de intereses moratorios, expuso lo siguiente:

“ ...

En el acto demandado, se informó a la empresa recurrente que:

‘ ...

Este Ministerio elevó consulta sobre el tema a la Dirección de Contrataciones Públicas, del Ministerio de Economía y Finanzas y ésta es del criterio siguiente: "...si bien es cierto que los artículos 9, numeral 7 y 80, numeral 2 de la Ley N° 56 de 17 de diciembre de 1995, **establece el derecho al pago de intereses moratorios luego de transcurrido el plazo de 90 días a partir de la presentación de la cuenta, no se puede desconocer que el primer inciso del mismo artículo 80, establece que los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato y, si en el contrato no se ha pactado el pago de intereses moratorios entonces no corresponde al contratista el reclamo de dicho pago.**’

De lo antes expuesto se desprende que **para que se proceda al reconocimiento y pago de los intereses por mora que se causen por el atraso del pago de las cuentas presentadas por los contratistas, debe estar así estipulado dentro del respectivo contrato, tal como lo establece el artículo 80 de la Ley N° 56 de 1995, antes citada.** Por lo tanto, esta institución, siguiendo estos lineamientos, reitera que si en el contrato no se estableció el pago de intereses por mora, no procede el reclamo a propósito de intereses moratorios.

...’

Así las cosas, esta Superioridad y conforme a lo establecido por el artículo 80 de la Ley N° 56 de 27 de septiembre de 1995, se manifiesta que: ‘los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato’, procedió a la revisión de los términos y condiciones del Acto Público Internacional N° 3-98, el Pliego de Cargos, el Contrato N° 023-98 de 14 de mayo de 1998, y la Addenda N° 1 AL, del Contrato N° 023-98; **no encontrando en alguna de sus cláusulas, condiciones o términos de referencia, cláusula alguna que estableciese el pago de intereses moratorios, tal como lo dispone el artículo 80 de la Ley N° 56, en mención.**

...

En referencia a las condiciones previamente estipuladas en las normas transcritas, **esta Corporación es del sustento que la vulneraciones invocadas por la parte demandante, son improcedentes, pues la forma para exigir el pago de intereses moratorios referentes a atrasos en el pago acordado en el contrato, debe constar en lo pactado.** (El énfasis es nuestro).

Igual criterio que el anteriormente expuesto, es decir, el pago de intereses debe constar en el contrato, sostuvo la Sala en su Fallo de 22 de julio de 2002, a saber:

" ...

Luego de examinar el Contrato N° DG-197-93 de 15 de noviembre de 1993, la Enmienda N°1, la Prórroga N°1 y la Prórroga N°2,

conjuntamente con el resto de la documentación que reposa en el expediente, la Sala claramente advierte que si bien es cierto que la Cláusula Cuarta contempla la forma de pago al contratista por el servicio objeto del contrato, en un lapso de 45 días después de presentada la cuenta mensual y el recibo conforme al servicio, que es extensivo a la Enmienda y las prórrogas posteriormente pactadas, **no es menos cierto que no existe cláusula alguna que estipule el pago de los intereses moratorios por omisión o atraso en los pagos realizados por el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (I.R.H.E.).**" (Lo destacado es nuestro).

A juicio de este Despacho, en los Contratos 20-2016 y 121-2016, para el "Servicio de Lectura de Medidores y Distribución de Facturas", **no señalan en ninguna de sus cláusulas, el reconocimiento del pago de intereses moratorios, de sobrevenir atrasos en el pagos de la cuentas.**

Asimismo, este Despacho desea advertir, que si bien es cierto, en materia de contratación pública, la voluntad de las partes no puede estar por encima de la propia Ley que regula esta materia y vigente al momento de la celebración del citado contrato, toda vez que ésta, suple los posibles vacíos existentes en las cláusulas contractuales, no es menos cierto que, **la misma Ley de Contrataciones Públicas señala que: "Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato de obra".**

En consecuencia, a nuestro criterio, no se puede reconocer a la empresa **Herazo LG Contratistas, S.A.**, este tipo de retribución, pues la forma para exigir el pago de intereses moratorios referente a atrasos en el pago acordado en el contrato, debía constar en lo pactado.

Por todo lo anterior, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la negativa tácita, por silencio administrativo**, en la que supuestamente incurrió el **Instituto de Acueductos y Alcantarillados (IDAAN)**, al no dar respuesta a la petición formulada, para el reconocimiento y cancelación de los intereses moratorios causados por pagos realizados con posterioridad al vencimiento de cuentas, conforme a lo establecido en los Contratos 20-2016 de 21 de abril de 2016, y 121-2016 de 26 de septiembre de 2016, y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la empresa demandante.

IV. Pruebas.

4.1. Se **objetan** las pruebas documentales, visibles a fojas 25 a 28 del expediente judicial; puesto que se trata de un documento oficial aportado al proceso en fotocopia simple, lo que es contrario al artículo 833 del Código Judicial.

Para una mejor visualización de nuestro análisis, procedemos a citar el texto de la mencionada norma, que dice:

“Artículo 833: Los documentos se aportarán al proceso en originales o en copias, de conformidad con lo dispuesto en este Código. Las copias podrán consistir en transcripción o reproducción mecánica, química o por cualquier otro medio científico. **Las reproducciones deberán ser autenticadas por el funcionario público encargado de la custodia del original**, a menos que sean compulsadas del original o en copia auténtica en inspección judicial y salvo que la ley disponga otra cosa.” (Lo resaltado es nuestro).

4.2. Se **aduce** como prueba documental la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. **Derecho:** No se acepta el invocado por la empresa **Herazo LG Contratistas, S.A.**

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General