

Panamá, 6 de noviembre de 2003.

Ingeniero
Alfredo Arias Grimaldo
Administrador General de la
Autoridad de la Región Interoceánica (ARI)
E. S. D.

Señor Administrador General:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales, de servir de asesores jurídicos de la administración pública que consultaren nuestro parecer jurídico, tal y como lo establece la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, en su artículo 6, numeral 1, a través de la presente damos contestación a su nota, ARI-AG-DAL-dil-3041-03, calendada 26 de septiembre de 2003, y recibida en esta Procuraduría el 29 del mismo mes y año, en la cual consulta nuestro parecer jurídico, respecto a la addenda de un contrato de obra.

Antecedentes de la consulta:

Se manifiesta que la Autoridad de la Región Interoceánica (ARI), suscribió el Contrato de Obra N°102-02 de 9 de abril de 2002, con la empresa Constructora Civiles Generales, cuyo objeto fue la construcción de una vía de acceso para la Avenida Arnulfo Arias y Avenida de los Mártires y los drenajes complementarios, por la suma de setecientos sesenta y ocho mil setecientos veintitrés balboas con 48/00 (B/.768,723.48).

En el referido contrato, se adopta el sistema del precio unitario, con el cual es permitida la variación del monto, establecido originalmente en el contrato.

De la construcción de la vía, ahora la Autoridad del Canal de Panamá, ha exigido trabajos adicionales consistente en la reubicación de una tubería y construcción de un muro, por tanto se requiere de una addenda al contrato principal, cuyo monto asciende a ciento sesenta y cuatro mil con ciento cincuenta y siete balboas con 65/00 (B/. 164,157.65).

Por lo anterior nos formula las siguientes preguntas:

“1. ¿ Si el monto original del contrato es una suma de B/.768.723.48, y el mismo requiere la confección de una addenda por la suma de B/.164,157.65, la cual representa un 21.35% del monto total del contrato, dicha addenda, tendría algún impedimento legal para su aprobación?

2. En virtud del Decreto Ley N°7 de 2 de julio de 1997, por medio del cual se crea el Consejo Ejecutivo Nacional (CENA), se establece que este ente financiero conocerá de aquellos contratos cuya cuantía exceda de B/.250.000.00, adicionalmente, el artículo 76 de la Ley 56 de 1995, señala que requieren de las autorizaciones de acuerdo a su cuantía. ¿Si la cuantía de esta addenda no asciende a la suma mínima requerida para la aprobación ante el Consejo Económico Nacional (CENA), puede esta addenda ser aprobada únicamente por la Junta Directiva de la Autoridad de la Región Interoceánica y el Ministerio de Economía y Finanzas, sin tener que ser aprobada por el Consejo Nacional (CENA)?

3. Dado que la Dirección de Ingeniería y Administración de Contratos (unidad gestora), quien es la encargada de darle seguimiento al contrato solicitó se tramitara la addenda al Contrato de Obra N°102-02 de 9 de abril de 2002, con posterioridad a la ejecución de los trabajos, ¿Se vería afectada la validez jurídica de esta addenda?”

Opinión Jurídica de la ARI

En la primera interrogante, estima el cuerpo de asesores legales, que la Ley 56 de 1995, en términos generales no dispone un monto tope para las addendas a los contratos, por tanto, es viable jurídicamente la aprobación de las mismas.

Respecto a la segunda pregunta, se opina que en aquellos contratos en que por su cuantía requieran del aval del Consejo Económico Nacional (CENA),

aquellas addendas que se ejecuten posteriormente, de cuantía inferior a los B/.250,000.00, no requerirán de la aprobación nuevamente de la mencionada entidad financiera, toda vez que el artículo 76 de la Ley de Contratación Pública, no dispone tal obligación.

En cuanto a la viabilidad de la addenda, por el hecho de haberse vencido el contrato, a que alude en la tercera pregunta, opinan los asesores, que a razón de que para conocer el término exacto de la prórroga, es necesario el vencimiento del contrato principal, fundamenta que la addenda respectiva, se presente posteriormente.

Opinión de la Procuraduría de la Administración:

Como cuestión previa al análisis del tema consultado, para una mejor comprensión, estimamos conveniente, examinar el concepto de contrato, para posteriormente brindar nuestro criterio sobre el particular.

El vocablo contrato, ha sido definido por varios tratadistas desde una concepción amplia y otra estricta.

En sentido estricto, el término contrato se define como un negocio jurídico bilateral, fundamentado esencialmente en un **acuerdo de voluntades de quienes lo celebren**, de lo cual se generan una serie de obligaciones.

En su concepción estricta, es un acuerdo de voluntades de dos o más personas, tendientes a modificar o extinguir las obligaciones.

En el caso particular de su consulta, nos encontramos frente a un contrato administrativo, que podemos definir como el acuerdo de voluntades entre la administración pública y un particular con el que se crean derechos y obligaciones para la satisfacción del interés colectivo, y por tanto está sometido a un régimen especial.

En un contrato administrativo, como todo contrato se encuentran los siguientes elementos: sujetos, competencia, capacidad (voluntad, objeto y forma).

El ámbito de aplicación, de los contratos administrativos, es decir aquellos que realice el Estado, a través de cualesquiera de sus instituciones, se regulan por la Ley 56 de 1995.

La ley in comento, regula varias clases de contratos, disponiéndose las formalidades generales y específicas de los mismos. En el caso de su solicitud, apreciamos que se refiere concretamente a un contrato de obra, el cual se regula en la comentada ley así:

“Artículo 82: La ejecución de la obra se iniciará en la fecha señalada en la orden de proceder expedida por la entidad contratante, dentro del plazo establecido por el pliego de cargos, y si nada se hubiere previsto al respecto en éste, la fecha de inicio de la obra se establecerá dentro de los treinta (30) días siguientes a la del perfeccionamiento del contrato. Antes de expedir la orden de proceder, la entidad contratante verificará la regularidad de todas las situaciones existentes, desde el punto de vista legal, presupuestario, técnico y físico del sitio en el cual se realizarán las obras contratadas, que permiten la ejecución ininterrumpida de la obra.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya expedido la orden de proceder, el contratista tendrá derecho a los aumentos de los costos, experimentados durante el período que transcurre entre la finalización del término de que dispone la entidad contratante para expedir la orden de proceder y la expedición de dicha orden, siempre que el retraso se deba a causas imputables a la entidad contratante”.

Como se aprecia la norma descrita señala con claridad los términos en que debe procederse a ejecutar una obra, por razón de un contrato administrativo de obra.

Sobre este tema, administrativistas como Roberto Dromi, han manifestado, que “el contrato de obra pública es un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra, que puede estar destinada a la utilidad colectiva o no”.

Dependiendo de la cuantía del contrato, se requerirá del cumplimiento de un requisito adicional, cuando además de la entidad contratante y el contratista,

interviene otro sujeto del cual se requiere una aprobación o autorización para el perfeccionamiento del contrato, veamos:

El artículo 68 de la Ley 56 de 1995, modificado por el Decreto Ley N°7, de 2 de julio de 1997, es del siguiente tenor:

“Artículo 68: La firma del contrato

Una vez ejecutoriada la resolución de la adjudicación definitiva por vía gubernativa y constituida la fianza definitiva, el ministro o representante legal de la entidad licitante, procederá a formalizar el contrato de acuerdo con el modelo incluido del pliego de cargo y las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

Salvo disposición legal contraria, todo contrato cuya cuantía exceda de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00) sin sobrepasar de dos millones de balboas (B/.2,000.000.00) deberá contar con el concepto favorable del CONSEJO ECONÓMICO NACIONAL. Aquellos cuya cuantía exceda de dos millones de balboas (B/.2,000.000.00) deberán contar con el concepto favorable del Consejo de Gabinete”.

La disposición transcrita, define con claridad que luego de la adjudicación definitiva y constituida la fianza, es indispensable la manifestación de voluntad del CENA, o del Consejo de Gabinete, dependiendo de la cuantía del contrato.

En aquellos contratos que sobrepasen de una cuantía de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00), los sujetos que deben manifestar su voluntad son: la entidad contratante, el contratista, el CENA o el Consejo de Gabinete según sea el caso, toda vez que a falta de voluntad de uno de éstos, no se perfecciona el contrato.

De las autorizaciones y aprobaciones que requieren, aquellos contratos según su cuantía la Corte Suprema, en la Sala Tercera, se ha pronunciado en varias ocasiones, y para mejor ilustración citaremos la sentencia de 27 de enero de 2000, que expresa:

“que mientras no se cumpla con los requisitos legales que concluyan el proceso precontractual, entre éstas las aprobaciones o autorizaciones de los entes u organismos públicos exigidos por la Ley, no pueden reputarse perfeccionada la fase de convocatoria del acto público que se trate, a pesar de mediar el acto de adjudicación definitiva”.....

“el concepto favorable del CENA, tal como lo prescribe la norma ut supra de 1995, cuyo efecto estima la Sala es perfeccionar el acto de adjudicación definitiva; mientras ello no ocurra no puede hablarse de ejecutoriedad del acto administrativo propio de la etapa precontractual con la cual prácticamente culmina esta última, no sin antes recibir la autorización o aprobación del organismo público “asesor financiero” que por la cuantía debía ser el CENA; vale decir que equivalente papel debe cumplir el Consejo de Gabinete, ope legis, ante cuantías dinerarias claramente consignadas en las normas jurídicas copiadas, salvo disposición de Ley en contrario.

Antes de la intervención de los organismos de asesoría financiera señalados, no es posible atender que jurídicamente existe ejecutoriedad del acto porque no se han cumplido todas las etapas propias para su formación; tampoco existe ejecutoriedad, que implica el obligatorio cumplimiento del acto, en este caso de adjudicación definitiva, de lo que se desprende que si se emite concepto no favorable a la persecución del trámite contractual entre el Estado y el licitante, como ha ocurrido en el presente caso, el adjudicatario no puede alegar derechos a la formalización de contratos, ya que la adjudicación no se entiende ejecutoriada sin el correspondiente trámite de aprobación o autorización, y tampoco puede exigir compensación dineraria por los gastos incurridos. Esto se hace patente en virtud del artículo 45 de la Ley 56 de 1995, que coincidentemente es invocado por la demandante en concepto de interpretación errónea; esta norma preceptúa lo que se deja transcrito:

“Artículo 45: adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios.

La adjudicación **no** se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido la **autorizaciones o aprobaciones requeridas**” (el resaltado es de la Sala)

Lo descrito, dispone claramente lo trascendental que es el requisito de las autorizaciones y aprobaciones, del CENA, o del Consejo de Gabinete, de

acuerdo a la cuantía del contrato, toda vez que sin el cumplimiento de ello, no se perfecciona el acto contractual.

El caso expuesto, se refiere a un contrato de obra, con una cuantía de setecientos sesenta y ocho mil setecientos veintitrés balboas con 48/100 (B/.768,723.48), el cual requirió de la aprobación del CENA, contrato del cual se deduce, de lo expuesto se pretende ejecutar una addenda por la cuantía de ciento sesenta y cuatro mil ciento cincuenta siete balboas con 65/100 (B/.164, 157.65).

En primera instancia, debemos partir de la premisa, que aquellos contratos que sobrepasen un monto de B./250,000.00, además de la manifestación de voluntad de los sujetos y el cumplimiento de los requisitos legales, interviene el CENA o el Consejo de Gabinete, para aprobar o autorizar, y así perfeccionar el contrato.

Precisemos ahora, algunas consideraciones sobre la figura de la addenda.

El Diccionario de Uso, María Moliner, define la figura de la **addenda** así: Adiciones. Latinismo con que se designan las cosas se añaden después de terminada obra escrita.

En ese mismo sentido el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define **adición**, como, “acción y efecto de añadir o agregar, añadidura que se hace, o parte que se aumenta en alguna obra o escrito.

En esencia, la addenda es lo adicional que se hace a determinada cosa, no obstante, en el caso particular de un contrato no cabe duda que es un acto o manifestación de voluntad de las partes participantes en el mismo, que apega al acuerdo o contrato principal.

Veamos ahora, la norma de la ley de contratación pública, lo que dispone respecto a las adiciones y modificaciones:

“Artículo 76: Modificaciones y adiciones en base al interés público:

Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

1. No podrá modificarse la clase y objeto del contrato.
2. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones y aprobaciones de acuerdo con su cuantía.
3. 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.
4. El contratista tiene la obligación de continuar la obra.
5. Las demás condiciones que fije el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro.
6. 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, recoge como elemento fundamental, para la addenda o modificación de un contrato, el interés público.

Además de lo anterior, se enuncian las pautas a que debe sujetarse una adición, prohibiéndose en primer lugar modificar la clase y objeto del contrato, interpretándose, que no se deben ejecutar adiciones que transformen la clase y objeto del contrato principal.

Sobre el monto de la addenda se dispone, que las mismas requerirán de las autorizaciones y aprobaciones de acuerdo a la cuantía, que en consonancia con la regla dispuesta en el punto 5, se refiere a la cuantía del contrato principal, toda vez que, la relación contractual es una sola para todos los efectos, y por tanto existe un sólo contrato, independientemente de sus addendas y modificaciones respectiva, lo cual da vigencia al elemento contractual de la manifestación de la voluntad, para el perfeccionamiento.

Siguiendo con el análisis del artículo 76, de la ley 56, se observa que el Ministerio de Economía y Finanzas, está facultado para establecer condiciones adicionales, a través de reglamentaciones complementarias.

Por ejemplo aquellos contratos, que se han acordado con el sistema de precio unitario, adicional a las demás reglas generales, deberán acogerse a lo dispuesto en el acápite 6, cuando el monto de las modificaciones sobrepase un veinticinco por ciento (25%) del valor total del contrato.

En esta forma, damos respuesta de forma conjunta a sus dos primeras interrogantes, por encontrarse relacionadas, quedando claro que aquellos contratos que por su cuantía han requerido de la aprobación del CENA, también será necesario el aval de este ente, para la aprobación de sus addendas o modificaciones, pues éstas son parte del acto principal.

En cuanto a la tercera interrogante, en la cual nos pregunta sobre la validez jurídica de esta addenda, por encontrarse vencido el contrato, consideramos necesario aclarar, que este despacho se encuentra imposibilitado para establecer la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, ya que ésta es una facultad que recae, por mandato de nuestra Constitución Política, en su artículo 203, numeral 2, de forma privativa y exclusiva a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien tiene el control de legalidad, de los actos administrativos.

No obstante, como quiera se entiende que aún no se ha ejecutoriado la addenda para prórroga, procederemos, a dar nuestra opinión al respecto.

En primer lugar, revisemos la norma de la Ley 56 de 1995, que dispone sobre las prórrogas a los contratos administrativos:

“Artículo 84: Concesión de prórroga

Los retrasos que fueron producidos por causas no imputables al contratista, darán derecho a que se extiendan el plazo del contrato por un período no menor al retraso.

Sin perjuicio de lo establecido, las prórrogas modificarán, proporcionalmente, los términos establecidos y se documentarán como adiciones o addendas al contrato”.

Como se observa, las prórrogas concedidas, otorgan derecho a la extinción del plazo del contrato, y se dan por causas no imputables al contratista, no obstante, las mismas, se deberán documentar a través de addendas, y para ello

se deberán cumplir con las reglas contenidas en el artículo 76 de la Ley 56 de 1995.

Consideramos, que la intención de las adiciones a los contratos por prórroga, se dirige a culminar la obra objeto del contrato principal, y no para agregar trabajos distintos a los descritos en el contrato principal, puesto que de ser así, se violaría la regla contenida en el acápite 1, del artículo 76 de la ley de contratación, que dispone que no puede modificarse la clase y objeto del contrato.

Si bien la norma no dispone, de forma expresa desde qué momento debe ejecutarse la prórroga de un contrato, se entiende, que éstas se otorgan luego de vencido el plazo del contrato principal, y no se haya culminado la obra objeto del contrato, lo cual es consonante con la prohibición de modificar el objeto del contrato.

En conclusión, las prórrogas a los contratos, se ejecutan a través de las addendas, que tienen como objetivo culminar la obra objeto del contrato, adición que además estará sujeta a las condiciones que dispone la ley, de allí, que se interpreta, que no es viable jurídicamente, establecer addendas, cuyo objeto sea distinto al del contrato principal. En tal sentido, si en la addenda se contempla trabajos que modifican el objeto del contrato, lo viable es la realización de un nuevo acto público.

Esperamos de esta forma haber colaborado con su despacho.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/21/hf.