

Panamá, 5 de agosto de 2022
DGCP-DJ-155-2022

Licenciado
FERNANDO MORALES
Abogado
Morales & Asociados
E. S. D.

Respetada Licenciado Morales:

Acusamos recibo de la solicitud de consulta de la cláusula décima cuarta del Contrato No. 90121-30-09-2018, suscrito entre el Banco Nacional de Panamá y la empresa RODEIBA, S.A., dentro del trámite de solicitud de equilibrio contractual que realiza la empresa. Al respecto, es menester informarle que la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Razón por la cual, nos parece oportuno reproducir lo preceptuado en el artículo 19 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020 establece lo siguiente:

Artículo 19. Fiscalización de los procedimientos de selección de contratista. Corresponde a la Dirección General de Contrataciones Públicas, de oficio o a petición de parte, fiscalizar los procedimientos de selección de contratista desde su convocatoria hasta la finalización de la etapa precontractual.

De la norma transcrita, se desprende el límite de competencia que ejerce la Dirección General de Contrataciones Públicas, en los procedimientos de selección de contratista, la cual termina con la finalización de la etapa precontractual; es decir, hasta la adjudicación del acto público, por lo tanto, una vez verificado el acto público en cuestión, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, el mismo se encuentra en la etapa contractual, por lo que esta Dirección no es competente para pronunciarse o emitir criterio alguno sobre aspectos administrativos del acto público.

No obstante, esta Dirección dentro del ámbito de nuestra competencia, y atendiendo memorial presentado por la firma Morales & Asociados, cree conveniente hacer algunas observaciones, por lo cual, consideramos pertinente reproducir lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 15 del Texto único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 que establece lo siguiente:

Artículo 15. Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

...

Artículo 15. Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

- 1.
- 2.
3. **Asesorar a las entidades públicas sujetas a esta Ley en sus procesos de compras y contrataciones, así como organizar e implementar mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en las materias reguladas por la presente Ley.**
... (El resaltado es nuestro)

Ahora bien, es necesario señalar que al momento de la firma del contrato No. 90121-30-09-2018, suscrito entre el Banco Nacional de Panamá y la empresa RODEIBA, S.A., se encontraba vigente el Texto Unico de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 48 de 2011.

Previo a continuar, consideramos oportuno citar el artículo 21 del Texto Unico de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 48 de 2011.

Artículo 21. Equilibrio contractual. En los contratos públicos de duración prolongada, se podrán pactar cláusulas y condiciones encaminadas a mantener, durante la vigencia del contrato, el equilibrio contractual existente al momento de la celebración del contrato con la finalidad de que, si tales condiciones se alteran por hechos extraordinarios e imprevisibles, se pueda modificar para mantener el equilibrio.

Las partes podrán suscribir los acuerdos y pactos que sean necesarios para restablecer el equilibrio contractual, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiera lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiera, se realizará de la manera establecida en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado de la vigencia en que se deba hacer dicha erogación.

El equilibrio contractual al que se refiere este artículo no comprenderá, en ningún caso, la modificación de las cláusulas del contrato celebrado con el Estado para conseguir la equiparación de las condiciones y los términos de la contratación. En consecuencia, queda eliminada toda forma de equiparación para garantizar la competitividad y el desarrollo de obras y actividades, así como la prestación de servicios a través de normas uniformes, claras y transparentes en concordancia con el equilibrio contractual.

*En los contratos de obra, suministro de artículos de construcción o llave en mano, cuando por hechos o circunstancias posteriores a la celebración del contrato que no hayan podido preverse en ese momento o por causa de fuerza mayor o caso fortuito, se produzca una alteración u obstaculización sustancial de los costos que impida el cumplimiento del objeto del contrato, **el Estado podrá tener como incluida en el contrato la cláusula de equilibrio contractual, aunque no haya sido pactada, a efectos de permitir la correspondiente adenda. (el resaltado es nuestro).***

Se colige entonces de las norma transcrita, que el Estado y en este caso las entidades públicas podran contener las clausulus de equilibrio contractual en el contrato, por otro lado esta Dirección no puede determinar si una clasusula es abusiva o no, ya que esto forma parte del acuerdo escrito, en el que dos o más partes se comprometen a cumplir una serie de condiciones y que se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de

las partes, que es un requisito básico del derecho contractual mediante el cual, **las partes pueden regular libremente sus intereses y crear las relaciones jurídicas que los contratantes estimen convenientes**. La autonomía de la voluntad de las partes es la encargada de establecer sus límites, y que deben resolverse de acuerdo al derecho aplicable en la jurisdicción ordinaria correspondiente en este caso y que las partes deben invocar al momento de una reclamación de incumplimiento o de aplicación de cláusulas de carácter abusivas.

En tal sentido, el artículo 90 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, claramente señala que los contratos públicos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones de la presente Ley y disposiciones complementarias, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.

Atentamente,

MARLENE AGUILAR P.

Directora Jurídica

MAP/cj.

