

Panamá, 31 de mayo de 2023
DGCP-DS-DJ-958-2023

Licenciada
JUDITH GUARDIA C.
Palacios, Vásquez y Asociados
E. S. D.

Respetada Licenciada Guardia:

Acusamos recibo de su solicitud con fecha 4 de mayo de 2023, en la cual hace algunas observaciones en torno a la figura del Equilibrio Económico del Contrato, a razón de lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006. Ordenado por la Ley 61 de 2017.

Al respecto, es menester informarle que la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

En tal sentido, el artículo 19 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020 establece lo siguiente:

Artículo 19. Fiscalización de los procedimientos de selección de contratista. Corresponde a la Dirección General de Contrataciones Públicas, de oficio o a petición de parte, fiscalizar los procedimientos de selección de contratista desde su convocatoria hasta la finalización de la etapa precontractual

No obstante, esta Dirección dentro del ámbito de nuestra competencia y atendiendo memorial presentado, cree conveniente hacer algunas observaciones.

Con miras a esclarecer el caso que nos ocupa, resulta oportuno citar el contenido del Artículo 29 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, el cual establece:

Artículo 29. 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.**

El equilibrio económico al que se refiere este artículo no comprenderá, en ningún caso, la modificación de las cláusulas del contrato celebrado con el Estado para conseguir la equiparación de las condiciones

y los términos de la contratación. En consecuencia, queda eliminada toda forma de equiparación para garantizar la competitividad y el desarrollo de obras y actividades, así como la prestación de servicios a través de normas uniformes, claras y transparentes en concordancia con este principio. (La negrita es nuestra)

De la norma transcrita, se puede apreciar 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.

Ahora bien, tal y como exige la norma, en caso que la entidad invoque la figura de equilibrio económico del contrato, para poder modificarlo, deberá sustentar y probar las causas por las cuales la igual o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de la contratación ya no se mantienen.

En tal sentido, el artículo 91 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, señala de manera taxativa, inequívoca y sin ambigüedad:

Artículo 91. 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 25% o más las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato, respectivamente. En ningún caso, la sumatoria de todas las modificaciones que se realicen a una contratación pública durante su vigencia podrán sobrepasar el 40% del monto total originalmente convenido.

La norma citada ut supra, determina claramente que se podrá revisar el precio unitario o el valor total del contrato, si las modificaciones alteran en un 25% o más las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato, respectivamente. En ningún caso, la sumatoria de todas las modificaciones que se realicen a una contratación pública durante su vigencia podrán sobrepasar el 40% del monto total originalmente convenido.

En tal sentido, esta entidad no comparte el criterio vertido por la firma Palacios, Vásquez y Asociados en su consulta realizada a esta entidad.

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.

Sin embargo, recordamos que es la Contraloría General de la República, en base a la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984. la entidad competente para refrendar las modificaciones o adendas realizadas a los contratos, custodiar las fianzas y garantías de éstos, 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 por el momento, se despide de usted,

Atentamente,

RAPHAEL FUENTES

Director General

MAP/cj
Map Cj