

63972

**REPÚBLICA DE PANAMÁ**



**ORGANO JUDICIAL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Panamá, tres (3) de Julio de dos mil ocho (2008).

**VISTOS:**

El licenciado Eugenio Carrillo Gomila, actuando en representación de la sociedad denominada ALMACENADORA NACIONAL, S.A., ha interpuesto Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, para que se declare nula, por ilegal, la Nota N° DM-DNI-N° 0351 del 16 de febrero de 2005, emitida por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Admitida la demanda, mediante resolución de 1 de julio de 2005 (f.82), se corrió en traslado a la Procuraduría de la Administración y a la entidad demandada, para que rindiera el informe explicativo de conducta contemplado en el artículo 33 de la Ley 33 de 1946.

**I. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO**

Mediante el acto administrativo impugnado comprendido en la Nota N° DM-DNI-N° 0351 del 16 de febrero de 2005, emitida por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), se informó lo siguiente:

“Estimada Licenciada Suárez:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en ocasión de saludarle y a la vez para darle respuesta a su nota S/N del 25 de enero de 2005, por medio del cual se refiere a un reclamo basado en la alteraciones de las cantidades originales del Contrato CAL-1-79-01, instrucciones, que fueron ordenadas por la Dirección Nacional de Inspección. En relación al mismo debo informarle que el reclamo no es aprobado, porque de acuerdo a algunas

disposiciones del contrato suscrito entre ambos, y del pliego de cargos que rige, su petición no goza de fundamento jurídico. Para su mejor ilustración paso a citar las disposiciones que atañen al caso:

1. En el Contrato N° CAL-1-79-01, la cláusula Décimo Quinta señala:

*“El Contratista acepta, de antemano que El Estado se reserva el derecho de hacer cambios o alteraciones en las cantidades y en la naturaleza del trabajo, de disminuir o suprimir las cantidades originales de trabajo para ajustar la obra a las condiciones requeridas o cuando así convenga a sus intereses, sin que se produzcan alteraciones en los precios unitarios establecidos en la propuesta, ni derecho a reclamo alguno por parte del Contratista.”*

2. En el Pliego de Cargos, Condiciones Especiales, página 40, acápite 11.8. Cambios y Alteraciones en las cantidades:

*En éste aparece textualmente, la misma información del artículo décimo quinto del Contrato CAL-1-79-01, acudir al texto señalado en el punto 1.*

Sobre la demora en darle respuesta formal a su reclamo, hago de su conocimiento que ésta administración se encuentra realizando grandes esfuerzos en revisar y atender los problemas de cada uno de los proyectos de inversión heredados por otras administraciones, no obstante, sobre el proyecto en referencia nuestros derechos no han expirado. Confróntese el Pliego de Cargos, Condiciones Especiales, Acápite 9.9 Vigencia de los Derechos Legales, página 27, que señala textualmente:

*“Ninguna medición, aprobación, presupuesto o pagos ejecutados, certificado expedido antes o después de la terminación y aceptación de la obra, impedirá que El Estado de demuestre, durante la ejecución de la obra o posteriormente a la misma, la verdadera cantidad y/o carácter (especificado) del trabajo ejecutado y de los materiales usados, ni que demuestre que tal medición, aprobación, presupuesto, certificado, pago o materiales usados, son incorrectos y no se conforman con lo especificado en el contrato.”*

Por su parte el Acápite 9.9, agrega que:

*“Tal medición, aprobación, presupuesto, certificado, pago o materiales que haya sido ejecutada, no invalidará el derecho del Estado, de recobrar del Contratista, de su Fianzador (a) o de ambos, los daños que hayan resultado por la falta de cumplimiento del contrato, dentro del término fijado en la fianza definitiva de cumplimiento de contrato o ejecución.”*

Como podrá observar, la Fianza Definitiva o de su Cumplimiento de Contrato, se encuentra aún dentro del período de vigencia. Al respecto basta leer el Pliego de Cargos, Condiciones Especiales, Pág. 10, Acápite 5.1.2 Vigencia de la Fianza Definitiva o de cumplimiento, que reza:

*“El valor de la fianza definitiva o de cumplimiento se mantendrá en vigencia desde el perfeccionamiento del contrato, durante toda la vigencia del mismo y, hasta un período de tres (3) años, contados desde la fecha en que la obra objeto del acto público haya sido terminada y aceptada.”*

Finalmente, le informo que luego de consulta elevada a la Contraloría General de la República, en relación al reclamo presentado por ALMACENADORA NACIONAL, S.A., por el ajuste de precios en los aumentos de costos registrados en los derivados del petróleo, durante la ejecución del Contrato N° CAL-1-79-01, por la suma de B/.92,911.70, dicha institución nos informó que este reclamo no era viable, y por tanto, lo denegaba.

En su nota N° 422-ING.DIR, el Contralor General de la República, indica que de acuerdo al artículo 37ª del Código Fiscal, norma que regula la materia, tanto en el pliego de cargos, como en el contrato *“se podrá establecer que el valor o precio pactado quede sujeto a modificaciones en proporción directa al aumento o disminución del costo, producido por variaciones sustanciales e imprevisibles en los*

*precios de los insumos principales que aumenten o disminuyan notablemente la ganancia del contratista.”, sin embargo, en el contrato N° AJ1-79-01 ni en el pliego de cargos del mismo, se pactó cláusula en ese sentido, por lo cual no es permisible al funcionario público, acceder a la petición de pago de ALMACENADORA NACIONAL, S.A. También en dicha nota, la Contraloría General de la República cita la cláusula 11.7 de las Condiciones Especiales del pliego de Cargos, que se refiere a Pagos y Reconocimientos Especiales, señalando que no aplica, por cuanto que, se trata de un proyecto con período de ejecución de doscientos cuarenta (240) días calendario, inferior a los doce meses, que como plazo mínimo para la terminación de la obra, se requieren para su aplicación.*

*Además, la cláusula citada por ALMACENADORA NACIONAL, S.A., como fundamento legal de su petición, se refiere únicamente, al reconocimiento de los aumentos que se produzcan en los salarios y las prestaciones producto de las leyes o regulaciones que los afecten, y en ningún momento al aumento en el resto de los insumos.*

...”

Se aprecia en el expediente de marras, que la decisión transcrita fue reconsiderada por la parte actora, siendo rechazada de plano en la Resolución N° 156-05 de 1 de abril de 2005, expedida por la máxima autoridad del Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.).

## **II. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA**

Cinco (5) son las peticiones que el recurrente aspira, a que esta Sala Tercera, le reconozca:

1. Que se declare nulo, por ilegal, la Nota N° DM-DNI-N° 0351 de 16 de febrero de 2005, emitida por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.).
2. Que se declare que el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), ha incumplido con el contenido del Contrato N° CAL-1-79-01 de 31 de agosto de 2001.
3. Que se declare que ALMACENADORA NACIONAL, S.A., tiene derecho a que se le reconozca el sobre costo producto del aumento de los derivados del petróleo (gasolina y asfalto).
4. Que se declare que el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.) debe pagar los intereses que haya generado el incumplimiento en la falta de pagos por los trabajos realizados.
5. Que se declare que las sumas adeudadas por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.) a ALMACENADORA NACIONAL, S.A., ascienden a la suma de quinientos cincuenta y dos mil cuatrocientos cuarenta y cinco balboas con ochenta y siete centésimos (B/.552,445.87), que incluye cuentas presentadas, intereses que cada cuenta ha generado (transcurridos noventa días desde su presentación), pago de intereses generados y costos adicionales.

## **III. HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA**

El representante judicial de la sociedad demandante, basa sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

**PRIMERO:** El día 31 de agosto de 2001, nuestra representada firmó con el Ministerio de Obras Públicas el Contrato N° CAL-1-79-01, para la Rehabilitación de Calles en la ciudad de Panamá, 6ta. Etapa, Vía España y Avenida 12 de Octubre” y el mismo fue refrendado por la Contraloría General de la República el día 18 de diciembre de 2001.

**SEGUNDO:** La orden de proceder del proyecto fue notificada a nuestra mandante el día 7 de febrero de 2002, y en la misma se le otorgaba inicialmente doscientos cuarenta (240) días para culminar los trabajos contenidos en el citado contrato.

**TERCERO:** Al contrato original producto de situaciones propias del proyecto se adherieron cuatro (4) addendas, las cuales fueron aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas, lo que dio lugar a que se extendiera el periodo para culminar la obra hasta seiscientos cincuenta (650) días desde la orden de proceder.

**CUARTO:** La addenda segunda de 18 de octubre de 2002 firmada y aprobada por el Ministerio de Obras Públicas originaron variaciones en el contrato, acordando que el mismo no aumentaban el costo del contrato, pero en esa fecha el precio del combustible subió, lo que aumentó considerablemente el gasto de nuestra representada había presentado para el proyecto, por lo que cual se solicitó que la entidad demandada reconociera el mismo, sin que a la fecha se haya reconocido, a pesar de ser una situación imprevista e extraordinaria.

**QUINTO:** Nuestra representada le había solicitado se le cancelaran las siguientes cuentas de pagos:

...

Las cuales hacen un total de todo lo adeudado por el Ministerio de Obras Públicas a nuestra representada de QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON OCHENTA Y SIETE CENTÉSIMOS (B/.552,445.87), que incluye cuentas presentadas, intereses que cada cuenta ha generado (transcurridos noventa días desde su presentación), pago de intereses generados y costos adicionales, que al día de hoy no han sido pagado por la entidad demandada.

**SEXTO:** Los trabajos de rehabilitación por la cual se firmó el citado contrato, se terminaron dentro del término estipulado en la addenda N° 4, aprobada por el Ministerio de Obras Públicas, es decir, el 18 de noviembre de 2003, por lo que ALMACENADORA NACIONAL, S.A., procedió a presentar la solicitud de pago por la finalización del proyecto, la cual tampoco ha cancelado.

**SÉPTIMO:** La falta de pago por parte del Ministerio de Obras Públicas, ha dado como resultado que nuestra mandante haya dejado de pagar el compromiso contraído con la entidad bancaria que financió el proyecto, lo cual ha generado un intereses por el total de lo adeudado por la entidad licitante, que no debe ser asumido por ALMACENADORA NACIONAL, S.A., tal como lo señalan nuestras normas vigentes sobre contratación pública.

**OCTAVO:** Mediante Nota N° DM-DNI-N° 0351 de 16 de febrero de 2005, el Ministerio de Obras Públicas decidió denegar la nuestra petición, en cuanto a los costos adicionales y tampoco ha realizado el pago correspondiente por el trabajo finalizado. Siendo este un documento firmado por la máxima autoridad del ente estatal no se requiere, la presentación del recurso de Reconsideración como último recurso para ir a la Sala Tercera, por lo que dentro del término de los dos (2) meses que señala la Ley, luego de notificado, recurrimos ante vuestro despacho a impugnar la misma, mediante ésta Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción.

**NOVENO:** Sin contrariar el derecho que nos asiste, contra la Resolución anunciamos y sustentamos Recurso de Reconsideración, ya que la Nota impugnada la había firmado la máxima autoridad del Ministerio, siendo resuelta la misma mediante Resolución N° 156-05 de 1 de abril de 2005.

**DÉCIMO:** De esta forma se agota la vía gubernativa, lo que da lugar a la presentación de la Demanda Contencioso Administrativa que nos ocupa.”

#### IV. NORMAS LEGALES INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante estima violado directamente, por omisión, el contenido de las siguientes normas que citamos a continuación:

##### Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995.

**“Artículo 1.** Ámbito de aplicación

La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, para:

1. La ejecución de obras públicas.
2. Adquisición o arrendamiento de bienes.
3. Prestación de servicios.
4. Operación o administración de bienes.
5. Gestión de funciones administrativas.

PARAGRAFO. En las contrataciones que realicen los municipios, juntas comunales y locales y, en general, en aquellas que se rigen por leyes especiales, se aplicará esta Ley en forma supletoria.”

Arguye quien recurre, que el anterior artículo fue violado al no regirse por lo establecido en el contrato, sus adendas y por la Ley N° 56 de 1995.

**“Artículo 9.** Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes:

1. ...
8. Solicitar la actualización o revisión de los precios y los periodos de ejecución, cuando se produzcan fenómenos extraordinarios e imprevistos que alteren sustancialmente el contrato, de conformidad con el procedimiento previsto en el pliego de cargos.
9. ...”

Según el recurrente, la norma transcrita fue vulnerada al no reconocerse que esta dispone que habrá lugar a la revisión de precios.

**“Artículo 11.** Derechos y obligaciones del contratista.

En cumplimiento de los fines de la presente Ley, el contratista tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

- 1 . Recibir oportunamente el pago pactado.
2. ...”

Esta disposición, a juicio del demandante, fue vulnerada al no recibir el pago pactado por la ejecución completa de la obra, tal cual lo estableció el contrato suscrito.

**“Artículo 69.** Disposiciones aplicables a los contratos públicos

Los contratos públicos que celebren las entidades públicas se regirán por las disposiciones de la presente Ley, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.”

Frente a esta disposición, el demandante sustenta su infracción indicando que la misma no se aplicó en forma supletoria.

**“Artículo 9.** Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes:

1. ...

7 Efectuar los pagos dentro del término previsto en el Artículo 80, reconociendo y pagando los intereses moratorias, a partir de los 90 días contados a partir de la presentación de la cuenta completa, en base a la tasa dispuesta en el Artículo 1072A del Código Fiscal, cuando ocurra retraso imputable a la entidad contratante.

8. ...”

**“Artículo 80.** El pago

Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato. A tales efectos, en el caso de obras, 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. El pliego de cargos estipulará, cuando sea pertinente, la obligatoriedad de efectuar retenciones de un porcentaje, por la entidad licitante al contratista, para garantizar el cumplimiento del contrato.

2. Los pagos se harán dentro de los noventa (90) días, contados a partir de la presentación de la cuenta respectiva con toda la documentación exigida por las reglamentaciones vigentes. Transcurrido dicho plazo, el contratista tendrá derecho al pago de interés moratorio, en base a la tasa prevista en el Artículo 1072-A del código Fiscal, si la demora fuese imputable a la entidad contratante.

3. Después de haberse completado la mitad de la ejecución de la obra contratada, se podrán continuar haciendo pagos, aun a pesar de discrepancias menores entre el contratista y la entidad contratante, sujetos al pronunciamiento del Comité de Mediación, siempre que los trabajos avancen satisfactoriamente de acuerdo con lo aprobado por la entidad contratante.

Si la retención es superior al costo de los trabajos por realizar hasta la terminación sustancial de la obra, se devolverá el excedente al contratista de acuerdo con la fórmula que establezca el pliego de cargos o el reglamento.

4. Si la obra es contratada por fases, la retención afectará a cada una de las fases, y se devolverá cuando la fase haya sido concluida a satisfacción de la entidad contratante.

Dentro de un plazo de noventa (90) días después de la entrega definitiva de la obra, la entidad contratante pagará al contratista las sumas retenidas y cualquier saldo que adeudare.”

En observancia del recurrente, ambas normas fueron transgredida, ya que al ser presentadas las facturas por trabajo realizado, la entidad demandada no procedió a hacer efectivo el pago pactado dentro de los noventa (90) días de terminada la obra.

Código Fiscal.

**“Artículo 37-A, literal a).** Tratándose de obras públicas, prestación de servicios suministros de materiales y maquinaria relacionada con actividades

de construcción, tanto en los pliegos de cargos como en los contratos respectivos, en la base a la naturaleza y duración de las obras, servicios o suministros objeto del contrato se podrá establecer que el valor o precio pactado quede sujeto a modificaciones en proporción directa al aumento o disminución del costo producido por variaciones sustanciales e imprevisibles en los precios de los insumos principales que aumenten o disminuyan notablemente la ganancia del contratista. En el caso de optar por este tipo de contrato las modificaciones de precios se regirán por las siguientes pautas:

a. Las modificaciones de precios se basarán en índices oficiales aplicables a porcentajes de incidencias de los insumos principales que formen parte de la obra, del servicio de materiales o de las maquinarias. Los porcentajes de incidencia para los insumos sujetos a ajuste, serán indicados en el pliego de cargos o solicitados a los contratistas para que los incluyan en sus propuestas.

b. ...”

A juicio del demandante, la anterior disposición fue infringida al expedirse la adenda N° 2 del Contrato, porque permitió variaciones en los precios pactados inicialmente.

## **V. INFORME DE CONDUCTA**

En Nota DM-ALI-N° 1421 fechada el día 11 de junio de 2005 (fs. 108 y 109), el Ministro de Obras Públicas rinde informe explicativo de conducta, conforme a lo actuado por la entidad demandada.

En la reseña de dicho informe, podemos apreciar los siguientes puntos:

“ ...

El 31 de agosto de 2001, el Ministerio de Obras Públicas suscribió con la empresa Almacenadora Nacional, S.A., el contrato descrito en el párrafo anterior, el cual fue refrendado el 18 de diciembre de 2001; y cuya Orden de Proceder se entregó el 7 de febrero de 2002 para el inicio de dichos trabajos de rehabilitación.

Durante su ejecución, este contrato fue objeto de cuatro addendas, así:

- Addenda N° 1: Formalizó un aumento de costo de B/.76,000.00;
- Addenda N° 2: Perfeccionó un cambio de actividades dentro del alcance original de la obra;
- Addenda N° 3: Prolongó 200 días más el periodo de ejecución; y
- Addenda N° 4: También adicionó 120 días al plazo de entrega de la obra. Cabe destacar que en esta addenda N° 4, se confirieron 97 días de prórroga, para compensar el atraso de pago de las cuentas presentadas por la empresa. Sobre este punto es oportuno que el señor Magistrado conozca que el Contrato N° CAL-1-79-01 contempla en su cláusula Décima Séptima una multa diaria de B/.630.96 por atraso, es decir, que de haberse aplicado, la multa hubiese sido de B/.61,203.12, desvirtuándose con ello la pretensión del contratista de querer cobrar intereses por mora en los pagos.

Una vez concluida la obra, Almacenadora Nacional, S.A., presentó a este Ministerio, un reclamo por B/.92,911.70, por aumento del precio de los derivados del petróleo registrado en el mercado, durante la ejecución del contrato que nos ocupa.

Inicialmente, esta reclamación fue revisada por el Ministerio de Obras Públicas y posteriormente, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 37ª del Código Fiscal, el 12 de mayo de 2004 se procedió con su envío a la Contraloría General de la República, a fin de que ésta emitiera

su concepto previo. El 5 de julio de 2004, mediante nota N° 422- ING-DIR, la Contraloría General de la República se pronunció en contra de la reclamación en estudio, bajo el sustento de que, según el artículo 37ª del Código Fiscal, el ajuste de precios debió estar previamente contemplado en el pliego de cargos, o pactado en alguna de las cláusulas del Contrato N° CAL-1-79-01.

Esta información fue remitida a Almacenadora Nacional, S.A., el 16 de febrero de 2005, mediante la nota N° DM-DNI-351. Luego, el 11 de marzo de 2005, el Contratista, presentó mediante apoderado legal un recurso de reconsideración de la nota N° DM-DNI-351 de 16 de febrero de 2005, el cual fue rechazado por extemporáneo, a través de la Resolución Ministerial N° 156-05 de 1 de abril de 2005.

...”

## **VI. CRITERIO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN**

Mediante Vista Número 397 de 8 de noviembre de 2005 (fs.110 a 117), el Procurador de la Administración, considera que no se ha violado ninguna de las disposiciones invocadas de infringidas, y que muy por el contrario, el Contrato suscrito entre la sociedad demandante y el Estado se pactó de acuerdo a lo contemplado en la Ley N° 56 de 1995; y en consecuencia, solicita a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema, que declaren la legalidad de la Nota impugnada y que no se acceda, por consiguiente, a las declaraciones insertas en la demanda contencioso administrativa presentada.

## **VII. INFORME PERICIAL**

Visible a foja 223 del proceso contencioso administrativo, consta diligencia de entrega de informe pericial en la que los peritos designados por la parte actora: Vanesa Fabiola Sentmat Puga y Edelberto Barranco Marengo; así como el señor Ernesto NG Jordán, perito designado por la Procuraduría de la Administración, se ratifican del dictamen pericial, el cual contiene las experticias por ellos practicadas.

## **VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila (fs.224 a 251), básicamente sustenta en sus alegatos finales, la ratificación a las pretensiones y declaraciones que desea de esta Superioridad obtener, en beneficio de sus representados. Por su parte, la Procuraduría de la Administración, señala que los cargos de ilegalidad

expuestos en la demanda, carecen de asidero jurídico, por lo que se ratifica en su petición de la nota impugnada no es ilegal.

#### **IX. DECISIÓN DEL TRIBUNAL**

Surtidas las etapas procesales, en relación a los hechos acreditados en el proceso, la Sala procede a resolverlo en el fondo, previo las siguientes consideraciones.

La presente controversia tiene su génesis en la expedición por parte del Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), de la Nota N° DM-DNI-N° 0351 del 16 de febrero de 2005, en la cual se le niega el ajuste de precios solicitado por la empresa contratista ALMACENADORA NACIONAL, S.A.

Tal como observa esta Superioridad, es deber del mismo determinar si la entidad demandada, Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), estaba o no obligada al pago del reclamo por un valor de noventa y dos mil novecientos once balboas con 70/100 (B/.92,911.70), debido al incremento en el precio del petróleo y sus derivados registrado en el mercado, durante la ejecución de la obra.

Según la sociedad demandante, el reclamo por el valor inicial del contrato es procedente, puesto que desde la addenda 2 de 18 de octubre de 2002, firmada y aprobada por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), se originaron variaciones en el mismo, acordando que no se aumentarían los costos de lo pactado; no obstante, para esa fecha se produjo un aumento del precio del petróleo y sus derivados, motivando gastos adicionales de la sociedad recurrente para la ejecución de la obra. El Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), por su parte, alega que dicho reclamo no procede, ya que, basándose en la consulta previa a la Contraloría General de la República, ni en el contrato ni mucho menos en el pliego de cargos, consta la posibilidad de ajustar el precio del mismo.

Al introducirnos en las constancias procesales insertas en autos, la Sala advierte que lo actuado por la entidad demandada, y el criterio vertido por la Procuraduría de la Administración, mediante su vista fiscal, se apega a lo que la Ley y el Contrato N° CAL-1-79-01 han establecido, por lo que el reclamo

interpuesto por ALMACENADORA NACIONAL, S.A., consistente el ajuste de precios carece de asidero jurídico.

Así los hechos, esta Superioridad estima pertinente traer a colación el fallo de 12 de marzo de 2007, referente a la cláusula de ajuste de precios, reclamada por quien hoy demanda. Veamos:

“...

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 ...".

...”

En observancia a las cláusulas insertas al Contrato N° CAL-1-79-1 suscrito por las partes el día 31 de agosto de 2001, y refrendado por la Contraloría General de la República el día de 18 de diciembre de 2001, se especifica mediante las cláusulas primera y tercera, que forman parte del mismo, entre otros documentos, las condiciones especiales del pliego de cargos, ordenándose a observarlas tanto al contratista como al Estado, fielmente (ver expediente de antecedentes). Y, al verificar las condiciones especiales del pliego de cargos, no obstante, la cláusula 11.7, referente a Pagos y Reconocimientos Especiales, se colige que no aplica por cuanto el período de ejecución de la obra es de doscientos cuarenta (240) días calendarios, inferiores a los doce (12) meses que se requieren, como condición, para su aplicación como plazo para culminar la obra. Así las cosas, dicha cláusula sólo se refiere al reconocimiento de los aumentos que se produzcan en virtud de salarios y prestaciones producto de leyes o regulaciones que los afecten, sin embargo, en momento alguno se refiere a ajustes de precios que puedan suscitarse.

En refuerzo de este planteamiento, la cláusula décimo quinta del contrato en análisis, establece lo siguiente:

“**EL CONTRATISTA** acepta de antemano que **EL ESTADO** se reserva el derecho de hacer cambios o alteraciones en las cantidades y en la naturaleza del trabajo, de disminuir o suprimir las cantidades originales del trabajo para ajustar la obra a las condiciones requeridas o cuando así convenga a sus intereses, sin que se produzcan alteraciones en los precios unitarios establecidos en la propuesta, ni derecho a reclamo alguno por parte del **CONTRATISTA**.

En estos casos se requerirá formalizar estos cambios y alteraciones mediante una orden escrita del Ingeniero Director.”

En este punto, nuevamente, nos referiremos al fallo suscrito por esta Sala Tercera, fechado el 12 de marzo de 2007, en el cual se manifestó lo siguiente:

“...

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 quiera que nuestra legislación fiscal en su artículo 37-A, literal a), permite la posibilidad de acceder al ajuste de precios en un contrato público, la condición en mención, está sujeta que se haya establecido en el contrato.

“**Artículo 37-A, literal a).** Tratándose de obras públicas, prestación de servicios suministros de materiales y maquinaria relacionada con actividades de construcción, tanto en los pliegos de cargos como en los contratos respectivos, en la base a la naturaleza y duración de las obras, servicios o suministros objeto del contrato se podrá establecer que el valor o precio pactado quede sujeto a modificaciones en proporción directa al aumento o disminución del costo producido por variaciones sustanciales e imprevisibles en los precios de los insumos principales que aumenten o disminuyan notablemente la ganancia del contratista. En el caso de optar por este tipo de contrato las modificaciones de precios se regirán por las siguientes pautas:

a. Las modificaciones de precios se basarán en índices oficiales aplicables a porcentajes de incidencias de los insumos principales que formen parte de la obra, del servicio de materiales o de las maquinarias. Los porcentajes de incidencia para los insumos sujetos a ajuste, serán indicados en el pliego de cargos o solicitados a los contratistas para que los incluyan en sus propuestas.

b. ...”

En conclusión, la Sala estima que la nota impugnada, que rechaza el ajuste de precios por el monto de noventa y dos mil novecientos once balboas con 70/100 (B/.92,911.70) no es ilegal, pues, la empresa contratista, tenía pleno

conocimiento de que este ajuste de precios no estaba fundamentado en lo pactado en el Contrato de Ejecución de Obra N° CAL-1-79-1, suscrito entre las partes contratantes y menos aún, basado en la legislación vigente.

Como corolario de lo esbozado en los párrafos que anteceden, es menester indicar que la cláusula a la que se ha hecho mención, y que está inserta en el pliego de cargos, constituye Ley entre las partes contratantes, conforme a lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 3 de la Ley N° 56 de 1995, estableciéndose que:

**"Pliego de cargos.** Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican, el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.

El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y ejecución del contrato y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones." (el subrayado es de la Sala)

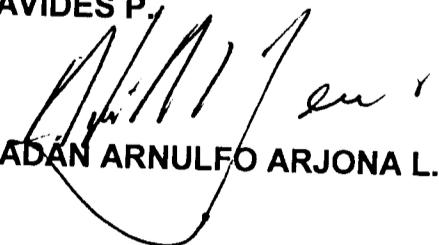
Así las cosas, debe declararse la legalidad de la nota impugnada y negarse las pretensiones contenidas en la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción promovida.

Por consiguiente, 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 Nota DM-DNI-N° 0351 de 16 de febrero de 2005, emitida por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), así como tampoco lo es su acto confirmatorio y en consecuencia, **NO ACCEDE** a las demás declaraciones pedidas.

**NOTIFÍQUESE,**

  
VICTOR L. BENAVIDES P.

  
JACINTO CARDENAS M.

  
ADÁN ARNULFO ARJONA L.

*Janina Small*  
JANINA SMALL  
SECRETARIA

SECRETARIA JANINA  
21 Julio  
2008 4:00  
Luz Transfer a la  
Secretaria.  
*Janina Small*  
SECRETARIA

En relación a los interesados de producción que se han  
as ha dado el Edicto No. 1151 en lugar visitado de la  
Secretaria a la 2008 14  
Luz  
*Janina Small*  
SECRETARIA