



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 17 de junio de 2019
C-055-19

Ingeniero
Alfredo Fonseca Mora
Director General
Autoridad Aeronáutica Civil
E. S. D.

REF. Terminación unilateral de Contrato de Arrendamiento en ejecución.

Señor Director General:

Me dirijo a usted en ocasión a dar respuesta a su misiva AAC-NOTA-2019-2330 de 17 de mayo de 2019, en la que solicita a la Procuraduría de la Administración emita su concepto sobre si la Autoridad Aeronáutica Civil puede dar por terminado el **Contrato de Arrendamiento N° 015/2017**, mediante el cual la sociedad **Inversiones Cautivas, S.A.**, le dio en arrendamiento seis (6) locales entregados en obra gris,¹ para albergar las nuevas oficinas de las Direcciones Técnicas de la entidad, en vista que la Contraloría General de la República objetó, en cuatro ocasiones, el refrendo al **Contrato N° 005/2018**, para el diseño, adecuación y equipamiento de esos locales.

En la consulta, la Autoridad de Aeronáutica Civil (en adelante la **AAC**), esboza cuatro posibles soluciones, para que la Procuraduría emita su criterio, que son: **(i)** la resolución administrativa del **Contrato de Arrendamiento N° 015/2017**, invocando la cláusula décima de ese contrato; **(ii)** darlo por terminado de manera unilateral, invocando circunstancias de interés público, prevista en la cláusula novena; **(iii)** reiterar y obtener refrendo del **Contrato N° 005/2018**; o **(iv)** realizar un nuevo acto de selección de contratista, para los trabajos de adecuaciones.

Cabe señalar que la entidad consultante no suministró copias de las notas mediante las cuales la Contraloría objetó el refrendo al **Contrato N° 005/2018**, pero consideramos que la misiva AAC-NOTA-2019-2330, antes mencionada, en la que se nos hace la consulta, sintetiza tanto las razones en que se fundamentó la Contraloría para no refrendar el contrato, como las respuestas que le dio la **AAC**.

Con fundamento a lo explicado en la referida misiva AAC-NOTA-2019-2330, la Procuraduría de la Administración opina que de las cuatro posibles soluciones planteadas, la tercera es la más viable, puesto que es la que prevé el artículo 77 de la Ley N° 32 de de 8 de noviembre de 1984 “Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”, para casos como las que nos ocupa, o sea, que el Director General de la **AAC** insista en que la

¹ En el lenguaje de la construcción, o sea, en los usos de la plaza se entiende por **obra gris**, la etapa en la que el proyecto está casi terminado (paredes, techo y piso), el cableado y las conexiones de electricidad, acueducto y aire acondicionado, alarmas, etc, instalados, pero que le corresponde al comprador o arrendatario, hacer las adecuaciones (poner mosaicos, luminarias, conductos para la electricidad...), para que pueda ser ocupado.

Contraloría General de la República refrende el **Contrato Nº 005/2018**, sin perjuicio de someter el asunto a la Junta Directiva de la entidad, con el propósito que esta decida si se debe o no insistir en que el contrato sea refrendado, mecanismo que debió emplearse desde el momento en que la referida entidad fiscalizadora negó el refrendo, porque las objeciones no eran de aquellas que podían ser subsanadas.

Esta opinión es sin perjuicio de que se entable negociaciones con la sociedad arrendadora de los locales para incorporar al **Contrato de Arrendamiento Nº 015/2017**, a través de una Adenda, la figura del reconocimiento de la inversión, aun cuando este contrato sea independiente del **Contrato Nº 005/2018**, que fue al que se le objetó el refrendo.

Si bien es cierto que le corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato Constitucional y Legal, “Llevar las cuentas nacionales, incluso las referentes a las deudas interna y externa”; “Fiscalizar y regular, mediante *el control previo o posterior*, todos los actos de manejos de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley” (Cfr. numerales 1 y 2 del artículo 280 de la Constitución Política y los artículos 1 y 11, numerales 1 y 2, de la Ley Nº 32 de 1984, Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”), también lo es que existe la figura del refrendo por insistencia, cuando, mediante el *control previo*, la institución llamada a fiscalizar las finanzas públicas del Estado, objete órdenes de pago o actos administrativos o contratos públicos, que afecten el patrimonio público.

El *control previo* es una potestad que tiene la Contraloría General de la República, para aprobar o desaprobar un pago contra el Tesoro Público, un acto administrativo o un contrato público. La definición de *control previo* está consignada en el Capítulo V “Disposiciones Varias” del Título VIII “Normas Generales de Administración Presupuestaria” de la Ley Presupuestaria. Al respecto, el artículo 338 de la Ley Nº 67 de 13 de diciembre de 2018 “Que dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 2019”, define el control previo de la siguiente manera:

“Artículo 338. Control Previo. Para los efectos de esta Ley, se entiende por Control Previo la fiscalización y el análisis de las actuaciones administrativas que afecten o puedan afectar un patrimonio público antes de que tal afectación se produzca, a fin de lograr que se realicen con corrección dentro de los marcos legales. Para tal fin, la Contraloría General de la República, a través del funcionario que la represente, *consignará su conformidad en el acto de manejo mediante su refrendo*, una vez que compruebe que cumple con los requisitos legales necesarios, cumpliendo con el deber de salvaguardar los intereses del Estado y apego a la Constitución y a la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República. Por el contrario, cuando medie razones jurídicas objetivas que ameriten la oposición de la Contraloría General a que el acto se emita, el representante de dicha institución impondrá el acto por escrito e indicará al funcionario u organismo encargado de emitirlo las razones en que se funda tal improbación. El refrendo a que se refiere este artículo puede hacerse vía electrónica.

Este Control se aplicará en los contratos y actos públicos, de conformidad con la legislación correspondiente” (Cursivas de la Procuraduría).

Con respecto a la expresión contenida en el último inciso del artículo antes transcrito, para que un contrato público puedan surtir sus efectos, aun cuando esté firmado por las partes contratista y entidad pública, es menester que sea refrendado por la Contraloría General de la República, mientras esto no se haga, el contrato no está perfeccionado, aun cuando esté firmado por las partes, de manera que el refrendo es un requisito de forma. Al respecto, el Texto Único de la Ley N° 22 de 20 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley N° 61 de 23 de mayo de 2017, en su artículo 87 dispone que los contratos se *entienden perfeccionados cuando sean refrendados* por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la notificación o entrega de la orden de proceder al contratista.

En este sentido, mientras el **Contrato N° 005/2018** no sea refrendado por la Contraloría, los locales que la AAC ha recibido a título de arrendamiento, no podrán ser usados para los fines por las cuales fueron arrendados, salvo que se busque una mejor solución.

En el caso sub judice, nos encontramos con que, la Contraloría General de la República objetó, en cuatro ocasiones, el **Contrato N° 005/2018**, y según la entidad consultante, las razones esgrimidas fueron que las actividades que va a desarrollar el contratista de ese contrato (el **Consorcio AC**) deben correr por cuenta del Arrendador (**Inversiones Cautiva, S.A**); que el **Contrato de Arrendamiento N° 015/2017**, mismo que está en plena ejecución, no tiene incorporado la figura del reconocimiento de la inversión; y finalmente, que el contrato es muy oneroso, pero sin especificar en qué consiste tal onerosidad.

Señala la AAC que estas objeciones fueron respondidas y explicadas. En relación a la primera y tercera de las objeciones, la entidad le manifestó a la Contraloría que el **Contrato de Arrendamiento N° 015/2017**, fue elaborado con el formato proporcionado por el Consejo de Economía Nacional para todos aquellos contratos sometidos a su consideración por el procedimiento excepcional de contratación, sin que en su oportunidad la Contraloría le pusiera objeción en torno a que no contempló la figura del reconocimiento de la inversión y que el arrendador iba a entregar los locales en obra gris; y en relación a la excesiva onerosidad expresa que la Contraloría no detalla en qué consiste la misma, pero que no existe tal onerosidad en el **Contrato N° 005/2018**.

Aun así, con esas explicaciones, la entidad fiscalizadora se negó a refrendar el contrato y la última vez lo devolvió indicando que “la única forma que el contrato podría ser refrendado sería a través de la solicitud de refrendo por insistencia”, opción que puede ejercer los funcionarios o entidades públicas cuando la Contraloría objeta un pago o un refrendo, como el caso que nos atañe. Sobre el particular, el artículo 77 de la Ley N° 32 de 8 de noviembre de 1984, se refiere a la figura del refrendo por insistencia, así:

“Artículo 77. La Contraloría improbará toda orden de pago contra un Tesoro Público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público, siempre que se funde en razones de orden legal o económico que ameriten tal medida. En caso de que el funcionario u organismo que emitió la orden de pago o el acto administrativo insista en el cumplimiento de aquella o de éste, la Contraloría deberá cumplirlos o, en caso contrario, pedir a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del pago o del cumplimiento del acto.”

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadado éste por la Contraloría, *puede también someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquier otra corporación administrativa que, según el caso, ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o el cumplimiento de la orden. En caso de que dicha corporación decida que el acto debe emitirse o que la orden debe cumplirse, la Contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad que del mismo se derive recaerá de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella que votaron afirmativamente. En caso de que la decisión ser negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o libró la orden se abstendrá de insistir en el refrendo*” (Cursivas de la Procuraduría).

Como se puede apreciar, el artículo 77 antes transcrito, prevé el mecanismo para cuando sucede un caso como el que se plantea en la consulta, es decir, que la Contraloría impruebe un refrendo y el funcionario público que emitió el acto insista en su refrendo. Sobre este particular, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado sobre las opciones por las que puede escoger el funcionario interesado en el refrendo:

“[...]

De la norma citada, se infiere claramente que ante la no aprobación, por parte de la Contraloría General de la República, de una orden de pago contra un tesoro público o de un acto administrativo que afecte un patrimonio público, el servidor público que emitió dicha orden o tal acto tiene dos opciones: 1) Insistir en el cumplimiento de aquella o de éste, supuesto en el cual la referida entidad fiscalizadora deberá cumplirlos o, de lo contrario, pedir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica de ese pago o cumplimiento del acto; o 2) someter la situación planteada al conocimiento de la corporación o máxima autoridad administrativa en la respectiva institución, con el propósito que esta última decida si se debe insistir o no en el cumplimiento de la orden o en la emisión del acto. Respecto a este último supuesto, cabe señalar que en el caso que se decida que se debe insistir, la Contraloría General de la República deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad que del mismo se derive, recaerá, de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de esa corporación administrativa que votaron afirmativamente, y en caso que se decida que no se debe insistir, el servidor público que libró la orden de pago o que emitió el acto se abstendrá de insistir en el refrendo.

Al referirse a los supuestos contemplados por el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, el autor panameño Heriberto Arauz expresa que, cito: ‘En el caso del artículo 77, el contralor tiene la opción de ordenar el pago ante la insistencia o elevar el asunto al conocimiento de la SCA. Sin embargo, la ley faculta al funcionario, para que en vez de insistir ante la Contraloría, someta la situación ante el Consejo de Gabinete o la máxima autoridad

administrativa de la institución, quien si decide, obliga al Contralor a aprobar la orden de pago o a emitir el acto'. (ARAÚZ, Heriberto. Curso de Derecho Procesal Administrativo. La Jurisdicción Contencioso administrativa en Panamá. Universal Books. 2004. P.182).

En relación al pago de las mensualidades vencidas que también fue objetado por la Contraloría, el Código Fiscal en su artículo 1165 se refiere también al refrendo por insistencia:

“Artículo 1165. Cuando el Contralor General de la República, impruebe un desembolso de fondos del Tesoro Público, ordenado por un acto administrativo, *suspenderá el pago. Si el Ministerio de Hacienda y Tesoro (léase Ministerio de Economía y Finanzas) o el funcionario o entidad que haya decretado el pago insistieren en éste, el Contralor General de la República, enviará el caso a la Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) de la Corte Suprema de Justicia para que resuelva sobre la procedencia del pago. En todo caso, la persona afectada por la suspensión del pago dispuesta por el Contralor general podrá demandar su revisión*

En este contexto, nos encontramos con este escenario: un **Contrato de Arrendamiento** que está en ejecución desde **1 de noviembre de 2017**, fecha en que se le entregaron los locales a la AAC, sin que a la fecha hayan podido ser ocupados por falta de adecuación; que los pagos de las mensualidades vencidas deben ser cancelados; y que no se ha podido dar la orden de proceder para adecuar los arrendados, porque la Contraloría no ha refrendado el contrato de diseño, adecuación y equipamiento, o sea, el **Contrato N° 005/2018** celebrado con **Consortio AC**.

Frente a este escenario, la AAC propone cuatro posibles soluciones, para que la Procuraduría de la Administración opine sobre cuál de ellas es la más conveniente.

La primera solución es **“La resolución administrativa del contrato de arrendamiento No. 015/2017, por motivos no imputables al contratista: Cláusula Décima”**. La resolución administrativa del contrato, es una de las prerrogativas de las que goza la Administración en su calidad de tutora del interés público que se entienden incorporadas al contrato por ministerio de la Ley de Contratación Pública (Cfr. último inciso del artículo 126 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006), que la faculta a rescindir unilateralmente el contrato cuando el contratista incumpla con una o varias cláusulas del contrato o en el pliego de cargos. Esta causal debe ser invocada por la entidad pública, cuando el incumplimiento proviene del contratista, no de la entidad, puesto que la resolución administrativa está sujeta a unas reglas en que el sujeto pasivo de la investigación por incumplimiento, es el contratista (Cfr. artículo 129 ibídem). Esta opción se descarta.

La segunda de las soluciones planteada es **“Dar por finalizado el contrato por decisión unilateral antes de cumplida la fecha de vencimiento pactada, previo aviso escrito del ARRENDADOR con no menos de dos meses de anticipación; Cláusula Novena del contrato.”** Ciertamente es que en la cláusula novena se estipuló que la AAC podrá dar por terminado el contrato antes de su fecha de vencimiento dando un aviso previo al arrendador con no menos de dos (2) meses de anticipación, sin que quede obligada a pagar indemnización, pero sí los cánones de arrendamiento causados hasta la fecha en que la

arrendataria tome la decisión de darlo por terminado, pero cuando “circunstancias de interés público debidamente comprobadas así lo amerite”.

Esta no parece viable, porque la objeción del refrendo por parte de la Contraloría no puede concebirse como “circunstancias de interés público”, de manera que si la entidad se arriesga a invocarla, estará expuesta a una demanda de indemnización, porque no podrá acreditar estas circunstancias.

La tercera solución, “reiterar y obtener el refrendo del contrato de adecuaciones No. 005/2018”, es precisamente la que debió seleccionar la AAC, desde que el citado contrato fue devuelto con objeciones en la segunda ocasión, justificando con claridad que la adecuaciones que va a realizar el contratista (**Consorcio CA**) son necesarias y deben correr por cuenta de la arrendataria, porque así lo contempla el **Contrato de Arrendamiento N° 215/2017** y el pliego de cargos con que se hizo la convocatoria para seleccionar al contratista de ese contrato; y que el precio de referencia está dentro del porcentaje de onerosidad contemplado en la Ley de Contratación Pública, en base a estimaciones de precios realizados como lo mandata la Ley de Contratación Pública y los manuales de procedimientos.

Esta solución fue la que se debió adoptar dese que se negó el refrendo, porque las objeciones no eran de aquellas que podía subsanar la entidad contratante.

Ahora bien, aun cuando el **Contrato N° 005/2018** es independiente del **Contrato de Arrendamiento N° 015/2017**, la arrendataria debe procurar entablar negociaciones con el arrendador a objeto de que este reconozca las mejoras de adecuación que se van a realizar en los locales, e incluirlo, mediante una Adenda, a este contrato.

La última solución, la de realizar un nuevo acto de selección de contratista para la contratación de los trabajos de adecuación, no la comprendemos. Insinúa que con un nuevo acto se puede conseguir un precio menor al propuesto por el Consorcio AC, lo que indica que la Contraloría tuvo razón de no refrendar el **Contrato N° 005/2018**. Esta solución no es conveniente, porque sería comenzar de cero, y lo que se persigue con los actos de selección de contratistas es conseguir los mejores precios y condiciones para la entidad pública, y de realizarse, los proponentes ya conocen el precio de referencia, al menos que se eliminen ciertas actividades contempladas en el pliego de cargos, en cuyo caso hubo negligencia de la administración al elaborar el que sirvió de base para realizar el primer acto.

Ahora bien, en la nota con la que nos formula la consulta, la AAC ha manifestado que para la celebración del **Contrato N° 005/2018**, se cumplió con todo el procedimiento de selección de contratista, bajo la modalidad de Licitación Pública por Mejor Valor; que las actividades que va a realizar el **Consorcio CA** deben correr por cuenta de la arrendataria de los locales, y no por el arrendatario, porque la entrega se pactó en obra gris, y que el contrato no es excesivamente oneroso, porque el precio ofertado es menor que el precio de referencia, consideramos que no es necesario repetir el acto.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Procuraduría de la Administración opina que de las cuatro posibles soluciones planteadas por la entidad consultante, la más viable es la tercera, que está prevista en el artículo 77 de la Ley N° 32 de de 8 de 1984, o sea, que el Director General de la AAC insista en que la Contraloría General de la República refrende el **Contrato**

N° 005/2018, sin perjuicio de someter el asunto a la Junta Directiva de la entidad, con el propósito que esta decida si se debe o no insistir en que el contrato sea refrendado, mecanismo que debió emplearse desde el momento en que la referida entidad fiscalizadora negó el refrendo, porque las objeciones no eran de aquellas que podían ser subsanadas.

Finalmente, aun cuando el **Contrato N° 005/2018** es independiente del **Contrato de Arrendamiento N° 015/2017**, consideramos que la entidad contratante debe entablar negociaciones con el arrendador, para incorporar a este contrato de arrendamiento, a través de una Adenda, el reconocimiento de las mejoras que va a realizar la arrendataria para adecuar los locales arrendados, o sea, la figura del reconocimiento de la inversión, a que hace alusión la Contraloría General de la República, en una de sus notas.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/gac

