



**REPUBLICA DE PANAMA
ORGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, Doce (12) de marzo de dos mil siete (2007)

VISTOS:

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **CONSTRUCTORA URBANA, S. A.** (en adelante CUSA), interpuso demanda contenciosa-administrativa de plena jurisdicción para que se declare nula la Resolución No. 282-04 de 22 de noviembre de 2004, expedida por el Ministerio de Obras Públicas (en adelante el MOP).

BREVES ANTECEDENTES

De acuerdo con la actora, el día **3 de diciembre de 2002** el MOP realizó un acto público para la rehabilitación y ensanche de la Carretera Panamericana, Tramo Divisa- Santiago. En esa fecha se programó abrir los Sobres No. 1 y 2, de Precalificación y de ofertas económicas, respectivamente, sin embargo, éste último no se abrió sino hasta el **9 de junio de 2003**, es decir, aproximadamente seis (6) meses después. Además, pese a que el MOP adjudicó el proyecto a CUSA el **5 de agosto de 2003**, giró la respectiva orden de proceder el día **21 de noviembre de 2003**, es decir, casi un año después que CUSA presentó su oferta, lo cual representó para ésta un perjuicio económico ante los incrementos de los precios de los derivados del petróleo.

LOS CARGOS DE ILEGALIDAD

La parte actora estima que el acto impugnado violó los artículos 9, 17 (numerales 1 y 4) de la Ley 56 de 1995 y el artículo 37-A del Código Fiscal, por las razones siguientes:

1. El MOP no evitó oportunamente las actuaciones que representaban para CUSA mayor onerosidad en la ejecución del contrato, como tampoco

corrigió los desajustes que se presentaron. Por el contrario, incurrió en retrasos injustificados desde que CUSA presentó su oferta hasta que se emitió la orden de proceder;

2. El MOP no dio el impulso oficioso necesario a sus actuaciones, ocasionado con su omisión un incremento en el precio del contrato de B/.971,813.17, que no fue reconocido por el acto acusado, lo cual contraría el parámetro contenido en el numeral 10.1.4 de las Condiciones Generales del Pliego de Cargos en cuanto a que "... los precios cotizados permiten al Contratista obtener beneficios y un margen de ganancias frente a riesgos..."
3. El MOP no observó el principio de economía que debe imperar en las contrataciones públicas, el cual le imponía el deber de adelantar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, para evitar dilaciones en la ejecución del contrato y con ello, el incremento de costos, que no fue reconocido por la resolución demandada, pese a que tal demora es atribuible únicamente al MOP.
4. El MOP aplicó indebidamente el artículo 37-A de la Ley 56 de 1995, ya que esta norma aplica únicamente en las contrataciones públicas en donde se hayan pactado mecanismos de ajuste de precios, lo cual no es el caso del Pliego de Cargos del Contrato No. DINAC-165-1-03. Además, el MOP no consideró que se trataba de un contrato de sólo 24 meses de duración y que las partes estimaron que difícilmente las condiciones que motivaron a CUSA a ofertar, cambiarían en dicho período.

Finalmente, la resolución acusada, al aplicar indebidamente el artículo 37-A del Código Fiscal, perdió de vista que el hecho de que el contrato no incluya la posibilidad de ajustar el precio, no conlleva que, por situaciones imprevisibles no atribuibles al contratista, éste no pueda ser modificado, máxime cuando dicho aumento de precio se verificó precisamente por una causa imputable al MOP (fs. 10-19).

Cabe anotar, que el Ministro del MOP rindió su informe explicativo de conducta mediante Nota No. DM-AL-848 de 26 de abril de 2005, donde expresa que el Contrato No. DINAC-165-1-03 no permite el ajuste de precio, por el contrario, el Pliego de Cargos indica en el punto 9 de las Condiciones Especiales que “Para este contrato no se permite el ajuste de precio. El precio global propuesto por el contratista será fijo.” Además, de acuerdo con el principio de legalidad, los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que les está permitido por la Ley (fs. 23-24).

Con la opinión del funcionario demandado coincidió el Procurador de la Administración, al emitir concepto mediante su Vista No. 316 de 26 de septiembre de 2005 (Cfr. fs. 25-31).

DECISIÓN DE LA SALA TERCERA

Conforme se ha visto, en esta oportunidad la Sala debe dilucidar si el MOP estaba o no obligado a realizar el ajuste de precios al contrato No. DINAC-1-165-03, solicitado por la empresa demandante. Según la actora, el ajuste de precios es procedente ya que desde la fecha en que se hizo la oferta hasta la entrega de la orden de proceder, se produjo un aumento del precio del petróleo y de sus derivados. El MOP, por su lado, alega que dicho ajuste no procede, ya que el contrato prohibió expresamente el ajuste de precios.

Después de examinar las constancias procesales, esta Superioridad ha arribado a la conclusión de que la solicitud de ajuste de precio formulada por la demandante carece de asidero jurídico. En tal sentido, lo primero que debe afirmarse es que nuestra legislación fiscal admite en forma clara la posibilidad de establecer dentro de un contrato, cláusulas que reglamenten el ajuste de precios, tratándose especialmente de contratos de duración prolongada, como es el caso de los contratos de obras. El artículo 81 de la Ley 56 de 1995 establece a este respecto que **“se podrán incluir cláusulas de ajustes de precios por variaciones de costos**, preferentemente mediante fórmulas polinómicas o, en su defecto, fórmulas matemáticas aprobadas mediante la entidad contratante...”.

Al examinar el Contrato No. DINAC-1-165-03 de 18 de septiembre de 2003, en torno al cual gira la presente controversia, se advierte que por medio de su cláusula tercera se incorporó como parte del mismo, entre otros documentos, el **pliego de cargos**, disponiéndose además, que éstos serían obligatorios para la contratista (Ver f. 6 del antecedente No. 1). De la lectura del pliego, sin embargo, no se colige la existencia de alguna cláusula que haga factible el referido ajuste, por el contrario, la Sección V del Pliego, sobre Condiciones Especiales del Contrato, establece claramente en su numeral 9 que **“Para este contrato no se permite el ajuste de precios. El precio global propuesto por el contratista será fijo.”** Es decir, que la cláusula en cita no sólo prohibió ajustar precios en el contrato de obra, sino que además dispuso que el precio ofertado o propuesto por el contratista sería un **precio fijo**.

Es pertinente anotar, que las referidas cláusulas formaban parte del referido contrato y por tanto, eran conocidas por la contratista desde que ésta intervino en la celebración del acto público, por lo cual conocía su existencia y contenido al momento de la firma del contrato, hecho ocurrido el **18 de septiembre de 2003** (Ver f. 10, antecedente No. 1). También conocía CUSA para esta fecha el aumento del precio del petróleo y de sus derivados, por tratarse de un **hecho notorio**, máxime cuando en nuestro país el aumento o disminución de los mismos se anuncian periódicamente. Ello significa, que cuando el representante legal de CUSA firmó el contrato, en septiembre de 2003, aceptó bajo conocimiento de los hechos anotados, que el Contrato No. DINAC-1-165-03 de 18 de septiembre de 2003 no estaba sujeto a ajuste de precios, ya que en el pliego de cargos así se había establecido expresamente.

Como puede verse, pues, la posibilidad de acceder al ajuste de precios en un contrato público es perfectamente posible, ya que nuestra legislación fiscal lo permite, pero a condición de que así se haya establecido en el contrato, tal como establece el artículo 37-A del Código Fiscal (que la apoderada judicial de la actora citó como violada) y el artículo 81 de la Ley 56 de 1995.

Es frente a ese escenario jurídico que la Sala considera que la resolución demandada, que niega el ajuste de precios por el orden de B/.971,813.17. no resulta ilegal, pues, la contratista, conociendo las razones que a su juicio ameritaban ajustar los precios, suscribió el Contrato No. DINAC-1-165-03 de 18 de septiembre de 2003, que precisamente prohibía no sólo todo ajuste de precios, sino que además declaraba que **“El precio global propuesto por el contratista será fijo”**. Es más, si se examinan detenidamente las constancias procesales puede advertirse fácilmente que no fue sino con posterioridad a la firma del contrato (verificada el 18 de septiembre de 2003) y cuando ya iniciaba la tarea de construcción, que la actora formuló su solicitud de ajuste del precio, sin presentar antes ningún tipo de objeción u observación relacionada con el precio.

Concluyendo, resulta importante señalar que la estipulación contractual a la que se ha hecho referencia, que está inserta en el pliego de cargos, constituye Ley entre las partes contratantes, de conformidad con lo establecido en el numeral 18 del artículo 3 de la excerta legal citada, donde se establece que **“El pliego de cargos constituye la fuente principal de obligaciones entre proponente y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratistas y ejecución del contrato...”**.

Los razonamientos expuestos llevan a la Sala a concluir que la parte actora no ha demostrado los cargos de ilegalidad esbozados contra el acto atacado, razón por la cual procede negar las pretensiones de la demanda.

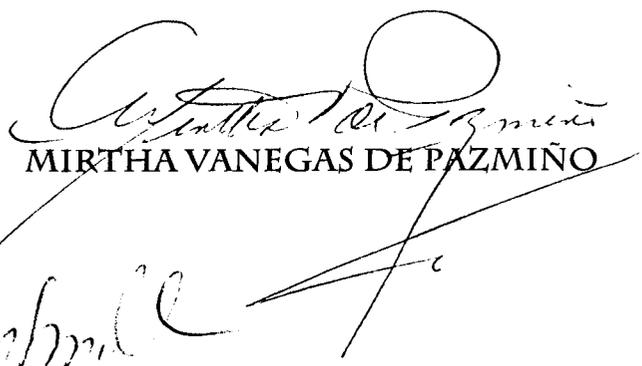
En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL**, la Resolución No. 282-04 de 22 de noviembre de 2004, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y por tanto, **NIEGA** las restantes pretensiones de la demanda.

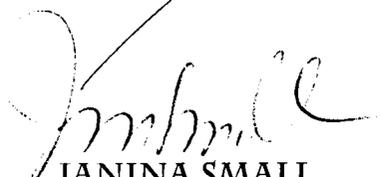
Notifíquese,


WINSTON SPADAFORA F.

5546
C.H.
20/3/07


ADÁN ARNULFO ARJONA L.


MIRTHA VANEGAS DE PAZMIÑO


JANINA SMALL
SECRETARIA

Estado de Costa Rica
Suprema Corte de Justicia
Nº 16.000.000.000.000.000
2007
Jueves
San José
4:00
Reunión de la
Presidencia -

Se notifica a los interesados en el proceso que se encuentra
en trámite el expediente Nº 16.000.000.000.000.000
del 2007
A las 13:00
del 2007