

Panamá, 20 de diciembre de 2021
DGCP-DJ-215-2021

Licenciado
Fernando Morales
Morales & Asociados
E. S. D.

Licenciado Morales:

Damos respuesta a memorial presentado ante esta Dirección por parte de la Firma Forense MORALES & ASOCIADOS, en representación de la empresa LATIN AMERICA GENERAL CONSULTING, mediante el cual solicita aclaración de la opinión DGCP-DS-DJ-547-2020 emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas en respuesta a consulta requerida por el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (MIVIOT) con número de nota DS-0718 de 17 de julio de 2020.

Indica en el escrito presentado que, requiere se aclare en primer lugar cuál es la Ley aplicable al contrato No. 29-14 suscrito entre la empresa LATIN AMERICA GENERAL CONSULTING y el MIVIOT para el “*PROYECTO SUMINISTRO DE MATERIALES, MANO DE OBRA, EQUIPO Y ADMINISTRACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CINCUENTA (50) VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL EN LA PROVINCIA DE PANAMÁ OESTE UBICADAS EN LOS DISTRITOS DE: LA CHORRERA, ARRAIJÁN Y CAPIRA*”, así como también hasta qué momento puede ser solicitado el equilibrio contractual.

Incluye en su misiva que, a criterio del apoderado de la empresa, tomando en consideración que los contratos se entenderán vigentes hasta su liquidación, es durante toda la vigencia del contrato que las partes pueden pactar las cláusulas y condiciones encaminadas a mantener el equilibrio económico contractual, siendo la vigencia del mismo la única limitante según lo establecido en la norma.

Al respecto, esta Dirección considera prudente hacer un nuevo análisis del caso objeto de su consulta con el objeto de aclarar aspectos relevantes referentes a figuras tales como Ley aplicable en el tiempo, modificaciones, vigencia y liquidación a los contratos.

Luego de verificar el acto público No. 2014-0-14-0-08-LV-007019 en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, se puede constatar que el mismo fue publicado el día 1 de abril de 2014, por lo que la Ley aplicable al contrato No. 29-14 es el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, siendo necesario referirnos en primera instancia al artículo 21 de esta normativa:

“Artículo 21. Equilibrio contractual. En los contratos públicos de duración prolongada, se podrán pactar cláusulas y condiciones encaminadas a mantener, durante la

vigencia del contrato, el equilibrio contractual existente al momento de la celebración del contrato con la finalidad de que, si tales condiciones se alteran por hechos extraordinarios e imprevisibles, se pueda modificar para mantener el equilibrio. Las partes podrán suscribir los acuerdos y pactos que sean necesarios para restablecer el equilibrio contractual, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiera lugar, **en la forma prevista en la modificación del contrato**, cuyo pago adicional, si lo hubiera, **se realizará de la manera establecida en el contrato modificado** y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado de la vigencia en que se deba hacer dicha erogación.

...

En los contratos de obra, suministro de artículos de construcción o llave en mano, cuando por hechos o circunstancias posteriores a la celebración del contrato que no hayan podido preverse en ese momento o por causa de fuerza mayor o caso fortuito, se produzca una alteración u obstaculización sustancial de los costos que impida el cumplimiento del objeto del contrato, el Estado podrá tener como incluida en el contrato la cláusula de equilibrio contractual, aunque no haya sido pactada, **a efectos de permitir la correspondiente adenda.**" (Lo resaltado es nuestro).

De la norma citada podemos colegir que, si bien el equilibrio económico puede ser aducido durante la vigencia del contrato, esto se encuentra estrictamente ligado a la forma de ser establecido, tal como reza el artículo: "...**en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiera, se realizará de la manera establecida en el contrato modificado...**". Por tal motivo, mal podríamos interpretar la vigencia del contrato como algo distinto o independiente de la forma de aducir y perfeccionar el equilibrio económico contractual.

Durante la ejecución de los contratos públicos, la Ley prevé la posibilidad de que puedan suscitarse situaciones que pueden afectar el normal desarrollo de éstos, produciéndose un desequilibrio económico, el cual generalmente constituye afectaciones económicas para las partes. Cuando esto ocurre, el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011 establece en su artículo 13, que es una obligación de la entidad contratante adoptar las medidas para mantener, durante el desarrollo y la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras prevalecientes al momento de contratar:

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

1. ...

2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

...

5. Adoptar las medidas para mantener, **durante el desarrollo y la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras prevalecientes al**

momento de contratar y de realizar sus modificaciones, cuando así estén autorizadas por la ley o el contrato, de acuerdo con el pliego de cargos.

6. Cumplir con las obligaciones que contractualmente les correspondan, de forma que el contratista pueda ejecutar oportunamente lo previsto en el contrato y en el pliego de cargos.

7. Proceder oportunamente para que las actuaciones imputables a las entidades públicas no causen una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, estando obligadas a corregir, en el menor tiempo posible, los desajustes que pudieran presentarse, acordando los mecanismos y los procedimientos para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que lleguen a presentarse, de conformidad con el contrato y el pliego de cargos.

8. ...” (Lo resaltado es nuestro)

Debemos resaltar que, según la norma citada, esta obligación tiene una condición que dirige estrictamente a lo establecido o estipulado por la Ley, el contrato y el pliego de cargos, aspecto que nos indica de forma clara que la figura y el procedimiento del equilibrio económico del contrato es propio de la etapa de ejecución de mismo y debe formar parte íntegra de éste para así poder el contratista hacer exigibles las obligaciones por parte del Estado.

Esto queda más claro cuando el artículo 21 previamente citado, no solo desarrolla el concepto del equilibrio económico del contrato, sino que establece lineamientos respecto a su procedimiento.

Así, cuando una entidad estime pertinente aplicar el equilibrio contractual a un contrato en ejecución, este proceso debe estar presidido por un análisis técnico y financiero de la entidad que determine la viabilidad, siempre respetando las reglas de modificaciones a los contratos establecidas en la Ley 22 de junio de 2006, que regula la contratación pública, así como de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado y poder contar con el correspondiente refrendo de la Contraloría General del República.

Podemos apreciar entonces que, efectivamente la Ley contempla la posibilidad que tienen las entidades contratantes junto con los contratistas, de poder suscribir los acuerdos y pactos que sean necesarios a fin de poder restablecer el equilibrio contractual, no obstante, dichos acuerdos o pactos deben formalizarse de la manera prevista en la modificación del contrato, es decir a través de una adenda.

Las reglas de modificaciones a los contratos se encuentran establecidas en el artículo 77 de la Ley aplicable:

“Artículo 77. Reglas para modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público. Para hacer modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público, se atenderán las reglas siguientes:

1. No podrán modificarse la clase y el objeto del contrato.
2. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones o aprobaciones de los entes que conocieron el contrato principal de acuerdo con la cuantía.
3. Las modificaciones que se realicen al contrato u orden de compra formarán parte de este, considerándose el contrato u orden de compra principal y sus modificaciones como una sola relación contractual, para todos los efectos legales.
4. El contratista tiene la obligación de continuar la obra.
5. Se podrá revisar el precio unitario de un renglón o el valor total del contrato, si las modificaciones alteran en un veinticinco por ciento (25%) o más, las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato, respectivamente.”

Respecto a las reglas anteriores es muy importante destacar que, la entidad contratante siempre deberá siempre evaluar la aplicación de la Ley en el tiempo, es decir, la Ley aplicable al momento de haberse llevado el procedimiento de selección de contratista que dio origen al contrato respectivo, toda vez que las distintas modificaciones que se han introducido a la Ley 22 de 2006 desde el año 2011 a la fecha han venido causando distintos cambios a las reglas para modificaciones y adiciones al contrato.

En cuanto a la liquidación de los contratos, se trata de la etapa en la cual una vez **terminada la ejecución del contrato**, las partes determinan las sumas adeudadas entre sí, tal y como se establece en artículo 97 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011:

“Artículo 97. Vigencia y liquidación de los contratos. Para efectos de este artículo, se entenderá por liquidación de los contratos el procedimiento a través del cual, **una vez terminada la ejecución del contrato, las partes determinan las sumas adeudadas entre sí.**

...

Toda liquidación de contrato deberá contar con el refrendo del representante legal de la entidad o del servidor público delegado y del servidor público autorizado por la Contraloría General de la República.

...”

Luego de identificar las figuras y sus características, al hablar de equilibrio económico contractual, modificaciones al contrato y liquidación del contrato, debemos concluir que nos referimos a procesos distintos dentro de la etapa contractual, siendo el equilibrio económico y las modificaciones que se puedan formalizar, propias de la etapa de ejecución del contrato, y la liquidación propia de la etapa posterior a la ejecución del contrato.

Efectivamente, el reconocimiento y determinación de sumas adeudadas o derechos entre las partes (liquidación), luego de terminado el contrato, no constituye un equilibrio

económico contractual, sino un proceso propio e independiente de la etapa de la liquidación del contrato, entendiéndose por contrato el contrato principal y todas sus modificaciones y no sería viable reconocer derechos en la etapa de liquidación, que no hayan formado parte integral del contrato durante su ejecución y mucho menos si se tratara, por ejemplo, de derechos económicos que requieran de aprobaciones previas por parte de autoridades competentes como el Consejo Económico Nacional, para efectos de modificar el monto del contrato como establece la Ley vigente.

Esta Dirección ya ha emitido criterio frente a consultas realizadas, respecto a la vigencia de los contratos señalando en nota No. DGCP-DS-DJ-991-2019 de 1 de noviembre de 2019 lo siguiente:

“En relación a la pregunta No. 3 sobre la vigencia de los contratos, según el artículo 99 del Texto Único de la ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, esta Dirección comparte el criterio expresado por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas señalando en varias decisiones, en el sentido que el contrato administrativo no se extingue hasta tanto se liquide...” (<https://www.panamacompra.gob.pa/Inicio/#!/legislacion/Consultas>).

En este sentido, los contratos se entienden vigente hasta tanto no se liquiden, por lo que aun si se hubiera emitido un acta de aceptación final, el contrato es susceptible de ser modificado saneando aquellos aspectos que la entidad contratante estime necesarios o realizando los que hayan podido ser omitidos.

No obstante todo lo expuesto, es oportuno indicar que la Dirección General de Contrataciones Públicas, tiene competencia para absolver las consultas en materia de implementación y aplicación de la Ley 22 de 27 de junio 2006, que regula la contratación pública, así como la facultad de regular, interpretar, fiscalizar y asesorar en los procedimientos de selección de contratista que realicen las instituciones estatales.

Así, esta Dirección es del criterio que, al momento de llevarse a cabo el proceso de liquidación del contrato, de existir derechos económicos que deben reconocerse al contratista por parte de la entidad contratante, que no formen parte del contrato y sean reconocidos de forma distinta a una modificación o adenda al mismo, estos derechos podrán formar parte del proceso de liquidación del contrato, siempre que sean debidamente sustentados ante la Contraloría General de la República y esta considere viable el refrendo del acta de liquidación respectiva.

Lo anterior es así, toda vez que es la Contraloría General de la República la entidad competente para para refrendar las modificaciones o adendas realizadas a los contratos, custodiar las fianzas y garantías de éstos, y refrendar las actas de liquidación tal como hemos podido ver en las normas que hemos citado, así como también para aprobar o negar el refrendo del contrato generado y fiscalizar, regular y controlar los movimientos

de los fondos y bienes públicos, así como examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos.

Sin otro particular, nos suscribimos, no sin antes reiterarle nuestras muestras de más alta consideración y respeto.

Atentamente,

MARLENE AGUILAR PINZÓN

Directora Jurídica

MAP/jlw.-

