1537

REPÚBLICA DE PANAMÁ

ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

El licenciado Edgardo Molina Mola, en nombre y representación del CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., ha interpuesto demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, con la finalidad que se declare nula, por ilegal, la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas y contra la Nota DEM-AL-2549 de 31 de julio de 2014, del Ministerio de Obras, que rechaza de plano el recurso de reconsideración, en relación con el Contrato **AL-1-63-10** entre el Estado y el Consorcio y para que se hagan otras declaraciones.

De igual manera, el apoderado judicial de CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ/BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., solicita que se declare nula, esta Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas y contra la Nota DEM-AL-2549 de 31 de julio de 2014, del Ministerio de Obras, que rechaza de plano el recurso de reconsideración, en relación con los Contratos **AL-1-149-10 y AL-1-115-11,** entre el Estado y el Consorcio y para que se hagan otras declaraciones, y por los cuales se presentaron las demandas identificadas con los números de entrada 577-14 y 578-14, respectivamente.

1538

Mediante providencia de 22 de diciembre de 2014, el Magistrado Sustanciador ordena la acumulación de estos expedientes, de acuerdo con lo normado en los artículos 720 y 731 del Código Judicial a efecto que dichos negocios sean tramitados bajo una misma línea y sean decididos en una sola resolución. (Fs. 25-26 del expediente judicial).

Asimismo, a través de esta resolución se admiten estas demandas por lo que se le envía copia al Director General de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, para que rinda informe explicativo de conducta de conformidad con el artículo 33 de la Ley 33 de 1946 e igualmente, se le corre traslado a la Procuraduría de la Administración para que intervenga en este proceso, en interés de la institución pública demandada.

I. LA PRETENSIÓN

El demandante solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, y los recursos de reconsideración que fueron rechazados mediantes la Nota DM-AL-2549 de 31 de julio de 2014, en relación con el **Contrato AL 1-63-10, Contrato AL-1-149-10** y **Contrato AL-1-115-11.**

Por tanto, a consecuencia de esta declaración, solicita que conforme a los siguientes contratos, se proceda a efectuar los pagos en los siguientes conceptos:

Contrato AL-1-63-10:
Ajuste de precios: B/.14,455,602.39
Intereses moratorios: B/.1,533,952.21
Contrato AL-1-149-10:
Intereses moratorios: B/.914,658.62
Contrato AL-1-115-11:
Intereses moratorios B/.594.329.97

Lo anterior, sin perjuicio de las sumas adicionales que se llegasen a adeudar bajo los conceptos descritos, hasta el pago efectivo y final de su cancelación.

1537

II. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado es la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, del tenor siguiente:

> "Panamá, 24 de marzo de 2014.
> DIAC-AL-507
>
> Ingeniero
> Horacio Scuticchio
> Representante Legal
> Benito Roggio Panamá, S.A.
> E. S. D.
>
> Ingeniero Scuticchio:
>
> Me dirijo a usted en respuestas a sus Notas D.C.2014 No. 559; D.C.204; C.H.I. 2014 N°229 y C.H.II 2014 N°194, todas del 10 de diciembre de 2013, mediante la cual está solicitando el reconocimiento de interés moratorios por el atraso en el pago de las cuentas presentadas dentro de la ejecución de los contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-55-1.
>
> Sobre el particular debo manifestarle que para que tenga derecho al "interés moratorio", debe estar previamente pactado en su contrato o señalado expresamente en las Condiciones Especiales del respectivo pliego de cargos.
>
> Todo contratista al momento de presentar su propuesta, acepta las condiciones establecidas en el Pliego de Cargos, motivo por el cual, solo puede reclamar derechos reconocidos en el mismo. En este caso, los intereses moratorios no estaban pactados en sus documentos contractuales (pliego de cargos, contratos, adendas, etc.). Esta afirmación ha sido reconocida en múltiples fallos de la Corte Suprema de Justicia.
>
> Con base a lo anteriormente expuesto, le reiteramos que por no haber sido pactado el reconocimiento de intereses en los Pliegos de Cargos, como en los Contratos antes señalados, sus reclamos no tienen asidero legal alguno que lo sustente.
>
> Adjunto encontrará también, copia del Memo No.. AL-2-2892-13 de 25 de octubre, por medio de la cual la Oficina de Asesoría Legal le da respuesta a su solicitud de reconocimiento de revisión, análisis y aprobación de la fórmula polinómica de ajuste de precio, formulado a través de la Nota D.C. 2013 N° 524 de 17 de octubre de 2013".

III. NORMAS LEGALES VIOLADAS Y SU CONCEPTO

El apoderado legal del CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ/ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., señala que la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014,

1540

emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, acusada de ilegal, infringe las siguientes disposiciones legales:

1. **Los artículos 13 (numeral 10), 14 (numerales 1 y 2), 21, 77 (numeral 5), 79, 80 y 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, sobre Contrataciones Públicas, normas que en su orden, guardan relación con la obligación de las entidades contratantes de hacer los pagos dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato y, que, de darse algún atraso imputable a la entidad contratante, el contratista podrá tener derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1072-A del Código Fiscal; el principio de equilibrio contractual en los contratos públicos de duración prolongada; sobre las reglas para modificaciones y adiciones al contrato en base el interés público; el derecho de los contratistas a recibir los pagos en los términos pactados y de los intereses moratorios; el pago que deben hacer las entidades contratantes en los términos previstos en el pliego de cargos y en el contrato; de los contratos de duración prolongada; y, los pagos por el avance de la obra se realizarán en la forma prevista en el contrato de obra.

2. **Los artículos 976 y 993 del Código Civil,** que en su orden se refieren a que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, los cuales deben cumplirse al tenor de los mismos, y que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde entonces, obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley; norma que contiene el supuesto que se aplica a la indemnización por incumplimiento de obligaciones dinerarias cuando existe mora en el pago por parte del deudor.

3. **Las cláusulas quinta y sexta del Contrato AL-1-63-10,** entre el Ministerio de Obras Públicas y el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., que establecen el ajuste por variación de precios y los pagos parciales. (Exp. 576-14).

1541

4. **La cláusula 32.7.1. (literal e) y la Cláusula 37 del Pliego de Cargos del Contrato AL-1-63-10**, modificada por la Adenda N°1, de dicho contrato, que señalan como se efectúan los pagos parciales en la fase de construcción y rehabilitación y la formula de ajuste por variación de precios. (Exp. 576-14).

5. **La cláusula quinta del Contrato AL-1-149-10** y **AL-1-115-11**, que establece el procedimiento para que el contratista pueda solicitar los pagos parciales e igualmente, la **cláusula 32.6.1 (literal e)** del Pliego de Cargos del **Contrato AL-1-149-10 y AL- 1-115-11**, acerca de los pagos parciales y del plazo hasta de sesenta (60) días posteriores a la fecha de presentación de la cuenta.

IV. INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA

Mediante la Nota N°SG-AL-38-15 de 6 de enero de 2015, el Ministerio de Obras Públicas presenta informe explicativo de conducta en el cual expresa que esta institución suscribe con el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., el **Contrato AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL -1-115-11.**

El **Contrato AL-1-63-10**, para el Diseño y Construcción para la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Divisa-Chitré, provincia de Herrera, con una duración de 950 días calendario a partir de la orden de proceder. (Exp. 576-14).

Este Contrato fue refrendado por la Contraloría General de la República el día **22 de julio de 2010**, emitiéndose la Orden de Proceder mediante Nota N° DM-DIAC-AAJCP-1418 de 22 de julio de 2010, siendo notificada ese mismo día al Contratista.

El Pliego de Cargos y la cláusula quinta del Contrato establecía que: *"el contratista al que se le adjudique la obra debe presentar al momento de recibir la orden de Proceder una fórmula de ajuste de precios para revisión, análisis y aprobación del MOP. Conjuntamente debe entregar los costos unitarios de materiales como: cemento, asfalto AC-30, acero de refuerzo, capa base y otros que considere sujetos a variaciones en el futuro",* lo que no ocurrió hasta un año después de emitida la orden de proceder, cuando

1542

la Contratista mediante Nota D.C. 2011 N°224 de 28 de julio de 2011, aporta una fórmula polinómica para aprobación del MOP.

El 28 de abril de 2011, el Ministerio de Obras Públicas y CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., suscriben la Adenda N°1 al **Contrato AL-1-63-10** mediante la cual se modifica la cláusula cuarta y séptima del Contrato, para formalizar la diferencia en el Impuesto de Transferencia de Bienes Muebles y Servicios del 5% al 7% de acuerdo con la Ley 8 de 15 de marzo de 2010.

El 2 de agosto de 2012, CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., informa que el ritmo normal de los trabajos se ha visto afectado debido a situaciones pendientes de definición y solicitan la ampliación del plazo contractual de ejecución de 12 meses adicionales.

El 4 de septiembre de 2012, mediante la Nota No. DM-2339-2012 de 4 de septiembre de 2012, el Ministerio de Obras Públicas conmina al contratista a dar continuidad a los trabajos inherentes a la ejecución de la obra, según los términos y obligaciones del referido contrato, en virtud que había suspendido la ejecución de la obra.

El 31 de octubre de 2012, la Dirección Nacional de Inspección emite la Nota DNI-5086-12 de 31 de octubre de 2012, que contiene la justificación de prorroga N°1, basada en la ampliación de los montos contractuales, en concepto de reubicación de utilidades y adquisición de servidumbre, falta de realización de avalúos por parte del MEF y Contraloría, entre otros.

El 19 de abril de 2013, la Contraloría General de la República refrenda la **Adenda N°2 al Contrato AL-1-63-10**, mediante la cual se modifica la cláusula primera para formalizar un cambio en las actividades.

El 9 de mayo de 2013, la Contraloría General de la República refrenda la **Adenda N°3 al Contrato N° AL-1-63-10**, que modifica las cláusulas tercera y séptima del Contrato a fin de formalizar la prórroga de 125 días calendarios según justificación de prórroga N°1.

1542

Mediante Nota D.C. 2013 N°848 del 3 de junio de 2013 y D.C. 2013 N°519 de 2 de octubre de 2013, el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A. solicita la ampliación del plazo de ejecución de la obra.

El 11 de diciembre de 2013, es refrendada por la Contraloría General de la República, la **Adenda N°4 al Contrato AL-1-63-10**, mediante la cual se modifican las cláusula tercera y séptima del Contrato con el objetivo de formalizar prórroga de 243 días calendarios, según justificaciones de prorrogas N°2 y N°3.

En febrero de 2014, el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A., solicita prorroga de tiempo para la aprobación de la orden de cambio N°3 (balance de cantidades, secciones típicas y puentes peatonales) y la orden de cambio N°4 (reubicación de utilidades públicas, adquisición de servidumbre y afectaciones generales).

El 21 de febrero de 2014, la Contraloría General de la República refrenda la **Adenda N°5 del Contrato AL1-63-10** y se modifican las cláusulas tercera y séptima del Contrato, a fin de formalizar prorroga de 92 días calendarios, según justificación de prorroga N°4.

El 17 de abril de 2014, es refrendada por la Contraloría General de la República, **la Adenda N°6 del Contrato AL-1-63-10** mediante la cual se aumentan y disminuyen actividades originales por aumentar como son la reubicación de utilidades públicas, afectaciones generales y adquisiciones de servidumbre, cuyos costos fijos asignados para estas actividades se fueron agotando.

El 30 de diciembre de 2014, se suscribe **la Adenda N°7** por medio del cual se aumentan los costos de reubicación de utilidades públicas y afectaciones generales y se disminuyen los costos de adquisición de servidumbre, la cual a la fecha de presentación de este informe explicativo de conducta se encontraba pendiente de referendo de la Contraloría General de la República.

Es importante resaltar que la institución pública demandada anota que "*las Adendas que se confeccionaron en las cuales se le otorgaron prórrogas de tiempo a la Contratista contenían una declaración del Contratista en donde renunciaba a su derecho de presentar*

1544

reclamos posteriores en concepto de costos de operación y administración durante el período adicional concedido". Señala que esta cláusula fue inserta en las Adendas N° 3, 4 y 5 del **Contrato N° AL-1-63-10**, es del tenor siguiente: *"EL CONTRATISTA declara que la presente prorroga no le otorga el derecho de presentar reclamos posteriores por los costos de operación y administración durante el período adicional concedido".*

Por tanto, en cuanto a la solicitud del contratista para el pago de los intereses moratorios, la institución pública demandada señala que no procede este pago ya que en el **Contrato AL-1-63-10** y en las Condiciones Especiales del respectivo pliego de cargos; además, "*el Contrato al-1-63-10 fue objeto de múltiples Adendas, encontrándose aún en trámite una de ellas, las cuales deben cumplir con ciertos requerimientos para su formalización, sin los cuales no procede el pago al Contratista".* (F. 80). .

En relación con los ajustes de precios, la entidad demandada señala que CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., solicita se apruebe la fórmula polinómica presentada mediante la Nota D.C. 2011 N°224 de 28 de julio de 2011 y que se reconozca en virtud de dicha fórmula ajustes de precios; no obstante, en el Pliego de Cargos, en las Condiciones Especiales, Sub cláusula 37, Fórmula de Ajuste de Variación de Precios en concordancia con la cláusula Quinta del **Contrato AL-1-63-10**, permiten el ajuste de precios cuando varían los costos tanto directos como indirectos relacionados con la obra, así indica el Ministerio de Obras Pública que para la procedencia de dichos ajustes deben darse los siguientes presupuestos:

> "1. La variación de los costos debe alterar en un veinticinco por ciento (25%) o más las cantidades o el valor total inicial del contrato.
>
> 2. Que se trate de un contrato de duración prolongada.
>
> 3. Que se debe probar a través de ecuaciones matemáticas debidamente presentadas y aprobadas por el MOP.
>
> 4. La fórmula (ecuación) de ajuste debe ser presentada al momento de recibir la orden de proceder.
>
> 5. Se debe acompañar con un listado de los materiales sujetos a las variaciones.
>
> Estos presupuestos no se han cumplido por lo siguiente:
>
> • No existe constancia que los costos de la Contratista hayan alterado en un veinticinco por ciento (25%) el valor inicial del contrato.

1565

- La fórmula matemática presentada no ha sido aprobada por el MOP.
- La fórmula matemática no fue presentada en tiempo oportuno, es decir al momento en que se emitió la orden de proceder de conformidad al Pliego de Cargos y el Contrato, sino más bien un (1) año después.

Lo anterior impide el reconocimiento por parte de nuestra Institución de un ajuste de precios de acuerdo a una fórmula matemática presentada unilateralmente por parte de la Contratista" (F. 82).

En relación con el **Contrato AL-1-149-10,** indica que el Ministerio de Obras Públicas suscribió este contrato con el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A. y BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., para la Rehabilitación de los Caminos de Herrera (Cabuya-Los Higos; Cabuya Potuguilla; Rincón Hondo-Esquiguita: Cruce Limón-Borrola; Pesé-Las Cabras y Cascajillo-La Arenita-Las Cabras), el 4 de febrero de 2011, con una duración de 365 días calendario. (Exp. 577-14).

Mediante la Nota N°DM-DIAC-AAJCP-383 de 7 de febrero de 2011, notificada el 21 de febrero de 2011 a este consorcio se le da la orden de proceder del **Contrato N°AL-1-149-10.**

Mediante la Nota N°DM-2339-2012 de 4 de septiembre de 2012, el Ministerio de Obras Públicas conmina al contratista a dar continuidad a los trabajos inherentes a la ejecución de la obra, según los términos y obligaciones del referido contrato.

BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A., a través del memorial C.H.II. 2012 N°179 de 25 de septiembre de 2012, solicita prórroga de la ejecución del proyecto por la demoras en definir las cantidades para la adenda de costos.

En noviembre de 2012, se suscribe y refrenda la **Adenda N°1 al Contrato AL-1-149-10,** en la cual se concede un aumento de la vigencia del contrato de 240 días calendario.

El 12 de marzo de 2013, se suscribe **la Adenda N°2 al Contrato AL-1-149-10,** mediante la cual se hace otro aumento de la vigencia del contrato y se le otorga a la empresa un término de 256 días de prórroga, para la ejecución de trabajos adicionales, lo cual hace un total de 861 días calendario.

1544

La empresa BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A., mediante memoriales de julio y octubre de 2013, solicita que se le conceda tiempo para la ejecución de trabajos adicionales y la formalización de la adenda de costos.

El 21 de febrero de 2014, se suscribe la **Adenda N°3 al Contrato AL-1-149-10**, por medio de la cual se modifican las cláusulas tercera y sexta, que formaliza la prórroga de 335 días según justificaciones de prorroga N°3 y 4.

En este punto, se reitera lo expuesto en líneas anteriores, en el sentido que en las adendas N° 1 y 2 del **Contrato AL-1-149-10,** en la cláusula tercera contenía una declaración del contratista en donde renunciaba a su derecho de presentar reclamos posteriores en concepto de costos de operación y mantenimiento durante el período adicional al concedido.

Referente al **Contrato AL-1-115-11**, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., el día 20 de junio de 2011, para la Rehabilitación de los Caminos de Herrera (Los Pozos- Las Minas y Puente sobre Quebrada el Barrero), provincia de Herrera, con una duración de 365 días calendarios a partir de la orden de proceder. (Exp. 578-14).

El 29 de junio de 2011, se le notifica al Contratista sobre la orden de proceder y a través de la Nota N° DM -2327-2012 de 4 de septiembre de 2012, el Ministerio de Obras Públicas conmina al Contratista a dar continuidad a los trabajos inherentes a la ejecución de la obra, según los términos y obligaciones del referido contrato.

En septiembre de 2012, la empresa contratista solicita prorroga hasta el 30 de junio de 2013, en donde exponían que al demorarse el trámite de la respectiva Adenda, la empresa no podía seguir gestionando los pagos al contrato, tiempo por ejecución de actividades y por la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental.

El 21 de febrero de 2013, se suscribe la **Adenda N°1 al Contrato AL-1-115-11,** mediante la cual se modifica la cláusula tercera y sexta del Contrato para formalizar

aumento de vigencia, concediéndole 368 días calendarios, de acuerdo a la justificación de prorroga N°1.

En agosto de 2013, la empresa BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A., solicita ampliación del plazo de ejecución del proyecto en referencia al 31 de octubre de 2013, solicitud que se fundamenta en que si bien la contratista culminó las actividades concernientes a la ejecución de la obra y solicitó oportunamente la inspección integral de la obra para iniciar el proceso de recepción sustancial/ provisional de la misma, se han producido hechos no atribuibles a esta que han retrasado estas gestiones.

El 5 de diciembre de 2013, se suscribe la **Adenda N°2 al Contrato AL-1-115-11**, por las cuales se modifican las cláusulas tercera y sexta del Contrato para formalizar aumento de vigencia, se le concede 47 días calendario de acuerdo con la justificación de prórroga N°2. Además, en estas adendas le fue inserta la cláusula tercera en la cual la contratista declara que la presente prorroga no le otorga el derecho de presentar reclamos posteriores por los costos de operación y administración durante el período adicional concedido.

En lo que respecta la solicitud de intereses moratorios, la autoridad demandada, el Ministerio de Obras Públicas, sostiene que en el Contrato **AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11**, se le confeccionaron adendas en las cuales le otorgaron prórrogas de tiempo al Contratista y en virtud de las cláusulas insertas en cada una de estas adendas, se incluye una declaración en donde el contratista renunciaba a su derecho de presentar reclamos posteriores en concepto de costos de operación y administración durante el período adicional concedido.

Además, indica que el pago de los derechos moratorios no procede por no encontrarse previamente pactado en el Contrato o señalado expresamente en las Condiciones Especiales del respectivo Pliego de Cargos.

De igual manera señala que estos Contratos fueron objetos de múltiples Adendas, las cuales deben cumplir con ciertos requerimientos para su formalización, sin los cuales no procede el pago al Contratista.

1548

La institución pública demandada finaliza este informe explicativo de conducta señalando que:

> "La aprobación de ampliaciones de plazos o prorrogas son a discreción de la entidad contratante y deben ser aprobadas por el Ministro, que al igual que ordenes de trabajo adicionales, tienen que cumplir con el procedimiento de formalización de adenda al contrato, y para que tenga efectos jurídicos debe contar con el refrendo por parte de la Contraloría General de la República, previo cumplimiento de los requisitos que para ese fin se encuentran establecidos en la Ley 22 de 2006 y demás disposiciones vigentes".

El Ministerio de Obras Públicas afirma que como entidad contratante ha actuado de buena fe en las distintas etapas de los Contratos **AL-1-63-10, AL-1-149-10** y **AL-1-115-11**, puesto que se han aprobado las múltiples solicitudes de prorroga realizadas por la empresa BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A. de los términos de duración pactados originalmente en los Contratos referidos.

V. DEFENSA DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración mediante la Vista Número 1330 de 22 de diciembre de 2015, en defensa de la institución pública demandada, niega los hechos y el derecho invocado. En relación con el supuesto atraso en el pago de los ajustes de precios incurrido por la entidad contratante que alega la demandante, indica:

> "no es imputable al Ministerio de Obras Públicas, ya que para el reconocimiento de esas sumas de dinero conforme a la fórmula de variación de precios estipulada en la sub Cláusula 37, de los contratos de obra objeto de análisis, era necesario que el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A. y Benito Roggio e Hijos, S.A.,** cumpliera con una serie de condiciones, entre ellas las siguientes: 1) que la variación de dichos costos debe alterar en un veinticinco por ciento (25%) o más, las cantidades o el valor inicial del contrato; 2) que se trate de un contrato de duración prolongada; 3) se debe probar a través de ecuaciones matemáticas debidamente presentadas y aprobadas por la entidad contratante; que la fórmula de ajuste sea presentada al momento de recibir la orden de proceder; y, que la contratista debe acompañar con un listado de los materiales sujetos a las variaciones. Sin embargo, consta en autos que la recurrente presentó la fórmula matemática transcurrido un (1) año de la emisión de la constancia que los costos del contrato se hayan alterado en un veinticinco por ciento (25%) del valor inicial pactado. Incluso pudimos constatar en autos que el Ministerio de Obras Públicas aún no ha aprobado la fórmula antes mencionada (Cfr. f. 82 del expediente judicial).

1569

Por lo tanto, es claro que la entidad licitante no podía acceder a la petición formulada por el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A. y Benito Roggio e Hijos, S.A.,** de un ajuste de precios según lo pactado en las Cláusulas Quinta de los Contratos AL-1-63-10 de 10 de junio de 2010; el Contrato AL-1-149-10 de 4 de febrero de 2011; y el Contrato AL-1-115-11 de 22 de junio de 2011.

Por las razones antes expuestas se estiman que los cargos de infracción de las normas invocadas por la actora en los expediente acumulados, 576-14, 577-14 y 578-14, carecen de sustento jurídico por lo que esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera se sirva declarar que **NO ES ILEGAL, la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014,** emitida por el Ministerio de Obras Públicas, su acto confirmatorio, y en consecuencia, denieguen el resto de las peticiones de la actora". (Fs. 123-124).

VI. PERÍODO PROBATORIO

Por medio del Auto de Prueba N°214 de 12 de mayo de 2016, se admitieron una serie de pruebas documentales de los expediente 576-14, 577-14 y 578-14 y se rechazaron otras, por lo que la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto en resolución de 16 de agosto de 2016, por el Tribunal de Apelación, en la que en algunos aspectos confirma la decisión recurrida y en otras, admite pruebas que habían sido rechazadas por el Magistrado Sustanciador.

No obstante, el apoderado judicial presenta recurso de reconsideración contra esta decisión, el cual es resuelto mediante resolución de 6 de enero de 2017.

El 3 de marzo de 2017, se llevó a cabo la diligencia de entrega de informe pericial, de los peritos nombrados por la Procuraduría de la Administración.

Mediante Nota N°217-17 INEC/D de 7 de marzo de 2017, la Contraloría General de la República remite los cuadros sobre los índices de precios simples de los principales materiales de construcción disponibles en los distritos de Panamá y San Miguelito y sus variaciones porcentuales correspondientes de enero de 2010 a junio de 2014; los índices de precios al Por Mayor y Variación Porcentual en la República, según sector, división, agrupación y grupo de junio de 2009 a marzo de 2014 y de los índices de Precios al Consumidor Nacional Urbano y Variación Porcentual, por división según mes de diciembre de 2009 a junio de 2014.

1370

A través de la Nota SG-AL-123-2017 de 22 de febrero de 2017, el Ministerio de Obras Públicas envía copia autenticada de los expedientes administrativos relacionados con los **Contratos AL-1-63-10**, **AL-1-149-10** y **AL-1-115-11,** suscritos entre el Estado y el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A.

A fojas 813 y siguientes del expediente consta la entrega de informe pericial.

El 15 de marzo 2017, la apoderada judicial de BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., señala que el Ministerio de Obras Públicas solo ha remitido los contratos con sus adendas y ha omitido enviar todas las actuaciones administrativas entre las partes contratantes que incluyen entre otras, "todas las Notas remitidas por parte de la contratista a la entidad contratante, las notas remitidas por parte de la entidad contratante a la contratista, las cuentas presentadas por la contratista con sus respectivas aprobaciones"; por consiguiente, mediante Oficio N°597 de 16 de marzo de 2017, se solicita al Ministerio de Obras Públicas que remitan la referida documentación.

A fojas 1267 a 1320 consta el alegato de conclusión de la demandante y de fojas 1321 a 1337, el de la Procuraduría de la Administración.

Mediante memorial recibido el 17 de mayo de 2017, en la Secretaria de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la demandante peticiona que se reitere el oficio dirigido a la Dirección de Tesorería del Ministerio de Economía y Finanzas a fin que remitan copias debidamente autenticadas de los cheques de pago emitidos a favor de BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A., e igualmente, que se reitere el Oficio N°597 de 16 de marzo de 2017, en cumplimiento de lo dispuesto en el Auto de Pruebas N°214 de 12 de mayo de 2016.

Por medio del Oficio N°2416 de 10 de julio de 2017, se reitera Oficio N°335 de 3 de febrero de 2017, al Ministerio de Economía y Finanzas, quien responde a través de la Nota MEF-2017-42451 de 31 de julio de 2017, remite copia autenticada de cuatro reportes de órdenes de transferencias bancarias generadas y treinta y seis (36) reportes de cheques impresos del CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A., en los cuales se detallan los pagos efectuados para los años 2010 al 2014. (F. 1345).

1051

Por medio del Oficio N°2662 de 9 de agosto de 2017, a través de la Secretaría de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se reitera el Oficio N°334 de 3 de febrero de 2017, reiterado mediante los oficios N°597 de 16 de marzo de 2017 y el Oficio N°2418 de 10 de julio de 2017 al Ministerio de Obras Públicas, que responde por medio de la Nota DM-AL-2633-2017 de 6 de octubre de 2017, en la cual señala que se está recopilando la información solicitada, la cual al tratarse de tres proyectos extensos en su ejecución, han generado gran volumen de información tanto en notas cursadas como de cuentas tramitadas.

El 16 de enero de 2018, se recibe solicitud de la demandante para que se realicen gestiones con la finalidad que el Ministerio de Obras Públicas remita las copias de los expedientes administrativos de los **Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11**; por tanto, mediante el Oficio N°112 de 19 de enero de 2019, se reiteran las solicitudes anteriores con la finalidad que nos remitan los expedientes íntegros y completos. El Ministerio de Obras Públicas, a través de la Nota DM-AL-262-2018 de 30 de enero de 2018, remite copia autenticada de 24 Tomos relacionados con el **Contrato AL-1-149-10** y esta nota señala que quedan pendientes por entregar los expedientes de los **Contratos AL-1-63-10 y AL-115-11**, que están en proceso de autenticación.

Luego, mediante la Nota N° DM-AL-529-2018 de 7 de marzo de 2018, el Ministerio de Obras Públicas remite 4 Tomos que corresponden a los expediente de Cuentas Etapa de Mantenimiento del **Contrato AL-1-63-10**, quedando pendiente por entregar los expedientes del **Contrato AL-1-115-11**, que están en proceso de autenticación. Luego, la Nota N°DM-AL-558-2018 de 12 de marzo de 2018, en adición a la nota anterior, remiten notas presentadas por la empresa BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A., relacionadas con el **Contrato AL-1-63-10**, y al **Contrato AL-1-115-11**.

Más tarde, el Ministerio de Obras Públicas a través de la Nota N°DM-AL-1409-2018 de 29 de junio de 2018 y en adición a la Nota DM-AL-529-2018 de 7 de marzo de 2018, remiten copia autenticada de la documentación pendiente del **Contrato AL-1-115-11**, que consta en su totalidad, de 15 tomos.

1552

Pese a lo anterior, la apoderada judicial de la demandante, tal como consta a foja 1461 del expediente judicial, señala "que de la revisión de la documentación enviada a la fecha, se puede constatar que no se ajusta a toda la documentación requerida por la Sala"; pues, a su juicio, solo se ha remitido una parte de la documentación que reposa en la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Obras Públicas, aun cuando dentro de la ejecución contractual se han intercambiado diversas notas, comunicaciones y aprobaciones y otro tipo de documentos en la oficina regional, así como también con las distintas direcciones y departamentos del Ministerio.

Ante esta solicitud, se dicta el Auto para Mejor Proveer de 16 de octubre de 2018, para que el Ministerio de Obras Públicas remita copia autenticada de las notas de presentación de las cuentas de avance, el cual es remitido al Ministerio de Obras Públicas con el Oficio N°2710 de 13 de noviembre de 2018.

La apoderada judicial de BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A/ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., efectúa una observación a este Tribunal, para que en los expedientes administrativos solicitados no solo se incluyan las notas remitidas por la entidad contratante a la contratista, las cuentas presentadas por la contratista con sus respectivas aprobaciones; sino, también se incluyan todas las actuaciones que a nivel administrativo se hayan generado entre las partes durante la ejecución contractual.

Entonces, se gira el oficio N°3038 de 28 de diciembre de 2018, en el que se solicita copia autenticada de las notas de presentación de las cuentas de avance relativas a los proyectos en relación a los **Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11** y se reitera mediante Oficio N°329 de 14 de febrero de 2019.

El Supervisor de Inspección de la Dirección Regional de Inspección del Ministerio de Obras Públicas, por la Nota Número DRIH-0212-19 de 19 de febrero de 2019, señala que la copia autenticada de las notas de presentación de las cuentas de avance relativa a los proyectos de los **Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11**, fue remitida a la Dirección Nacional de Inspección para que a su vez sea remitida a la Secretaría General del Ministerio de Obras Públicas.

1873

En atención a lo anterior, la Secretaria de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia gira el Oficio N°406 de 26 de febrero de 2019 al Ministerio de Obras Públicas para que remitan copia autenticada de las notas de presentación de las cuentas de avance relativas a los proyectos en relación a los **Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11**.

El Ministerio de Obras Públicas por medio de la Nota N°DM-AL-449-2019 de 7 de marzo de 2019, remite copia autenticada de los expedientes de cuentas relativos a los Tomos 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 15, 17, 18, 19 y 23 correspondientes a la etapa de rehabilitación del **Contrato N°AL-1-63-10**. Luego, en virtud de la Nota N°DML-AL-522-2019 de 15 de marzo de 2019, se remite copia autenticad de los Tomos 1, 2,3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 correspondientes a las notas de correspondencia del **Contrato AL-1-63-10**, y las copias de los demás expedientes están en proceso de reproducción para su posterior trámite de autenticación.

Así, mediante la Nota N°DM-AL639-2019 de 29 de marzo de 2019, remiten copia autenticada de los expedientes de notas de los Tomos 13, 14, 15, 16, 17 y 18 correspondientes al **Contrato N°AL-1-63-10**.

No obstante, lo anterior la apoderada judicial de BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A. /BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., por medio de memoriales presentados el 10 de abril y 8 de mayo de 2019, en los que señala que el Ministerio de Obras Públicas debe remitir los expediente administrativos completos, no solo parte de ellos.

En Informes fechados 3 y 11 de abril de 2019, la Secretaría de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, indica que mantienen en dicho despacho aproximadamente 58 tomos como antecedentes e igualmente, que se ha recibido documentación relacionada con las notas de presentación de cuentas autenticadas relacionadas con los **Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11.**

Por otra parte, mediante memoriales fechados 10 de abril y 8 de mayo de 2019, la apoderada judicial de BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A. /BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., presenta escritos en los cuales observa al Tribunal que el Ministerio de Obras Públicas

1154

debe remitir los expedientes administrativos completos, por lo anterior, se dicta el auto para Mejor Proveer con fecha de 6 diciembre de 2019.

A través de la Nota N° DM-AL-1888-2020 de 18 de junio de 2020, el Ministerio de Obras Públicas remite a la Secretaria de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, copia autenticada de los siguientes documentos: **Contrato AL-1-63-10** y sus trece adendas: **Contrato AL-1-115-11** y sus dos adendas y Contrato **AL-1-149-10** y sus cinco adendas relacionadas y mediante la Nota N° DM-AL.2603-2020 de 20 de agosto de 2020, el Ministerio de Obras remite la documentación faltantes a los Contratos en referencia y que guarda relación con este caso.

VII. DECISIÓN DE LA SALA

Surtida las etapas procesales que corresponden para este tipo de proceso y encontrándose la Sala suficientemente ilustrada, se procede a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con la atribución del numeral 2, del artículo 206 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 1, del artículo 97 del Código Judicial y el artículo 42 B de la Ley 135 de 1943, modificado por la Ley 33 de 1946, que consagra la competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las acciones de plena jurisdicción como la ensayada.

En la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción el acto administrativo es la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, dictada por la Dirección de Administración del Ministerio de Obras Públicas, en virtud de la cual se le comunica al representante legal del CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., que no se le reconocerá el pago de intereses moratorios, dentro de las cuentas presentadas en la ejecución de los **Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11**; acto administrativo que fue transcrito en párrafos anteriores.

CONTRATO AL-1-63-10 de 10 de junio de 2010:

Este contrato se llevó a cabo bajo la modalidad de Licitación por Mejor Valor 2010-0-09-0-06-L-V-004249, para el Diseño y Construcción para la Rehabilitación y Ensanche

de la Carretera Divisa-Chitré, en la provincia de Herrera. El **22 de julio de 2010,** fue refrendado por la Contraloría General de la República. **(Exp. 576-14).**

En los hechos de esta demanda, la apoderada judicial de BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A /BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., señala que en la cláusula quinta del Contrato se estableció el reconocimiento a favor del contratista el ajuste de precios del contrato, únicamente cuando varíen los costos directos e indirectos relacionados con la obra; ajuste de precios que fue solicitado a través de sendas notas en las cuales se presentan las cuentas aprobadas hasta la fecha con su correspondiente ajustes de precios, adjuntando los respaldos de variaciones de costos.

Por otra parte, en cuanto al tema de los intereses moratorios, indica que de manera reiterada ha efectuado las solicitudes para el reconocimiento de estos intereses en el **Contrato AL-1-63-10**, debido a los atrasos registrados en el pago de las cuentas que mantiene con la entidad contratante. En este sentido, a manera de ejemplo, en el hecho vigésimo expone que en la cuenta 27 correspondientes a trabajos efectuados en el mes de septiembre de 2012, registró un atraso de 224 días y en el caso de la cuenta 36, un retraso de 290 días, contados a partir de los 60 días con los que cuenta la entidad para efectuar los pagos parciales del Contrato.

En relación con el concepto de la violación de las normas legales citadas del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, "Con las reformas aprobadas por la Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010, Ley 48 de 2011" el criterio del demandante es el que a seguidas se copia:

- Numeral 10, del artículo 13, a juicio del demandante en el Pliego de Cargos, en la parte final del literal e, de la cláusula 32.7.1., se estableció el pago de las cuentas se hará dentro de un plazo de sesenta (60) días posteriores a la fecha de la presentación de la cuenta a la Dirección de Inspección, razón por la cual sustenta que tiene derecho al pago de intereses moratorios.

1554

- Los numerales 1 y 2 del artículo 14, de los cuales estima que el contratista tenía derecho a percibir intereses moratorios por parte de la entidad contratante; en consecuencia, considera que también se viola el artículo 79, que dispone que los pagos deben efectuarse dentro de los términos previstos en el contrato y que de no darse oportuno cumplimiento a los mismos, correspondía al pago de los intereses moratorios.

- El principio de equilibrio contractual consagrado en el artículo 21, pues el contrato suscrito entre el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., y el Estado panameño establece claramente el pago debido a las variaciones en los precios y por el principio de seguridad de la inversión privada el Estado debe cumplir con las condiciones pactadas.

- El numeral 5, del artículo 77, porque se ha negado al reconocimiento en concepto de ajuste de precios por "*variación de costos directos e indirectos, hecho que no se relaciona con las modificaciones que se pueden producir en la ejecución de un contrato debido a modificaciones que alteren en un 25% o más las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato*". (reverso de la foja 6).

- El artículo 79, la obligación de pago en tiempo oportuno no se ha efectuado conforme lo establecido en el Contrato y en el Pliego de Cargos. Es del criterio que esta Ley a diferencia de la Ley 56 de 1995, dispone que los pagos deben efectuarse dentro de los términos previstos en el contrato y que de no darse oportuno cumplimiento a los mismos, corresponde el pago de intereses moratorios.

- El artículo 80, la demandante señala que la entidad contratante ha violado esta disposición al omitir su cumplimiento ya que al pactarse en la cláusula quinta el ajuste de precios es viable el reconocimiento de costos a que tiene derecho el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A.

- El artículo 86 señala que el Ministerio de Obras Públicas ha violado esta norma al no efectuar los pagos a favor de la contratista en base a la forma prevista en el **Contrato AL-1-63-10** y en el Pliego de Cargos.

1557

En cuanto a la supuesta infracción a las disposiciones del Código Civil, la demandante señala:

- Sobre el artículo 976, arguye que el Estado desvirtuó lo acordado en la cláusula quinta del Contrato, la cual establece como único requisito para el reconocimiento del derecho al ajuste de precios "la variación de costos directos e indirectos". Además, alega que "*Obviamente debe ser probada dicha variación a través de los canales correspondientes, pero no pretender invalidar un derecho, alegando una presentación tardía de la fórmula cuando ni el Contrato ni la Ley establecen que la presentación de esta fórmula o la fecha de presentación de la fórmula es la que le otorga y /o invalida o constituya un hecho dependiente para el reconocimiento del derecho del contratista al Ajuste de Precios".* (reverso de la foja 8).
- La entidad demandada viola el artículo 993 del Código Civil, porque *"el contrato no establece el monto a pagarse en concepto de intereses moratorios (el porcentaje), éstos debe aplicarse en base al interés legal, que a la luz de esta figura lo es el Texto Único de Contrataciones Públicas y el artículo 1072-A del Código Fiscal".* (reverso de la foja 12).

En relación con las cláusulas del **Contrato AL-1-63-10,** suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., su apoderada judicial alega que se infringen por las siguientes consideraciones:

- La cláusula quinta que establece el ajuste por variación de precios, lo cual considera que "*ni la Ley ni el Contrato establecen que la presentación de la fórmula al momento de recibir la orden de proceder será requisito o condición sine qua non para proceder al reconocimiento por ajuste de Precios...*" (F. 9).
- La cláusula sexta, al considerar que el Ministerio de Obras Públicas ha omitido la aplicación de lo dispuesto en esta cláusula, pues es del criterio que el Ministerio de Obras Públicas ha registrado retrasos en el pago de las cuentas. En este sentido, refiere que "*la Cuenta N° 27, la cual registró un retraso a la fecha de cobro de 224 días,*

la Cuenta N° 37 que ha registrado al día 28 de julio de 2014, un retraso de 259 días y la Cuenta N° 36 que ha registrado al día 28 de julio de 2014 un retraso de 290 días". (reverso de la foja 12).

- La cláusula 37, modificada por la Adenda N°1 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos del **Contrato AL-1-63-10**, pues a juicio de la apoderada judicial, esta cláusula contiene dos situaciones distintas de ajuste de precios a presentarse en la ejecución del contrato siendo estas: 1) ajuste de precios por modificaciones (párrafo primero) y 2) ajuste de precios por variación de costos (párrafo segundo). En el segundo supuesto, la demandante alega que es aplicable la *"ecuación matemática, llámese también fórmula polinómica o matemática, que no es más que "una expresión matemática que representa acabadamente la variación de precios acaecida en un mes determinado (Mes de Estudio) de la obra, en relación a un mes que se toma como origen (Mes Base)"* (F. 10).

- El literal e, de la cláusula 32.7.1. de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos, al considerar que existió retraso en el pago de las cuentas, descontando desde la fecha de presentación de las cuentas, el período de sesenta (60) días que establece el Pliego de Cargos para el pago de las mismas. (Cfr. f. 13).

Luego de atender las normas que se estiman conculcadas por el acto administrativo impugnado, la Nota DIAC-507 de marzo de 2014, suscrita por el Director de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, se concluye que la reclamación en el Contrato AL-1-63-10, se centra en dos aspectos: ajuste de precios e intereses moratorios.

En cuanto al tema de ajuste de precios por variación de costos, este Tribunal es del criterio que no le asiste la razón a la apoderada judicial al CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., ya que el ajuste por variación de precios debió llevarse a cabo al momento en que se dio la orden de proceder, es decir, para **el 22 de julio de 2010** y no un año después, tal como lo efectuó el demandante, mediante el memorial Nota D.C. 2011 N°224 de 28 de julio de 2011.

1554

En este sentido, la cláusula quinta del **Contrato AL-1-63-10,** establece:

> "**QUINTA**. AJUSTE POR VARIACIÓN DE PRECIOS.
>
> **A el Contratista** se le reconocerá el ajuste precios del Contrato únicamente cuando varíen los costos directos o indirectos relacionados con la obra, servicio o suministro, siempre que se pruebe a través de ecuaciones matemáticas debidamente presentadas y aprobadas por el MOP, los incrementos de precios de los insumos básicos, costos y mano de obra, tomando en cuenta como base los utilizados para el cálculo del precio presentado en la propuesta original del contratista.
>
> **El Contratista debe presentar al momento de recibir la Orden de Proceder una fórmula de ajuste de precios para revisión, análisis y aprobación del MOP.** Conjuntamente debe entregar los costos unitarios de materiales como cemento, Asfalto Ac-30, acero de refuerzo, capa base y otros que considere sujetos a variaciones en el futuro". (El énfasis es nuestro).

Por consiguiente, es evidente que en el caso bajo estudio, el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., disponía de un plazo perentorio para presentar la fórmula de ajuste de precios que es al momento de recibir la orden de proceder; sin embargo, es notorio que no atendió dicho plazo y presentó el ajuste de precios a un año después de la orden de proceder, de manera que no puede admitirse reclamo alguno que se haga bajo este concepto.

En esta misma línea, en el Memorándum AL-2892-13 de 25 de octubre de 2013, de Asesoría Legal del Ministerio de Obras Públicas, al referirse al mecanismo procedimental para el ajuste de precios le indicó al CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., lo siguiente:

> "Como puede observarse tanto el Pliego de Cargos como el contrato acogen lo normado en la Ley 22 con relación al equilibrio contractual y a la modificación del contrato con base en el interés público, permitiendo el ajuste de los precios cuando varían los costos tanto directos como indirectos relacionados con la obra. Ahora bien, dicho ajuste no otorga de manera automática por la mera solicitud del contratista; para que proceda debe cumplir los siguientes requisitos:
>
> 1. La variación de los costos debe alterar en un veinticinco por cientos (25%) el valor inicial del contrato.
> 2. Que se trate de un contrato de duración prolongada.
> 3. Que se debe probar a través de ecuaciones matemáticas debidamente presentadas y aprobadas por el MOP.
> 4. La fórmula (ecuación) de ajuste debe ser presentada al momento de recibir la orden de proceder.
> 5. Se debe acompañar con un listado de los materiales sujetos a las variaciones.
>
> Estos requisitos van amarrados con lo establecido en la cláusula quinta de su contrato, en el sentido de que para que opere y tenga derecho al

1560

ajuste solicitado, el contratista tenía que haber presentado la fórmula de ajuste al momento de recibir la orden de proceder. En el caso que nos ocupa observamos que la Orden de Proceder le fue entregada al contratista el día 22 de julio de 2010, y no fue sino hasta el 28 de junio de 2012 que presentó para aprobación la referida fórmula mediante Nota D.C. 2011 Número 224, tal y como manifiesta en la Nota D.C. 2013. Número 524 de 17 de octubre de 2013.

El no cumplimiento de todos los requisitos y condiciones establecidos en los documentos contractuales para el reconocimiento del ajuste por variación de precios impide la validación de dicha cláusula; por lo que reclamar como un derecho adquirido un monto en concepto del reconocimiento del equilibrio contractual a esta institución no procede".

En lo que respecta al pago de intereses moratorios, este Tribunal concluye que tampoco le asiste la razón a la apoderada judicial del CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., toda vez que en el contrato no se estableció una fecha específica para entregar la obra licitada; además, en el caso bajo estudio, tal como se ha evidenciado con las pruebas acopiadas en este proceso, este contrato ha experimentado múltiples adendas situación que invariablemente modifica una fecha cierta para la entrega de la obra licitada.

El artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, contempla que las entidades contratantes deberán efectuar el pago dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo; y si dichos pagos se realizan en fecha posterior, por causa no imputable al contratista este tendrá derecho al pago de los intereses moratorios con base al artículo 1072-A del Código Fiscal; sin embargo, en el presente caso acontece que existe un término dentro del cual se debió ejecutar el contrato, término que ha experimentado múltiples adendas.

En relación con el tema de los intereses moratorios en Sentencia de 3 de junio de 2010, se expresa:

"A modo de docencia, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, en su edición número 23 del año 1996, define el término *interés moratorio* de la siguiente manera:

"se llama *Interés Moratorio,* cuando se destina a reparar el perjuicio resultante de la mora en el cumplimiento de una obligación..."

Con relación al tema del pago de los intereses moratorios, los juristas Mariela Vega de Herrera y Alejandro Ordóñez, en su libro "Contratación Estatal" (Editorial Temis, Colombia, 1999, pág. 29) exponen la siguiente observación:

"...

1501

> Con este propósito se debe recurrir al ajuste y revisión de precios, así como a los intereses moratorios, en cumplimiento de la respectiva cláusula que así lo estipule. Se procura, de esta manera, sostener con su valor intrínseco y real las condiciones que determinaron a las partes a celebrar el contrato. Respecto del contratista no solo ha de tenerse en cuenta su carácter de colaborador sino también su legítima aspiración a lograr un provecho, o sea su ánimo de lucro... (El subrayado y resaltado corresponde a la Sala)"

En el caso bajo estudio, este Tribunal considera que no debe accederse al pago de los intereses moratorios debido a que esta materia no fue pactada ni en el Contrato ni en el Pliego de Cargos, aunado al hecho que mediante la cláusula tercera en las Adendas N°3, 4 y 5 del **Contrato N°AL-1-63-10**, se acordó: "El CONTRATISTA declara que la presente prorroga no otorga el derecho de presentar reclamos posteriores por los costos de operación y administración durante el período adicional concedido".

Por las consideraciones expuestas no se produce la alegada violación a las normas legales citadas por el procurador judicial de CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A.

CONTRATO AL-1-149-10 de 4 de febrero de 2011:

Esta contratación se dio bajo la modalidad de Licitación por Mejor Valor 2010-0-9-0-06-LV-001025, para la Rehabilitación de los Caminos de Herrera (Cabuya-Los Higos; Cabuya-Potuguilla; Rincón Hondo-Espiguita; Cruce de Limón-Borrola; Pesé –Las Cabras y Cascajillo-La Arenita-Las Cabras), provincia de Herrera. El **4 de febrero de 2011**, fue refrendado por la Contraloría General de la República. **(Exp. 577-14).**

La apoderada judicial de CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./ BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., a través de esta demanda solicita que se reconozca la suma de B/.914,658.62, en concepto de intereses moratorios, por lo que en los hechos de la demanda señala que durante la ejecución del **Contrato AL-1-149-10** existió retraso en el pago de las cuentas por parte del Ministerio de Obras Públicas y cita, como ejemplo, la Cuenta N° 13, correspondiente a trabajos efectuados en los meses de febrero y marzo de 2012, que registró un retraso en el pago de 449 días, contados a partir de los 60 días que cuenta la entidad para efectuar los pagos parciales del contrato.

1582

En lo que respecta a las disposiciones legales infringidas y el concepto de la violación, la demandante estima que el acto administrativo impugnado, la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, infringe las siguientes disposiciones legales:

- El artículo 13 (numeral 10), los numerales 1 y 2 del artículo 14, los artículos 79 y 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006,
- Los artículos 973 y 993 del Código Civil.
- La cláusula quinta del Contrato **AL-1-149-10** y la parte final del literal e, de la cláusula 32.6.1. de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos del **Contrato AL-1-149-10.**

La demandante al referirse al concepto de la infracción señala que el Ministerio de Obras Públicas infringe estas disposiciones legales, porque el contratista tiene derecho a percibir los intereses moratorios cuando no recibe el pago de las cuentas dentro del término previsto en el Pliego de Cargos; en consecuencia, existe la obligación de la entidad contratante de pagarlos siguiendo el procedimiento que determina el Pliego de Cargos, en cuya parte pertinente en la cláusula 32.6.1., literal e, parte final, establece que el pago de las cuentas se hará dentro de un plazo de hasta sesenta (60) días posteriores a la fecha de la presentación de la cuenta en la Dirección de Inspección.

CONTRATO AL-1-115-11 de 22 de junio de 2011:

Bajo la modalidad de Licitación por Mejor Valor 2010-0-09-0-06-LV-004249, se realizó esta contratación para la Rehabilitación de los Caminos de Herrera (Los Pozos-Las Minas y Puente sobre Quebrada el Barrero), provincia de Herrera. El **20 de junio de 2011**, fue refrendado por la Contraloría General de la República. **(Exp. 578-14).**

Como hechos de esta demanda, la apoderada judicial de CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., indica que se han efectuado y reiterado solicitudes para el reconocimiento de intereses moratorios del **Contrato AL-1-115-11,** que para el caso específico de la Cuenta N° 10, correspondiente a trabajos efectuados en el mes de abril del año 2012, registró un atraso en el pago de 391 días

1563

contados a partir de los 60 días con los que cuenta la entidad para efectuar los pagos parciales del Contrato.

En cuanto a las disposiciones legales infringidas y el concepto de la violación, la demandante estima que la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, suscrita por la Dirección de Administración del Ministerio de Obras Públicas infringe las siguientes disposiciones legales:

- El artículo 13 (numeral 10), los numerales 1 y 2 del artículo 14, los artículos 79 y 86 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.
- Los artículos 973 y 993 del Código Civil.
- La cláusula quinta del Contrato **AL-1-115-11** y la parte final del literal e, de la cláusula 32.6.1. de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos del **Contrato AL-1-115-11**.

En lo que concierne al concepto de la violación de estas normas legales, la demandante arguye que el CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., señala que de acuerdo con la cláusula 32.6.1., literal e, el pago de las cuentas se hará dentro de un plazo de 60 días posteriores a la fecha de presentación de la cuenta a la Dirección de Inspección; sin embargo, no se han recibido los pagos dentro de los términos previstos en el Contrato, lo que ha producido una ruptura del equilibrio contractual.

En cuanto al reconocimiento de los intereses moratorios en los Contratos **AL-149-10 y AL-1-115-11**, este Tribunal estima que la parte demandante no ha logrado acreditar que estos contratos se encuentren sujetos a una fecha determinada y, contrario a lo alegado por la demandante, este Tribunal estima que a estos contratos se le han efectuado adendas que incrementaron el período de finalización de la obra licitada.

Los intereses moratorios proceden cuando existe una fecha determinada para la entrega de la obra, y en las demandas bajo examen, el contratista se acogió a la modalidad de pagos parciales; aunado al hecho que en las adendas efectuadas el

contratista renunció a su derecho de presentar reclamos posteriores en concepto de costos de operación y administración durante el período adicional al concedido.

Sobre los intereses moratorios, a contrario sensu, en Sentencia de 26 de abril de 2019, estos fueron reconocidos cuando la entidad no había efectuado el pago dentro del término fijado en el contrato. Veamos:

> "La normativa en referencia, pone de manifiesto que es una obligación de la entidad contratante hacer los pagos respectivos dentro de los términos previstos en el pliego de cargos y en el contrato respectivo, y cuando la entidad contratante realiza los pagos en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, surge entonces para éste, el derecho al pago de intereses moratorios con base a lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal, dicho de otra manera, la simple presentación de una cuenta, no da lugar a intereses moratorios.
>
> En ese sentido conceptúa este Tribunal, que el hecho de que las pruebas de rendimiento y bacteriológica que se realizan por parte de funcionario del Ministerio de Salud, por sí solo, no exime a la entidad contratante de la obligación de hacer los pagos por aquellos trabajos realizados y aprobados, máxime que queda establecido dentro de las piezas procesales que los ítems fueron eliminados del pliego de cargos para hacer más atractivo el acto público, en razón de que no queda mencionada en el pliego de cargos, ni en el contrato.
>
> De las razones anotadas y la documentación referida se concluye que la entidad contratante Concejo Municipal Distrito de La Mesa, en efecto tiene la obligación de reconocer el pago del contrato, más los intereses moratorios por la ejecución de la obra, de acuerdo con lo previsto en el pliego de cargos y el contrato, atendiendo lo dispuesto en el artículo 93 del texto único de la ley 22 de 2006, lo que es una obligación de la entidad contratante establecida en el artículo 16 de dicho cuerpo legal.
>
> Ello significa que el pago de los intereses moratorios a favor de la contratista, por causa no imputable a ésta surge cuando la entidad contratante incumple con los pagos dentro de los términos previstos en el pliego de cargos y en el contrato respectivo, que en este caso particular se señaló, se pagaría por culminación de la obra, conforme lo prevé el pliego y contratos.
>
> Lo antes expuesto y las piezas que conforman este proceso, este Tribunal concluye que le asiste el derecho a la parte actora del pago de la totalidad del contrato más los intereses moratorios en virtud de la demora en el pago cuando culmina la obra, con lo cual quedan acreditados los cargos de ilegalidad del numeral 6 del artículo 13 del texto único de la Ley 22 de 2006, (ahora artículo 16), de ahí, que estimamos innecesario entrar a examinar el resto de los cargos de ilegalidad".

De acuerdo con lo expuesto, quien suscribe considera que carece de fundamento las alegaciones del CONSORCIO BENITO ROGGIO PANAMÁ, S.A./BENITO ROGGIO E HIJOS, S.A., porque en el caso de los Contratos **AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11**, el Ministerio de Obras Públicas ha concedido tiempo adicionales para la finalización de las obras contratadas a través de múltiples adendas; en consecuencia, el

1565

acto administrativo impugnado no conculca ninguna de las disposiciones alegadas por la demandante.

Por lo anterior, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo 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 DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas y su acto confirmatorio, en relación con los **Contratos AL-1-63-10; AL-1-149-10** y **AL-1-115-11** y **NIEGA** las demás declaraciones pedidas.

Notifíquese y Cúmplase,

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFIQUESE HOY 18 DE Octubre DE 20 21
A LAS 8:49 DE LA mañana
A Procurador de la Administración
Firma

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede, se ha fijado el Edicto No. 3154 en lugar visible de la Secretaría a las 4:00 de la tarde de hoy 14 de Octubre de 20 2021

SECRETARIA