

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1537

Panamá, 13 de septiembre de 2022

**Proceso Contencioso Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Contestación de la demanda.

Expediente 327012022.

La firma forense Icaza, González-Ruiz & Alemán, actuando en nombre y representación de la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la negativa tácita por silencio administrativo, en la que supuestamente incurrió el **Ministerio de Obras Públicas**, al no contestar la solicitud denominada "Acción de Reclamo", presentada el día 6 de diciembre de 2021, y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la acción, los contestamos de la siguiente forma:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 30-40, 41 del expediente judicial).

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la accionante manifestó que la entidad demandada infringió las siguientes disposiciones:

A. El artículo 6 del Contrato AL-1-89-16, que señala que el Estado realizará los pagos una vez que el contratista presente las cuentas en atención a los avances de la obra, y que las mismas hayan sido verificadas y aprobadas por la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Obras Públicas (Cfr. fojas 10-11 del expediente judicial).

B. Los artículos 21 (numeral 10), 22, 100 y 109 (numeral 2) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020; sin embargo, **dado que el contrato se suscribió en el año 2016, corresponde aplicar, según lo dispuesto en el artículo 32 del Código Civil, el cuerpo normativo ordenado mediante la Ley 48 de 2011, vigente al tiempo en que se dieron los hechos, los cuales corresponden a los artículos 13 (numeral 10), 14 (numeral 2), 79 y 86 (numeral 2)**, los que, en su orden, señalan que las entidades contratantes tendrán entre sus obligaciones, efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y el contrato, y una vez que el adjudicatario presente la cuenta respectiva con toda la documentación exigida, de lo contrario, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses moratorios de acuerdo a lo establecido en el artículo 1072 del Código Fiscal (Cfr. fojas 11-12 del expediente judicial y páginas 14, 15, 56 y 58 de la Gaceta Oficial 26829 de 15 de julio de 2011).

C. El artículo 1072-A del Código Fiscal, que establece que los créditos a favor del Tesoro Nacional, vencidos y no pagados dentro del plazo legal establecido, devengarán un recargo de 10% y adicionalmente un interés moratorio de dos puntos porcentuales por mes o fracción de mes sobre la tasa de referencia del mercado que indique anualmente la Superintendencia de Bancos, contados a partir de la fecha en que el crédito debió ser pagado y hasta su cancelación (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

D. Los artículos 976, 985, 993 y 1107 del Código Civil, los cuales, respectivamente, indican que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse al tenor de los mismos; que incurrirán en mora los obligados a entregar o hacer

alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación; que si el deber consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal; y que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y argumentos de la parte actora.

Según las constancias que reposan en autos, el **Ministerio de Obras Públicas** y la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, suscribieron el 19 de octubre de 2016, el Contrato AL-1-89-16, para la ejecución del proyecto denominado “*Diseño y Construcción del Camino Buena Vista – La Lagunita*”, conforme a la Licitación por Mejor Valor 2016-0-09-0-15-LV-004340, adjudicada mediante la Resolución Ministerial DIAC-AL-16 de 12 de septiembre de 2016, por un monto total de un millón setecientos sesenta y siete mil setecientos dieciocho balboas con ochenta y ocho centésimos (B/.1,767,718.88), y un plazo de ejecución de ciento setenta y cinco (175) días calendarios; el cual, fue refrendado por la Contraloría General de la República el 8 de noviembre de 2016, formalizándose además, tres (3) Adendas al compromiso contractual, las que principalmente prorrogaron el plazo de ejecución del Contrato en ochocientos cuarenta y siete (847) días calendarios (Cfr. fojas 6 y 30-40 del expediente judicial y fojas 68-79 del expediente de trámite aportado por la entidad demandada).

De conformidad con las evidencias que reposan en el expediente de marras, el 6 de diciembre de 2021, la parte accionante presentó ante la institución demandada un escrito denominado “Acción de Reclamo”, mediante el cual solicita lo que a seguidas se copia:

“A. SOLICITUD

1. Solicitamos respetuosamente al Ministerio de Obras Públicas que proceda al pago de la cuenta No. 5 por el monto total de **CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL VEINTITRES BALBOAS CON 39/100 (B/. 435,023,39)**.

2. Solicitamos respetuosamente al Ministerio de Obras Públicas que, **SE FORMALICE MEDIANTE ADENDA, Y SU POSTERIOR REFRENDO ANTE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, a favor de nuestro representado, por el monto estimado de **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL BALBOAS CON 00/100 (B/. 150,000.00)**, correspondientes al pago de los

intereses moratorios por pago tardío de cuentas y al restablecimiento del equilibrio contractual.

3. Solicitamos respetuosamente al Ministerio de Obras Públicas que, **SE FORMALICE MEDIANTE ADENDA, Y SU POSTERIOR REFRENDO ANTE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, a favor de nuestro representado, se reconozcan los costos directos e indirectos sufridos durante el periodo de obra por el monto total de **SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL VEINTICUATRO BALBOAS CON 01/100 (US\$747,024.01)**.

4. Solicitamos respetuosamente al Ministerio de Obras Públicas que, **SE FORMALICE MEDIANTE ADENDA, Y SU POSTERIOR REFRENDO ANTE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, a favor de nuestro representado, y que se reconozcan los costos directos e indirectos objetos del equilibrio contractual para restablecer la vigencia del contrato por el monto estimado de **CIEN MIL DÓLARES CON 00/100 (US\$100,000.00)**.

5. Solicitamos respetuosamente al Ministerio de Obras Públicas que, **SE FORMALICE MEDIANTE ADENDA DE COSTO, Y SU POSTERIOR REFRENDO ANTE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, a favor de nuestro representado, el reconocimiento de todos los gastos administrativos, directos e indirectos y de cualquier índole para reestablecer el equilibrio contractual del Contrato.

6. Solicitamos respetuosamente al Ministerio de Obras Públicas que **SE FORMALICE MEDIANTE ADENDA**, una modificación a la Cláusula Quinta (Duración del Contrato y Plazo de Ejecución del Proyecto) por un tiempo adicional suficiente para culminar el proyecto.

7. Proceda a emitir Resolución de reconocimiento de Deuda y proceda al pago indicado, más los intereses que se causen desde la presentación de la presente solicitud.

..." (Cfr. fojas 27-28 del expediente judicial) (La negrita es de la fuente).

De acuerdo al criterio de la demandante, el **Ministerio de Obras Públicas** no dio respuesta alguna a la reclamación presentada, motivo por el cual el día 4 de abril de 2022, interpuso la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, misma que fue admitida por el Magistrado Sustanciador, mediante el Auto de catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022), y en la que solicita lo siguiente:

"3. PRETENSIÓN QUE FUNDAMENTA LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN.

Mediante la presente demanda pretendemos que esta Honorable Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, luego de declarar nula la negativa, por silencio administrativo, de nuestras peticiones formuladas en nuestro memorial de fecha 6 de diciembre de 2021, reconozca a favor de VIGUECONS ESTEVEZ S.L. los derechos que le corresponden, derivados de las obligaciones no cumplidas y adquiridas por el MINISTERIO DE OBRAS

mediante el CONTRATO DE OBRA N°AL-1-89-16 DE 19 DE OCTUBRE DE 2016 Y SUS ADENDAS, para el PROYECTO "DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL CAMINO BUENA VISTA-LA LAGUNITA.

Las pretensiones de VIGUECONS ESTEVEZ S.L., las cuales solicitamos sean reconocidas por esta Honorable Sala, luego de declarar nula la negativa por silencio administrativo, en atención a lo dispuesto en el ordinal 5o del artículo 97 del Código Judicial las resumimos de la siguiente forma:

1. *Solicitamos que se le ordene al Ministerio de Obras Públicas que pague a VIGUECONS ESTEVEZ S.L. la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL VEINTITRES BALBOAS CON 39/100 (B/. 435,023,39), en concepto de pago de la cuenta No. 5, correspondiente a los pactado en el CONTRATO DE OBRA N°AL-1-89-16 DE 19 DE OCTUBRE DE 2016 Y SUS ADENDAS, para el PROYECTO "DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL CAMINO BUENA VISTA-LA LAGUNITA.*

2. *Solicitamos que se le ordene al Ministerio de Obras Públicas pagar a favor de VIGUECONS ESTEVEZ S.L., la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS BALBOAS CON 69/100 (B/. 343,836.69), correspondientes a los intereses moratorios por pago tardío de cuentas y al restablecimiento del equilibrio contractual.*

3. *Solicitamos que se le ordene al Ministerio de Obras Públicas pagar a favor de VIGUECONS ESTEVEZ S.L., la suma de CIENTO CINCO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO BALBOAS CON 77/100 (B/. 105,878.77), correspondientes a las cantidades retenidas y que procede su devolución por no haber recibido reclamo alguno transcurridos más de tres (3) años desde su puesta en servicio.*

4. *Solicitamos que se le ordene al Ministerio de Obras Públicas que pague a favor de VIGUECONS ESTEVEZ S.L. los sobrecostos directos e indirectos sufridos durante el periodo de obra por causas no imputables al Contratista por el monto total de SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL VEINTICUATRO BALBOAS CON 01/100 (US\$ 747,024.01).*

Sobre la base de lo anterior solicitamos a esta Honorable Sala que una vez revocada la negativa, por silencio administrativo, reconozca las pretensiones de VIGUECONS ESTEVEZ S.L. y condene al MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS al pago de lo adeudado.

..." (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial) (Lo destacado es de la cita).

En sustento de su pretensión, la apoderada judicial de la sociedad recurrente manifiesta que se ha violado el **artículo 6 del Contrato AL-1-89-16**, en la medida que su mandante presentó oportunamente el informe y el soporte de la cuenta 5, atendiendo a los avances de la obra, las cuales fueron verificadas y aprobadas por la Dirección Nacional de Inspección del **Ministerio de Obras Públicas**; sin embargo, alega que a la fecha la entidad demandada no ha realizado los pagos que corresponden (Cfr. foja 10-11 del expediente judicial).

Al mismo tiempo, la firma forense arguye que el **Ministerio de Obras Públicas** infringió los **artículos 13 (numeral 10), 14 (numeral 2), 79 y 86 (numeral 2) del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, vigente al tiempo en que se celebró el Contrato y sus Adendas; así como el **artículo 1072-A del Código Fiscal**, toda vez que aun cuando la empresa cumplió con la presentación de la documentación requerida, la institución faltó a sus obligaciones al no realizar el pago de la cuenta 5, dentro del término previsto en el pliego de cargos y el contrato; por tanto, considera que al no existir una causa imputable al contratista que justifique dicho atraso, este tiene derecho a que se le reconozcan los intereses moratorios a partir de la fecha en que el crédito debió ser efectuado hasta el momento en que sea cancelado (Cfr. fojas 11-13 del expediente judicial).

Por último, la representante judicial de la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.** afirma que se desconoció lo dispuesto en los **artículos 976, 985, 993 y 1107 del Código Civil**, puesto que aunque la responsabilidad contraída por el **Ministerio de Obras Públicas** se deriva de lo estipulado en el Contrato AL-1-89-16, su validez e interpretación ha quedado a su arbitrio, incurriendo con ello, en mora en el pago del último desembolso; así pues, es de la opinión que la entidad está en la obligación de asumir los intereses adeudados a la empresa, los cuales deben ser calculados hasta la cancelación total de lo debido (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

IV. Descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

De la lectura del expediente en estudio, se desprende que la demanda contencioso administrativa en estudio está dirigida a lograr que se declare nula, por ilegal, la negativa tácita, por silencio administrativo, en la que supuestamente incurrió el **Ministerio de Obras Públicas**, al no contestar la petición denominada "Acción de Reclamo", presentada el día 6 de diciembre de 2021, mediante la cual sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, solicita el reconocimiento de derechos que alega le corresponden, derivados de las obligaciones no cumplidas y adquiridas por la entidad contratante, a través del Contrato AL-1-89-16 y sus Adendas, del proyecto "*Diseño y Construcción del Camino Buena Vista – La Lagunita*" (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Previo al análisis de todas las constancias procesales, este Despacho estima necesario delimitar el contexto jurídico sobre el cual se evalúa la causa en controversia, toda vez que la acción en estudio, surge a raíz de un derecho de petición ejercido por la hoy demandante en la vía administrativa, el cual, según afirma le fue vulnerado, toda vez que, bajo su perspectiva, no recibió respuesta alguna del escrito presentado al **Ministerio de Obras Públicas** el 6 de diciembre de 2021, a través del cual reclama el reconocimiento de derechos en concepto de: **a)** pago de la cuenta No. 5, correspondiente a los pactado en el Contrato AL-1-89-16 de 19 de octubre de 2016; **b)** intereses moratorios por la cancelación tardía de lo adeudado y el restablecimiento del equilibrio contractual; **c)** cantidades retenidas y que procede su devolución por no haber recibido reclamo alguno transcurridos más de tres (3) años desde su puesta en servicio; y **d)** sobrecostos directos e indirectos sufridos durante el periodo de obra por causas no imputables al contratista, las cuales pasaremos a desarrollar a continuación.

A. Silencio Administrativo.

En primera instancia, esta Procuraduría advierte que una vez recibida la petición formulada por el accionante, el **Ministerio de Obras Públicas** realizó diversas gestiones internas, a fin de atender la petición formulada por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, decimos esto, pues conforme al expediente de trámite de la solicitud, aportado por la entidad demandada como prueba junto con su informe explicativo de conducta, se observa que la Oficina de Asesoría Legal de dicha institución realizó las consultas respectivas tanto a la Dirección de Inspección, como a la Dirección de Planificación y Presupuesto y a la Oficina de Tesorería; así mismo, solicitó las aclaraciones pertinentes a fin de dar respuesta en propiedad a lo consultado por la contratista (Cfr. fojas 57, 109, 121, 122 del expediente de trámite aportado por la entidad demandada).

Visto lo anterior, y distinto a los señalamientos expresados por la parte actora en el libelo de la demanda que ocupa nuestra atención, cuando señala que la entidad demandada se ha denegado a dar respuesta a la petición formulada, este Despacho es de la opinión, que el **Ministerio de Obras Públicas** efectuó una serie de gestiones administrativas en ejercicio de sus atribuciones, con el objeto de dar respuesta a la "Acción de Reclamo", conforme a lo estipulado en el Contrato AL-1-89-

16, y sus tres (3) Adendas, pese a la complejidad y tecnicidad de la reclamación hecha por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, y la naturaleza del recurso presentado, el cual no corresponde a la etapa contractual en la que se encuentra el presente negocio, pues a la luz del **artículo 127 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, ordenado por la Ley 48 de 2011, dicha reclamación sólo es procedente durante el proceso de selección de contratista antes que sea adjudicado (Cfr. fojas 23-24 del expediente administrativo aportado por la entidad demandada y página 73 de la Gaceta Oficial 26829 de 15 de julio de 2011).

Indicamos lo anterior, pues conforme al informe explicativo de conducta remitido a la Secretaría de la Sala Tercera, mediante la Nota DM-AL-1017-2022 de 22 de julio de 2022, el **Ministerio de Obras Públicas** indicó lo que a continuación nos permitimos transcribir:

“ ...

1. Mediante memorial suscrito por la Licda. Ana Graciela Medina T. de la firma forense ICAZA, GONZÁLEZ – RUIZ & ALEMÁN, apoderados judiciales de la empresa **VIGUECONS ESTEVEZ, S.L.**, recibido el día 6 de diciembre de 2021, se presentó formal **ACCIÓN DE RECLAMO** dentro del Contrato de obra civil AL-1-89-16, para que el Ministerio de Obras Públicas procediese al reconocimiento de intereses moratorios por el pago tardío de cuentas, y el reconocimiento de deudas pendientes de índole administrativos, costos directos e indirectos, y la extensión del tiempo contractual para que el contratista logre finalizar el proyecto, a través del perfeccionamiento de las respectivas adendas.

2. La Dirección Nacional de Inspección como unidad ejecutora del proyecto 'Diseño y Construcción del Camino Buena Vista - La Lagunita' correspondiente al Contrato AL-1-89-16, remite mediante la nota 689-2022 de 8 de febrero de 2022 y posteriormente ampliada mediante la nota DNI-1995-2022 de 12 de abril de 2022, **informes con las explicaciones y documentación de respaldo técnico a fin de dar respuesta a la Acción de Reclamo presentada.** (Fojas 84 y 124 de expediente).

3. Se solicita a la Dirección de Planificación y Presupuesto y al Departamento de Tesorería de la institución información relacionada con la fecha de presentación de las cuentas del contrato que se tengan registradas, la fecha en la cual se dio el refrendo por la Contraloría General de la República, y la fecha en la cual se hace el pago efectivo, siendo respondida tal información a través de la Volante Número 229-22 de 22 de febrero de 2022 y el Memorando N° 101-2022 de 8 de abril de 2022, arrojándose la siguiente información: (Fojas 113-117, 119-120 del expediente)

Gestión de cobro	N° Cuenta	Monto	Fecha de Refrendo	Recibida en el MEF	Fecha de Pago
17-GC/0001030	1	B/.93,500.0	24/08/2017	25/08/2017	28/08/2017

2017-009-000442	2	B/311,400.91	18/12/2017	20/12/2017	22/12/2017
2017-009-001018	3	B/.78,566.77	06/03/2018	07/03/2018	09/03/2018
2018-009-007962	4	B/.506,498.87	02/08/2018	07/08/2018	09/08/2018

4. Conforme los requerimientos de información técnica y financiera hechos a las diversas direcciones descritas líneas arriba; se da respuesta a la petición presentada mediante la nota DM-AL-531-22 de 25 de abril de 2022. (Fojas 139-144 del expediente)

...” (Lo destacado es del Despacho).

Dentro de este contexto, cabe subrayar que el **artículo 156 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000**, que regula el Procedimiento Administrativo General, dispone lo siguiente:

“Artículo 156. Cuando se formulare alguna petición a una entidad pública y ésta no notificase su decisión en el plazo de un mes, el interesado podrá denunciar la mora. Si transcurren dos meses desde la fecha de la presentación de la petición, el interesado podrá considerarla desestimada, al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

...

Ambos términos transcurrirán cuando la autoridad competente no adopte medidas de actividad procesal, tendientes a proferir la decisión que corresponda.” (Lo resaltado es del Despacho).

De las evidencias anteriores, se colige con meridiana claridad que la negativa tácita, por silencio administrativo, y el inicio del cómputo del término de dos (2) meses previstos, operará **“...cuando la autoridad no adopte medidas de actividad procesal, tendientes a proferir la decisión que corresponda.”**; lo que es concordante con lo expresado por la doctrina que ha señalado que éste fenómeno jurídico se configura cuando la falta de respuesta corresponde a una conducta arbitraria de la Administración, situación que no se produce en el presente caso, pues como manifestamos en párrafos anteriores, **el Ministerio de Obras Públicas realizó diversas gestiones administrativas tendientes a dar respuesta a la solicitud presentada por la sociedad Viguecons Estevez, S.L., misma que se hizo efectiva a través de la Nota DM-AL-531-22 de 25 de abril de 2022, tal como lo expuso la institución en su informe explicativo de conducta** (Cfr. fojas 203-207 y 218 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento, el autor español Vicenç Aguado i Cudolà señala que el silencio administrativo, y cito: *“...es aquella situación jurídica en virtud de la cual, concluido su proceso formativo, se produce el nacimiento del acto presunto, mediante la constatación de la ausencia de actividad administrativa con efectos suspensivos sobre el plazo legalmente establecido, durante el transcurso del tiempo, ante la presentación de una solicitud por un interesado...”* (AGUADO i CUDOLA, V. Silencio Administrativo e Inactividad. Ediciones Jurídicas Marcial Pons. Madrid. 2001. Págs. 94-95).

Ante el escenario expuesto, la aplicación del silencio administrativo busca esencialmente, la limitación de la posible arbitrariedad o abuso que se pueda observar en distintos agentes de la Administración Pública, frente a una petición de los administrados; no obstante, tal situación de acuerdo a las piezas procesales que obran dentro del expediente, bajo ninguna circunstancia se ha podido configurar con el actuar de la entidad demandada, toda vez que **en atención al escrito presentado por la accionante el 6 de diciembre de 2021, el Ministerio de Obras Públicas efectivamente dio respuesta a la solicitud presentada, a través de la Nota DM-AL-531-22 de 25 de abril de 2022, la cual fue dirigida a la apoderada legal de la sociedad Viguecons Estevez, S.L.** (Cfr. foja 218 del expediente judicial).

Ahora bien, considerando que el silencio administrativo negativo, viene a constituir una ficción legal, la cual no es más que la presunción de la negativa de la administración por el hecho de no haber resuelto una petición, no hay que perder de vista que en este caso la configuración de dicho fenómeno jurídico, más allá de permitirle al accionante acceder al control jurisdiccional del Tribunal, no afectaría la decisión adoptada, razón por la cual solicitamos que las pretensiones y los cargos de infracción señalado por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, sean desestimados el Tribunal por los motivos que explicaremos a continuación. Veamos.

B. Pago de la cuenta 5 según el Contrato AL-1-89-16 y sus Adendas.

Conforme se desprende del contenido del expediente judicial, mediante la Nota VEP-AL-1-89-16-195-2020 de 2 de diciembre de 2020, la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, presentó el informe y la cuenta 5 del proyecto *“Diseño y Construcción del Camino Buena Vista – La Lagunita”*, la

cual, según alega la parte actora, fue aceptada por el **Ministerio de Obras Públicas**; sin embargo, del examen de los elementos probatorios que obran en el expediente de trámite aportado por la entidad demandada, se advierte que a través de la Nota DNI-0221-21 de 14 de enero de 2021, la entidad dio respuesta a su petición señalando lo siguiente:

“...

Se envió correo electrónico el día lunes 21 de diciembre de 2021 en donde se le inforema (sic) que en conversación con la Arq. Ruth de Valero de la **Contraloría General**. La Arq. **nos informa que para poder recibir el proyecto se tiene que reparar las secciones en donde el asfalto se encuentra con desgaste. Esto tiene que realizarse lo antes posible para poder efectuar la inspección final y poder confeccionar el acta sustancial para el inicio del mantenimiento.** En ese correo se hizo mención a que por estar en periodo de cuarentena se sabía que la ejecución de los trabajos era difícil, pero se les solicitó que en la medida de los posible pudieran realizar las debidas correcciones.

...

En virtud de lo mencionado, **se le solicita al contratista realizar las debidas reparaciones encontradas en el proyecto de la referencia en un periodo de 15 días una vez recibida la notificación, para programar una nueva inspección en conjunto (Contraloría, Contratista y MOP) y poder recibir a conformidad la obra. De igual manera informamos que las cuentas No.5 y No.6 presentadas no se gestionaran hasta ser subsanadas.**

...” (Cfr. fojas 90-91 del expediente administrativo aportado por la entidad demandada) (Lo destacado es nuestro).

Lo anterior, de igual modo, fue expuesto por el **Ministerio de Obras Públicas** en la Nota DM-AL-531-22 de 25 de abril de 2022, por la cual da respuesta a la “Acción de Reclamo” promovida por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, el 6 de diciembre de 2021, indicando lo siguiente:

“Sobre lo anterior, **precisamos referirnos a la nota DNI-0221-21 de 14 de enero de 2021 de la Dirección Nacional de Inspección**, la cual respondía a la comunicación V.E.P.AL-1-89-16-196-20.16 de 14 de diciembre de 2020 de la empresa VIGUECONS ESTEVEZ, mediante la cual la empresa solicitaba la inspección final del proyecto y la confección del Acta Sustancial de Obra, para dar inicio a la etapa de mantenimiento del contrato. **En dicha comunicación la Dirección de Inspección le indicó al Contratista las correcciones que eran necesarias realizar dentro del proyecto, en virtud del Informe de Daños remitido por parte el Ingeniero Residente de la obra a través de la nota DNI-EM-001-21 de 7 de enero de 2021, el cual se fundamentaba en las observaciones hechas por el Ingeniero Superintendente y la Arq. Ruth Reyes de Valero de la Contraloría General de la República en su nota No.49-2021-ING-OPPAO, en las que se indicaban los altos niveles de rugosidad y desprendimiento del material de la carpeta asfáltica; diferentes niveles de acabado en zonas del proyecto; áreas de cunetas afectadas o inexistentes, y deformidades u ondulaciones en la carpeta asfálticas,** cuyos

daños evidentes ameritaban correcciones que debían ser atendidas por el contratista VIGUECONS ESTEVEZ, para entonces luego proceder a la confección del Acta Sustancial de Obra, y dar inicio a la etapa de mantenimiento del proyecto.

...

Con base en lo antes referido, queda claro que el señalamiento hecho sobre la falta de suscripción del Acta de Recepción Provisional de la Obra, por causas no imputables al Contratista carece de sustento, ya que fueron comunicadas las irregularidades encontradas en la inspección efectuada por el Ingeniero Residente mediante la nota DNI-0221-21 de 14 de enero de 2021 de la Dirección Nacional de Inspección, tal como lo indica el Pliego de Cargos en su numeral 52.4.3; y que actualmente según nota DNI-EM-001-22 de 8 de febrero de 2022, continúan sin ser atendidas tales correcciones o subsanaciones, siendo total y exclusivamente responsabilidad del Contratista el cumplimiento de los requisitos necesarios para la Recepción Provisional de la Obra; y poder así dar inicio al período de mantenimiento de la vía.

...

En virtud de las referidas condiciones de corrección o subsanación imputables a la empresa VIGUECONS ESTEVEZ para el Contrato AL-1-89-16, la Dirección Nacional de Inspección mediante la nota DNI-0221-21 de 14 de enero de 2021, indicó lo referente a la imposibilidad de tramitación de las cuentas No. 5 y No. 6 del contrato, ya que consta en nota No. 49-2021-ING-OPPAO fechada 6 de enero de 2021 de la Contraloría General de la República la serie de deficiencias que presentaban diversas áreas del proyecto, y que debían ser atendidas para poder continuar con la evaluación de las actividades del proyecto y el consecuente Informe de Progreso de los trabajos; lo anterior, ratificado por la Dirección Nacional de Inspección mediante nota DNI-1995-2022 de 12 de abril de 2022.

Conforme lo anterior, y basados en el argumento de pagos pendientes por parte de la Entidad Contratante, **no es procedente señalar que estas cuentas están pendientes de pago, cuando no se tienen por presentadas, aprobadas y refrendadas por la Contraloría General de la República, y en atención a ello no se puede acceder a lo reclamado sobre dichas cuentas.**

..." (Cfr. fojas 203-204 del expediente judicial) (La negrita es nuestra y la subraya corresponde a la cita).

De las evidencias anteriores, se infiere que aun cuando se haya habilitado la apertura de la vía vehicular y publicado en la página web de la institución una noticia al respecto, **el Ministerio de Obras Públicas sólo puede proceder al pago de la cuenta 5 y levantar el acta de recepción provisional para así dar inicio al período de mantenimiento, una vez que la contratista realice las reparaciones y subsanaciones al proyecto, las cuales también fueron advertidas por la Contraloría General de la República, en su condición de ente fiscalizador y regulador de los**

actos de manejo de fondos y bienes públicos, a fin que se realicen con corrección; y que, posteriormente, se le comunicaron a la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, al tenor de lo establecido en la **Cláusula Sexta del Contrato AL-1-89-16**, en concordancia con lo dispuesto en los **artículos 79 y 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, los cuales precisan lo siguiente:

"SEXTA: FORMA DE PAGO.

EL ESTADO de conformidad con lo establecido en el Numeral 2, del Artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, realizará los pagos una vez, EL CONTRATISTA presente las cuentas en atención a los avances de obra, y que las mismas hayan sido verificadas y aprobadas por la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Obras Públicas.

..." (Cfr. foja 33 del expediente judicial) (La subraya es nuestra y la negrita de la fuente).

"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." (Cfr. página 55 de la Gaceta Oficial Digital 26829 de 15 de julio de 2011) (Énfasis suplido).

"Artículo 86. Pago por avance de obra. Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato de obra. Para tales efectos, el contratista remitirá mensualmente informes sobre el avance de la obra, como presupuesto para el pago.

Los pagos parciales, según el avance de la obra, se sujetarán a las siguientes reglas:

1. ...

2. La cancelación de los pagos se deberá estipular obligatoriamente en el pliego de cargos y en el contrato, y esta se hará a partir de la presentación de la cuenta respectiva con toda la documentación exigida por las reglamentaciones vigentes.

..." (Cfr. página 57 de la Gaceta Oficial Digital 26829 de 15 de julio de 2011) (Lo destacado es del Despacho).

Dentro de ese marco, cobra especial relevancia lo expuesto en los **artículos 2 (numerales 47 y 48) y 87 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, ordenado por la Ley 48 de 2011, los cuales disponen lo que a seguidas transcribimos:

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

...

47. Terminación de la obra. Declaración de la Contraloría General de la República y de la entidad contratante, mediante acta de aceptación final, en la cual **se hace constar el haber recibido a satisfacción la obra, de acuerdo con lo establecido en el pliego de cargos o términos de referencia.**

48. Terminación sustancial de la obra. Declaración de la Contraloría General de la República y de la entidad contratante, mediante acta, en la que **se establece que el nivel de ejecución física de la obra permite su utilización, pese a la existencia de detalles que el contratista está obligado a subsanar.**

...” (Cfr. página 9 de la Gaceta Oficial Digital 26829 de 15 de julio de 2011) (La negrita es del Despacho).

“Artículo 87. Terminación de la obra. La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acta de aceptación final, después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato. La fianza de cumplimiento continuará en vigor por el término de un año, si se tratara de bienes muebles, para responder por vicios redhibitorios, tales como la mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en la cosa objeto del contrato, salvo bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis meses, y por el término de tres años para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de obra o bien inmueble.

Por decisión unilateral de la entidad contratante y con fundamento en las condiciones establecidas en el pliego de cargos, puede recibirse, para su uso u ocupación, una obra sustancialmente ejecutada, aunque queden pendientes etapas o trabajos por realizar. En estos casos, la fianza de cumplimiento para responder por vicios redhibitorios y defectos de reconstrucción o de construcción, empezará a regir desde el recibo de la parte sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado, y para el resto de la obra, a partir del acta de aceptación final.” (Cfr. página 59 de la Gaceta Oficial Digital 26829 de 15 de julio de 2011) (Lo destacado es nuestro).

Así pues, **si bien el uso u ocupación de una obra que está considerablemente ejecutada por parte de la sociedad contratista, implica una aceptación condicionada y limitada de la entidad contratante, que permite su utilización dependiendo su nivel de ejecución, no es menos cierto que los trabajos deben perfeccionarse conforme a lo estipulado en el Contrato AL-1-89-16 y sus Adendas, así como lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas, esto es, que exista la constancia de que el proyecto ha sido recibido a satisfacción por el Ministerio de Obras Públicas mediante el acta de recepción provisional para dar**

inicio a la etapa de mantenimiento del proyecto, tal como lo estipula la **Cláusula Cuarta**, que fue modificada por la Adenda 3; por tanto, **no es cierto**, como equivocadamente señala la actora, **que la entidad contratante haya manifestado su recibido conforme, al indicarle a la aseguradora que no existían reclamos, pues dicha comunicación corresponde únicamente a lo relacionado a la fianza, la cual haría efectiva la institución en caso que la hoy recurrente no realizara las gestiones correspondientes para subsanar y reparar las áreas advertidas, siendo que su interés primordial es lograr que la empresa cumpliera a cabalidad con lo pactado en aras del bien común de la comunidad que será beneficiada con la construcción de la vía vehicular (Cfr. fojas 72 del expediente administrativo aportado por la entidad demandada).**

En una situación similar a la que nos ocupa, se refirió el Tribunal mediante **Sentencia de doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014)**, precisando lo siguiente:

“Pese a los retrasos presentados desde el inicio de la ejecución del contrato por parte de la empresa contratista, en cuanto al diseño y construcción de la sede del Registro Público en Santiago de Veraguas, el Registro Público no convino de manera inmediata la resolución administrativa del contrato; muy por el contrario, queda en evidencia que le otorgó una prórroga a la contratista y de igual manera, procedió a la ocupación del inmueble. Esta situación queda evidenciada en el hecho octavo de la demanda, así como en los considerandos de la Resolución Ejecutiva N° 139-2010, donde se expresa que al existir ‘una urgencia notoria de un local para las oficinas del Registro Público de Panamá sede regional de Santiago... se decide ocupar el edificio en construcción... lo cual, no es óbice para que el Contratista considere que no tiene la obligación de terminar el edificio y de resolver las deficiencias y defectos de la construcción’.

Ahora bien, observa esta Superioridad que **la contratación en cuestión ha cumplido sus efectos, y por consiguiente la etapa de ejecución, puesto que el inmueble objeto del contrato fue ocupado por el Registro Público de Panamá entre los meses de diciembre de 2009 y enero 2010...**, caso en el cual **lo procedente era exigir al contratista...que los errores que pudiese presentar la obra contratada fueran subsanados, o en caso tal, exigir la ejecución de la fianza de cumplimiento, de estar vigente la misma.**

Del análisis reflexivo del proceso, colige esta Superioridad que, **al tenor de lo establecido en el artículo 77 de la Ley N° 22 de 2006, en concordancia con el artículo 237 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, la ocupación del edificio objeto del contrato, constituye un recibo sustancial de la obra.**

...” (Énfasis suplido).

En las generalizaciones anteriores, este Despacho es del criterio que **la sociedad Viguecons Estevez, S.L.**, incurre en un error de planteamiento e interpretación al señalar que el Ministerio de Obras Públicas ha incumplido con sus obligaciones, toda vez que aunque éste haya utilizado la vía vehicular y publicado una noticia en la página web teniendo en cuenta que la obra se encontraba sustancialmente terminada, ello no significa que deba realizar el pago de la cuenta 5, sin antes comprobar que el contratista ha cumplido con todos los requisitos y términos pactados en el pliego de cargos, considerando que la **Cláusula Sexta del Contrato AL-1-89-16**, y el artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, estipulan expresamente que **la entidad contratante únicamente puede realizar los desembolsos una vez que la empresa presente las cuentas en atención a los avances del proyecto**, y siempre que las mismas sean debidamente verificadas y aprobadas por la Dirección Nacional de Inspección, situación que, como observamos, ocurrió en el presente caso, dado que la institución le informó a la adjudicataria sobre “...*los altos niveles de rugosidad y desprendimiento del material de la carpeta asfáltica; diferentes niveles de acabado en zonas del proyecto; áreas de cunetas afectadas o inexistentes, y deformidades u ondulaciones en la carpeta asfálticas...*”, por ende, **no resultan viables las pretensiones de la actora.**

Así lo explicó la Sala Tercera en la **Resolución de siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021)**, señalando en torno al mismo, lo siguiente:

“Bajo ese criterio, resulta importante indicar, que **los artículos 79 y 87 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, ‘Que regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones’, vigentes al momento que se dio la Contratación en estudio, **establecen que en toda contratación estatal, los pagos se harán de conformidad con lo establecido en el Pliego de Cargos o el Contrato respectivo y que al finalizar la obra se concretiza a través del acta de aceptación final...**

De lo antes señalado, se infiere que la contratación efectuada por el Municipio de Panamá (Contrato 086-2013), **es un contrato de obra cuya entrega se concretaría al ejecutarse en su totalidad y materializarse en el Acta de Aceptación Final**, lo que no ocurrió, conforme a las pruebas aportadas y admitidas por el Tribunal, por incumplimiento del contratista, **por lo que mal puede solicitar la sociedad demandante, el pago de la suma de dinero adeudada.**

...

La situación jurídica nos permite establecer, que **no ha operado la**

Negativa Tácita, por Silencio Administrativo, aducida por la empresa demandante, toda vez, que mal podía el Municipio de Panamá, dar respuesta a la Nota MSIN150617MP32 de 21 de junio de 2017, reiterativa de pago, y precedida por las Notas del 21 de abril y 28 de septiembre de 2016, si la empresa..., aun cuando tenía conocimiento de los incumplimientos anunciados por la Institución, desde el 24 de febrero de 2016, día en que se le hizo entrega formal de una copia del Informe de Inspección 76-15, no ha probado que haya realizado las adecuaciones solicitada por la Institución contratante (cfr. foja 275 del antecedente).

..." (La negrita es del Despacho).

Conforme al precedente jurisprudencial antes expuesto, este Despacho colige que **mal puede el Ministerio de Obras Públicas realizar gestión alguna tendiente a finiquitar un pago derivado de la celebración del Contrato AL-1-89-16 y sus Adendas, si la sociedad Viguecons Estevez, S.L., ha desatendido los requisitos y lineamientos establecidos en dichos instrumentos, el pliego de cargos y la legislación vigente**, por tal motivo, este Despacho es del criterio que lo argumentado por la recurrente respecto a que la entidad contratante ha incumplido con sus obligaciones carece de sustento, **por lo que no se configura violación alguna a lo estipulado en la Cláusula Sexta, ni a los artículos 13 (numeral 10), 14 (numeral 2), 79 y 86 (numeral 2) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011; así como tampoco a los artículos 976, 985 y 1107 del Código Civil.**

C. Pago de intereses moratorios y el restablecimiento del equilibrio contractual.

En relación a este punto, debemos indicar que si bien los **artículos 13 (numeral 10) y 79 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, ordenado por la Ley 48 de 2011, señalan que el contratista tendrá derecho al pago de los intereses moratorios, con base a lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal, cuando la entidad contratante realice los pagos que correspondan en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al éste; lo cierto es, como expusimos en el apartado anterior, que **el Ministerio de Obras Públicas no incumplió con sus obligaciones contractuales, en la medida que actúo de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula Sexta del Contrato AL-1-89-16, y el artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, que preceptúan que la institución procederá con los desembolsos una vez que la empresa presente las cuentas en atención a los avances de obra, y siempre que las mismas hayan sido verificadas y aprobadas por la Dirección

Nacional de Inspección, la cual le advirtió a la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, mediante la Nota DNI-0221-21 de 14 de enero de 2021, que la cuenta 5 no se gestionaría hasta tanto se efectuaran las reparaciones en las secciones del proyecto de conformidad con el pliego de cargos, y que dichos trabajos debían hacerse lo antes posible para poder llevar a cabo la inspección final y confeccionar el acta para el inicio del mantenimiento; no obstante, éstos aspectos no fueron debida y oportunamente atendidos por la hoy recurrente y ahora aspira a que ese Tribunal le reconozca la restitución de un supuesto perjuicio causado.

A este respecto, el **Ministerio de Obras Públicas** en la Nota DM-AL-531-22 de 25 de abril de 2022, a través de la cual da respuesta a la “Acción de Reclamo” promovida por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, el 6 de diciembre de 2021, expuso lo siguiente:

“Solicita adicional en su reclamación sin mayores detalles de las cuentas presentadas por su representado, el reconocimiento de intereses moratorios aparentemente incurridos por la Entidad Contratante dentro de la ejecución del Contrato AL-1-89-16 por el pago tardío de las cuentas, conforme lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 48 de 2011, (ley aplicable a esta contratación).”

Para esta reclamación, cabe referirse a la forma de pago del Contrato AL-1-89-16, contenida en la cláusula SEXTA...

Conforme lo indica la referida cláusula, las condiciones dentro de las cuales debe efectuar el pago para el Contrato AL-1-89-16, serán en atención al artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 48 de 2011, (ley aplicable a esta contratación),...

Sobre las regulaciones vigentes en cuanto al pago de las cuentas correspondientes, el Código Fiscal de la República de Panamá como la Ley N° 32 de 8 de noviembre de 1984 ‘Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República’...

Artículo 1081 (Código Fiscal de la República)

Ninguna orden o libramiento girado en relación con erogaciones de fondos **nacionales será válido si no** está firmado por el Ministro de Hacienda y Tesoro o por su delegado y **refrendado por el Contralor General** o por su delegado. El Contralor General o su delegado no refrendarán esa orden o libramiento mientras la respectiva cuenta no haya sido fiscalizada. (Lo resaltado es nuestro).

Artículo 74. (Ley N° 32 de 1984)

Toda orden de pago que se emita con cargo al Tesoro Nacional o contra cualquier otro tesoro público deberá ser sometida al refrendo de la Contraloría

General, **sin cuyo requisito no podrá ser pagada.** ... (Lo resaltado es nuestro).

A pesar de la ausencia de la documentación probatoria que sustente la reclamación de CIENTO CINCUENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/. 150,000.00) en concepto de supuestos intereses moratorios en los que hay incurrido la Entidad por el pago tardío de las cuentas por avance dentro del Contrato AL-1-89-16; se informa mediante la Volante Número 229-22 de 22 de febrero de 2022 de la Dirección de Planificación y Presupuesto, y el Memorando N° 101-2022 de 8 de abril de 2022 del Departamento de Tesorería,...

De lo anterior, se identifica con claridad que las cuentas presentadas por avance de obra sometidas, aprobadas y refrendadas hasta el momento para el Contrato AL-1-86-16 (Cuentas 1, 2, 3 y 4), han sido pagadas conforme lo indica el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 48 de 2011 (ley aplicable a esta contratación); y las normas regulatorias en materia de erogaciones al Tesoro Nacional, ya que las cuentas referidas fueron pagadas en un término máximo que no llegó a superar los 15 días calendario en ninguna de ellas, motivo por el cual es improcedente reconocer el monto reclamado.

..." (Cfr. fojas 204-206 del expediente judicial) (La subraya es del Despacho y la negrita corresponde a la cita).

Según lo antes expuesto, observamos que en atención a la solicitud de pago de la cuenta 5 presentada por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, la **Dirección Nacional de Inspección al realizar la verificación y comprobación respectiva determinó, conjuntamente con la Contraloría General de la República, la imposibilidad de tramitación de la misma, ya que ambas entidades constataron una serie de deficiencias que presentaban diversas áreas de la obra, y que debían ser atendidas para poder continuar con la evaluación de las actividades del proyecto; por consiguiente, no es procedente acceder a lo reclamado por la parte actora dado que el Ministerio de Obras Públicas no ha incumplido con sus obligaciones**, por el contrario, como institución responsable ha llevado a cabo las medidas y acciones pertinentes a fin que tanto la entidad como la contratista, puedan obtener lo licitado y pactado en el Contrato AL-1-89-16, y asimismo, la empresa reciba su pago correspondiente una vez hechas las subsanadas y reparaciones requeridas; **por tal motivo los cargos de infracción contra el artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, así como al artículo 1072-A del Código Fiscal y el artículo 993 del Código Civil deben ser desestimados por el Tribunal.**

En torno al argumento que esboza la sociedad accionante sobre el supuesto

quebrantamiento al principio de equilibrio contractual, este Despacho debe señalar que para que esta situación se dé es necesario que el mismo se origine por un hecho excepcional; **que le imponga a la parte que lo alega un “grave sacrificio”, es decir, que afecte la equivalencia de las contraprestaciones de una manera desproporcionada y excesivamente onerosa, para lo cual será necesario que la misma demuestre la incidencia de una circunstancia de naturaleza extraordinaria e imprevisible**, tal como lo señala el artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, que contempla lo que a continuación reproducimos:

“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.” (Cfr. página 19 de la Gaceta Oficial Digital 26829 de 15 de julio de 2011).

Como viene desarrollado en la citada norma, se colige que **lo que en realidad está tratando de plantear la sociedad la sociedad Viguecons Estevez, S.L., es una modificación al contenido y términos del Contrato AL-1-89-16, dado que ésta no estudió la descripción**

general del proyecto y, en consecuencia, no contempló todos los costos, condiciones y detalles que podían incidir en la ejecución eficaz y eficiente de la obra conforme a lo establecido en el pliego de cargos, aspecto que fue debidamente advertido por el Ministerio de Obras Públicas, a través de la Nota DIAC-2191-17 de 7 de noviembre de 2018, aportada por la accionante como parte de su caudal probatorio; por lo que, a juicio de este Despacho, de ninguna manera se dan los presupuestos para que pueda reconocerse la existencia del desequilibrio económico que alega la demandante, dado que no nos encontramos ante situaciones que no hayan podido preverse en el momento o por causa de fuerza mayor o caso fortuito, que ocasionaran una alteración u obstaculización sustancial de los costos que impidieran el cumplimiento del objeto del contrato (Cfr. fojas 85-89 del expediente judicial).

D. Devolución de montos retenidos.

En cuanto a la devolución de las cantidades retenidas, esta Procuraduría es de la opinión que el reconocimiento del monto reclamado por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, resulta improcedente, en la medida que la Cláusula Novena del Contrato AL-1-89-16, establece claramente que el Estado retendrá el diez por ciento (10%) como garantía, suma que será devuelta al finalizar la ejecución de las obras, situación que, como hemos indicado en líneas anteriores, no ha ocurrido en el presente caso. Veamos.

“NOVENA: RETENCIONES.

De casa cuenta que sea presentada por **EL CONTRATISTA, EL ESTADO**, retendrá el diez por ciento (10%) como garantía, suma que le será devuelta a **EL CONTRATISTA** al finalizar la ejecución de las obras y de acuerdo a las condiciones establecidas para la devolución de retención, estipulado en la Resolución No. 014-07 de 26 de febrero de 2007, 'Que aprueba el Reglamento para el recibo sustancial de obras que desarrolla el Ministerio de Obras Públicas y deroga la Resolución No. 121-01 de 20 de julio de 2001'.

De igual forma, **EL ESTADO** retendrá el cincuenta por ciento (50%) del Impuesto a la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (I.T.B.M.S.), el cual a su vez será remitido al Ministerio de Economía y Finanzas (Resolución No. 201-472 del Ministerio de Economía y Finanzas del 2 de marzo de 2004, Ley del 2 de febrero de 2005 y Decreto Ejecutivo No. 84 de 29 de agosto de 2005).

El monto correspondiente al DIEZ POR CIENTO (10%) retenido, no podrá ser endosado por **EL CONTRATISTA**, ya que el mismo constituye una

garantía para **EL ESTADO.**" (Cfr. foja 36 del expediente judicial) (La subraya es del Despacho y la negrita es la fuente).

En este contexto, resulta importante referirnos a lo dispuesto en el **artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, ordenado por la Ley 48 de 2011, que a la letra señala:

"Artículo 86. Pago por avance de obra. Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato de obra. Para tales efectos, el contratista remitirá mensualmente informes sobre el avance de la obra, como presupuesto para el pago.

Los pagos parciales, según el avance de la obra, se sujetarán a las siguientes reglas:

1. En el pliego de cargos, se estipularán obligatoriamente las retenciones de un porcentaje, por la entidad contratante al contratista, para garantizar el cumplimiento del contrato.

..." (Cfr. página 58 de la Gaceta Oficial Digital 26829 de 15 de julio de 2011) (Lo destacado es del Despacho).

Ante tales circunstancias, resulta claro que la devolución de las sumas retenidas por el Estado se hará efectiva una vez que finalicen la ejecución de las obras y de acuerdo a las condiciones establecidas en la **Resolución 014-07 de 26 de febrero de 2007**, que aprueba el Reglamento para el recibo sustancial de obras que desarrolla el **Ministerio de Obras Públicas**, que en su **artículo 4** establece que: *"El período de ejecución de la obra se mantiene abierto desde que se emite la Orden de Proceder, hasta que se firme el Acta de Aceptación Final de la Obra..."*, lo cual no ha ocurrido en la causa que se analiza, habida cuenta que la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, debe realizar las subsanaciones y reparaciones que solicitó la Dirección Nacional de Inspección, en conjunto con la Contraloría General de la República; situación que es reconocida por la propia recurrente en la "Acción de Reclamo" promovida el 6 de diciembre de 2021, cuando solicita, y cito: *"...que **SE FORMALICE MEDIANTE ADENDA**, una modificación a la Cláusula Quinta (Duración del Contrato y Plazo de Ejecución del Proyecto) por un tiempo adicional suficiente para culminar el proyecto..."*; por tanto, **resulta claro que el reconocimiento de los montos reclamados por la actora no son procedentes conforme a lo dispuesto en la Cláusula Novena del Contrato AL-1-89-16, y el artículo 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011** (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

E. Sobrecostos directos e indirectos sufridos durante el periodo de obra.

En relación al reconocimiento económico por los supuestos sobrecostos sufridos durante el periodo de obra por causas no imputables a la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, este Despacho al realizar un examen de las constancias procesales, advierte que mediante la Nota DIAC-2191-17 de 7 de noviembre de 2018, el **Ministerio de Obras Públicas** dio respuesta a la Nota V.E.P.-AL-1-89-16-196-2016 de 14 de diciembre de 2020, a través de la cual la hoy demandante solicitó una adenda de tiempo y de costo al Contrato, señalando, en lo medular, que por causas ajenas a la empresa, ésta había incurrido en gastos adicionales que no pudieron ser considerados en el proceso de licitación, entre los que se menciona el aumento de distancia transporte por imposibilidad de accesos y su mantenimiento; daños causados por actos de la naturaleza; ejecución de filtros de drenaje en diferentes puntos del proyecto; sumas no previstas de endosos de fianzas y pólizas; aplicación de sello de protección capa base; y diseño de camino (Cfr. fojas 85-97 del expediente judicial).

Frente al reclamo presentado por la contratista, la Dirección de Administración de Contratos del **Ministerio de Obras Públicas** planteó que de conformidad con lo establecido en el pliego de cargos y los términos de referencia del proyecto no era posible acceder a su petición por las razones que citamos a continuación:

"Durante el periodo de aviso de convocatoria para la LICITACIÓN POR MEJOR VALOR N°2016-0-09-0-15-LV-004340, para el proyecto de la referencia, es obligación de los Proponentes mantenerse informados de todas las incidencias que se den en los procesos de selección de Contratista...

El Pliego de Cargos establece en el capítulo II – Condiciones Especiales, los acápitales:

- 6. VISITA DE CAMPO '**La visita en sitio es opcional, por cuenta del contratista; el MOP no realizará visita de obra programada. Para el MOP es importante que el proponente conozca el sitio de la obra. No se aceptarán excusas sobre la omisión de trabajos propios del proyecto, argumentando no conocer el sitio de la obra**'.
- 7. REUNIÓN PREVIA Y HOMOLOGACIÓN OBLIGATORIA, 9. INTERPRETACIÓN, DISCREPANCIAS, ERRORES U OMSIONES EN EL PLIEGO DE CARGOS. '**En caso de que el Proponente encuentre errores en el Pliego de Cargos, que afecten directamente la calidad de los trabajos o que modifiquen su Costo de Ejecución, deberá notificarlos inmediatamente a la Entidad Licitante, para que ésta haga las aclaraciones o correcciones necesarias, antes del Acto Público, siguiendo al efecto lo indicado en el procedimiento**

para realizar consultas o solicitar aclaraciones’.

- 11. ACEPTACIÓN DEL PLIEGO DE CARGOS ‘Al presentar su Propuesta, el Proponente acepta el Pliego de Cargos sin objeciones ni restricciones, en todas y cada una de sus partes’.

Las Especificaciones Técnicas Generales para la Construcción y Rehabilitación de Carreteras y Puentes del Ministerio de Obras Públicas, indica en el capítulo 1-OPERACIONES PRELIMINARES, DE CONTROL Y FINALES que ‘El Contratista está en la obligación de efectuar una inspección ocular, examinar cuidadosamente el sitio de la obra a realizarse, y comparar lo existente en el campo con lo marcado en los planos de construcción o desglose de precios que rigen el Contrato. En caso de diseño y construcción desarrollará sus criterios en base a los términos de referencia especificados’.

...

Por lo antes expuesto, la Dirección de Administración de Contratos, considera que los puntos presentados para el reconocimiento de costos adicionales, No son causal para un incremento de costo adicional para el Estado. El Contratista cuando realizo la presentación de su propuesta, entre otros aspectos debió considerar las condiciones y detalles que pudieran afectar la ejecución eficaz y eficiente del proyecto, le corresponde al Contratista estudiar la descripción general y contemplar todos los costos involucrados para su ejecución.

...” (Cfr. 85, 86 y 89 del expediente judicial) (La subraya es nuestra y la negrita corresponde a la fuente).

Visto de esta forma, resulta evidente que las sumas demandadas por la sociedad accionante no encuentran asidero, dado que los sobrecostos alegados por las actividades reportadas obedecen a su falta de conocimiento del sitio donde se realizaría la obra, y que debieron ser advertidos por la empresa a la entidad contratante, para que ésta última hiciera las aclaraciones o correcciones pertinentes **antes del Acto Público**, y más cuando dichos reparos podían incidir directamente en la calidad de los trabajos o su costo de ejecución; sin embargo, como bien señala el **Ministerio de Obras Públicas**, la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, no hizo ninguna observación durante el proceso de selección de contratista, como si hicieron otros proponentes; así pues, este Despacho estima que los montos reclamados no son admisibles dado que los mismos se derivan de la omisión de trabajos propios del proyecto, esto es, la actora no realizó las debidas diligencias tendientes a comparar lo existente en campo con la descripción general establecida, de forma que su propuesta contemplara todos los costos involucrados para su construcción, por lo que mal puede ahora la recurrente argumentar que incurrió en gastos adicionales por situaciones imputables a la institución,

cuando en realidad le son atribuibles a ella dado que es responsabilidad de todo oferente determinar el precio de su oferta con base a las especificaciones determinadas en el pliego de cargos, considerando, particularmente, las condiciones del área.

Cabe considerar que, en atención a la “Acción de Reclamo” promovida por la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, el 6 de diciembre de 2021, el **Ministerio de Obras Públicas** ponderó que **el supuesto reconocimiento de los sobrecostos directos e indirectos dentro del Contrato AL-1-89-16, sufridos por la empresa contratista durante el período de obra del proyecto son improcedentes, en la medida que la accionante no brinda mayores detalles ni documentación probatoria que sustente tales reclamaciones**, es decir, el monto pretendido carece de determinación y sustento documental que le permita a la entidad contratante el análisis y reconocimiento correspondiente (Cfr. fojas 206-207 del expediente judicial).

Bajo el amparo de las constancias procesales que obran dentro del expediente de marras, así como de los presupuestos doctrinarios y jurisprudenciales referidos en los párrafos que anteceden, somos de la opinión que el **Ministerio de Obras Públicas**, ha actuado conforme a Derecho, y en tal sentido, los cargos de infracción que guardan relación con los artículos ; en consecuencia, **los cargos de ilegalidad invocados por la sociedad Viguecons Estevez, S.L., respecto a los artículos 13 (numeral 10), 14 (numeral 2), 79 y 86 (numeral 2) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011; el artículo 1072-A del Código Fiscal, y los artículos 976, 985, 993 y 1107 del Código Civil, carecen de sustento jurídico.**

Por todo lo anterior, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la negativa tácita, por silencio administrativo, en la que supuestamente incurrió el **Ministerio de Obras Públicas** al no contestar la solicitud denominada “Acción de Reclamo”, presentada el día 6 de diciembre de 2021, mediante la cual la sociedad **Viguecons Estevez, S.L.**, solicita el reconocimiento de derechos que alega le corresponden, derivados de las obligaciones no cumplidas y adquiridas por la entidad contratante, a través del Contrato AL-1-89-16 y sus Adendas, del proyecto “*Diseño y Construcción del Camino Buena Vista – La Lagunita*”, y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la parte actora.

VI. Pruebas.

6.1. Este Despacho **objeta, por ineficaces**, las pruebas documentales incorporadas a fojas 42-45, 46-49, 50-53, 54-84, 98-104, 106, 108-110, 145-149, 150-175 y 176-189 del infolio, ya que han sido aportados contrario a lo dispuesto en los artículos 833, 842 y 857 del Código Judicial.

6.2. Se **objeta** la inspección judicial con peritos de ingeniería civil y contadores públicos autorizados, **por inconducente e ineficaz**, descrita de fojas 15 a 17 del expediente judicial, al tenor de lo establecido en el artículo 783 del Código Judicial, pues no cumple con la finalidad que la misma debe desempeñar al tenor de lo establecido en el artículo 828 de ese mismo cuerpo normativo.

6.3. Nos **oponemos** a la admisión de la inspección judicial con peritos en ingeniería civil, detallada a foja 17 del infolio, por ineficaz, tal como lo señala el artículo 783 del Código Judicial, porque tal diligencia está encaminada a demostrar situaciones que no constituyen objeto de controversia en este proceso.

6.4. Se **objeta, por inconducente**, la solicitud contenida en el puntos 3 del apartado de pruebas de la demanda, visible a fojas 17-18 del infolio judicial, puesto que la misma no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 784 del Código Judicial.

6.5. Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual fue adjuntado por la entidad demandada junto con su informe explicativo de conducta; así como el relacionado con el Contrato AL-1-89-16, para la ejecución del proyecto denominado "*Diseño y Construcción del Camino Buena Vista – La Lagunita*".

VII. Derecho. No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urrola de Ardila
Secretaría General