

Panamá, 11 de noviembre de 2004.

Licenciado
José A. Porta
Director Ejecutivo de
Fondo de Inversión Social
E. S. D.

Señor Director Ejecutivo:

Nos referimos a nota AL-469-26, calendada 1 de octubre de 2004, y recibida en esta Procuraduría el 6 de octubre del mismo año, a través de la cual solicita la opinión jurídica de este despacho, con relación a los pagos que debe realizar el Estado a los contratistas, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley N° 56 de 1995, de Contratación Pública.

Para atender su solicitud, debemos observar el contenido del artículo 80 de la Ley de Contratación Pública, cuyo texto es del siguiente tenor:

*"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, si 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".

La norma transcrita, dispone claramente que los pagos se realizarán de conformidad con lo establecido en el contrato, no obstante, de manera explícita se establece que los pagos parciales, según el avance de la obra estarán sujetos a determinadas reglas, sin aludir de manera expresa a un tipo específico de contrato. Así, el artículo 80, dentro de esas reglas dispone que el pago de intereses, surge por razones de morosidad, y esto es cuando el respectivo pago no se realiza en los términos que se dispone en el numeral 2 del referido artículo.

El pago de intereses moratorios, se calculará sobre la base de la tasa prevista en el artículo 1072-A del Código Fiscal, siempre que la demora fuese imputable a la entidad contratante. Aquí cabe decir, que ese artículo, ha sido modificado por la Ley 61 de 26 de diciembre de 2002, "Que dicta las medidas de Reordenamiento y Simplificación del Sistema Tributario, conocida como las Reformas Tributarias.

No obstante lo anterior, debemos señalar que la nueva norma no surte efectos retroactivos, entendiéndose que 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, todo esto encuentra su fundamento legal en el contenido del artículo 32 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 32: Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre 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." (El subrayado es nuestro)

En efecto, se debe entender que las actuaciones administrativas iniciadas deberán regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación, en tanto que no pueden alterarse derechos preestablecidos al momento que se contrató. En ese sentido, también se debe atender el contenido del artículo 32 de la Ley de Contratación Pública.

Luego entonces, que se debe evaluar la responsabilidad de la entidad contratante en el cumplimiento de la obligación contraída atendiendo entre otros asuntos, los períodos en que se ha dado la morosidad, de allí dependerá la procedencia del pago con el recargo, conforme a lo que dispone la Ley fiscal.

No obstante lo dicho, debemos señalarle que las medidas provenientes en estos casos, deben originarse de la entidad rectora del sistema de contrataciones públicas, que es el Ministerio de Economía y Finanzas, por mandato legal, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley 56 de 1995, que es del siguiente contenido:

"Artículo 7: Competencia del
Ministerio de Hacienda y Tesoro

El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada por las entidades contratantes. El Ministerio de Hacienda y Tesorero, no obstante, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control fiscal 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.
...."

Del contenido de la norma, se deduce claramente que la entidad estatal competente para emitir pronunciamiento respecto a los aspectos que afecten el desarrollo de toda contratación pública dentro de las instituciones del Estado, como lo es el caso del pago de interés moratorio, es competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, según disposición de la Ley 97 de 1998.

En consecuencia, al Ministerio de Economía y Finanzas le corresponde asesorar a la administración pública, respecto a la interpretación de la Ley o procedimiento que debe seguirse en un caso concreto, en el tema de contrataciones públicas que se estén desarrollando, que en el caso particular se trata de la interpretación de una norma.

En estos términos dejamos atendida su solicitud esperando haber colaborado con su despacho, me suscribo de usted atentamente.

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/21/cch.