

Panamá, 19 de julio de 2023  
**DGCP-DJ-194-2023**

Licenciado  
**Ramsés Humberto Paulette Dopeso**  
Apoderado Especial  
Consortio CM Guararé  
E. S. D.

Licenciado Paulette:

Nos referimos a su Nota EC-MINSA0032022-001 con fecha 14 de junio de 2023, donde solicita a esta Dirección criterio legal, respecto a normas referidas del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, Ley aplicable en el acto público No. 2017-0-12-0-07-LV-023183.

Indica en su misiva que el Consortio CM Guararé, contratista adjudicado para el acto público enunciado, no pudo ejecutar las obras dentro del término previsto en el Contrato N°003 (2022) a causa de dilaciones no imputables al contratista. Explica que esto ha causado aumento en los precios de las obras y señala, a su criterio, debe ser compensado y equilibrado por la entidad licitante en base a lo preceptuado en el artículo 21 del Texto único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011. Sin embargo, adiciona que el contratista presentó la fianza de propuesta, ocasionando costos e intereses elevados.

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 de 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.

Ante el escenario expuesto, debemos tener en cuenta que la figura del equilibrio contractual está prevista en el artículo 21 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, Ley aplicable a momento de la convocatoria del acto público No. 2017-0-12-0-07-LV-023183:

***“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.***

*(...)." (El resaltado es nuestro).*

De la norma transcrita podemos colegir que la Ley tiene prevista el tipo de circunstancias que pueden obstaculizar el cumplimiento del contrato, permitiendo a las partes suscribir acuerdos y pactos necesarios para restablecer el equilibrio, 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.

Del mismo modo, esta Dirección ya ha absuelto consultas relacionadas a la figura jurídica conocida como equilibrio económico contractual, señalando mediante nota No. DGCP-DS-DJ-350-2023 lo siguiente:

*“Así, cuando una entidad estime pertinente aplicar el equilibrio contractual a un contrato en ejecución sea de oficio o a solicitud de un contratista, 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.*

*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.”.*

Podemos entender del criterio expuesto que, el Consorcio CM Guararé podría oficiar o solicitar a la entidad contratante, aplicar el equilibrio contractual, tomando en consideración el tiempo transcurrido desde el momento en que fue preparada la oferta por el proponente, hasta la adjudicación, la cual fue notificada el día 12 de enero de 2022, y luego es notificado el contrato el día 13 de junio de 2023, es decir un año y medio después de la adjudicación.

Debemos entender que se trataría de una solicitud de equilibrio económico, en la cual correspondería a la parte afectada, exponer de qué forma el tiempo transcurrido ha afectado el contrato en términos económicos, haciéndolo más gravoso para el contratista durante su ejecución habiendo surtido efectos el contrato entre las partes desde su notificación, sin embargo, una vez verificado el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, no consta publicada orden de proceder, a la que se refiere la cláusula segunda del Contrato No. 003 (2022).

Así, una vez sustentados los motivos y evaluados estos por la entidad contratante, podrían las partes suscribir los acuerdos y pactos que sean necesarios para restablecer el equilibrio contractual en el caso que sea aplicable, y siguiendo las reglas de modificaciones a los contratos que establece la Ley.

Respecto a la orden de proceder, el artículo 85 del Texto único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, deja claramente establecido el procedimiento ante la expedición o no expedición de la orden de proceder respecto al inicio de las obras.

Es oportuno referirnos a la a la fianza de propuesta, definida en el numeral 23 del artículo 2 del Texto único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 48 de 2011:

*“Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los siguientes términos se entenderán así:*

*(...)*

*23. Fianza de propuesta. **Garantía precontractual establecida en el pliego de cargos y presentada en el acto de selección de contratista, con la finalidad de garantizar la oferta de los postores, así como de garantizar que el contratista firme el contrato y presente la fianza de cumplimiento, dentro de los plazos establecidos en esta Ley.***

*...” (El resaltado es nuestro).*

La definición citada explica que la fianza de propuesta es un requisito solicitado por las entidades licitantes durante el acto de selección de contratista, a fin de garantizar que se mantenga la oferta y se formalice el contrato por parte de los proponentes.

De lo anterior se colige que, es un elemento fundamental durante la etapa precontractual para la adjudicación de un contratista, entendiéndose que el proponente al presentarla, está cumpliendo una formalidad exigida por la Ley, y esta fianza va a estar vigente por el tiempo exigido en el pliego de cargos, razón por la cual, el único efecto jurídico que produciría un acto de adjudicación trascurrido un periodo de tiempo mayor al de la vigencia de la fianza de propuesta, sería que la propuesta no estaría vigente, siendo necesario que el proponente ratifique su propuesta para efectos de proceder a formalizar el contrato.

Así, los gastos incurridos para mantener la propuesta, entre los que se incluye la fianza de propuesta, podrían ser reclamados por el proponente para su compensación, en el supuesto que ejecutoriada la adjudicación y no formalizado un contrato, la entidad licitante decidiera ejercer la facultad extraordinaria de rechazo de la propuesta, según lo establecido en el artículo 58 del Texto único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 48 de 2011, salvo que el interesado haga uso de los recursos que le concede la Ley y las acciones que puedan ser interpuestas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Debemos a su vez aclarar que, si bien los intereses moratorios también se pueden hacer exigibles en el caso que el contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad, estipuladas en el contrato, no podemos perder de vista que este incumplimiento debe originarse en la etapa de ejecución del contrato, etapa que para el caso particular que nos ocupa inicia a partir de la fecha señalada en la orden de proceder según lo

que establece el contrato y la cual, como ya hemos señalado, no consta publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.

Previo a concluir y por lo expuesto, es importante reiterar que la figura de intereses moratorios no debe ser confundida con la figura del equilibrio económico de contrato, el cual es también un derecho, sin embargo, este nace cuando situaciones extraordinarias y/o imprevistas, afectan la cualidad conmutativa del contrato y a su vez hacen el contrato más gravoso para la alguna de las partes.

Sin otro particular por el momento, se despide de usted,

Atentamente,

**LICDA. MARLENE AGUILAR P.**

Directora Jurídica

MAP/jda/jllw-

