

Panamá, 28 de agosto de 2024
DGCP-DS-DJ-1178-2024

Licenciado
NILO MURILLO ROBLES
Director General
Instituto de Mercadeo Agropecuario
E. S. D.

Licenciado Murillo Robles:

Damos respuesta a su nota No. DG-NMR-047-2024/OAL, recibida en esta Dirección el día 22 de agosto de 2024, por medio de la cual solicita nuestra opinión legal respecto a las figuras conocidas dentro de la normativa de contrataciones públicas como equilibrio contractual y liquidación de contratos.

En ese sentido, sostiene en su misiva entre otras cosas que, la sociedad Urban Company, S.A., a través de nota fechada 17 de julio de 2023, solicitó la aplicación del equilibrio económico del contrato No. DAL-019-2016, que nace del proceso de selección de contratista No. 2016-2-70-0-07-LV-004482, convocado por su entidad.

Continua señalando que de forma posterior a la ejecución del contrato, luego de expedir el acta de recepción final de la obra y de que el contratista realizara el cobro de la última cuenta presentada, este sometió a la consideración de la entidad, una solicitud de aplicación de equilibrio económico del contrato, fundamentando dicha solicitud en el incremento de la mano de obra, incremento de materiales, endosos de fianza y adicionalmente los intereses moratorios.

Culmina su misiva consultando si es viable dar curso a una adenda con la intención de dar viabilidad a un equilibrio contractual, habiéndose suscrito el acta de aceptación final y haber realizado el contratista su último cobro y si durante la liquidación del contrato se pueden suscribir adendas para reconocer gastos adicionales en favor del contratista.

Así las cosas, debemos indicar 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 interpretación 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.

Para dar respuesta, consideramos oportuno reproducir el artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 del 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, vigente durante la celebración del citado acto público y que a la letra señala:

“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.”
(El resalto nos pertenece).

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, como lo señala el artículo 21 antes citado: “...**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 perfeccionar el equilibrio económico contractual.

Durante la ejecución de los contratos públicos, la Ley prevé la posibilidad de que puedan suscitarse situaciones que puedan 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.”**

(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, deberá considerar que esta figura aplicará solo para casos muy puntuales que tienen el carácter de extraordinarios e imprevisible, es decir, que las partes no pudieron prever oportunamente, lo cual no se evidencia de su misiva toda vez que solo se hace mención al hecho de que el contratista presentó una solicitud de aplicación de equilibrio económico del contrato, alegando el incremento de mano de obra y materiales, entre otros aspectos, hechos que perfectamente pudieron preverse durante la ejecución del contrato.

Por otro lado, su aplicación deberá estar presidida 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 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.

Ahora bien, 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, 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 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.

Dado el caso particular de la presente consulta, 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 es 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 observar en las normas que hemos citado, así como también, fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos, y de igual manera examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos.

Para concluir, debemos recalcar que, es la entidad contratante, la que luego de su análisis técnico, jurídico y financiero, quien certifique con apego a la Ley de Contrataciones Públicas, el reconocimiento de pago o derechos económicos a favor de los contratistas.

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

Atentamente,

JAVIER RAÚL MARQUINEZ DEJUD
DIRECTOR GENERAL

AA/MAP/EB

Map EB