

Ministerio de Obras Públicas  
Materia: sanciones en especie, sanciones económicas  
Contrato de Obras Públicas.

Panamá, 11 de marzo de 1999.

Su Excelencia  
Luis E. Blanco  
Ministro de Obras Públicas  
E. S. D.

Señor Ministro:

En atención a su Nota-Consulta N°. DM-108, fechada 23 de febrero de 1999, y recibida en nuestras oficinas el día 24 de febrero del presente año, tengo a bien dar respuesta a la misma, dentro de nuestra competencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 217 numeral 5, de la Constitución Política Nacional y 346 numeral 6, del Código Judicial.

Según nos plantea Usted en su misiva, existen limitaciones presupuestarias que impiden dar una solución rápida y efectiva a las necesidades en materia vial a la ciudadanía en general. Agrega, que dentro de los contratos de obras se contempla en una de sus cláusulas la aplicación de sanciones económicas a los contratistas por atraso en la ejecución de la obra.

Por tanto, nos pregunta ¿si es viable que el Ministerio de Obras Públicas pueda utilizar el producto de esas sanciones económicas, en la ejecución de otras obras viales necesarias, que efectuaría el contratista con sus equipos de trabajo; la cual estará bajo la supervisión y control de dicho Ministerio y la Contraloría General de la República como cualquier otra actividad contratada.¿

Para efectos de una mejor exposición de la Consulta que absolvemos y en aras de una atinada comprensión, procedemos en primera instancia a hacer unos breves apuntamientos sobre los principios de la contratación administrativa, concepto del Contrato de Obra, y las sanciones económicas; posteriormente, exteriorizaremos el criterio de este Despacho sobre el punto consultado.

#### Principios de la Contratación Administrativa

1. Principio de Continuidad: Este principio es uno de los más importantes en el ejercicio de cualquier actividad administrativa, se trata de la ejecución ininterrumpida de una obra, en el caso nuestro; éste principio habilita a la entidad contratante para exigir a su contratista la no paralización de la ejecución del contrato de modo que, en principio, no se vea ella interrumpida o suspendida por causa alguna. (DROMI, Roberto Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995 p.504-505)

2. Principio de Mutabilidad: Por este principio el Estado tiene la facultad de variar per se lo dispuesto en el contrato y alterar sus prestaciones y condiciones de cumplimiento;

este principio según algunos autores es una condición exorbitante del Derecho Privado. No necesita ser incluido expresamente en los contratos administrativos para que tenga plena existencia; debe considerársele siempre inserto en el Contrato. Sin embargo, las partes pueden estipular en cada contrato el modo y la forma de su ejercicio y los efectos que podrá producir en la relación contractual y aun en su subsistencia.

3. Principio de legalidad: De acuerdo a la norma constitucional ningún funcionario puede hacer más allá de lo que la Ley establece; o sea, no puede establecer requisitos, mecanismos que no estén contenidos en la Ley, Reglamento o Contratos.

### Concepto de Contrato de Obra Pública

La Ley 56 de 1995 de 27 de diciembre de 1995 ¿por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones¿ define en su artículo 3, numeral 6, el Contrato de Obras como: ¿El que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, reparación, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes muebles e inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.¿

El ilustre autor Roberto Dromi, conceptualiza la figura del Contrato de Obra Pública, como la ¿colaboración voluntaria¿ de los administrados, que sé efectiviza a través de contratos. El Contrato de Obra Pública es un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra. (GORDILLO, Agustín A., Obra pública y contrato de obra pública, en ¿Contratos Administrativos¿ citado por Roberto Dromi p. 563)

En sentido lato, el Contrato de Obra Pública es toda construcción integral y reparación realizada por la Administración pública, directamente, sea por contratistas, o bien por concesionarios, sobre cosas (muebles e inmuebles) directa o indirectamente afectadas al uso público. (Cf. Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, T.3. p. 396.)

El Contrato de Obra Pública es un contrato en marcha, y de resultados. Este es el criterio que actualmente predomina en la doctrina y en la jurisprudencia. También se le considera contrato de locación de obra -locatio operis-, pues hay que descartar que se trate de una locación de servicios, ya que en ésta se toma en cuenta la actividad del contratante con independencia del resultado, mientras que la obra resultante, de ese trabajo, el opus, es lo que lo caracteriza; el contratista promete un resultado, que es, en definitiva, lo que el Estado intentaba conseguir al contratar la obra. ( Cf. Fernández Vázquez, Emilio., Diccionario de Derecho Público., Edit. Astrea., Argentina, 1981, p.157)

Ahora bien, es imprescindible saber en que consisten las sanciones pecuniarias; las cuales son multas que impone la entidad contratante a la Contratista, por demora en la ejecución de la obra o incumplimiento de algunas cláusulas del contrato. Toda sanción administrativa aplicable al Contratista debe realizarse dentro del plano de la legalidad. La multa por suspensión o incumplimiento de la obra, prevista en el pliego de Cargo o Contrato, puede acumularse con la pérdida del depósito de garantía, al igual que la cláusula penal con la indemnización por incumplimiento. (Cf. Art. 85 de la Ley 56 de 1995)

Las sanciones pecuniarias tienen como finalidad, garantizar a la Administración Pública el cumplimiento o la ejecución directa de la obra. No obstante, la entidad contratante debe velar por el interés público evitar la paralización de las obras, salvo que sea por caso fortuito o fuerza mayor, la cual deberá ser comprobada debidamente por el Contratista; adoptar las medidas para mantener, el desarrollo y la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras originales al momento de contratar y de realizar sus modificaciones cuando así estén autorizadas por la Ley o el contrato, de acuerdo al pliego de cargos. (Cf. artículo 8 de la Ley 56 de 1995)

Vale recordar que tanto el Pliego de Cargos como el Contrato es ley entre las partes. En ellos se establecen las condiciones, el objeto, el precio, deberes y obligaciones de las partes involucradas en el acto licitatorio. El artículo 10 de la Ley 56 de 1995, señala que la consecución de los fines que trata el artículo 8, obliga a las entidades estatales contratantes a obtener, el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con la Ley, su reglamento y su pliego de cargos.

Ante la búsqueda de alternativas que agilicen los trabajos, la Administración contratará a particulares, los cuales no serán vistos como adversarios, sino como colaboradores de ésta a pesar de los intereses particulares de la empresa. Sin embargo, debe adoptarse medidas que tiendan a satisfacer el interés colectivo, y no cause una mayor erogación para el Estado, esta acción debe regirse por el principio de continuidad administrativa, a través del cual el contrato no debe paralizarse. En otras palabras, si el contratista incumple con los plazos fijados para la terminación de la obra, el mismo deberá responder de acuerdo a la cláusula penal establecida en el pliego de cargo o en los documentos que lo contempla.

Sin embargo, nuestra Legislación en materia de Contratación Pública, no contiene en su normativa la aplicación de SANCIONES EN ESPECIE, más bien habla de Sanciones Pecuniarias, Resolución del Contrato. Veamos lo que disponen los artículos 85, 104, 105 y 106 de la Ley 56 de 1995, señalan:

¿Artículo 85. Cuando por causas imputables al contratista se retrase la entrega de la obra, se aplicarán las cláusulas penales o la resolución del contrato si procede.¿

¿Artículo 104. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

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. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.
3. la quiebra o el concurso de acreedores del contratista, por encontrarse éste en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.

4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.

5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de laguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

PARÁGRAFO: Las causales de resolución administrativas del contrato se entienden incorporados a éste por ministerio de la Ley, aun cuando no se hubiesen incluido expresamente en el contrato.

¿Artículo 105. 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, la que dispondrá un término de treinta (30) 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 éste tenga capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.

En estos casos, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el Artículo 12 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.¿

¿Artículo 106. La Resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el Artículo 105, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad pública 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 licitante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.

3. Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo 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, resolución que deberá ser comunicada personalmente. Las resoluciones siempre serán motivadas.

4. Contra la Resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía administrativa.

5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a instancia del afectado, de conformidad con las disposiciones de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial.

6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.

7. Se remitirá, a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de hacienda y Tesoro, copia autenticada de la resolución administrativa del contrato, a los dos (2) días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispone al Ley.

8. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento fiscal del Código Fiscal o, en su defecto, del procedimiento civil del libro II del Código Judicial

De los textos reproducidos se observa con meridiana claridad, que dentro de las formas de sancionar al contratista por demora e incumplimiento de las cláusulas del contrato, están las sanciones económicas, dentro de las cláusulas penales, y no contiene las sanciones en especie. No obstante, el Estado o la entidad contratante, debe adoptar las medidas que garanticen la continuidad de las obras.

En la situación planteada en la Consulta se presenta la necesidad de aprovechar la sanción pecuniaria impuesta al Contratista para cumplir con otros trabajos por valor de la sanción económica impuesta, con lo que no se altera la naturaleza del Contrato pues aquel está cumpliendo con la sanción al sufragarlo a través de otro trabajo, con su importe. Esta fórmula de pago, aún cuando no exista norma explícita, podría tener su fundamento en el artículo 71 de la Ley 56 de 1995, que contempla la modificación unilateral, cuando durante la ejecución del contrato, para evitar la paralización o afectación grave del servicio público fuere necesario introducir variaciones en el contrato y mediante acto administrativo, motivado, lo enmendará.

El anterior ordenamiento permite las modificaciones del contrato, e incluir las sanciones pecuniarias como prerrogativa que tiene el Estado a efectos de no paralizar la obra, y se centra en la continuidad del contrato; asumiendo el contratista su responsabilidad de acabar la obra principal, y realizar las obras adicionales señaladas por el Estado por valor de la sanción en especie y que no altere el valor original de la obra.

La sanción en especie, dentro de la cláusula penal, podrá ofrecer una alternativa para sancionar al contratista por el incumplimiento de los plazos, sin embargo, la Administración deberá llegar a un acuerdo con el contratista, para establecer el tiempo de consecución de dicha obra, siempre que ésta no altere el monto o valor de la citada obra y el contratista este de acuerdo con la modificación de la sanción; esto evitará una erogación adicional al Estado, y la inversión en otras obras públicas que podrían ser ejecutadas por el mismo contratista que incumplió el Contrato.

De lo antedicho, somos del criterio que, en la actualidad no existe un instrumento o reglamento que regule las sanciones en especie, y la Ley 56 de 1995 sólo contempla las sanciones pecuniarias y la Resolución de los Contratos, no obstante, la Procuraduría de la Administración recomienda:

1. Establecer dentro de la Cláusula Penal, las sanciones en especie, siempre que las partes estén de acuerdo y el monto o precio unitario no se altere y esto no afecte más allá el patrimonio del contratista.

2. Modificar el Contrato sin afectar la sustancia y esencia de su objeto, es decir que los trabajos adicionales que tenga que realizar el contratista, se obliga a realizarlos como resultado de la sanción impuesta

3. Recomendamos se deje constancia en un Acto Administrativo a efectos de que contemple los trabajos adicionales que hará el Contratista cumpliendo la sanción pecuniaria. Todo este proceso deberá contar con el conocimiento y supervisión de Control Fiscal de la Contraloría General de la República.

Con la esperanza de haber aclarado su interrogante, me suscribo del Señor Ministro, con la seguridad de mi más alta estima.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.

¿1999: Año de la Reversión del Canal a Panamá¿