

Panamá, 11 de diciembre de 2024
DGCP-DS-DJ-1956-2024

Su Excelencia

Jaime A. Jované C.

Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial
E. S. D.

Señor Ministro:

Damos respuesta a su nota No. DS-UPC-1171-2024, fechada 20 de noviembre de 2024 y recibida en esta Dirección el día 22 de noviembre del año en curso, por medio de la cual solicita nuestro criterio legal en cuanto a la implementación y aplicación del Texto Único de la Ley 22 del 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, respecto a la figura legal conocida como Equilibrio Económico.

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.

En ese sentido, realiza dos consultas que guardan relación entre otras cosas a conocer si bajo la normativa inicialmente citada es viable aplicar la figura del equilibrio económico contractual para equiparar las condiciones contractuales que existían al momento de suscribir determinado contrato, las cuales se vieron afectadas en el transcurso del tiempo y si existe alguna fórmula o método para aplicarlo, mismas que respondemos en los siguientes términos:

- 1. Nuestra entidad cuenta con contratos a los cuales les es aplicable el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011; o el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017. En aquellos pliegos de cargos y subsecuentes contratos en los que no se ha incluido o determinado un método o fórmula para calcular un posible equilibrio contractual, ¿Puede la entidad, de común acuerdo con el contratista, incluir mediante adenda al contrato un método o fórmula en casos en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato se han alterado, así como también validar y reconocer montos a pagar al Contratista producto de dicha equiparación de condiciones, bajo la figura de equilibrio contractual?**

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, normativa en donde se enmarca el tema de su interés 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 del 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.

Es importante destacar que, cuando una entidad estime pertinente aplicar el equilibrio contractual a un contrato en ejecución, deberá considerar en primer lugar 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, además este proceso debe estar presidido por un análisis técnico, jurídico y financiero por parte de la entidad que determine la viabilidad, siempre respetando las reglas de modificaciones a los contratos establecidas en la Ley, 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, a pesar de que no forma parte de su consulta el tema relacionado al reconocimiento de los intereses moratorios, consideramos oportuno abordar el mismo, toda vez que en la actualidad es habitual que se confunda esta figura con la del equilibrio contractual y por tal motivo reproducimos el artículo 79 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, el cual imponía a las entidades licitantes la obligatoriedad de efectuar los pagos a los que tenga derecho un contratista dentro de los términos previstos en el pliego de cargos y su contrato, es decir, que dicho pago no quedara supeditado a la discrecionalidad de la entidad de realizarlo de forma distinta, salvo que se produjera un evento que afectara la correcta ejecución del objeto contractual y que fuera imputable al contratista. Veamos la norma:

“Artículo 79. Pago. Las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dichos pagos los realiza la entidad contratante en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, este tendrá derecho al pago de los intereses moratorios con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal. Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo.”

(El resaltado es nuestro).

De la norma transcrita se extrae de igual forma que el contratista que reciba el pago por la prestación de sus servicios de forma posterior a la prevista en el pliego de cargos o contrato por causas que no le sean directamente imputables, tiene el derecho de reclamar frente a la entidad licitante el pago de los intereses moratorios de conformidad a la normativa fiscal que para tales casos ha sido señalada o ejerciendo las acciones legales ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia para interponer un Proceso Administrativo de Plena Jurisdicción.

Por lo expuesto, corresponderá al Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, como entidad contratante al aplicar la Ley que regula la contratación pública en Panamá (Texto Único de la Ley 22 del 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011), conjuntamente con el contratista, evaluar todos los costos adicionales y pagos adicionales que deban ser reconocidos para luego someter estos acuerdos al ente fiscalizador. Adicionalmente, de existir a futuro 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.

Es oportuna la ocasión para aclarar que, esta Dirección ha sido reiterativa en consultas atendidas, indicando 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 último nace como hemos mencionado para casos muy puntuales que tienen el carácter de extraordinarios e imprevisible, es decir, que las partes no pudieron prever oportunamente, afectando la cualidad conmutativa del contrato y a su vez haciéndolo más gravoso para la alguna de las partes.

Por su parte los intereses moratorios se producen únicamente cuando existe mora en el pago según los términos pactados en el contrato, y no son reclamados aduciendo un desequilibrio económico del contrato, sino que son reclamados aduciendo un incumplimiento en los plazos de pago pactados, y son calculados según lo establecido en el numeral 10 del artículo 13 de la Ley 22 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011 y el artículo 219 del Decreto Ejecutivo No. 366 de diciembre de 2006, que reglamentaba esta Ley.

- 2. De ser viable la figura del equilibrio contractual mediante adenda al contrato bajo el escenario planteado en la pregunta anterior, ¿Existe alguna fórmula matemática, polinómica u otra metodología predeterminada que puedan utilizar las entidades gubernamentales, a fin de lograr restablecer el equilibrio original en las condiciones contractuales?**

Para dar respuesta, debemos señalar que esta Dirección a través de la nota No. DGCP-DS-DJ-350-2023 de 10 de marzo de 2023, frente a una consulta similar realizada por la Universidad de Panamá, manifestó lo siguiente:

“En cuanto a los métodos a través de los cuales la parte interesada debe sustentar gastos adicionales o modificaciones de montos, la Ley 22 de 2006 no entra a definirlos, no obstante, esta Dirección ya ha señalado en respuesta a consultas realizadas, que toda documentación que sustente ante la entidad contratante y el ente fiscalizador los montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros si los hubiere debe ser considerada válida por la entidad, salvo que se existan indicios de falsedad de documentación o que la misma carezca de autenticidad.

Esta Dirección, ante consultas recibidas referentes a la utilización de facturas o los índices de Precios al Consumidor (IPC), para aducir equilibrio contractual, ha indicado a su vez que si la presentación de facturas es un método que ha sido considerado como válido por entidades contratantes, no podría ser menos válido el utilizar como sustento información emitida por entidades oficiales como es el caso de

la variación del IPC, índices publicados por la Contraloría General de la República.

Por último, recomendamos a la Universidad de Panamá, que para estos casos se debe evaluar la viabilidad de conformar mesas de trabajo que incluyan a las partes contratantes y a la Contraloría General de la República, como ente responsable de actualizar los índices de Precios al Consumidor, y por otra parte como ente competente 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 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.

Lo anterior con la finalidad de que todas las partes puedan validar la documentación aportada y aclarar todas las dudas referentes a la misma, logrando así aplicar un equilibrio contractual, si a ello hubiere lugar, de forma eficaz y eficiente”.

(El resalto nos pertenece).

Por todo lo antes expuesto, recomendamos al Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial que conjuntamente con su contraparte contractual y la Contraloría General de la República evalúen la posibilidad de conformar estas mesas de trabajo a fin de validar toda la documentación que estimen necesaria que pueda determinar con el mayor grado de certeza el equilibrio contractual que debe aplicarse para cada caso puntual con estricto apego a las disposiciones legales que hemos citado previamente.

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

Atentamente,

JAVIER RAÚL MARQUINEZ DEJUD
DIRECTOR GENERAL

AA/MAP/EB
Map EB