

Panamá, 17 de diciembre de 2024
DGCP-DS-DJ-1977-2024

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-1172-2024, 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, específicamente lo concerniente al uso de fórmulas polinómicas, en virtud de los hechos suscitados dentro del proceso de selección de contratista No. 2016-0-14-0-01-LV-011018.

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 diversas consultas que guardan relación entre otras cosas a conocer si bajo la normativa inicialmente citada es viable aplicar la figura del equilibrio económico contractual, específicamente lo relacionado al uso de fórmulas polinómicas para equiparar las condiciones contractuales que existían al momento de suscribir determinado contrato, las cuales se vieron afectadas en el transcurso del tiempo, mismas que respondemos en los siguientes términos:

- 1. Para efectos del cálculo de ajuste de precio de materiales y mano de obra, ¿es jurídicamente viable la aplicación de fórmulas matemáticas a través del uso de una ecuación polinómica aun cuando la misma no está especificada en el pliego de cargos ni en el contrato, ni tampoco sus componentes o ponderaciones?**

Para dar respuesta, consideramos oportuno reiterar lo señalado por esta Dirección a través de la nota DGCP-DS-DJ-1956-2024 de 11 de diciembre de 2024 frente a una consulta similar por usted realizada. Veamos:

1. **“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.”

2. ¿Es jurídicamente viable el reconocimiento de costos adicionales en concepto de mayor permanencia en obra, intereses moratorios, costos en endosos de fianzas y pólizas de construcción de todo riesgo, aun cuando esto no se especifique en el contrato o pliego de cargos?

Para dar respuesta, consideramos oportuno reiterar lo señalado por esta Dirección a través de la nota DGCP-DS-DJ-1956-2024 de 11 de diciembre de 2024 frente a una consulta similar por usted realizada. Veamos:

“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.”

3. ¿Es jurídicamente viable el reconocimiento de equilibrios contractuales cuando no se ha completado la obra a un 100% o no se haya emitido un acta de aceptación final?

Para dar respuesta, consideramos oportuno reiterar lo señalado por esta Dirección a través de la nota DGCP-DS-DJ-1956-2024 de 11 de diciembre de 2024 frente a una consulta similar por usted realizada. Veamos:

“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.

...

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”.

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 mesas de trabajo a fin de validar toda la documentación que estimen necesaria para que pueda determinarse 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