

Panamá, 18 de marzo de 2022
DGCP-DS-DJ-313-2022

Su Excelencia
RAFAEL J. SABONGE V.
Ministro de Obras Públicas

E. S. D.

Respetado Señor Ministro:

Hacemos referencia a su Nota DM-AL-107-22, mediante la cual eleva consulta a esta Dirección sobre la viabilidad del incremento a los precios unitarios, dentro del Contrato AL-1-85-17 para la ejecución del proyecto denominado “Ampliación a Seis (6) Carriles – Corredor de las Playas (Tramo 1: Chorrera - Santa Cruz), Provincia de Panamá Oeste”.

Señala la misiva que, la entidad a su cargo manifestó de forma escrita a la empresa contratante, su intención de disminuir el alcance de dicha obra, atendiendo la cláusula segunda del Contrato AL-1-85-17 de 22 de marzo de 2018, producto de la adjudicación a la empresa Consorcio FCC – Corredor de las Playas I, de la Licitación por Mejor Valor No.2016-0-09-0-15-LV-004595, a lo que la empresa contratante solicitó por su parte, la revisión de los precios unitarios del contrato.

Ante lo consultado, es importante destacar que la Dirección General de Contrataciones Públicas como ente rector y fiscalizador de los procedimientos de selección de contratista, posee facultades tendientes a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, aplicable al momento del perfeccionamiento de la contratación in comento.

En ese sentido, procedemos a absolver su consulta mencionando en primer lugar los parámetros establecidos en el artículo 77 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, para la modificación de los contratos suscritos por las entidades estatales, basados en el interés público:

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

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 principal formarán parte de este, considerándose el contrato original 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.

La norma transcrita otorga a las entidades contratantes, la facultad de revisar los contratos que suscriban, así como realizar las modificaciones que estimen pertinentes, atendiendo siempre el interés público.

Por su parte, el numeral 5 de la norma citada establece que únicamente se podrá revisar el precio unitario de un renglón o el valor total del contrato, cuando estas modificaciones alteren un mínimo del 25% las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato.

En concordancia con la norma citada, el artículo 216 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, establece lo siguiente:

Artículo 216: (Reglas para modificaciones y adiciones al contrato en base al interés público)

Para hacer modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público, se atenderán a las siguientes reglas:

a)

No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.

b)

Los nuevos costos requerirán las autorizaciones o aprobaciones de los entes que conocieron el contrato principal de acuerdo a la cuantía. En los casos de modificaciones que no impliquen costos adicionales, la autorización corresponderá a la entidad contratante y a la Contraloría General de la República.

c)

Las modificaciones que se realicen al contrato principal formarán parte de éste, considerándose el contrato original y sus modificaciones como una sola relación contractual, para todos los efectos legales.

d)

El contratista tiene la obligación de continuar la obra, mientras se formaliza el acto administrativo a que se refiere este artículo.

e)

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.

(Art. 68 L 22-2006)

Ahora bien, no debemos perder de vista la figura del equilibrio contractual que debe prevalecer en todas las contrataciones públicas, el cual consiste en la relación

equivalente de las cargas que debe existir entre las partes contratantes; el mismo se encuentra recogido en el artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, el cual reproducimos a continuación:

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 equilibrio contractual 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 el equilibrio contractual.

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.

Según esta figura, las obligaciones a cargo de una de las partes se considera equivalente a las de la otra, por consiguiente, se infiere que el pago que la entidad se compromete a realizar en virtud del contrato, es proporcional a las prestaciones que recibe del contratista; No obstante, durante la etapa de ejecución es posible que se presenten situaciones que puedan alterar este equilibrio, lo que daría lugar al deber de restablecimiento a la parte afectada.

Bajo esta premisa, los ajustes que se pretendan realizar a los contratos públicos, deberán ajustarse a las normas previamente citadas, a fin de cumplir con los preceptos y principios contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011.

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad fiscalizadora que ejerce la Contraloría General de la República, quien tendrá la potestad de aprobación o desaprobación

de los cambios y/o ajustes que se realicen a los contratos públicos, al momento de otorgar el refrendo a las adendas correspondientes.

No siendo otro el particular, quedo de usted,

Atentamente,

RAPHAEL FUENTES

Director General

MAP/jc jc

Map