

LA PROBLEMÁTICA DEL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL: LA CRISIS DE LA AMPLIACIÓN DEL CANAL DE PANAMÁ¹

FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

I. INTRODUCCIÓN: LAS OBRAS, LOS PROTAGONISTAS Y EL PROBLEMA: 1. *El programa de ampliación del Canal de Panamá.* 2. *Los protagonistas de la construcción del tercer juego de esclusas.* 3. *El origen del conflicto: la suspensión de las obras por parte del GUPC.*—II. EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN Y LAS CONDICIONES DEL CONTRATO: 1. *La selección del contratista.* 2. *Características principales del contrato:* A) Ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista. B) Recepción de las obras. C) Precio contractual y pago. D) Causas de resolución del contrato. E) El procedimiento de resolución de conflictos.—III. EL *IUS VARIANDI* Y EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL: 1. *El marco normativo y contractual:* A) La modificación del contrato o *ius variandi*: causas y procedimiento. B) Supuestos de compensación por las demoras o sobrecostos de las obras. 2. *Reclamaciones presentadas por el consorcio y contenido del Acuerdo de 13 de marzo de 2014.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES: 1. *La inevitabilidad de las modificaciones contractuales: rigidez versus flexibilidad.* 2. *Prohibición de modificados que pretendan falsear la competencia: deber de diligencia y desnaturalización del contrato.* 3. *Mejora de la regulación: mayor transparencia y control.* 4. *Mecanismos de reclamación satisfactorios: el arbitraje internacional como alternativa.*

RESUMEN

La ampliación del Canal de Panamá constituye uno de los proyectos constructivos más importantes de los últimos tiempos. Tanto su adjudicación como su ejecución se han visto rodeadas de una intensa polémica, que tuvo su punto álgido en febrero de 2014 al suspender el contratista la ejecución de las obras, ante el incumplimiento de la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato por parte del administrador del Canal. El presente trabajo explica las circunstancias que rodean este conflicto, centrandolo en el análisis en las causas y en las consecuencias de las modificaciones contractuales y en el

¹ Trabajo realizado al amparo del Proyecto de Investigación sobre *El impacto de la crisis en la contratación pública. ¿Está en peligro el contrato administrativo?* (DER 2012-32911), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones. Se trata de un viejo problema al que se enfrentan todos los sistemas de contratación pública. De este extraordinario caso se pueden extraer enseñanzas válidas para otros ordenamientos jurídicos.

Palabras clave: contratación pública; programa de ampliación del Canal de Panamá; *ius variandi*; equilibrio económico de los contratos.

ABSTRACT

The Panama Canal expansion is one of the most important public works projects in recent times. Both the awarding of the contract and its execution have been surrounded by intense controversy. The head came in February 2014 when the contractor halted construction work due to the Canal authority's failure to maintain the economic balance of the contract. This article explains the circumstances surrounding this dispute, focusing analysis on the causes and consequences of contractual amendments. These are classic problems that affect all public procurement systems. The lessons drawn from this extraordinary case are valid for other legal systems.

Key words: procurement; Panama Canal expansion program; *ius variandi*; economic balance of the contract.

I. INTRODUCCIÓN: LAS OBRAS, LOS PROTAGONISTAS Y EL PROBLEMA

1. *El programa de ampliación del Canal de Panamá*

La ampliación del Canal de Panamá constituye uno de los proyectos constructivos más importantes del presente siglo². Su objetivo es fortalecer la posición competitiva de una de las principales rutas marítimas internacionales frente a sus más directas competidoras (la ruta del Canal de Suez y el transpacífico intermodal de Estados Unidos), adaptándola a las características de los nuevos buques portacontenedores. El cumplimiento de este objetivo requiere abrir una nueva vía de comunicación entre el Atlántico y el Pacífico que duplique la capacidad del tráfico marítimo actual, para permitir la navegación de buques de

² La lista de las diez infraestructuras de transporte más importantes del mundo está liderada por el *sistema troncal de autopistas chinas* (186.000 millones de euros), la *línea de alta velocidad de California* (54.000 millones de euros), el *cercanías de Londres* (17.900 millones de euros), la *línea de la 2.ª Avda. del Metro de New York* (13.000 millones de euros), la *línea 1 del Mass Rapid Transit de Malasia* (9.000 millones de euros), el *Dubai World Center International Airport* (7.700 millones de euros), el *Thameslink en el Reino Unido* (7.400 millones de euros), el *túnel ferroviario de San Gotardo* (7.100 millones de euros) y la *línea 9 del Metro de Barcelona* (6.927 millones de euros).

mayor tonelaje (pasando de los 4.500 TEUS actuales a 12.600 TEUS)³ y el tránsito simultáneo de barcos de menor dimensión.

En conjunto, el programa de ampliación del Canal se compone de tres grandes obras (o componentes): la construcción de un nuevo complejo de esclusas (conocido como «*tercer juego de esclusas*»); la excavación de los cauces de acceso a las nuevas esclusas y el ensanche de los canales de navegación existentes; y la profundización —dragado— de los cauces de navegación y la elevación del nivel máximo de operación en el lago Gatún. La ejecución del programa de ampliación contaba con un presupuesto global estimado de 5.250 millones de dólares USA y una fecha inicial de finalización en octubre de 2014, coincidiendo con el centenario de la puesta en funcionamiento del Canal (previsiones, ambas, que se han visto superadas en dinero y en tiempo)⁴.

La piedra angular del programa de ampliación del Canal es el *diseño y construcción del tercer juego de esclusas*, con el que se pretende proveer un sistema de tránsito de buques pospanamax⁵. Este proyecto

³ Este término es la unidad de medida de la capacidad del transporte marítimo de contenedores más utilizada; proviene del acrónimo inglés *Twenty-foot Equivalent Unit* y mide el flujo de contenedores tomando como base la capacidad de un contenedor de tamaño estándar, de 20 pies o 6,1 metros (equivalente a 1 TEU).

⁴ La idea de abrir un canal a través del istmo de Panamá se remonta a un Decreto de Carlos I de 1534, que ordenó al Gobernador de Panamá elaborar los planos para construir una ruta hacia el Pacífico siguiendo el río Chagres. Sin embargo, habrían de pasar tres siglos hasta que la empresa francesa *Société Civile Internationale du Canal Interocéanique de Darien* iniciara el proyecto de construcción del Canal, en virtud del derecho exclusivo otorgado por el gobierno colombiano (*Tratado Salgar-Wyse*, de 20 de marzo de 1878), que conllevaba una concesión para su explotación durante 99 años. El plazo previsto para la construcción era de 12 años, tras cuya expiración se otorgó una prórroga de 10 años para finalizar las obras, constituyéndose la *Compagnie Nouvelle de Canal de Panama*. Paralizadas las obras por falta de financiación (lo que motivó un gran escándalo político en Francia), el gobierno de Roosevelt negoció con Colombia la obtención de la concesión, sin éxito alguno. Sin embargo, un año después, el nuevo gobierno de Panamá adjudicó a Estados Unidos la concesión del Canal a perpetuidad por 10 millones de dólares, en compensación por su apoyo al proceso de independencia (*Tratado Hay-Bunau-Varilla*, que fue ratificado por los gobiernos de Panamá el 2 de diciembre de 1903 y de Estados Unidos el 23 de febrero de 1904). Ese mismo año, el gobierno norteamericano compró todos los derechos y propiedades de la compañía francesa por un importe de 40 millones de dólares, reanudándose las obras de construcción, que finalizaron en 1914 (quedando abierto al tráfico el 15 de agosto de ese mismo año). En 1977, ambos Estados acordaron la administración conjunta del Canal, creándose la *Comisión del Canal de Panamá (Tratado del Canal de Panamá)*, que entró en vigor el 1 de octubre de 1979). El 31 de diciembre de 1999, el gobierno norteamericano transfirió el Canal a Panamá, quedando su administración a cargo de la *Autoridad del Canal de Panamá* (en adelante, ACP), persona jurídica autónoma de Derecho público y patrimonio propio, que se rige por la Ley núm. 19, de 11 de junio de 1997. La bibliografía sobre la historia del Canal es abundante. Entre otros trabajos publicados, se pueden consultar: I. E. BENNETT (1915), *History of the Panama Canal: its construction and builders*, Washington, Historical Publishing Co.; I. CAMERON (1972), *The Impossible Dream; the Building of the Panama Canal*, New York, William Morrow; y D. McCULLOUGH (1977), *The Path Between the Seas: the Creation of the Panama Canal, 1870-1914*, New York, Simon and Schuster.

⁵ El término *panamax* se utiliza para designar el tipo de buque más grande que puede navegar por el Canal; su tamaño viene determinado por las dimensiones de las cámaras de las

consiste en la instalación de dos complejos de esclusas, una en el sector Pacífico y otra en el sector Atlántico del Canal. Las nuevas esclusas levantarán los buques a una altura aproximada de 26 metros, para bajarlos nuevamente a nivel del mar en el extremo opuesto del Canal. Las operaciones de levantar y bajar los buques se realizarán en tres etapas, a través de tres cámaras. Con el fin de limitar la cantidad de agua desperdiciada por la apertura de las cámaras y para proporcionar el agua suficiente para las operaciones en tiempo de escasez de lluvias, el nuevo sistema cuenta con nueve tinas o piletas de reutilización de agua por cada esclusa, que se llenarán y vaciarán por gravedad. Esto permitirá que los barcos más grandes puedan transitar el Canal utilizando hasta 7% menos agua que en las actuales esclusas. Las esclusas *pospanamax* (como se les conoce) permitirán el paso de entre 12 a 14 buques diarios, lo que representará más de 18.000 tránsitos al año.

Las 16 compuertas de las esclusas (con un peso individual que en algunos casos supera las 3.000 toneladas) constituyen el mayor proyecto de fabricación de elementos electromecánicos de la historia. Las dimensiones de cada compuerta son superiores a un edificio de 15 plantas. La utilización de compuertas rodantes (en lugar de abisagradas) se traducirá en un aumento de la capacidad y rapidez de la operación: una vez en funcionamiento, abrirán o cerrarán las cámaras de las esclusas en cinco minutos, permitiendo que buques con un calado superior a 15 metros puedan cruzar el Canal en 45 minutos (el calado máximo actual es de 12 metros).

Para conectar las nuevas esclusas es necesario excavar un canal de acceso al mar de 3,2 km, en el lado del Atlántico, y dos nuevos canales, de 6,2 y 1,8 km, respectivamente, del lado del Pacífico. Para su ejecución se han adjudicado cuatro contratos de excavación seca y dos contratos de dragado, que, en conjunto, suman un movimiento de tierras de 52 millones de metros cúbicos y la utilización de 4,5 millones de metros cúbicos de hormigón.

2. *Los protagonistas de la construcción del tercer juego de esclusas*

El 24 de abril de 2006, el Presidente de Panamá, Martín Torrijos, presentó el programa de ampliación del Canal. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 325 de la Constitución panameña, la propuesta de construcción de un nuevo juego de esclusas debía ser apro-

esclusas del Canal. Los buques *pospanamax* tienen dimensiones que impiden su tránsito por las actuales esclusas.

bada por el gobierno y por la Asamblea Nacional y sometida, posteriormente, a referéndum. Es así que, ese mismo año, tanto el Gabinete de Ministros como la Asamblea Nacional aprobaron dicha propuesta⁶; para ser, finalmente, ratificada en referéndum nacional el 22 de octubre de 2006, con el 76,83% de los votos (y una participación electoral del 43,32%). Entre otras cuestiones, la Ley núm. 28, de 17 de julio de 2006, que aprueba la construcción del tercer juego de esclusas del Canal de Panamá, establece las siguientes disposiciones relativas a:

a) *La contratación y ejecución de las obras:*

- La *Autoridad del Canal de Panamá* (ACP) garantizará la transparencia y la competencia en las contrataciones, a cuyos efectos publicará a través de los medios de comunicación (incluyendo internet) toda la información que permita a los proponentes conocer y participar en los actos públicos de contratación.
- Una *Comisión ad hoc*, integrada por siete miembros, analizará los informes que, de forma trimestral, le remita la Autoridad del Canal sobre el estado de las construcciones y el avance de las obras; y formulará las observaciones o las recomendaciones que estime pertinentes⁷.

b) *La financiación del programa de ampliación:*

- Los costes de las obras y las correspondientes obligaciones financieras serán pagados con fondos generados por el funcionamiento del Canal y por los aumentos de peajes que se determinen.
- El Canal no podrá ser hipotecado ni gravado, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del proyecto; ni será objeto de medida cautelar de ninguna naturaleza para exigir el cumplimiento de las mismas.
- La financiación del proyecto no contará ni con el aval ni con la garantía de la Nación⁸.

⁶ Resolución núm. 58, de 6 de junio de 2006, modificada por Resolución núm. 68, de 10 de julio; y Ley núm. 28, de 17 de julio de 2006.

⁷ Su composición y funcionamiento se encuentran regulados en el Decreto núm. 33, de 26 de febrero de 2007.

⁸ Mediante Resolución del Consejo de Gabinete núm. 178, de 13 de octubre de 2008, se aprobó la contratación de empréstitos y otras obligaciones crediticias de la ACP, hasta por un monto de 2.300 millones de dólares, para cubrir las necesidades de financiación del Programa de Ampliación del Canal a través de un tercer juego de esclusas. El 9 de diciembre de 2008

En la celebración de *Expocomer*, que tuvo lugar en marzo de 2007, la ACP presentó una infoconferencia con el objeto de dar a conocer el programa de ampliación del Canal y promover la mayor participación de contratistas en las licitaciones, que tuvo gran éxito. El evento contó con la presencia de 324 empresas, procedentes de 29 países de América, Europa y Asia. Dadas la magnitud del proyecto y la entidad del contrato de construcción de las nuevas esclusas, la ACP contrató diversos servicios de asesoría: financiera, de *Mizuho Corporate Bank*; legal en materia de contratación, de *Mayer Brown*; de asuntos legales financieros, de *Sherman & Sterling*; y de administración de programas, de *CH2M Hill*. La ceremonia oficial de inauguración de las obras de ampliación del Canal de Panamá se realizó el 3 de septiembre de 2007.

Unos días antes, el administrador del Canal llevó a cabo un *proceso de precalificación* con el objetivo de seleccionar a los cuatro únicos proponentes que podían participar en el procedimiento de licitación para el *diseño y construcción del tercer juego de esclusas*. En esta fase participaron 30 empresas de 16 países diferentes, que se agruparon en cuatro consorcios. El 14 de diciembre, el Oficial de Contrataciones de la ACP anunció los nombres de los grupos empresariales preseleccionados:

- CANAL, integrado por las empresas españolas ACS (líder), Acciona y Fomento y Construcciones, la alemana Hotchtief y la mejicana ICA.
- El consorcio integrado por la empresa americana Bechtel (líder) y las japonesas Taisei y Mitsubishi.
- Grupo Unido por el Canal (GUPC), integrado por la empresa española Sacyr (líder), la italiana Impregilo, la belga Jan de Nul y la panameña Cusa.
- Y el consorcio Atlántico-Pacífico de Panamá, que finalmente decidió no presentar oferta.

El 8 de julio de 2009, después de un largo procedimiento que se prolongó durante casi dos años, la ACP adjudicó el contrato más importante del programa de ampliación, para el diseño y construcción del nuevo juego de esclusas pospanamax, al consorcio *Grupo Unido por el Canal* (GUPC). La oferta presentada por este grupo empresarial fue no sólo la más económica de todas, adjudicándose el contrato por 3.118 millones de dólares (por debajo de los 3.481 millones de la partida asig-

se firmaron acuerdos de financiación con el Banco Europeo de Inversiones (500 millones), el Banco de Cooperación Internacional de Japón (800 millones), el Banco Interamericano de Desarrollo (400 millones), Corporación Financiera Internacional (300 millones) y Corporación Andina de Fomento (300 millones).

nada), sino también la que mayor puntuación obtuvo en la propuesta técnica, con 4.088,5 puntos (sobre un total de 5.500), alcanzando una puntuación total de 8.088,5 puntos⁹. Finalmente, el 11 de agosto de 2009 se firmó el contrato para el diseño y construcción del tercer juego de esclusas entre la ACP y el GUPC¹⁰, fijándose el inicio de los trabajos el 25 de agosto.

Si bien no hubo ninguna reclamación contra el procedimiento de contratación ni contra el acuerdo de adjudicación, la decisión del GUPC se vio rodeada de una fuerte polémica. Según revelaron los documentos obtenidos por *Wikileaks* —publicados por la prensa española en 2010—, la Embajada de Estados Unidos en Panamá había intentado evitar la adjudicación del contrato a la empresa española Sacyr, poniendo en duda su capacidad para ejecutar el proyecto¹¹. No obstante, el informe de evaluación técnica había sido auditado por *Deloitte*, concluyendo que los resultados se ajustaban al *Reglamento de Contratación de la Autoridad del Canal de Panamá* de 4 de octubre de 1999 (en adelante, RCACP) y a los criterios de evaluación recogidos en el *pliego de cargos de la licitación núm. 76161*.

La importancia del proyecto adjudicado al consorcio liderado por Sacyr queda reflejada en las declaraciones del Ministro español de Fomento, que se apresuró a calificarlo como un éxito de la ingeniería española. Como se ha publicado en algunos diarios, en su correcta ejecución se juega algo más que la capacidad tecnológica o el valor bursátil de las empresas del consorcio; está en juego, también, el prestigio internacional de la marca España.

⁹ En segundo lugar quedó el consorcio liderado por Bechtel, con una puntuación total de 6.769,8 puntos (que presentó una oferta económica de 4.186 millones de dólares y obtuvo una puntuación técnica de 3.789,5 puntos). Y en último lugar quedó CANAL, con una puntuación total de 6.559,4 puntos (que presentó una oferta económica de 5.981 millones de dólares y obtuvo una puntuación técnica de 3.973,5 puntos). Datos obtenidos del *Informe del Oficial de Contratos sobre el proceso de evaluación de las Propuestas Técnicas*, julio de 2009, publicado en <https://micanaldepanama.com/ampliacion/documentos/>.

¹⁰ A su vez, el GUPC ha realizado las siguientes subcontrataciones: a) el diseño de las esclusas, con Consultores Internacionales (CICP), integrado por las empresas americanas MWH Global y TetraTech y por la holandesa Iv Infra Groep; b) la fabricación e instalación de las compuertas, con la empresa italiana Cimolai; y c) la fabricación e instalación de las válvulas, con la empresa coreana Hyundai. El pliego de cargos (equivalente a nuestro pliego de condiciones) prohibía a las empresas de diseño y de construcción participar o colaborar con más de un proponente (vol. 1, *Instrucciones a los proponentes*, cláusula A.10.^a).

¹¹ El 17 de diciembre de 2010, *El País* publicaba un artículo, con el título «EE.UU. intentó evitar que Sacyr lograra las obras del Canal de Panamá», en el que se afirmaba que, de acuerdo con los datos revelados por *Wikileaks*, los diplomáticos de EE.UU. consideraban que Sacyr había ofrecido un precio tan bajo gracias al respaldo del gobierno español. En dicho artículo se recogen también unas declaraciones de un responsable de la empresa Bechtel, en las que afirma que «la oferta ganadora... no daba ni para poner el hormigón... y que Sacyr intentaría renegociar al alza el contrato durante su ejecución» (http://internacional.elpais.com/internacional/2010/12/17/actualidad/1292540416_850215.html).

3. *El origen del conflicto: la suspensión de las obras por parte del GUPC*

Después de tres años y medio de trabajo, las obras del Canal de Panamá vuelven a ser noticia a nivel internacional el 1 de enero de 2014, cuando el consorcio liderado por Sacyr remite a la ACP una *nota de preaviso de suspensión de las obras* de construcción de las nuevas esclusas pospanamax, por «*incumplimientos graves imputables a la autoridad del canal*», como consecuencia de no reconocer un sobrecoste de las obras por importe de 1.625 millones de dólares (cerca del 50% del presupuesto del contrato); reavivando la polémica sobre el acierto o no de la adjudicación del contrato al GUPC¹².

En la misiva enviada a la ACP, el consorcio concede un plazo de 21 días antes de paralizar las obras, con el fin de que el administrador del Canal asuma el compromiso de pagar dichos sobrecostos, que se atribuyen a «*la inexactitud de la información proporcionada al consorcio para ejecutar el proyecto, reconocida por la propia Administración*» y al reiterado incumplimiento de la obligación de «*mantener y restaurar el equilibrio financiero (del contrato) con el GUPC por los eventos imprevistos que se han presentado en la obra*». Estos sobrecostos son debidos, fundamentalmente, a problemas encontrados en el subsuelo (a lo largo de 2,5 km de extensión, en la zona del Pacífico) que no fueron detectados en el estudio geotécnico elaborado por la ACP y con los áridos destinados a la preparación del hormigón estructural marino utilizado en la obra¹³.

La respuesta de la ACP no se hace esperar. En un escueto comunicado rechaza cualquier tipo de presión, exigiendo al consorcio respetar el contrato firmado; y aclara que, de conformidad con lo previsto en el contrato, la resolución de sus demandas está sometida a la mediación de la Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Adjudication Board*), que dispone de un plazo de 84 días para resolver; y al posterior arbitraje por un Tribunal internacional con sede en Miami. El administrador del

¹² Hasta la presentación del preaviso de suspensión de los trabajos, el contrato se venía ejecutando a satisfacción de la ACP, como se recoge en los informes trimestrales que ésta elabora. En marzo de 2013 se realiza una auditoría independiente que concluye que los sobrecostos de ejecución de la obra reclamados por el consorcio son reales, razonables y acordes con el mercado (vid. workshop elaborado por el GUPC sobre el *Estado del Proyecto del Diseño y Construcción del Tercer Juego de Esclusas*, Cocolí, 4 de enero de 2014).

¹³ De acuerdo con la propuesta de la ACP y del GUPC, el 96% del material de la excavación sería utilizado como agregado para el concreto (hormigón). Sin embargo, una vez iniciada la excavación de esta zona, se pudo comprobar que el material de basalto (unos 12 millones de toneladas métricas) presentaba propiedades distintas a las recogidas en el estudio geotécnico, por lo que no podía ser utilizado para el fin previsto. Ante esta situación, el GUPC presenta una nueva mezcla de hormigón para su aprobación por la ACP, lo que se produce a los siete meses (tras un primer rechazo a comienzos de 2011).

Canal reacciona frente al preaviso de suspensión, advirtiendo que está dispuesto a ejecutar las fianzas presentadas por el GUPC, por importe de 600 millones de dólares (avaladas por *Zurich American Insurance Company*)¹⁴, y a continuar las obras con un nuevo contratista.

No obstante, la cantidad asegurada se revela claramente insuficiente. Según información publicada por las partes implicadas, una supuesta ruptura del contrato implicaría un sobrecoste de unos 2.000 millones de euros y un retraso de las obras hasta 2018. Por consiguiente, era evidente que la resolución del contrato no beneficiaba a ninguna de las partes. El anuncio de suspensión de las obras provocó una caída de las acciones de Sacyr del 8,95% en la primera sesión bursátil de 2013 (cuando pocos meses antes, en septiembre de 2013, había liderado el crecimiento del Ibex 35, con una ganancia del 119% en un año). En tanto que, al otro lado del Atlántico, la paralización de las obras se había convertido en tema del debate electoral de las elecciones presidenciales panameñas (a celebrar el 4 de mayo).

A partir de ese momento se inicia una batalla de declaraciones, que alcanza su punto álgido cuando el consorcio hace efectivo el aviso de suspensión de las obras. Con la excepción del mantenimiento, el 7 de febrero se suspenden todas las actividades de construcción. En esas fechas, el GUPC ya había ejecutado dos terceras partes del proyecto de ampliación y había cobrado el 66% del contrato inicial: la ACP le había abonado 2.048 millones de dólares (de los 3.118 millones por los que se adjudicó el contrato) y le había entregado otros 784 millones de dólares en concepto de anticipos (de los que el GUPC sólo había devuelto 52 millones de dólares). Asimismo, la ACP había reconocido el pago de dos costes adicionales: uno por importe de 156 millones de dólares por la variación en el precio del combustible y del coste del acero, y otro de 20 millones de dólares por necesidades de la plantilla. Ahora, la Autoridad del Canal sólo estaba dispuesta a desembolsar otros 283 millones de dólares, frente a los más de 1.600 millones que reclamaba el contratista.

¹⁴ A su vez, la fiadora Zurich cuenta con el respaldo de los organismos oficiales de crédito a la exportación de los países de origen de las tres empresas europeas integrantes del consorcio, que cubren el riesgo derivado del reintegro de las fianzas en caso de incumplimiento, según el porcentaje que la empresa de su país tuviera en el consorcio. Es así que la empresa principal —Sacyr— tiene la cobertura de la *Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A.* (CESCE), que es una sociedad mercantil estatal (participada por el Estado en un 50,25%). En su informe de fiscalización núm. 991, de 27 de junio de 2013, el Tribunal de Cuentas cuestiona las formas utilizadas por CESCE, por inobservancia del marco legal contractual aplicable a este tipo de operaciones. La Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española, prevé la privatización de CESCE y su sustitución por un *Agente Gestor*, que será designado por el Ministro de Economía y Competitividad; así como la creación de un «fondo de reserva de los riesgos de la internacionalización». No obstante, CESCE seguirá actuando como *Agente Gestor* durante un plazo transitorio de ocho años.

En un intento por buscar una solución al conflicto, la aseguradora Zurich realizó —sin éxito— un intento de conciliar ambas posturas, ofreciendo convertir los 600 millones de dólares de fianza en préstamos al consorcio, con la condición de que la ACP renunciara temporalmente a solicitar la devolución de los anticipos y desembolsara los algo más de 500 millones de dólares pendientes de abonar del presupuesto. Con esta propuesta, Zurich pasaría de tener un riesgo de fianza a otro de crédito; la ACP no tendría que desembolsar más que el presupuesto pendiente; y el GUPC se endeudaría a la espera de que el órgano de mediación previsto en el contrato o el arbitraje internacional, en su caso, resolviera sus reclamaciones. Todo ello con el compromiso de finalizar la ejecución de las obras en junio de 2015. Sin embargo, el principal escollo radicaba en la moratoria para la devolución de los anticipos (la ACP exigía que fuera a la conclusión de las obras).

Finalmente, tras cincuenta días de negociación y la intermediación de los gobiernos de España, de Italia y de Panamá, el 20 de febrero de 2014 se alcanzó un preacuerdo, que permitió reanudar la construcción del tercer juego de esclusas. El 13 de marzo la Junta Directiva de la ACP dio su consentimiento para la firma del Acuerdo adoptado, estableciéndose un nuevo plazo de finalización de las obras en diciembre de 2015¹⁵.

II. EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN Y LAS CONDICIONES DEL CONTRATO

1. *La selección del contratista*

El procedimiento de licitación del tercer juego de esclusas se rigió por el *Reglamento de Contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá*, ya mencionado, que tiene como finalidad garantizar los principios de concurrencia, competencia e igualdad de los participantes, si bien mantiene diferencias notables con la legislación española sobre contratación pública¹⁶. De conformidad con lo previsto en el mencio-

¹⁵ Puede verse una breve cronología del conflicto en <http://www.rtve.es/noticias/20140314/cronologia-del-conflicto-ampliacion-del-canal-panama/883202.shtml>.

¹⁶ La versión consolidada, en lengua castellana, se puede consultar en <http://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2012/01/contrataciones-compendio-11032013.pdf>. La aplicación de la *Ley de contratación pública de la República de Panamá (Ley núm. 22, de 27 de junio de 2006)* no queda determinada con claridad: a tenor del *pliego de condiciones*, «el contrato se regirá bajo las leyes de la República de Panamá» (subcláusula 1.4 del vol. III); entendiendo por «leyes» toda legislación nacional (o estatal) y «reglamentos y ordenanzas de cualquier autoridad pública legalmente constituida incluyendo los reglamentos de contratación» de la ACP (subcláusula 1.1.6.25); sin embargo, la *Ley núm. 19, de 11 de junio de 1997*, que regula la ACP (de forma implícita, en los arts. 52 y 56), y el propio RCACP (expresamente, en el art. 131) establecen el carácter supletorio de las leyes panameñas.

nado Reglamento (art. 47A), el 27 de agosto de 2007 la Autoridad del Canal publicó una «solicitud de calificación» internacional (*Request For Qualifications no. 73902*) de la que resultaron los cuatro grupos empresariales preseleccionados: CANAL, Bechtel-Tasei-Mitsubishi, el GUPC y Atlántico-Pacífico de Panamá.

Una vez realizada la preselección de los licitadores, el 21 de diciembre de 2007 la ACP elaboró la «solicitud de propuestas» (*Request For Proposals no. 76161*), que constituye el documento preparado por expertos internos y por consultores externos donde se recogen las cláusulas administrativas y las prescripciones técnicas a las que se somete la adjudicación (que pasa a formar parte del contenido del contrato)¹⁷. No obstante, atendiendo a la complejidad del proyecto, se programaron diferentes reuniones de homologación del citado documento —tanto a título individual como colectivamente—, con la finalidad de que los consorcios preseleccionados pudieran formular preguntas, observaciones o propuestas de mejora (tal como viene recogido en el art. 58 RCACP). Como consecuencia de este proceso de diálogo, que se prolongó durante más de un año, la autoridad contratante incorporó 24 enmiendas al documento de solicitud de propuestas¹⁸.

Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, sólo los tres primeros consorcios mencionados presentaron propuestas (lo que sucedió el 3 de marzo de 2009), con los resultados ya expuestos. La selección del contratista se efectuó de acuerdo con el procedimiento de licitación de «mejor valor no negociado» (*non-negotiated tender based on best value*), considerando como mejor propuesta aquella que, en su conjunto, obtuviera la mayor puntuación mediante la ponderación de la *propuesta técnica*, a la que se le asignó el 55% de la puntuación total, y de la *propuesta de precio*, a la que se le asignó el 45% restante¹⁹. Este procedimiento viene regulado en el artículo 89C RCACP, que, de forma resumida, establece los siguientes trámites:

¹⁷ La dimensión de este documento (RFP, según su acrónimo en inglés) está en consonancia con la magnitud del proyecto. Está integrado por siete volúmenes: vol. I, pliego de cargos; vol. II, requisitos del empleador; vol. III, condiciones del contrato; vol. IV, criterios de evaluación del empleador; vol. V, propuesta del contratista (instrucciones); vol. VI, documentos de referencia; y vol. VII, datos del empleador.

¹⁸ En la legislación contractual española, la presentación de aclaraciones al pliego es una peculiaridad de los *contratos de concesión de obra pública* (art. 131.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; en adelante, TRLCSP).

¹⁹ El RCACP prevé cuatro procedimientos de licitación: 1) Licitación Pública en base al precio más bajo; 2) Licitación Negociada, que tiene tres modalidades: a) Licitación negociada en base a precio más bajo; b) Licitación negociada de mejor valor; y c) Licitación negociada de precio más bajo de subasta reversa; 3) Licitación de Mejor Valor no Negociada; y 4) Licitación Pública en dos etapas. Además, en determinados supuestos admite las contrataciones restringidas, que son aquellas en las que se puede obviar el procedimiento de selección de contratistas.

a) Los licitadores preseleccionados presentan sus *proposiciones*, en acto público, en dos sobres diferentes, uno con la propuesta técnica y otro con el precio.

b) En primer lugar, se procede a la apertura y valoración de las *propuestas técnicas* por la *Junta Técnica de Evaluación* y, posteriormente, a la apertura y valoración de las *propuestas de precio* por la *Junta de Verificación de Precios*²⁰. Sólo se evalúan aquellas propuestas que cumplen plenamente con el contenido de la RFP.

c) El Oficial de Contrataciones puede solicitar cuantas *aclaraciones o informaciones adicionales* estime convenientes para la evaluación de las proposiciones técnicas.

d) Atendiendo a la complejidad de la materia, la Junta Técnica de Evaluación puede recabar el *asesoramiento* de profesionales expertos de la ACP.

e) La ACP dispone de la facultad de efectuar *cambios en los requisitos* del pliego antes de la apertura de las propuestas de precio, en cuyo caso se podrá solicitar a los licitadores la presentación de nuevas propuestas técnicas y de precio.

f) Antes de la apertura de los sobres con las propuestas de precio, el Oficial de Contratación abre el sobre que contiene el importe de la *partida asignada* (presupuesto del contrato), poniéndolo en conocimiento de los proponentes, junto con el resultado de la evaluación técnica²¹.

g) El Oficial de Contrataciones adjudicará el contrato al proponente cuya propuesta técnica y propuesta de precio cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y constituya la *propuesta de mejor valor* considerada en su conjunto, siempre que el precio base total que hubiese ofertado sea igual o inferior al importe de la partida asignada²².

²⁰ La apertura de las propuestas técnicas se realiza en un acto limitado a la participación de las personas indicadas en el pliego de condiciones; mientras que la apertura de las propuestas de precio se hace en un acto público. En el caso de que la propuesta técnica fuera rechazada, por mantener reservas o no cumplir con lo estipulado en el pliego, no se procederá a la apertura del sobre con la propuesta de precio.

²¹ El importe de la partida asignada al contrato se decide, de forma privada y confidencial, por el administrador del Canal, de acuerdo con la estimación realizada por el Equipo de Estimación de Costos. El documento que contiene dicha partida se guarda en un sobre cerrado y sellado, que es custodiado por la ACP hasta su traslado e incorporación a la urna transparente en la que se incluirán las propuestas presentadas en el acto de recepción de propuestas.

²² El Precio Base Total (*Total Base Price*) será el precio en que se contratará la obra y se convertirá en el importe de adjudicación o cantidad contractual aceptada (*Accepted Contract Amount*); éste no incluye las partidas provisionales (*Provisional Sums*) indicadas en el pliego. Cuando el Precio Base Total de la propuesta de mejor valor exceda de la partida asignada para su adjudicación, se le pedirá al proponente que formule una nueva propuesta en el plazo de 10 días. Si la nueva oferta siguiera excediendo del presupuesto o no se presenta-

- h) El Inspector General de la ACP puede solicitar la revisión y *auditoría* del proceso de selección por consultores externos.
- i) Los licitadores están legitimados para *reclamar* contra los pliegos de condiciones, la denegación de la solicitud de precalificación, la descalificación de los proponentes y el acto de adjudicación.

De acuerdo con el procedimiento descrito, las propuestas de los tres consorcios se presentaron en el transcurso de un concurrido acto público (con más de 400 personas), que contó con la asistencia del Presidente de Panamá. Dicho acto se realizó bajo la presidencia del Oficial de Contrataciones de la ACP y la supervisión del Inspector General, una especialista en contratos de la propia autoridad contratante, un notario público y un representante de la consultora externa Deloitte. Para garantizar la integridad de las proposiciones, las propuestas técnicas se trasladaron a un edificio habilitado al efecto, donde se realizó un inventario de los documentos presentados y se verificó el cumplimiento de las condiciones del pliego; mientras que los sobres con las propuestas de precio fueron depositados en la cámara de seguridad de una sucursal del Banco Nacional de Panamá, junto con un sobre aparte que contenía el importe de la partida asignada para cubrir el precio base de la licitación²³.

Como estaba previsto, el 20 de junio de 2009 se procedió a la evaluación de la propuesta técnica por la *Junta Técnica de Evaluación*, que estaba integrada por 15 ingenieros de la ACP divididos en tres equipos: el primer equipo evaluó el plan general de ejecución, la metodología de ejecución del diseño y la construcción, el plan de construcción y los elementos de operaciones y mantenimiento; el segundo equipo evaluó el diseño de las obras, los planes de diseño de las válvulas, del sistema eléctrico y de los controles y comunicaciones y la capacitación del personal; mientras que el tercer equipo se encargó de evaluar los planes de diseño de los cauces de acceso, las esclusas, las compuertas y los sistemas de defensas²⁴. La puntuación final otorgada

se, el Oficial de Contrataciones solicitará a todos los proponentes que hayan cumplido con los requisitos del pliego la presentación de nuevas propuestas de precio en el plazo que señale. Si todas superasen la partida asignada, el Oficial de Contrataciones lo pondrá en conocimiento de la administración del Canal, a fin de decidir si se puede aumentar el presupuesto (adjudicando el contrato a la mejor oferta presentada) o se declara desierto el concurso.

²³ La evaluación de las propuestas se realizó bajo condiciones especiales de seguridad. Para garantizar la integridad de la información se instaló una red informática específica, aislada tanto del exterior como del resto de redes internas de la ACP (deshabilitando todos los puertos USB de los ordenadores), y se implementó un protocolo de control de documentos.

²⁴ Las instrucciones facultaban a los proponentes para visitar los laboratorios donde se realizaban las pruebas físicas de los modelos de los sistemas de llenado y de vaciado de las esclusas (en Lyon) y del modelo de tanque de navegación (en Amberes); así como llevar a cabo, en el lugar de las obras, pruebas, perforaciones y cualquier otro tipo de inspección que fueran necesarios para elaborar la propuesta técnica (vol. 1, cláusulas A.8 y C.9.c).

a cada consorcio por la propuesta técnica (equivalente a la suma de las puntuaciones parciales establecidas por los tres equipos de evaluación) fue establecida por el Oficial de Contrataciones, bajo la supervisión del Inspector General de la ACP y de la consultora internacional, Deloitte, que auditó todo el procedimiento. Para llevar a cabo esta tarea, la Junta requirió el asesoramiento de más de 50 expertos, tanto de técnicos de la ACP como internacionales; y se formalizaron 317 solicitudes de información adicional a los tres consorcios proponentes²⁵.

Pocos días después (el 8 de julio) se procedió al acto público de apertura del sobre con el importe de la partida asignada a la licitación y de los sobres con las proposiciones económicas, en presencia de los representantes de los licitadores y de los auditores internos y externos²⁶; comprobándose, por parte del Oficial de Contrataciones, que el precio base total de la propuesta de mejor valor no excedía de la cantidad asignada, por lo que —con fecha de 11 de agosto de 2009— se procedió a formalizar el contrato para el diseño y construcción del tercer juego de esclusas con el consorcio ganador, el grupo empresarial GUPC²⁷. Como ya se ha indicado, contra el procedimiento de selección del contratista no se presentó ninguna reclamación por parte de los licitadores.

2. Características principales del contrato

Las condiciones del contrato para el diseño y construcción del tercer juego de puertas del Canal de Panamá fueron redactadas de acuerdo con el modelo elaborado por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIT), con el título de *Conditions of Contract for Plant & Design-Build* (primera edición, 1999), al que se añadieron las correspondientes adaptaciones²⁸. No procede ahora dar cuenta en de-

²⁵ Los destalles vienen recogidos en el *Informe del Oficial de Contratos sobre el proceso de Evaluación de las Propuestas Técnicas*, de julio de 2009 (<http://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2012/02/co-final-report.pdf>).

²⁶ Con carácter previo a la apertura de los sobres con las propuestas de precio, Deloitte presentó, en presencia de todas las partes, los resultados de la auditoría del plan de evaluación de las propuestas técnicas.

²⁷ La propuesta presentada por el GUPC fue la única que no superó la partida asignada al contrato por el administrador del Canal. Hay que tener en cuenta que, dadas las peculiaridades del procedimiento (donde la partida asignada permanece secreta hasta el momento de la apertura de la propuesta de precios), ni el RCACP ni el pliego de condiciones prevén la presentación de ofertas anormalmente bajas y, por lo tanto, tampoco las medidas que procede adoptar en tal caso.

²⁸ Los contratos FIDIC constituyen el modelo estándar de contrato de construcción más utilizado a nivel internacional. La actual edición data de 1999, fecha en la que se elaboró una nueva generación de contratos adaptados a las exigencias derivadas de la creciente interna-

talle de las condiciones contractuales (con todos sus matices y excepciones), que se pueden consultar en la web de la ACP. En su lugar, nos limitaremos a exponer un resumen de aquellos aspectos relacionados con el cumplimiento y la ejecución del contrato que pueden resultar más relevantes al objeto del presente análisis.

A) *Ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista*

El consorcio seleccionado debe ejecutar la obra a su *riesgo y ventura*, de conformidad con el *Programa de Escenario Base* aceptado por la ACP, comprensivo de los hitos para el diseño y de los hitos para la construcción previstos en el documento de condiciones del contrato²⁹. En consecuencia, como es común en todos los sistemas de contratación pública, corresponde al contratista no sólo ejecutar el contrato en los términos acordados (asumiendo, como regla general, tanto el mayor beneficio como la mayor pérdida derivada de la actividad empresarial), sino también velar por el cuidado y conservación de las obras hasta la expedición del certificado de recepción. De igual forma, debe soportar la indemnización de todos los *daños y perjuicios* ocasionados a personas o bienes, que se produzcan como consecuencia del diseño y ejecución de las obras que resulte atribuible a cualquier acto u omisión por parte del contratista, del subcontratista o de cualquier personal contratado directa o indirectamente por cualquiera de ellos; así como de todas las reclamaciones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual o industrial (liberando de estas responsabilidades a la Autoridad del Canal, así como a sus respectivos agentes, asesores y empleados).

Todas las empresas que constituyen el consorcio responden de forma *conjunta y solidaria* ante la ACP por el debido y puntual cumpli-

cionalización del sector de la ingeniería y la construcción. Sobre la problemática de la contratación internacional, véase, en general, M. AUDIT y S. SCHILL (2014), *Transnationalization of public contracts*, Bruselas, Bruylant.

²⁹ Los hitos para el diseño deben prever el número de días después de la fecha de comienzo de las obras, en que: se cumplirá con todos los requisitos de diseño para el sistema de llenado y vaciado, y se terminará y se autorizará la fabricación de todos los requisitos del diseño de esclusas, compuertas y válvulas. Por su parte, los hitos para la construcción comprenden el número de días después de la fecha de comienzo de las obras en que (tanto del lado del Atlántico como del Pacífico): estará totalmente lista la producción de agregado y concreto de las esclusas y las instalaciones de entrega, se lleven a cabo todas las pruebas funcionales y se coloquen los primeros 5.000 metros cúbicos de concreto; se finalice la excavación estructural de las esclusas y las tinas de ahorro de agua, así como cualesquiera otras secciones aplicables; se coloque todo el concreto de las esclusas y las tinas de ahorro de agua y cualesquiera otras secciones aplicables; se finalicen e instalen todas las esclusas, compuertas rodantes y dependencias del complejo de las esclusas; y, finalmente, que el contratista haya cumplido con todos los requisitos necesarios antes de solicitar el certificado de recepción de las obras.

miento de todas y cada una de las obligaciones, garantías, deberes y tareas del contratista en los términos del contrato³⁰. Esta responsabilidad se mantendrá sin alteraciones y en plena vigencia y efecto en los supuestos de insolvencia o disolución del consorcio, modificación o suspensión de las obras, modificación de los plazos o del precio del contrato, resolución del contrato, etc. La empresa principal del consorcio, que debe constar en el acuerdo contractual (que en este caso es Sacyr, que ostenta el 48% del GUPC), tiene poderes suficientes para obligar a todos los integrantes del mismo a cumplir con el contenido del contrato.

A este respecto, el contratista reconoce haber tenido tiempo suficiente y oportunidad ilimitada para examinar diligentemente el lugar de ejecución del contrato y los requisitos establecidos por el contratante (o empleador, según la terminología del contrato), incluyendo el criterio para el diseño y los cálculos, así como los ítems de referencia para el replanteo. No obstante, una vez recibido el aviso de inicio de las obras, dispone de un plazo para comunicar cualquier error, falta u otro defecto, al objeto de que la ACP determine si se deben *modificar o ajustar* las condiciones del contrato.

Por el contrario, la ACP se exime de toda responsabilidad por la suficiencia, conveniencia o integridad de la información facilitada al contratista relativas a las condiciones físicas, condiciones del subsuelo, hidrogeológicas, topográficas o ambientales, con la única excepción de la caracterización e interpretación geotécnica recogida en el *Informe Geotécnico Interpretativo* y de la información contenida en los *Datos Topográficos*, relativos al área definida por la huella de las estructuras de las esclusas (lo que constituye la base de algunas de las reclamaciones de compensación presentadas por el consorcio que ejecuta las obras).

En consecuencia, corresponde al contratista responder de la exactitud e integridad de las especificaciones, diseños, planos y demás documentación que elabore o se redacte a su nombre como parte de las obras, siendo de su cuenta la corrección de cualquier error, contradicción, omisión, ambigüedad, falta de adecuación u otros defectos; lo que deberá comunicar oportunamente a la Autoridad del Canal.

De igual forma, el contratista viene también obligado a responder de la reparación —por su cuenta y riesgo— de los *defectos o daños* oca-

³⁰ De conformidad con los artículos 109 y 110 del RCACP, el contratista presentó una *fianza de cumplimiento (performance bond)* del contrato de 400 millones de dólares (cuya cobertura se extiende hasta tres años después de la terminación de las obras) y una *fianza de pago (payment bond)* de 50 millones de dólares, que garantiza el pago a terceros por la prestación de servicios de mano de obra y de suministros utilizados en la ejecución del contrato (cuya vigencia se prolonga 180 días contados a partir de la publicación, en la prensa nacional, del anuncio de terminación de las obras y de su recepción por la Autoridad del Canal).

sionados durante la ejecución de los trabajos, que le sean notificados por la ACP, siempre y cuando traigan causa en alguno de los siguientes hechos: a) errores en el diseño de las obras (no imputables a la Autoridad del Canal); b) el uso inadecuado de instalaciones, materiales o la calidad de mano de obra; c) la realización por el propio contratista de operaciones o actuaciones de mantenimiento incorrectas; o d) el incumplimiento de cualquier otra obligación prevista en el contrato³¹. En cualquier otra circunstancia deberá seguirse el procedimiento previsto para las modificaciones del contrato.

B) *Recepción de las obras*

La ACP deberá proceder a la recepción —parcial o total— de las obras ejecutadas de acuerdo con las condiciones del contrato, mediante la expedición del *certificado de recepción de las obras*. No obstante, la utilización por parte de la Autoridad del Canal de cualquier parte de las obras con anterioridad a la emisión del certificado de recepción conlleva su *tácita recepción* y la exención de responsabilidad del contratista por su conservación (como prevé también el art. 235.6 TRLCSP).

En el plazo máximo de 14 días antes de que la obra esté finalizada y lista para su aceptación, el contratista solicitará a la ACP el certificado de recepción de las obras, que deberá expedirse en el plazo de 28 días siguientes a la recepción de la solicitud. No obstante, si las obras estuvieren sustancialmente conformes con el contrato se dará por emitido dicho certificado —de forma presunta— en el último día de dicho periodo.

El *incumplimiento* de los plazos de finalización de obra por parte del contratista dará derecho a la ACP para deducir las cantidades correspondientes —previstas en el Anexo— en la siguiente certificación de pago a cuentas (en el caso de demora en el cumplimiento de algún hito)³² o a reclamar el pago de daños por retraso por cada día que

³¹ No se considerarán cumplidas estas obligaciones hasta que la ACP haya emitido el correspondiente certificado de cumplimiento. En el supuesto de que el contratista no proceda a subsanar el defecto o fallo en el plazo estipulado, la ACP podrá adoptar alguna de las siguientes medidas: realizar el trabajo a costa del contratista, aplicar una reducción razonable en el precio del contrato o cancelar el derecho del contratista a finalizar el contrato o la parte que no se pueda utilizar, recuperando, en su caso, el importe de las cantidades pagadas por dichas obras, más los costes de financiación. En todo caso, esta responsabilidad contractual no libera, reduce ni altera la responsabilidad por vicios en la construcción prevista en el artículo 1343 del Código civil de Panamá.

³² El contratista podrá cobrar las cantidades deducidas si recupera los plazos perdidos o logra cumplir con el hito dentro de los 56 días siguientes a la fecha prevista para su ejecución.

transcurra entre la fecha de la entrega y la fecha indicada en el certificado de recepción hasta el límite máximo previsto en el Anexo (si el incumplimiento afectara al plazo de terminación de las obras)³³.

C) *Precio contractual y pago*

El *precio contractual* viene determinado por el «precio total base» (*total base price*) establecido en la propuesta de precio presentada por el contratista, que —como se ha indicado— ha sido de 3.118 millones de dólares (inferior a los 3.481 millones por los que se licitó la obra). Según se especifica en el pliego, están incluidos en el mismo los impuestos, derechos, honorarios, cargos y contribuciones que corren a cargo del contratista (lo que comprende también los correspondientes a los productos y materiales que se importen para ser incorporados a la obra, salvo que estén exentos de derechos de importación). También incluye todos los gastos incidentales y contingentes y los riesgos de todo tipo necesarios para cumplir con todas las obligaciones establecidas en el contrato, no meramente limitados al diseño, la construcción, terminación y mantenimiento de la totalidad de las obras y la corrección de defectos.

No obstante, el precio contractual estará sujeto a los *ajustes o revisiones* que procedan, de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones, bien por estar recogidos en el «*programa de ajuste de precios*» de los materiales, que el contratista debe presentar junto con la propuesta de precios (como es el caso del cemento o del acero)³⁴; bien porque se hayan utilizado «*partidas provisionales*» (*provisional sums*) para la ejecución de ciertos elementos de la obra, de acuerdo con las instrucciones dadas por la Autoridad del Canal; o bien por la mayor onerosidad del contrato motivada por la *modificación* del mismo u otras *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*, que se analizarán más detenidamente en el siguiente epígrafe.

Entre otras cuestiones, cabe mencionar también que el contratista tiene derecho a recibir anticipos de pago, a manera de préstamos sin intereses, tanto para la movilización como para la puesta en marcha y de-

³³ Si el contratista se opusiera al pago de los daños por retraso o el retraso en la finalización de las obras fuera por causa de fraude, incumplimiento intencional, conducta descuidada o negligencia grave del contratista, la responsabilidad de este último será determinada por daños generales (y no por días de incumplimiento), sin la limitación prevista en el Anexo.

³⁴ El «programa de ajuste de precios» tiene como finalidad compensar las variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras, procediendo a su reajuste mediante la aplicación de fórmulas matemáticas que constarán obligatoriamente en el contrato.

sarrollo de las actividades relativas al diseño, manufactura, manejo y embarque de las instalaciones³⁵. El *anticipo para movilización* se materializará con posterioridad al depósito de la garantía; mientras que los *anticipos para las instalaciones* se harán efectivos con posterioridad a los 182 días (el primero) y 364 días (el segundo), contados a partir de la fecha de inicio del contrato, siempre que las obras progresen según la programación acordada³⁶. Las cantidades recibidas como anticipos serán reembolsadas por el contratista mediante el descuento de porcentajes en las certificaciones de pago. Ambos anticipos están condicionados a la presentación por el contratista de las correspondientes garantías (*fianzas por pagos adelantados*)³⁷.

D) *Causas de resolución del contrato*

El contrato se podrá resolver, en las condiciones previstas en el pliego, tanto por parte de la Autoridad del Canal como por parte del contratista.

En el primer caso (resolución por la Autoridad del Canal), tal como prevé el artículo 214 del RCACP, el contrato se podrá resolver —de forma total o parcial— por causas imputables al contratista o por decisión unilateral de la Autoridad del Canal.

La cláusula 15 del volumen III (Condiciones del Contrato) establece los supuestos en los que la ACP puede resolver el contrato por *causa imputable al contratista*. Entre estas causas se encuentran el abandono —total o de una parte sustancial— de las obras o la intención de no continuar las mismas; el incumplimiento —sin excusa razonable— de las condiciones relativas al inicio, retrasos y suspensión de las obras; o el hecho de que el contratista resulte culpable de «alguna acción de fraude, incumplimiento intencional o conducta desordenada e imprudente, o negligencia grave»³⁸.

³⁵ El derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato viene recogido también, en la legislación española, en los artículos 216.3 y 232.2 TRLCSP.

³⁶ El artículo 175 del RCACP dispone que cuando los contratistas se encuentren en mora o sean deudores de la ACP, ésta podrá suspender los pagos adeudados a los contratistas. Mediante resolución motivada, el Oficial de Contrataciones podrá compensar sumas adeudadas a los contratistas con sumas adeudadas a la Autoridad.

³⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del RCACP, el contratista presentó una *fianza por pago anticipado* como garantía de anticipo para instalaciones de 150 millones de dólares (con una vigencia igual a la del contrato, más un plazo adicional de 30 días); la responsabilidad del contratista cesa una vez que se haya reembolsado en su totalidad el anticipo.

³⁸ El artículo 221 del RCACP, relativo a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista (al que se remite la cláusula 15.2 de las condiciones del contrato), precisa que «el

Cuando concurra alguno de estos hechos, la ACP viene obligada a dar un preaviso de 14 días al contratista para que corrija la situación. De no ser así, el incumplimiento del contratista se notificará a la entidad fiadora o garante, que dispondrá de un plazo de 30 días para pagar el importe de la fianza o, en su defecto, *sustituir al contratista* en todos sus derechos y obligaciones, siempre que la empresa que vaya a continuar con la ejecución del contrato —por cuenta y riesgo de la fiadora— tenga la capacidad técnica y financiera y cuente con la aprobación del Oficial de Contrataciones³⁹.

Cuando esto no suceda y tenga lugar la resolución del contrato, el Oficial de Contrataciones podrá adjudicar un *nuevo contrato* sobre la base de las propuestas recibidas originariamente que cumplieron con los requisitos del pliego, en los términos que señala el artículo 226A del RCACP⁴⁰.

Sin perjuicio de lo expuesto, la ACP dispone también de la facultad de declarar la *resolución unilateral del contrato*, en cualquier momento, previo aviso al contratista con una antelación de 28 días. De acuerdo con lo dispuesto en el RCACP (arts. 217 a 220), en este supuesto la Autoridad del Canal deberá compensar al contratista por el trabajo realizado, los preparativos de la parte no ejecutada y una ganancia razonable (que no puede superar el 5% del total ejecutado). Esta última no procede si se estima que el contratista hubiese finalizado el contrato en pérdida. En ningún caso, el importe total a pagar al contratista podrá superar el valor total del contrato.

Aun cuando el RCACP no dice nada al respecto⁴¹, también el *contratista* tiene derecho a dar por resuelto el contrato y a recibir la correspondiente compensación de daños y perjuicios, cuando concurren algunas de las siguientes causas imputables a la Autoridad del Canal: a) la no expedición del certificado de pago en el plazo de 104 días; b) la demora en el pago por un plazo de 90 días; c) el incumplimiento

incumplimiento de las obligaciones contractuales» y «cualquier indicio evidente de que habrá incumplimiento de los términos contractuales» constituyen causas que se aplicarán aunque no estén incluidas en el contrato.

³⁹ Cuando se proceda de esta forma, la entidad fiadora podrá utilizar los bienes, diseños y demás documentos que hubieran sido hechos para o en nombre del contratista.

⁴⁰ Conviene recordar que, en caso de resolución del contrato, la legislación española no permite continuar las obras con el segundo licitador que mejor oferta hubiera presentado, obligando a realizar una nueva licitación. No obstante, hasta la formalización del nuevo contrato, el contratista queda obligado a adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad o evitar un grave trastorno al interés público o la ruina de lo construido o fabricado (art. 225.6 TRLCSP).

⁴¹ Resulta llamativo que el RCACP tan sólo regula la resolución contractual por parte de la Autoridad del Canal (Capítulo XIX), omitiendo toda referencia al derecho del contratista a resolver el contrato por incumplimiento de la ACP (que en el presente caso se encuentra regulado en el vol. III, cláusula 16, de las condiciones del contrato).

sustancial de las obligaciones por la Autoridad del Canal; d) el incumplimiento del plazo de perfección del acuerdo contractual; e) la suspensión prolongada de la totalidad de las obras (entendiendo como tal la que se prolonga por más de 140 días); y f) la quiebra o insolvencia de la Autoridad del Canal. Con antelación a la resolución, el contratista podrá suspender o disminuir el ritmo de las obras, previo aviso al representante del administrador del Canal con una antelación de 21 días.

Por último, el pliego prevé también la posibilidad de resolver voluntariamente el contrato cuando las obras no llegaren a ejecutarse en un periodo continuo de 120 días o periodos múltiples de un total de más de 200 días, por concurrir una causa de *fuera mayor*, previamente notificada por las partes⁴².

En todos estos supuestos, efectuado el correspondiente aviso de resolución, el contratista deberá transferir a la Autoridad del Canal o a la persona que ésta designe todos los derechos, títulos y beneficios que ostente en relación con las obras, los documentos presentados o las instalaciones⁴³.

E) *El procedimiento de resolución de conflictos*

Probablemente, el elemento más singular es el procedimiento de resolución de los conflictos que puedan suscitarse con ocasión de la ejecución del contrato. De acuerdo con lo establecido en el RCACP (arts. 100 a 102), el pliego de condiciones establece un sistema *ad hoc* de reclamación, que se caracteriza primordialmente por exceptuar el control por parte de los tribunales nacionales (en beneficio de un arbitraje internacional) y por la laxitud de los plazos. Dicho sistema pasa, en primer lugar, por iniciar una vía interna de reclamación ante la propia ACP; en segundo lugar, se debe elevar la reclamación a una *Junta de Resolución de Conflictos*, cuyos miembros son designados por las partes; y, finalmente, en caso de discrepancia, por la sujeción a un Tribunal de arbitraje internacional (cláusula 20 del vol. III)⁴⁴.

⁴² Se entiende por *fuera mayor* todo evento o suceso excepcional que: a) esté más allá del control de una parte; b) dicha parte no pueda razonablemente haber hecho provisión contra el mismo antes de celebrar el contrato; c) una vez haya surgido, no pudiera haberse evitado ni superado razonablemente; y d) no es atribuible sustancialmente a la otra parte (subcláusula 19.1 del vol. III, condiciones del contrato).

⁴³ Estos documentos se refieren a los cálculos, programas informáticos, dibujos, manuales, modelos, documentos de diseño y otros de naturaleza técnica que sean realizados por o en representación del contratista bajo los términos del contrato.

⁴⁴ En este punto, la normativa aplicable a la ACP se separa también de la Ley de contratación pública de la República de Panamá de 2006, que prevé la impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y el posterior recurso ante la jurisdicción

En consecuencia, si, de acuerdo con lo estipulado en el contrato, el contratista considera que tiene derecho a una prórroga del contrato (o de los plazos parciales) y/o a un pago adicional deberá: primero, dar *previo aviso* al representante de la Autoridad del Canal del evento o circunstancia que se haya producido y, posteriormente, presentar ante el mismo *reclamación* detallada con indicación de la prórroga o plazo adicional que se reclama⁴⁵. Por su parte, la ACP dispone de un plazo de 42 días para decidir sobre el conflicto planteado (sin que se establezca ninguna consecuencia para su incumplimiento)⁴⁶.

Cuando el contratista no comparta la decisión de la ACP podrá dirigirse por escrito a la *Junta de Resolución de Conflictos (Dispute Adjudication Board)*, que deberá emitir su fallo en el plazo de 84 días⁴⁷. Si alguna de las partes no estuviere de acuerdo con la decisión de la Junta (o ésta no se produjera dentro del plazo previsto) podrá comunicar a la otra parte un «*aviso de insatisfacción*» (en el plazo de 28 días), a los efectos de poder llegar a un acuerdo amistoso. Transcurrido este último plazo sin que se hubiera dado «*aviso de insatisfacción*», el fallo de la Junta se convierte en definitivo y obligatorio para ambas partes.

De no ser posible alcanzar un acuerdo amistoso (o si se incumple el fallo de la Junta de Resolución de Conflictos), ambas partes se podrán dirigir a un *Tribunal arbitral* con sede en Miami, integrado por tres abogados en ejercicio, que sujetarán su actuación a la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos, al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y a las Reglas de la Asociación Internacional de Abogados sobre la práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional⁴⁸.

contencioso-administrativo (arts. 120 a 133). Este régimen viene a ser ratificado por la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 26 de marzo de 2009, que declara constitucional el artículo 126 de la Ley reguladora de la Autoridad del Canal de 1997, que impide la suspensión judicial de los actos del administrador del Canal.

⁴⁵ Para lo primero tiene un plazo máximo de 28 días (so pena, en caso de incumplimiento, de liberar de responsabilidad a la ACP) y para lo segundo de 42 días, contados —ambos— desde que tuvo conocimiento o «debiera haberse enterado» del evento o circunstancia que motiva la reclamación.

⁴⁶ A los efectos de la interpretación del contrato, se establece la siguiente prioridad documental: 1.º) Acuerdo contractual; 2.º) Carta de aceptación; 3.º) Carta de propuesta; 4.º) Condiciones del contrato contenidas en el volumen III; 5.º) Programa de ajuste de precios; 6.º) Apéndices a las condiciones del contrato; 7.º) Requisitos del empleador establecidos en el volumen II; 8.º) Propuesta técnica del contratista; 9.º) Propuesta de precio del contratista; y 10.º) Documentos del volumen VII (informe geotécnico, datos topográficos y datos de criterios para diseño sísmico). Mientras que los documentos de referencia del volumen VI únicamente se incluyen en el contrato con efectos informativos.

⁴⁷ La Junta de Resolución de Conflictos está integrada por tres personas, propuestas —dos de ellas— por cada una de las partes y —la tercera y Presidente de la Junta— de común acuerdo entre la autoridad contratante y el contratista.

⁴⁸ Según el artículo 131 RCACP, «el tribunal arbitral decidirá conforme a la ley designada en la cláusula contractual respectiva». La *Federal Arbitration Act* se aprobó el 12 de ene-

Finalmente, cabe destacar que la presentación de una reclamación (incluso en fase arbitral) carece de efectos suspensivos sobre las obligaciones dimanantes del contrato, debiendo el contratista continuar con la ejecución de las obras previstas. Ello motiva que los representantes del GUPC expresen su malestar por el escaso interés de la ACP en restablecer el equilibrio económico del contrato y la excesiva demora en la resolución de los conflictos, lo que provoca que durante este tiempo el consorcio financie los nuevos costes de las obras.

III. EL *IUS VARIANDI* Y EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

1. *El marco normativo y contractual*

Al igual que sucede en la Ley de contratación pública panameña de 2006 (arts. 13, 21, 77 y 81), el pliego de condiciones de la ampliación del Canal de Panamá diferencia entre la *modificación del contrato por razón de interés público* y la alteración de las condiciones contractuales por *hechos extraordinarios o imprevisibles* en el momento de la contratación. No obstante, ambos supuestos tienen en común la obligación de restablecer el equilibrio contractual existente al momento de su celebración, mediante el reembolso de los costes añadidos y/o la ampliación de los periodos de ejecución (que actúa como un contrapeso del principio de riesgo y ventura). La interpretación de estas cláusulas constituye la clave para la resolución del conflicto planteado entre la ACP y el consorcio Grupo Unido por el Canal (GUPC), que motivó la paralización de las obras de construcción del tercer juego de esclusas.

ro de 1925, pasando a integrar posteriormente el Título 9, Secciones 1 a 14, del *Código de los Estados Unidos* (con la denominación de *Arbitraje*). La actual versión de las *ICC Dispute Boards Rules* (según su denominación inglesa) entró en vigor el 1 de enero de 2012 (se puede consultar el texto en castellano en <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Dispute-Boards-Rules/ICC-Dispute-Board-Rules-in-several-languages/>). La versión revisada de las *IBA Rules of Evidence* (como se les conoce en su edición inglesa) fue aprobada por Resolución del Consejo de la *International Bar Association* el 29 de mayo de 2010 (puede consultarse en castellano en http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence). Sobre las reglas de la Corte de Comercio Internacional, véase T. H. WEBSTER y M. BUHLER (2014), *Handbook of ICC Arbitration*, 3.^a ed., Londres, Sweet & Maxwell.

A) *La modificación del contrato o ius variandi: causas y procedimiento*

Según el RCACP, los contratos celebrados por la Autoridad del Canal podrán modificarse de forma unilateral o bilateral (contando, en este último caso, con el consenso del contratista y del Oficial de Contrataciones). En el primer supuesto, el contratista viene obligado a cumplir las modificaciones unilaterales que: a) estén permitidas por el contrato; o b) tengan el propósito de evitar la afectación grave de los intereses de la ACP⁴⁹. Estas modificaciones no tienen más límite que no pretender eludir el principio de competencia, y podrán acordarse en cualquier momento antes de que se expida el certificado de recepción (en el supuesto de modificación de las obras) o después del mismo (si se refiere a los servicios de mantenimiento)⁵⁰. Aprobada la modificación, se ejecutará bajo la responsabilidad del contratista, salvo que éste advierta de forma inmediata de su impacto adverso sobre el cumplimiento del contrato, en cuyo caso la Autoridad del Canal deberá cancelar, variar o confirmar la modificación.

También el *contratista* podrá presentar propuestas de modificación relacionadas con la *ingeniería de valores* que tengan como finalidad acelerar la terminación de los trabajos, reducir el coste del contrato, mejorar la eficiencia o el valor añadido de las obras o, en su caso, reportar algún otro beneficio a la Autoridad del Canal (siempre que no desmejoren el nivel de calidad exigido por el contrato)⁵¹. Cualquier reducción del precio contractual que resulte de la aprobación de esta iniciativa por parte de la Autoridad del Canal se compartirá por partes iguales entre el contratista y la Autoridad del Canal.

Por lo que se refiere al procedimiento aplicable, la autoridad contratante puede expedir una *instrucción* con los términos de la modificación o solicitar previamente al contratista la presentación de una *propuesta*, que éste deberá contestar por escrito, bien justificando las

⁴⁹ En el caso de *trabajos adicionales de índole menor o accidental*, la Autoridad del Canal tiene también la facultad de dar instrucciones para que se ejecuten las *modificaciones* que fueren precisas respecto del trabajo diario.

⁵⁰ Con carácter general, estas modificaciones tienen un límite máximo del 15% del precio del contrato, que en el caso del contrato de obras podrá ser superior si lo aprueba previamente la Junta Directiva de la ACP (arts. 155 a 162 RCACP). Las modificaciones del presente contrato vienen recogidas en la cláusula 13 del volumen III.

⁵¹ Artículo 5A RCACP y subcláusula 13.2 del volumen III, relativo a las condiciones del contrato. La *ingeniería del valor* es una técnica multifuncional que se emplea en el proceso de diseño y/o construcción de un determinado producto, con la finalidad de identificar y eliminar el valor añadido innecesario que no suma calidad. El análisis del valor se emplea, principalmente, para reducir los costes de los productos.

razones por las que no se puede cumplir o bien informando de forma detallada sobre las características de dicha modificación, así como del ajuste de los plazos y del precio contractual. Cuando no fuere posible llegar a un acuerdo en cuanto a los posibles efectos de la modificación sobre el precio del contrato y/o el plazo de ejecución de las obras, el representante de la Autoridad del Canal decidirá el *ajuste del precio contractual*, que deberá incluir una *ganancia razonable*⁵².

B) *Supuestos de compensación por las demoras o sobrecostes de las obras*

De forma muy poco sistemática, el pliego recoge también el derecho del contratista al *reembolso de los costes añadidos* que se pudieran producir (que serán incluidos en el precio contractual) y/o a una *prórroga del plazo de finalización de las obras* (o de algunos de los hitos) cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias extraordinarias, que provoque la ruptura de la equivalencia de las prestaciones establecidas en el momento de celebración del contrato⁵³:

— Por causas imputables a la ACP (vinculadas al contrato):

a) El error en los requisitos fijados por la ACP, que no pudiera ser descubierto por un contratista experimentado poniendo el debido cuidado y usando las «*prácticas prudentes de la industria*» (subcláusula 1.2.4).

b) La aparición de condiciones físicas o topográficas imprevisibles, por no venir recogidas en el Informe Geotécnico Interpretativo o en los Datos Topográficos (subcláusula 4.12).

c) El retraso —imputable a la ACP— en la realización de las pruebas especificadas en el contrato o de aquellas otras adicionales que se soliciten al contratista o, en su caso, en la prueba de terminación de las obras (subcláusulas 7.4 y 10.3).

⁵² Cabe entender que esta cláusula desplaza la aplicación del artículo 77 de la Ley de contratación pública de Panamá de 2006, que posibilita revisar el precio cuando la modificación supere el 25% del valor inicial o total del contrato.

⁵³ Se incluyen aquí los supuestos de equilibrio contractual derivados de la teoría de los riesgos imprevisibles (*rebus sic standibus*), decisiones de la Administración ajenas al contrato (*factum principis*) y fuerza mayor. Sobre la incidencia de estas circunstancias extraordinarias sobre el *principio de riesgo y ventura* del contratista, en la doctrina española pueden verse los Dictámenes del Consejo de Estado núms. 1332 y 1333/2012, de 10 de enero de 2013, y 67/2013, de 9 de mayo. Señala este órgano consultivo (siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo) que para apreciar la existencia de un desequilibrio financiero económico del contrato es preciso que el riesgo «sobrepase los límites normales de aleatoriedad que comporta tal licitación».

d) La suspensión total o parcial de las obras ordenada por la ACP⁵⁴. Transcurrido el plazo de 140 días, el contratista puede solicitar continuar con la ejecución de las obras; si no recibe respuesta en el plazo de 28 días siguientes a la solicitud, y la suspensión afectare a la totalidad de la obra, puede dar aviso para la resolución del contrato (subcláusula 8.9).

e) La suspensión o disminución del ritmo de los trabajos acordada por el contratista, como consecuencia del incumplimiento de los plazos de emisión de certificaciones de pago a cuenta o del pago (subcláusula 16.1)⁵⁵.

— Por causas ajenas a la ACP (o externas al contrato):

a) El hallazgo de restos de interés geológico o arqueológico, que deberá ponerse en conocimiento y bajo el cuidado de la ACP (subcláusula 4.24).

b) La producción de un coste adicional como consecuencia de un cambio de las leyes del país o de su interpretación oficial por el gobierno, con la excepción de que se hubiera podido prever razonablemente conforme a las prácticas prudentes de la industria (subcláusula 13.7).

c) La concurrencia de cualquiera de los «*riesgos del empleador*» previstos en el pliego, entendiéndose como tal —entre otras— las situaciones de guerra, terrorismo, desórdenes públicos, ondas de presión causadas por aeronaves, la ocupación de cualquier parte de las obras permanentes por la ACP no prevista en el contrato y, en general, «*cualquier operación de las fuerzas de la naturaleza que sean impredecibles o contra las cuales un contratista con experiencia no pueda razonablemente haber esperado para tomar las precauciones adecuadas de prevención*» (subcláusulas 17.4 y 19.4).

Cuando por la concurrencia de alguno de estos supuestos se produzca mayor onerosidad sobrevenida para el contratista, el principio de inmutabilidad del contrato público (consecuencia del *pacta sunt servanda*) cede ante la obligación de restablecer el equilibrio contractual, que se traduce en el derecho a una equivalencia material de las pres-

⁵⁴ El contratista no tendrá derecho a la prórroga del plazo a causa de o en pago al coste incurrido en corregir las consecuencia del error en el diseño que le sea imputable, la calidad del trabajo o de los materiales, ni por la falta de protección, almacenaje o seguridad de las obras, instalaciones, materiales y equipo por el tiempo que dure la suspensión.

⁵⁵ En los supuestos a), c) y e) se reconoce al contratista el derecho a recibir el pago del «*costo más ganancia razonable*», entendiéndose como tal el pago de los gastos más una cantidad del 5% en concepto de ganancia.

taciones, con el fin de garantizar la seguridad jurídica del contratista y de salvaguardar sus intereses económicos. En todo caso, la ACP se reserva siempre la facultad de manifestar su acuerdo con la reclamación del contratista y determinar el alcance de la misma.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la *revisión del precio* del contrato (aumentándolo o disminuyéndolo): a) cuando se produzca un incremento o una reducción de los *precios de los materiales* especificados (acero, combustible y cemento) de acuerdo con los índices previstos en el pliego (a cuyos efectos la ACP deberá elaborar un «*calendario de ajustes de precio*»)⁵⁶; o b) cuando tenga lugar un aumento de las *tarifas laborales locales*, cuando no se produzca después del día 1.694 a partir de la fecha de inicio de las obras (subcláusulas 13.8 y 13.9)⁵⁷.

En aplicación de estas cláusulas, con anterioridad al conflicto que motivó la paralización de las obras, la ACP ya había autorizado el pago al contratista de dos costes adicionales: uno por importe de 156 millones de dólares por la variación en los precios del combustible y del acero, y otro de 20 millones de dólares por necesidades de la plantilla. No obstante, como quedó expuesto, las reclamaciones que conducen a la paralización de las obras son otras diferentes. En general, están relacionadas con el incumplimiento de la obligación de restablecer el equilibrio contractual, como consecuencia de los sobrecostes y demoras producidos, bien por la deficiente información proporcionada por la Autoridad del Canal, bien —la principal— por las modificaciones impuestas de forma unilateral por dicha Autoridad.

2. *Reclamaciones presentadas por el consorcio y contenido del Acuerdo de 13 de marzo de 2014*

Desde el inicio de la ejecución de las obras hasta su paralización (en febrero de 2014) había un elevado número de reclamaciones pendientes de resolución por la ACP⁵⁸. Todas ellas suman un importe total de

⁵⁶ En este caso, el contratista no podrá hacer reclamaciones de cantidades diferentes a las recogidas en el calendario de ajuste de precios ni por las fechas reales de compra, uso o entrega de los materiales especificados.

⁵⁷ De igual forma, se puede acordar una ampliación del periodo de terminación de las obras cuando se produzca su demora por cualquiera de las siguientes causas: a) modificación del contrato realizada conforme al procedimiento establecido; b) condiciones climáticas excepcionalmente adversas; c) insuficiencias imprevisibles de personal o bienes, causadas por una epidemia o actos gubernamentales; o d) cualquier otra demora imputable a la Autoridad del Canal o a las autoridades del país (subcláusulas 8.4 y 8.5).

⁵⁸ Según datos del último informe trimestral elaborado por la ACP, desde el inicio de las obras —el 25 de agosto de 2009— hasta el 31 de marzo de 2014 se habían registrado 94 modificaciones de las cláusulas contractuales; si bien muchas no tienen repercusión alguna en el coste ni en la duración del contrato. Otras, en cambio, han dado lugar a diferentes recla-

1.625 millones de dólares y una extensión del plazo de ejecución de 485 días, siendo las más importantes las siguientes:

a) *Reclamación núm. 8*, que tiene su origen en los trabajos adicionales llevados a cabo en la construcción de la ataguía del *Pacific Cofferdam*, debido a la inexactitud de la información geológica y geotécnica facilitada por la ACP, que provocó un sobrecoste de 120 millones de dólares y un retraso de 120 días en la ruta crítica del programa de construcción⁵⁹. El GUPC presentó la reclamación en marzo de 2010, siendo rechazada por la ACP en febrero de 2012; con posterioridad, en septiembre de 2012, se presentó ante la Junta de Resolución de Conflictos, que la rechazó en agosto de 2013; y, finalmente, en diciembre de 2013 se elevó al *Tribunal arbitral*, estando pendiente de resolución.

b) *Reclamación núm. 43*, planteada con motivo de los costes adicionales asociados al *proceso de obtención de los áridos* necesarios para la preparación del hormigón, debido a la mala propiedad del basalto procedente de las excavaciones del lado del Pacífico, en contra de lo previsto en los documentos de licitación. Esta reclamación, por importe de 470 millones de dólares, se presentó en febrero de 2011, siendo rechazada por la ACP en mayo de 2013; por lo que se elevó a la *Junta de Resolución de Conflictos* en octubre de 2013, sin que se hubiere pronunciado sobre la misma.

c) Y la *reclamación núm. 78*, que es la de mayor cuantía y que se justifica en los *cambios sustanciales de las condiciones* del contrato que han sido impuestos de forma unilateral por la Autoridad del Canal, que ha obligado al consorcio a estudiar soluciones y diseños técnicos alternativos⁶⁰. En esta reclamación (presentada en diciembre

maciones, basadas en mayores costes salariales (reclamación núm. 6), la ejecución de obras imprevistas (reclamación núm. 7), condiciones climáticas adversas (reclamación núm. 9), coste del establecimiento de laboratorios independientes (reclamación núm. 10), sistema de control antiincendios (reclamación núm. 72), etc.

⁵⁹ El *Pacific Cofferdam* es una ataguía o presa provisional que se construyó en la entrada al nuevo juego de esclusas en el lado del Pacífico para poder ejecutar los trabajos relativos a las excavaciones, hormigonados y rellenos de las nuevas estructuras. Según la información facilitada por la ACP, dicha ataguía se podía cimentar a la cota —6 metros bajo el nivel medio del Pacífico—. Sin embargo, el terreno válido para la cimentación había sido dragado por la ACP y sustituido, con el tiempo, por lodos de sedimentación procedentes de la desembocadura del río Cocolf. Ello motivó que el GUPC tuviera que dragar dichos lodos y construir una ataguía considerablemente más ancha en la base y más alta de lo previsto, ya que tuvo que cimentar a la cota -13 metros bajo el nivel del mar.

⁶⁰ En su *escrito de 10 de enero de 2014* dirigido a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el representante de Sacyr denuncia la continua interferencia de la ACP en el proceso de diseño, así como la falta de respeto al marco y restricciones impuestas por el contrato. Además, considera que no ha sido capaz de facilitar datos del terreno adecuados, completos y merecedores de confianza, ni datos fundamentales para el planteamiento de «precio a tanto

de 2013 pero que, a su vez, integra otras reclamaciones anteriores)⁶¹ el GUPC solicita una compensación de 880 millones de dólares y una prórroga del contrato de 150 días, estando pendiente de la decisión de la ACP.

El rechazo de estas reclamaciones, en unos casos, y la falta de respuesta, en otros, están en el origen de la suspensión de las obras por parte del contratista. El 13 de marzo de 2014 se firmaba un «Acuerdo de Entendimiento» entre las partes afectadas (ACP, GUPC y Zurich), que —de forma sintética— recoge las siguientes estipulaciones:

- El contratista aportará 100 millones de dólares y la Autoridad del Canal adelantará otros 100 millones de dólares, lo que permitirá alcanzar el ritmo normal de las obras durante el mes de marzo.
- El contratista terminará las obras en diciembre de 2015; transportando las 12 puertas que se encuentran en Italia en embarques escalonados, que se completarán, a más tardar, en febrero de 2015.
- La fianza de cumplimiento (*performance bond*), cuyo importe es de 400 millones de dólares, podrá ser liberada con el propósito de que el contratista pueda obtener una nueva financiación que permita completar la obra (lo que conlleva, también, cambiar el objeto del aval concedido a Sacyr por la empresa pública CESCE)⁶².
- La moratoria de los pagos adelantados (por importe de 784 millones de dólares) se podrá extender hasta el año 2018, sujeto a cumplimiento de ciertos hitos sobre el avance de las obras y condiciones de entrega de las compuertas.
- Las reclamaciones por los costos adicionales seguirán su procedimiento en los organismos de arbitraje previstos en el contrato.

alzado» y, asimismo, fundamentales para el diseño y planificación de los trabajos. Incluso señala que ha sido incapaz de facilitar vertederos adecuados para permitir que el GUPC procediera con los trabajos en tiempo y forma.

⁶¹ Es el caso, por ejemplo, de la *reclamación núm. 52*, que trae causa en la imposición de requisitos adicionales para la prueba del hormigón estructural marino no previstos en las especificaciones técnicas, que ha motivado un sobrecoste del contrato y una demora en el plazo de ejecución.

⁶² A tales efectos se crea una «Cuenta para Completar el Proyecto», que estará conformada por las cantidades recibidas de los 400 millones de dólares de financiación extra que se obtenga y el 50% de todas las sumas provenientes de las reclamaciones del contratista, que se destinarán al pago a subcontratistas, la cancelación de los anticipos y, el resto, al pago de la suma global al contratista.

En realidad, el acuerdo es una huida hacia adelante, pues ni cambia el precio del contrato ni admite ningún pago por sobrecoste. Su objetivo es facilitar la financiación necesaria para garantizar la finalización de las obras; pero deja sin resolver el fondo del asunto, que no es otro que las reclamaciones presentadas por el contratista sobre el mantenimiento del equilibrio contractual, lo que —en última instancia— dependerá de la decisión del Tribunal arbitral internacional⁶³. A este respecto, el compromiso de la ACP tan sólo se limita a implementar procedimientos más ágiles para la resolución de aquellas reclamaciones que no excedan de 50 millones de dólares.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Aun cuando está pendiente la solución definitiva del conflicto, la crisis de la ampliación del Canal de Panamá permite volver sobre un problema clásico de la contratación pública —el de la modificación de los contratos—, que no parece encontrar una solución satisfactoria. Además, se trata de un problema de permanente actualidad, como consecuencia de haber sido destacado por diversas instituciones como una de las principales causas de fraude y corrupción en la contratación pública: su uso abusivo no sólo puede frustrar los principios de publicidad y concurrencia, sino también acarrear un grave perjuicio para las cuentas públicas, por la mayor onerosidad derivada de la ejecución de los contratos⁶⁴.

Ante esta situación se hace precisa una correcta aplicación de la normativa. Pero también, y ante todo, resulta indispensable imple-

⁶³ Pese a lo que pudiera parecer (por su repercusión mediática), las reclamaciones del GUPC no son las únicas a las que se enfrenta la Autoridad del Canal. El consorcio que lleva a cabo las obras del cauce de acceso del Pacífico (en el que participa la española FCC) lleva 20 meses de retraso y un 50% de sobrecoste. Y la constructora francesa *Vinci Construction Grands Projets*, responsable de la construcción del primer puente en el sector del Atlántico, ha tenido que rehacer el proyecto técnico, por considerar «inviable» el proyecto licitado por la ACP, con la consiguiente demora y coste añadido que ello conlleva.

⁶⁴ Según un *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea*, publicado por la Comisión en febrero de 2014, los costes adicionales de un contrato como consecuencia de las prácticas de corrupción pueden suponer entre un 20 y un 25% y, en algunos casos, llegar incluso al 50% del coste total del contrato. Entre las irregularidades más frecuentes destacan la utilización injustificada del procedimiento negociado sin publicación previa, las restricciones en los criterios de selección y las modificaciones injustificadas de los contratos [vid. European Commission, *EU Anti-corruption Report*, report from the Commission to the Council and the European Parliament, Brussels, 03-02-2014, COM (2014) 38 final, págs. 21-36]. En la misma línea se pronuncia también el *Forum mondial de l'OCDE sur la gouvernance partager les enseignements de la promotion de la bonne gouvernance et de l'intégrité dans les marchés publics*, celebrado en Francia en diciembre de 2006 [las conclusiones están recogidas en J. P. BUEB (2006), *La lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics*, París, OCDE].

mentar otro tipo de medidas tendentes a evitar que se vean injustamente perjudicados los diferentes intereses —públicos y privados— confrontados. Tales medidas pasan por establecer unas reglas claras e inequívocas, que permitan tanto acotar el margen de discrecionalidad de las entidades contratantes como excluir la bajas temerarias; por facilitar el control de las modificaciones por todos los licitadores; y por instaurar un sistema de resolución de conflictos que garantice la independencia y la eficiencia, en tiempo y en dinero. En estos aspectos, el caso analizado permite extraer algunas lecciones básicas que se pueden extrapolar a cualquier sistema de contratación pública⁶⁵.

1. *La inevitabilidad de las modificaciones contractuales: rigidez versus flexibilidad*

La crisis de la ampliación del Canal de Panamá nos enseña que, en los contratos de larga duración o de elevada complejidad, la modificación del contrato resulta inevitable y el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones necesario. Cuando la ejecución del contrato se extiende durante un largo periodo de tiempo es frecuente que se produzcan decisiones del órgano contratante, así como la aparición de *hechos extraordinarios e imprevisibles* que no se pudieron prever en el momento de la licitación, que provoquen la ruptura de la economía del contrato. En estos casos, los principios de *pacta sunt servanda* y de ejecución del contrato a *riesgo y ventura del contratista* deben ceder en favor del mantenimiento del equilibrio de las prestaciones. Así ha sido siempre y así debe seguir siendo, en aras de la seguridad jurídica.

Por este motivo, al margen de la inclusión de cláusulas de revisión contractual (para la actualización de precios, la adaptación a las nuevas tecnologías, etc.), las legislaciones deben admitir un cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a aquellas otras circunstancias imprevisibles, sin necesidad de tener que acudir a un nuevo contratista. En definitiva, se trata de buscar un justo equilibrio entre la lucha contra el fraude y la corrupción, de una parte, y la necesidad de mantener la economía del contrato, de otra, con el fin de

⁶⁵ En el caso de la Unión Europea, las nuevas Directivas sobre contratación pública, aprobadas en febrero de 2014, se ocupan por primera vez del régimen de la modificación de los contratos. Se trata de las «Directivas de cuarta generación»: Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (art. 43); Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (art. 72); y Directiva 2014/25/UE, sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (art. 89).

no provocar la ruina del contratista por riesgos que en ningún caso se hubieran podido prever en el momento de la licitación y que, por lo tanto, deberían conceptualizarse como costes necesarios de la ejecución del contrato.

De acuerdo con estos criterios, el contrato para el diseño y construcción del tercer juego de esclusas recoge la obligación (y también la garantía) de restablecer el equilibrio contractual que hubiere quebrado tanto como consecuencia de modificaciones impuestas unilateralmente por el administrador del Canal como por hechos imprevisibles en el momento de la licitación (que pueden traer causa bien en decisiones de la Autoridad del Canal o en hechos ajenos a la misma). El problema no radica, pues, en la tipificación de estas circunstancias, sino en su aplicación práctica por parte de la ACP y del órgano interno de resolución de conflictos, que han rechazado la mayor parte de las reclamaciones presentadas por el contratista.

2. *Prohibición de modificados que pretendan falsear la competencia: deber de diligencia y desnaturalización del contrato*

Con el fin de evitar reclamaciones fraudulentas, que pretendan encubrir ofertas anormalmente bajas, se hace necesario garantizar la presencia de circunstancias realmente sobrevenidas e imprevisibles. Para ello, procede vincular el mantenimiento del equilibrio contractual con el criterio de la *debida diligencia*, valorando el grado de prudencia y previsión que se espera de un contratista con la experiencia técnica y profesional exigida. En otros términos, ha de tratarse de circunstancias que no se hubieran podido prever en el momento de la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible.

Como contrapartida, el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones debe tener como límite la alteración de la naturaleza de la contratación global (es el caso, por ejemplo, de la sustitución de las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes) o la modificación sustancial del tipo de contratación; en cuyo caso procedería resolver el contrato y realizar una nueva adjudicación⁶⁶.

⁶⁶ En estos términos se pronuncian la jurisprudencia y la normativa europeas: Directiva 2014/23/UE (considerandos 78 y 80), Directiva 2014/24/UE (considerandos 109 y 111) y Directiva 2014/25/UE (considerandos 115 y 117).

A este respecto, cabe indicar que ni el RCACP ni el contrato celebrado por la ACP fijan límite cuantitativo alguno al incremento de precios derivado de las modificaciones, traspasado el cual haya que proceder a una nueva contratación (en ese sentido, cualquier porcentaje puede resultar arbitrario e inadecuado)⁶⁷. Constatada la existencia de una circunstancia sobrevenida y extraordinaria, lo relevante es determinar si es posible la sustitución del contratista y, en tal caso, si dicha sustitución puede llegar a ser más onerosa —como sucedía en el supuesto analizado— que reconocerle la correspondiente compensación por las demoras y/o sobrecostos sufridos.

3. *Mejora de la regulación: mayor transparencia y control*

Como medida para combatir las posibles prácticas fraudulentas, encaminadas a restringir la competencia, sería recomendable que los modificados no sólo consten adecuadamente justificados en el expediente, sino que también se publiquen de forma oficial, indicando —entre otros extremos— las circunstancias que la han motivado, el incremento de precio causado por la misma (cuando proceda) y su incidencia sobre la fecha de finalización del contrato. Todo ello teniendo como corolario el reconocimiento de la legitimación a los licitadores que participaron en el procedimiento de adjudicación para poder recurrir la modificación acordada. De esta forma se refuerza el control de las modificaciones contractuales, sacándolo de la esfera relacional del contratista, que —como es lógico— únicamente se muestra interesado en recibir las compensaciones que considera adecuadas.

En este sentido, el marco regulatorio de los contratos de la ACP se puede mejorar, tanto desde un punto de vista sistemático (parece razonable intentar reducir el número de remisiones de unas cláusulas a otras, que en ocasiones llega a ser desconcertante) como desde el punto de vista de su contenido, con vistas a reforzar los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores (y, por ende, las garantías contra el fraude y la corrupción).

⁶⁷ Con carácter general, las Directivas europeas fijan este límite en el 50% del valor del contrato o acuerdo marco inicial [art. 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE y art. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE]. No obstante, existe una excepción en los contratos de los denominados *sectores excluidos* (agua, energía, transportes y servicios postales); en estos últimos, tan sólo se exige que la modificación no altere la naturaleza global del contrato [art. 89.1.c) de la Directiva 2014/25/UE].

4. *Mecanismos de reclamación satisfactorios: el arbitraje internacional como alternativa*

Parece razonable que contratos de esta naturaleza queden exceptuados del control de los tribunales nacionales para someterse a un arbitraje internacional (los contratistas lo ven como una garantía de independencia y de objetividad). En este aspecto, cabe preguntarse si no sería más conveniente la creación de un Tribunal internacional de contratación pública de carácter permanente, integrado por especialistas que desarrollen sus funciones de forma independiente y estable (por lo tanto, que no sean designados en cada caso por las partes en conflicto) y cuyas resoluciones se publiquen oficialmente, con la finalidad de ir sentando una doctrina consolidada que permita prejuzgar el resultado de una hipotética reclamación.

Asimismo, se hace necesario buscar mecanismos que simplifiquen y agilicen los procedimientos de resolución de conflictos, con el fin de evitar que el contratista tenga que financiar el sobre coste de las modificaciones durante el tiempo que tarda en pronunciarse el Tribunal arbitral (que en ocasiones supera el año), con graves riesgos para la sostenibilidad económica de la empresa y del propio proyecto. Ello se hace más necesario, si cabe, cuando, ante el incumplimiento del contratista, la ACP tiene la potestad de exigir al fiador la terminación de las obras por medio de otra empresa que tenga la suficiente capacidad técnica y financiera (que sustituirá al contratista en todos sus derechos y obligaciones) o, en su caso, de adjudicar un nuevo contrato al licitador que hubiere presentado la segunda mejor propuesta.

Sin duda alguna, la implementación de estas medidas podrá contribuir a mejorar la transparencia en los modificados de los contratos públicos de larga duración, evitando sospechas de fraude, y a reforzar la seguridad jurídica entre las partes contratantes.