

Panamá, 30 de junio de 2004.

Su Excelencia
MIGUEL A. CÁRDENAS
Ministro de Vivienda
E. S. D.

Señor Ministro:

En desarrollo de nuestras funciones constitucionales y legales, señaladas en el artículo 217, num. 5 de la Constitución Política; en el Código Judicial, artículo 347, num. 6; y, en la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones, en sus artículos 3, num.4; y, 6, num. 1; procedo a contestar nota DMV.218-2004 de 24 de mayo de 2004, en la cual me solicita orientación respecto de la aplicabilidad del artículo 80 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, en cuanto al pago de intereses moratorios más recargo del 10% para efectos de pagos tardíos en contrataciones celebradas.

Corresponde en primer orden examinar el citado artículo 80, cuyo tenor dice:

“ARTÍCULO 80. El pago.

Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato. A tales efectos, en el caso de obras, 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. El pliego de cargos estipulará, cuando sea pertinente, la obligatoriedad de efectuar retenciones de un porcentaje, por la entidad licitante al contratista, para garantizar el cumplimiento del contrato.*
- 2. Los pagos se harán dentro de los noventa (90) días, contados a partir de la presentación de la cuenta respectiva con toda la documentación exigida por las reglamentaciones vigentes. Transcurrido dicho plazo, el contratista tendrá derecho al pago*

de interés moratorio, en base a la tasa prevista en el Artículo 1072-A del Código Fiscal, sí la demora fuese imputable a la entidad contratante.

3. *Después de haberse completado la mitad de la ejecución de la obra contratada, se podrán continuar haciendo pagos, aun a pesar de discrepancias menores entre el contratista y la entidad contratante, sujetos al pronunciamiento del Comité de Mediación, siempre que los trabajos avancen satisfactoriamente de acuerdo con lo aprobado por la entidad contratante. Si la retención es superior al costo de los trabajos por realizar hasta la terminación sustancial de la obra, se devolverá el excedente al contratista de acuerdo con la fórmula que establezca el pliego de cargos o el reglamento.*
4. *Si la obra es contratada por fases, la retención afectará a cada una de las fases, y se devolverá cuando la fase haya sido concluida a satisfacción de la entidad contratante. Dentro de un plazo de noventa (90) días después de la entrega definitiva de la obra, la entidad contratante pagará al contratista las sumas retenidas y cualquier saldo que adeudare”.*

Esta norma claramente, establece que los pagos se realizarán conforme lo previsto en el contrato. De cualquier modo es explícita la disposición in comento al disponer que los pagos parciales se sujetarán a determinadas reglas que fija expresamente la Ley. Así, el referido artículo 80, en el numeral 2 establece que el pago de interés moratorio, se da en base a la tasa prevista en el artículo 1072-A del Código Fiscal, siempre que la demora fuese imputable a la entidad contratante.

No obstante, cabe advertir, que el citado artículo 1072-A del Código Fiscal ha sido modificado por la Ley 61 de 26 de diciembre de 2002, “Que dicta medidas de Reordenamiento y Simplificación del Sistema Tributario”,¹ mejor conocido como la “Reforma Tributaria”, texto que quedó de la siguiente manera:

“Artículo 13. El artículo 1072-A del Código Fiscal queda así:

Artículo 1072-A. Los créditos a favor del Tesoro Nacional devengarán un interés moratorio por mes o fracción de mes, contado a partir de la fecha en que el crédito debió ser pagado y hasta su cancelación. Este interés moratorio será de dos (2) puntos porcentuales sobre la tasa de referencia del mercado que indique anualmente la Superintendencia de Bancos. La tasa de referencia del

¹ Publicada en Gaceta Oficial No. 24.708 de 27 de diciembre de 2002.

mercado se fijará en atención a la cobrada por los bancos comerciales locales durante los seis (6) meses anteriores en financiamientos bancarios comerciales.

Los créditos tributarios por concepto de impuestos y derechos de importación, continuarán rigiéndose por las siguientes reglas:

- a. Las liquidaciones deberán pagarse dentro del término de los tres (3) días hábiles contado a partir del día siguiente de la fecha de su expedición.*
- b. Después de este termino, deberán pagarse con un recargo de diez por ciento (10%) del valor de la liquidación, si el pago se efectúa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, vencidos los cuales las liquidaciones prestarán mérito ejecutivo y se harán efectivas con el recargo correspondiente del veinte por ciento (20%).*

Los impuestos retenidos y no pagados al fisco dentro del plazo legal, causarán un recargo del diez por ciento (10%), sin perjuicio de los intereses y sanciones que procedan."

La disposición pretranscrita es expresa al establecer la forma en que se calculará el interés moratorio, el porcentaje aplicable y a partir de qué fecha corre dicho cobro.

El último párrafo de la norma en cita afirma que los pagos que no se efectúen dentro del plazo establecido causarán un recargo del diez por ciento (10%), sin perjuicio de los intereses y sanciones que proceda, lo que probablemente justifica la reclamación de la empresa contratista.

Sin embargo, en este caso podemos afirmar que la nueva norma no surte efectos retroactivos, por el contrario, la situación creada bajo el amparo de la ley anterior se prolonga bajo el imperio de la ley nueva, por ser la norma legal vigente al momento de contratarse. Este aserto tiene su fundamentación lógica-jurídica en el contenido del artículo 32 del Código Civil patrio al disponer:

"ARTÍCULO 32. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

La disposición legal transcrita establece, como regla general, que las leyes procesales, es decir, las que regulan los procedimientos, son aplicables desde la fecha en que empiezan a regir.

No obstante, como excepción a dicha regla, la norma prescribe que los términos, actuaciones y diligencias iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley procesal, se regirán por la ley que se encontraba vigente al momento en que se iniciaron.

Siguiendo este enfoque, la Corte Suprema en Fallo de 3 de septiembre de 2002 expresó:

“Una vez más, entonces, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control constitucional, tiene que abordar el delicado tema de los efectos de la ley en el tiempo de conformidad con el principio de la retroactividad que consagra el artículo 43 de la Constitución. Pero antes, oportuno resulta destacar, que según el autor Mario de la Cueva, ocurre frecuentemente que un acto jurídico haya nacido al amparo de una ley que continúe produciendo efectos al momento en que esa ley dejó de tener existencia en el mundo de lo jurídico y más aún, que esos efectos se prolonguen durante la vigencia de la nueva ley. En ese sentido, el citado autor acota que se trata de la cuestión conocida con el nombre de problema de la retroactividad de la ley.”²

Y, es que, este es un problema jurídico que ocurre con cierta frecuencia en el ámbito administrativo, ocasionando confusión en las actuaciones iniciadas, por eso, nuestra más alta casa de justicia lo ha explicado de la siguiente manera: *“la norma jurídica viven en el tiempo, se establecen y despliegan su fuerza obligatoria o correctiva, hasta tanto sean extinguidos por otras: que el artículo 1 del Código Civil dice que la Ley es obligatoria y su desconocimiento no sirve de excusa y esa virtud la conserva hasta ser derogada por otra ley; que en el “... mundo jurídico existe un fenómeno que se bifurca hacia dos momentos -pasado o futuro- y es el que resulta de la aplicación de la Ley, pues si la extinción de una norma jurídica y su sustitución por otra coincidiese con la total desaparición o extinción de las relaciones mencionadas a su amparo, no habría problema,”. Continúa expresando que lo que sucede es que muchas de ellas quedan produciendo efectos jurídicos aún bajo el imperio de la nueva, entonces será preciso determinar si tales efectos habrán de seguir rigiéndose por la antigua ley o comenzarán a ser regidas por la última”; que “... cuando ocurre un hecho de tal naturaleza, nos encontramos frente a una colisión de leyes por razón del tiempo, porque hay que determinar la competencia y el alcance de la fuerza correctiva de la ley anterior y de la nueva respecto de una relación jurídica”; y de aquí “... surgen las nociones de Retroactividad e Irretroactividad de la Ley. Retroactividad, es la actividad hacia atrás, significa la subordinación a una nueva ley de una relación jurídica total o parcialmente, que surgió al amparo de una ley anterior. Irretroactividad es el respeto de la nueva ley a las relacionadas nacidas bajo la vigencia de la antigua”.³*

En efecto, las actuaciones administrativas iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, no pueden alterarse derechos preestablecidos al momento de contratar. Asimismo, es de capital importancia no desatender lo establecido por la Ley especial de

² Ver, FALLOS de 30 de mayo de 1995 y de 3 de septiembre de 2002, este último emitido por el PLENO de la Corte Suprema de Justicia.

³ Ver, FALLO de 8 de febrero de 1994. PLENO.

contrataciones públicas, en cuanto a la disposición presupuestaria al momento de hacer la erogación que corresponda, tal como lo deja claramente señalado el artículo 32 de la Ley 56 de 1995, en referencia que regula la Contratación Pública en Panamá.

De otro lado, es menester evaluar la responsabilidad de la entidad contratante en el cumplimiento de la obligación contraída, atendiendo entre otros aspectos los períodos en que se ha dado dicha morosidad en relación con las medidas económicas dictadas y si efectivamente, tales proyectos se ven afectados por las mismas. De este examen, dependerá la procedencia del pago con el recargo que establece la Ley fiscal, toda vez que, la ley de contratación pública que constituye la norma especial prevé de forma absoluta que la erogación en los contratos públicos quedará condicionada a la disponibilidad presupuestaria, al momento de hacer la erogación que corresponda, como ya se dijo.

De cualquier forma, caracteriza a este despacho el respeto institucional, lo que se traduce en indicarle que las medidas procedentes en estos casos deben provenir de la entidad rectora del sistema de contrataciones públicas, que es el Ministerio de Economía y Finanzas por mandamiento de la Ley, conforme está establecido en la Ley 56 de 1995, artículo 7. Este contenido es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 7. Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro.⁴

El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada por las entidades contratantes. El Ministerio de Hacienda y Tesoro, no obstante, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control legal que deba ejercer la Contraloría General de la República.

En consecuencia, corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro:

1. ...
2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando.
3. ...
4. ...
5.” (Subraya este despacho)

Así las cosas, es sin duda alguna a esa entidad estatal a quien compete emitir pronunciamiento respecto de los aspectos importantes que afecten el desarrollo de toda contratación pública dentro de las instituciones del Estado, como lo es en este caso el cobro

⁴ Hoy, Ministerio de Economía y Finanzas, según disposición de Ley 97 de 1998. Gaceta Oficial No.23.698 de 23 de diciembre de 1998.

de interés moratorio y la procedencia de los recargos que deban cargarse al Ministerio de Vivienda, dado que tales gastos afectan las arcas estatales.

En este orden de ideas, debe quedar entendido que el Estado actúa a través de órganos y entes, los cuales deben cumplir funciones específicas. A esta entidad corresponde asesorar a la administración respecto de determinada interpretación de la Ley o el procedimiento que debe seguirse en un caso concreto. No obstante, en el presente se trata de una situación que se presenta con ocasión del incumplimiento de una obligación contraída y no propiamente del sentido o alcance que tengan las normas fiscales aplicables. En tanto, que es la competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, en fiscalizar todo lo relativo al sistema de contrataciones públicas y, por tanto, de absolver todas las consultas que se refieran a los diferentes aspectos de la contratación pública que se esté desarrollando, por mandamiento que deriva de la propia ley.

En conclusión, un examen de la norma referida, es decir, artículo 80 de la Ley 56 de 1995, nos indujo a revisar el contenido del artículo 1072-A, que como explicamos ha sido modificado mediante Ley 61 de 2002, y cuyo contenido es claro al disponer que los créditos a favor del Estado devengarán el citado interés moratorio por mes o fracción de mes, contado a partir de la fecha en que el crédito debió ser satisfecho y hasta su cancelación. No obstante, conforme nuestro ordenamiento positivo y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema hemos visto que dicho contrato seguirá rigiéndose por las normas existentes al momento en que fue refrendado, toda vez que a la luz de la Ley está plenamente justificado.

En estos términos dejo plasmada la opinión u orientación solicitada y espero que el análisis elaborado sea de utilidad, me suscribo, atentamente.

*Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración*

AMdeF/16/hf.