

Panamá, 22 de noviembre de 2022
DGCP-DS-DJ-1575-2022

Magister
Odila Castillo
Palacios, Vásquez & Asociados
E. S. D.

Magister Castillo:

Damos respuesta a la nota Palvas-082-2022 presentada ante esta Dirección por parte de la firma Palacios, Vásquez & Asociados, mediante la cual solicita criterio con relación a la metodología de reconocimiento económico al contratista utilizando la variación del IPC (Índice de Precios al Consumidor), publicados por la Contraloría General de la República y fundamentado en los avances de obra ejecutados en el tiempo de mayor permanencia fiscalizados por esta misma entidad y aprobados por la unidad gestora.

Indica en la nota presentada que, al citar mayor permanencia se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato por hechos no imputables al contratista, que aun cuando no implica mayores cantidades de obra o elementos adicionales, traumatizan la economía del contrato, afectado su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos de carácter administrativos, entre otros, prevista inicialmente por el contratista.

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.

Al respecto debemos iniciar por aclarar que, toda modificación o adenda a un contrato público que implique trabajos adicionales, como indica en su nota en un caso hipotético, va a requerir necesariamente modificaciones respecto al monto del contrato, razón por la que resulta improcedente o contradictorio hablar de adendas de tiempo y trabajos adicionales que no implican mayores cantidades de obra o elementos adicionales.

Por lo anterior, es deber de las partes contratantes al momento de perfeccionar adendas o modificaciones al contrato, evaluar todos los costos adicionales y pagos adicionales que estas modificaciones van a significar para el contratista y para la entidad contratante respectivamente.

Ahora bien, 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 153 de 2020 establece en su artículo 34, que las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para restablecer la igualdad o equivalencia:

“Artículo 34. Equilibrio económico del contrato. En los contratos públicos se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas debidamente sustentadas y probadas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

***Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos que sean necesarios para restablecer el equilibrio económico, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros, 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 que se establezca en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado.
...” (Lo resaltado es nuestro).***

La norma citada es clara al indicar que las causas que generan el desequilibrio deben ser sustentadas y probadas y no imputables a la parte que resulta afectada y por otra parte indica que para restablecer ese equilibrio las partes suscriben los acuerdos y pactos que sean necesarios incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros, si a ello hubiera lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato.

Así las cosas, la norma no entra a definir los métodos a través de los cuales la parte interesada debe sustentar gastos adicionales o modificaciones de montos, no obstante, esta Dirección es del criterio que si la presentación de facturas es un método válido para la entidad contratante, no podría ser menos válido el utilizar como sustento información emitida por entidades oficiales como es el caso de la variación del IPC (Índice de Precios al Consumidor), publicados por la Contraloría General de la República.

Es importante destacar que, 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.

En el caso que la entidad contratante valide reconocer gastos administrativos o de otra índole a favor del contratista al momento de determinar las sumas adeudadas entre sí, esta Dirección ya ha indicado que 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,

RAPHAEL FUENTES

Director General

MAP/jllw.-

Map