

Panamá, 24 de enero de 2025
DGCP-DS-DJ-090-2025

Ingeniero
José Luis Andrade Alegre
Ministro de Obras Públicas
E. S. D.

Señor Ministro:

Damos respuesta a su nota No. DM-DIAC-UAL-089-2025, de 15 de enero de 2025, recibida en esta Dirección el mismo día del año en curso, por medio de la cual hace de nuestro conocimiento que dentro de los procesos de selección de contratista por mejor valor No. **2021-0-09-0-04-LV-007830**; No. **2021-0-09-0-12-LV-007743**; No. **2021-0-09-0-99-LV-007791**; No. **2021-0-09-0-04-LV-007790**; No. **2020-0-09-0-08-LV-006299**; No. **2022-0-09-0-08-LV-008113**; No. **2021-0-09-0-08-LV-007970** y No. **2023-0-09-0-09-LV-008606**, todos convocados por el Ministerio de Obras Públicas, y cuyos objetos contractuales abarcan entre otras cosas, el estudio, diseño, construcción y rehabilitación de una pluralidad de obras viales en distintos sectores del país, no fue incluido dentro del alcance del objeto contractual, lo concerniente al mantenimiento vial de dichas obras.

En ese sentido, sostiene en su misiva entre otras cosas que, dentro de los contratos que se derivan de cada uno de los actos públicos antes citados, no fue incluido su respectivo mantenimiento vial, situación que podría provocar un menoscabo en la inversión realizada, afectando entre otras cosas su durabilidad y funcionalidad en perjuicio de la población.

Continua señalando que, el Ministerio de Obras Públicas tiene la necesidad de incluir una nueva actividad adicional al objeto contractual, la cual como hemos mencionado consiste en el mantenimiento vial a través de una adenda al contrato, razón por la que solicita se le responda si con dicha intención se está frente a una modificación del objeto contractual o si en todo caso se está frente a una adición de actividades nuevas, de acuerdo a lo señalado por el artículo 98 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Por último, concluye señalando que, si bien el servicio de mantenimiento no se contempló en la planeación inicial de la obra, su inclusión no debe considerarse como un cambio del objeto contractual, toda vez que se está frente a un modelo de contrato de tipo llave en mano para cada uno de los contratos que se derivan de los actos públicos citados, lo que a criterio de la entidad, permite la incorporación de esa nueva actividad y por ende ser tramitada a través de su respectiva adenda.

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 iniciar señalando que el numeral 17 del artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, define lo que se debe entender por el tipo de contrato denominado contrato llave en mano, al señalar que es aquella relación contractual a través de la cual un contratista se obliga frente al Estado a realizar una prestación que por regla debe incluir los estudios, diseños, suministros y ejecución de la obra a cambio de un precio global previamente establecido en el pliego de cargos y contrato para lo cual el pago total de dicha prestación debe realizarse al momento de la entrega completa de la obra. Veamos:

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

1. ...

17. Contrato llave en mano. Aquel en el cual el contratista se obliga frente al Estado a realizar diferentes prestaciones que deben incluir, por regla general, estudios, diseños, suministros y ejecución de una obra a cambio de un precio global determinado por la entidad licitante, de acuerdo con lo establecido en el contrato y en el pliego de cargos. En ese contrato la totalidad de los pagos se realizará al momento de la entrega de la obra.

Se podrá incluir dentro del concepto llave en mano el equipamiento, el funcionamiento de la obra o cualquier otra prestación cuando así lo requiera la entidad pública.

En ese orden de ideas, dado a que como lo señala en su misiva cada contratación se realizó bajo la modalidad de un contrato “llave en mano” regulado por el artículo 118 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, adquiriría especial relevancia la exigencia en su momento de la acreditación de disponibilidad de financiamiento no menor del 100% del monto del precio de referencia, toda vez que los proponentes debían presentar una oferta de costo de financiamiento la cual debía tener el respaldo en firme de un banco, como parte de la propuesta de financiamiento, el cual para el caso que nos ocupa solo se limitaba al objeto contractual establecido desde la convocatoria del acto público y que como hemos señalado en párrafos iniciales, se circunscribía al estudio, diseño, construcción y rehabilitación de una pluralidad de obras viales y que no incluía otra actividad adicional.

Bajo esa perspectiva, la propuesta que resultara posteriormente beneficiada con la adjudicación estaría sujeta a la revisión, negociación y posterior aprobación por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, la cual no incluía otras actividades distintas a las previstas tanto en el pliego de cargos, así como en el contrato celebrado entre las partes.

La opinión legal del Ministerio de Obras Públicas como lo refleja su misiva, indica que la inclusión de los mantenimientos sería una modificación de un tipo de contratación (Llave en mano) que permite la adición de nuevas actividades no contempladas originalmente en un contratación, sin embargo como hemos señalado estos contratos estaban sujetos a un procedimiento de aprobación previo, tanto de requisitos como de financiamiento y dentro de los cuales se entró a verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, superada dicha etapa, consideramos que al no ser incluido el mantenimiento como parte de las revisiones y aprobaciones, resulta ser un objeto contractual complemente distinto.

En cuanto a la consulta sobre, si la intención de incluir la actividad de mantenimiento vial se trata de una modificación del objeto contractual o una adición de actividades nuevas, debemos apuntar directamente a lo señalado en el numeral 1 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, el cual dispone que, en efecto, no puede modificarse el objeto del contrato. Veamos la norma:

Artículo 98. 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.

Queda claro que la intención de la entidad de añadir una nueva actividad a través de una adenda, se dirige a adicionar trabajos distintos a los descritos en el contrato principal o en todo caso a lo que desde la convocatoria del acto público se determinó tendría por objeto principal de la relación contractual, el estudio, diseño, construcción y rehabilitación de obras viales, de allí, se interpreta que no sería jurídicamente viable la adición pretendida a través de una adenda, cuya objeto sea distinto a lo que inicialmente se pactó, toda vez que con ello se estaría modificando el objeto del contrato.

Así las cosas, lo antes señalado ha sido incluso objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Veamos:

“Hay que tener presente, en este caso, **que las adiciones a un contrato público, mediante adendas, constituyen actuaciones accesorias a lo pactado originalmente**; de ahí que, si ya existía previamente en esa Licitación Pública No.2015-0-09-0-08-LV-003832 para el proyecto “*Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Pedregal – Gonzalillo – Transístmica*”, una consulta ciudadana cuando la antigua Autoridad Nacional de Ambiente, ahora Ministerio de Ambiente, inició el trámite de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EsiA), Categoría II, mediante la Resolución No. 094-2016 de 21 de junio de 2016, no era necesario iniciar un nuevo procedimiento de convocatoria para participación ciudadana para

adicionar ese contrato; máxime, si los cambios que sufrió no eran de carácter técnico, ni de infraestructura que pudiesen causar un impacto al medio ambiente, lo cual viene a ser el propósito de tales estudios previos, a la luz de lo establecido en el artículo 23 de la Ley 41 de 1998, reformado por el artículo 2 de la Ley 65 de 26 de octubre de 2010...

...
...

A manera de comentario, debemos resaltar que en este tipo de mega-obras, que resultan sumamente complejas, pueden suceder situaciones o surgir variables a partir de **las que originalmente se pactaron en el pliego de cargos**, a medida que avance la obra, lo que ocasiona que se dicten adendas al contrato en aras del interés público; situación que ha sido aceptada por la doctrina en materia de contrataciones públicas, al amparo del principio del *ius variandi* (derecho de variar) contemplado en los contratos públicos sometidos a actos de licitación pública". (El resalto nos pertenece).

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICDO. EDILBERTO VILLAR, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE MARÍA F. BARUCO DE LEÓN, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA ADENDA N°1 DE 25 DE ENERO DE 2018, REFRENDADA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EL DÍA 13 DE ENERO DE 2016, PARA EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE LA REHABILITACIÓN Y ENSANCHE DE LA CARRETERA PEDREGAL-GONZALILLO-TRANSÍSTMICA, EMITIDA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.

Por todo lo antes expuesto, esta Dirección se aparta del criterio legal emitido por su entidad y recomienda que se cumpla con lo señalado en el numeral 1 del artículo 98 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, que establece como regla que no podrá modificarse el objeto del contrato.

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

Atentamente,

JAVIER RAÚL MARQUINEZ DEJUD
DIRECTOR GENERAL

AA/MAP/EB
Map EB