



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 24 de agosto de 2020
C-094-20

Señor
Raffoul A. Arab Pinzón
Gerente General
Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.
Ciudad

Referencia: *Aplicación de fuerza mayor o caso fortuito a los contratos de concesiones comerciales y/o relaciones contractuales.*

Señor Gerente General:

Tengo a bien dirigirme a usted en ocasión a dar respuesta a la Nota No. 01.03-281-AL-2020 de 24 de junio de 2020, recibida en esta Procuraduría de la Administración el 30 de junio de 2020, mediante la cual nos formula las siguientes interrogantes relacionadas con la aplicación de las instituciones legales de la fuerza mayor y del caso fortuito a los contratos de concesiones comerciales y/o relaciones contractuales, las que se dividen en el tenor que abajo transcribimos:

“1- ¿Cuál es el alcance de la aplicación de fuerza mayor o caso fortuito en los contratos de concesiones comerciales y/o relaciones contractuales, a fin de aplicar esta causal para modificar algunas de las cláusulas del contrato o condiciones originalmente pactadas?”

2.- ¿Es viable lograr una renegociación en las condiciones originalmente pactadas, en los contratos comerciales y adendas de los servicios aeronáuticos, aeroportuarios y servicios no aeronáuticos, en lo que se refiere al plazo y al canon de la concesión teniendo en cuenta que se efectuaron los actos públicos y son el resultado de dichos actos, en atención a la causal de fuerza mayor o caso fortuito?”

3-¿Hasta dónde aplicaría la causal de fuerza mayor o caso fortuito para modificar el pago mensual de la concesión?”

¿Es decir, si las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito dejarán de aplicarse cuando se realice la apertura del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.?”

¿Una vez realizada la apertura del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., qué posibilidad tenemos de renegociar la disminución del canon o Ingreso Mínimo Garantizado?”

4- ¿Si es posible aplicar en los contratos comerciales y adendas de los servicios aeronáuticos, aeroportuario y servicios no aeronáuticos, la exención del tiempo, ya sea de manera parcial o total, atendiendo lo dispuesto en las Cláusulas del Contrato?”

5. Si se llegase a un negociación con cada concesionario previa aprobación de la Junta Directiva de esta empresa, referente al Ingreso Mínimo Mensual Garantizado, propuesto por cada proponente en cada Licitación Pública, ¿Cuáles serían las consecuencias civiles y penales de cualquier disminución de los cánones e ingreso Mínimo Mensual Garantizado?

En atención a la crisis mundial puede la administración del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., negociar para cada concesionario que en vez del 100% de alquiler pague el 50% en concepto de alquiler y el 30% del Ingreso Mínimo Mensual, esa reducción variable si es posible hacerlo y el resto de la factura se difieren a pagos durante 24 meses?"

En primer lugar, es importante resaltar que un análisis ideal de lo presentado, obligaría a contar con los pormenores de los procesos de contratación en concreto, así como con los contratos suscritos en los casos en que los mismos se han llegado a formalizar. En ausencia de estos elementos materiales, nuestra respuesta se basa en hipótesis surgidas del examen de los elementos que vierte en su consulta, los criterios jurídicos involucrados, así como el derecho positivo vigente y la doctrina que corresponde.

También debo destacar que la regencia de las relaciones contractuales que expresan motivos de interés público a través de estos contratos, siempre corresponde a la entidad contratante, que como en su caso, es la que dirige la provisión de bienes y servicios que estas herramientas proveen para el Estado, por lo cual la entidad que usted regenta tiene enormes responsabilidades de no sólo definir las causales de eximentes de responsabilidad que aplican o no a cada caso, sino cómo principios como el equilibrio contractual, la transparencia y disponibilidad presupuestaria, entre otros, se ven satisfechos con la mencionada aplicación.

Como todas las preguntas que componen su nota están relacionadas entre sí, teniendo como centro gravitatorio las mencionadas instituciones jurídicas, como eximentes de responsabilidad y causante de la posibilidad de creación de nuevas obligaciones, modificación o extinción de las existentes en diferentes relaciones jurídicas surgidas de contrataciones en varios estratos de perfeccionamiento o ejecución, por lo que responderemos en conjunto las interrogantes, de la siguiente manera:

A. La fuerza mayor y el caso fortuito. Significados y diferencias.

Como establece su consulta, la definición de lo que es fuerza mayor y de caso fortuito la encontramos en el Libro Primero, Capítulo III A del Código Civil, que en su artículo 34-D, dice así:

“Artículo 34-D. Es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes.

Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole.” (Lo subrayado es nuestro).

La norma citada define por separado ambas figuras, que funcionan como causales eximentes de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, reuniendo así los mismos elementos constitutivos (irresistibilidad, imprevisibilidad y actualidad), produciendo iguales efectos jurídicos y rigiéndose por principios análogos en materia de pruebas.

La fuerza mayor es un hecho provocado por el hombre, al cual no haya sido posible resistir; el caso fortuito es aquel evento que proviene de acontecimientos de la naturaleza, que no pudo ser previsto ni, de haberlo sido, podría haberse evitado¹.

La ley habitualmente les da un tratamiento similar a ambas en cuanto a sus consecuencias eximentes, e incluso a veces confunde ambos casos, pero existen diferencias, más que nada en las circunstancias que originan la situación concreta que se plantee.

Los autores también definen ambos términos con las mencionadas diferencias, siendo el caso fortuito establecido como *“hecho no imputable a la voluntad del obligado, que impide y excusa el cumplimiento de obligaciones”*², y a la fuerza mayor como *“el acontecimiento o circunstancia imprevista que exime o impide el cumplimiento de alguna obligación”*³.

Así, según el evento, la fuerza mayor trata de un hecho humano, de la conducta, mientras que el caso fortuito proviene de la naturaleza; de acuerdo a la imprevisibilidad o inevitabilidad, la fuerza mayor es un evento que no puede resistirse, mientras que el caso fortuito es un evento imprevisible aun utilizando una conducta diligente; y en lo que respecta al cumplimiento de la obligación, en la fuerza mayor no se puede obligar nunca exigir la obligación que se incumplió, mientras que en el caso fortuito debe no haberse previsto, ni haberlo podido evitar, pero en ocasiones se puede obligar al cumplimiento de una obligación. En la fuerza mayor la imposibilidad es absoluta, en cambio en el caso fortuito se da la imposibilidad relativa de superar el hecho.

Es común pactar en los contratos las cláusulas de fuerza mayor o caso fortuito como eximentes de responsabilidad.

La pregunta común a las interrogantes planteadas por su Despacho, es si estas figuras, es decir, la fuerza mayor o caso fortuito, pueden ser eximentes de responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por los concesionarios del Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., (en adelante AITSA) porque los vuelos, que constituyen la actividad principal de la empresa, están temporalmente suspendidos como consecuencia de la crisis sanitaria acontecida por la pandemia del coronavirus (covid-19), que impide el tránsito de pasajeros.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Fallo de 2 de octubre de 1995. *“La doctrina más autorizada que se manifiesta a través de los comentarios al Código Civil Español y Compilaciones Forales, al pronunciarse sobre los elementos de la fuerza mayor, cuales son la inevitabilidad y la imprevisibilidad, considera que en lo concerniente al ámbito de la inevitabilidad de un hecho, ésta coincide normalmente con el de su imprevisibilidad aunque éste no sea consecuencia indispensable de la primera ya que ello, se observará desde la conducta exigible al deudor.*

² CASADO, Laura. Diccionario de Derecho. Segunda Edición. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2017. Página 63.

³ Op. Cit. Página 180.

Por eso, después del hecho notorio de la declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), realizada el 11 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional dictó varios decretos ejecutivos, entre ellos, el Decreto Ejecutivo No. 244 de 19 de marzo de 2020 que ordenó, por razones de salud pública, la suspensión de todos los vuelos internacionales, por el plazo de treinta (30) días calendarios, contados a partir del 22 de marzo de 2020, término que puede ser prorrogado por Resolución de la Autoridad Aeronáutica Civil y que mediante Resolución No. 080-DG-DJ-AAC de 16 de junio de 2020, lo prorrogó por el término de 30 días más, a partir del 22 de junio de 2020 y así sucesivamente.

Si partimos del hecho de que la fuerza mayor, como un hecho humano o de la conducta, proviene del Decreto Ejecutivo N° 244, así como de las Resoluciones dictadas por la Autoridad Aeronáutica Civil, que son actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos y que involucran el factor de irresistibilidad por parte del concesionario, y que el caso fortuito, como un evento imprevisible aun utilizando una conducta diligente, es la pandemia del covid-19, albergando con ello el requisito de la imprevisibilidad, tenemos que con fundamento a los elementos constitutivos mencionados (irresistibilidad e imprevisibilidad), quedamos con que el texto del artículo 34-D del Código Civil es aplicable a los contratos de concesión de servicios aeronáuticos, aeroportuarios y servicios no aeronáuticos, si tales circunstancias hacen imposible el cumplimiento de las obligaciones.

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que los incumplimientos así justificados de las obligaciones contractuales siguen la suerte de la temporalidad de la circunstancia, de duración todavía oscura, es decir, mientras dure la suspensión de los vuelos internacionales y los servicios conexos, y una vez levantada la misma, es menester tomar en cuenta que las obligaciones deberían reanimarse, recobrando su vigencia y efectos plenos, quedando el impedimento constitutivo de la fuerza mayor o caso fortuito como un hecho transitorio, por lo que la exigibilidad de las obligaciones pactadas revivirían eventualmente, quedando libres para llenar entonces la finalidad buscada al tiempo de la celebración contractual.

B. La aplicación de fuerza mayor o caso fortuito en los Contratos de Concesión de Servicios Aeronáuticos, Aeroportuarios y Servicios no Aeronáuticos.

El procedimiento para la selección de contratista de estos contratos se encuentra regulado por la Resolución N° 005-JD-17 de 11 de enero de 2017, *“Por la cual se establecen los procedimientos, requisitos y demás mecanismos de contratación con terceros sobre las concesiones de servicios aeronáuticos, aeroportuarios y servicios no aeronáuticos”*, modificada por la Resolución No. 006-JD-18 de 24 de julio de 2018 y la Resolución No. 038-JD-18 de 5 de septiembre de 2018.

La precitada Resolución N° 005-JD-17 de 11 de enero de 2017 define los servicios aeronáuticos como *“todos aquellos que se relacionan directamente con los servicios de apoyo a las aeronaves, pasajeros y carga aérea en el aeropuerto”* tales como el otorgamiento por parte de AITSA, de un espacio físico para llevar a cabo actividades relacionadas a la operación que están directamente relacionadas con el servicio de transporte aéreo; y por servicios no aeronáuticos como *“todos aquellos que no se vinculan directamente con los pasajeros, las aeronaves y las*

cargas”, como el otorgamiento de un espacio físico determinado para desarrollar actividades comerciales, aun cuando dichos acuerdos puedan aplicarse a actividades que puedan ser consideradas, a su vez, de carácter aeronautico, como por ejemplo, conceciones otorgadas a compañías petroleras para proporcionar combustible y lubricante a la aviación, y el arrendamiento de espacio o locales en los edificios de la terminal a explotadores de aeronaves (Cfr. artículos 1, 7 y 12 de la misma Resolución).

Según los términos de la consulta, existen: 1) Contratos que se encuentran en trámites de formalización; 2) Contratos refrendados por la Contraloría General de la República; 3) Contratos que tienen pendientes perfeccionar adendas confeccionadas que están en trámites; y 4) Contratos con adendas de plazo vencido.

En ese mismo orden, responderemos las interrogantes vertidas.

1. Contratos que se encuentran en trámites de formalización.

Como estos contratos no han sido formalizados, no se les puede aplicar la fuerza mayor o el caso fortuito para modificarlos o dejarlos sin efectos, precisamente porque aún no existen con respecto a la vida jurídica.

Sobre el particular, debe precisarse que si bien los contratos han sido adjudicados a los proponentes de la concesión con el Aeropuerto Internacional de Tocumen. S.A. (en adelante AITSA), los mismos aún no han entrado en vigor, porque hace falta su perfeccionamiento, que acontece cuando es firmado por las partes y refrendados por la Contraloría General de la República.

En estos casos, lo que procede es continuar el trámite para la formalización del contrato, siempre que la demora no sea imputable al proponente.

La Resolución N° 005-JD-17 de 11 de enero de 2017, por la cual se establecen los procedimientos, requisitos y demás mecanismos de contratación con terceros sobre las concesiones de servicios aeronáuticos, aeroportuarios y servicios no aeronáuticos, en su artículo 27, señala que *“las concesiones de AITSA, se formalizarán mediante contratos suscritos por el Gerente General y/o el Presidente de la Junta Directiva y el concesionario”*.

Por su parte, en el artículo 30 de la misma Resolución N° 005-JD-17 de 11 de enero de 2017, expresa que *“Los contratos de concesión para su perfeccionamiento sólo necesitará el respectivo refrendo de la Contraloría General de la República”*.

Supletoriamente, el Texto Único de la Ley de Contratación Pública, señala de manera general y concordante con la disposición especial, el momento de perfeccionamiento de los contratos⁴.

⁴ Artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública: *“Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los*

Entre los momentos delimitados por la norma, no se puede decir aún que han surgido derechos dejados de ejercer, ni obligaciones que hayan sido incumplidas.

AITSA, no puede renegociar cláusulas en los contratos en tránsito a perfeccionamiento, pues las prerrogativas del Estado para establecer cláusulas dentro de los contratos, aún fundamentándose en las circunstancias de caso fortuito y fuerza mayor, no corresponden a esta fase de la contratación, pues se alterarían las condiciones propias del proceso de licitación o selección, desvirtuando el Principio de Transparencia de la Contratación Pública.

Para efecto de una renegociación, sería menester que el contrato fuera primero perfeccionado, para que entonces fuera procedente su debida modificación, entonces sí fundamentada en las exigentes de responsabilidad bajo estudio, pues estas se manifestaron, según la información disponible de manera posterior a la adjudicación de la contratación. Al respecto, Adolfo Céspedes Zavaleta opina lo siguiente:

“En consecuencia, la administración no puede renunciar a su potestad modificatoria por cuanto ello implicaría la dejación de una de las prerrogativas que para la buena ejecución de la obra o servicio público se le otorgan. La presencia dominante del interés público determina que la inmutabilidad del contrato se desplace a la inmutabilidad del fin que con el mismo se persigue, si bien no debe olvidarse que tal prerrogativa es la excepción y no la regla, por lo que para que pueda variarse el contrato deberán concurrir las causas que legitiman el apartamiento del principio de inmutabilidad.

El interés público vendría a constituir, en síntesis, el único supuesto que permite la legislación para admitir la procedencia del ius variandi, dicho interés público se debe entender como una cláusula general, la cual será determinada en cada caso concreto por la administración pública, y de ser el caso por los tribunales o árbitros respectivos, sin otras limitaciones cuantitativas o cualitativas adicionales a las señaladas por los ordenamientos jurídicos correspondientes”⁵ (El resaltado es de la Procuraduría).

La legislación local, coincide con la doctrina comparada en el hecho de que aún la facultad de imperio del Estado, tiene límites en materia de contratación, en esa misma línea de pensamiento continua el precitado autor:

“Nada impide, por otro lado, que la Administración y el contratante puedan acordar la modificación de un contrato administrativo en la medida en que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo de voluntades originario, es decir, cuando la única razón alegada tanto por el concedente como por el concesionario para modificar las estipulaciones contractuales sea el bien público de la comunidad, y, claro está, siempre que esto pueda efectivamente corroborarse en la realidad.

convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas”.

⁵ CÉSPEDES ZAVALA, Adolfo. *La Potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos*. Revista de Derecho Administrativo Número 1. Lima, 2006. Página 207.

De la misma forma se deben respetar las condiciones de la licitación pública por la cual fue otorgada la concesión sin perjudicar infundadamente a los otros oferentes desplazados”⁶ (Los resaltados son de la Procuraduría).

Las potestades de imperio del Estado, aún en virtud del interés público son limitadas y excepcionales, siempre ceñidas a lo establecidos en la legislación y, en el caso que analizamos, la existencia a la vida jurídica de una relación contractual.

2. Contratos refrendados por la Contraloría General de la República.

Nos encontramos con contratos existentes, perfeccionados, que se encuentran en ejecución. Al respecto, de acuerdo a la Resolución No. 005-JD-17 de 11 de enero de 2017 y la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, recogidas en el Texto Único ordenado por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, estamos situados en la fase de ejecución o cumplimiento del contrato, que sucede cuando las partes se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa, pero el contrato continúa con vida hasta que sea liquidado, entendiéndose por liquidación, el momento en que las partes compensan las deudas que tienen entre sí.

Sobre el particular, es preciso señalar que si bien el procedimiento para la selección de contratista en el AITSA se rige por las disposiciones contenidas en la Resolución No. 005-JD-17 de 11 de enero de 2017, también lo es que el Texto Único de la Ley 22 de 2006 aplica para esa selección al disponer en su artículo 1 que la Ley: “*establece las normas, las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los procedimientos de selección de contratistas y los contratos públicos que realicen el Gobierno Central...y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio...*”, y siendo AITSA una sociedad anónima en que el Estado es el propietario de todas sus acciones, la disposición contenida en el artículo 99 del citado Texto Único se aplica a estos contratos, al disponer:

“Artículo 99. Vigencia y liquidación de los contratos. Los contratos se entenderán vigentes hasta su cancelación.

Para los efectos de este artículo se considerará por liquidación, el procedimiento mediante el cual, una vez terminada la ejecución del contrato, las partes determinan las sumas adeudadas entre sí,

La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en el pliego de cargo o plazo de referencia o dentro del plazo que acuerden las partes para tal efecto. De no existir tal plazo, la liquidación se hará dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que lo disponga,

...
Toda liquidación del contrato deberá contar con la firma del representante legal de la entidad o del servidor público delegado y del servidor público de la Contraloría General de la República” El resaltado es de la Procuraduría).

⁶ Op. Cit. Página 213.

Como se puede apreciar, los contratos se extinguen con su liquidación, y así lo ha reconocido el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas cuando, mediante Resolución de 9 de mayo de 2012, señaló:

“ ...

Ahora bien, en relación al punto medular del acto impugnado... se ha concluido que el contrato de marras no se encontraba extinguido al momento de expedirse la resolución administrativa del contrato al considerar que la extinción del contrato, se configura con la liquidación del mismo, lo que en el presente caso, aún no ha ocurrido.

... ”

Tratándose el caso que nos ocupa de un contrato de obra, mientras el mismo no se liquide ése se encuentra vivo. Lo antes expuesto encuentra su fundamento en el artículo 97 [99 del nuevo Texto Único] de la Ley N° 22 de 2006...” (Subraya la Procuraduría).

En este escenario, cuando el contrato no se ha liquidado pueden modificarse sus cláusulas como lo prevé el artículo 95 del citado Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que a la letra dice:

“Artículo 95. Concesión de Prórrogas. Los retrasos que fueron producidos por causas no imputables al contratista o cuando se den situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, darán derecho a que se le extienda el plazo del contrato por un período no menor al retraso, que será remitido de oficio o a petición de parte la entidad contratante.

Sin perjuicio de lo establecido, las prórrogas modificarán, proporcionalmente, los términos establecidos y se documentarán como ajustes a la orden de compra o adendas al contrato originalmene suscrito.

También el contratista tendrá derecho a la extensión del periodo de ejecución, cuando el perfeccionamiento del contrato se efectúe con posterioridad a los ciento veinte días calendario de concluido el procedimiento de selección de contratista.”

Por otra parte, el artículo 122 del mismo Texto Único señala que le corresponde a la entidad contratante aprobar o negar las prórrogas que soliciten los contratistas, así como establecer sus términos, tomando en consideración la urgencia o necesidad del suministro, servicio u obras contratados.

En el caso particular de los contratos refrendados por la Contraloría General de la República, hay que observar si la modificación consiste en el plazo o en otras consideraciones. Si es por el plazo, entonces éste resultaría prorrogable por el término de suspensión de los vuelos, aplicando las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito, de ser éstas compatibles con la noción de equilibrio contractual, reconocido en el Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, que regula la Contratación Pública⁷.

⁷ En el artículo 21 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, como parte de los “principios de Contratación Pública”, se incluye el “Equilibrio contractual”, descrito por el artículo precitado de la siguiente forma: “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...”.

Hay que tomar en cuenta que, no obstante las menciones hechas en el marco de esta consulta, la prórroga no es la única opción que cabría considerar, dependiendo del análisis técnico que derive de las eximentes de responsabilidad consultadas y de los factores de incertidumbre involucrados. En aquella misma línea de pensamiento, la consideración de la cláusula de suspensión de efectos del contrato con base en el interés público⁸, podría mitigar los efectos de aquel mismo factor de incertidumbre, mientras así se posibilite al concesionario o contratista a cumplir con el objeto del contrato, una vez que los mencionados factores cesen.

La normativa nacional relativa a la Contratación Pública panameña, incluso contempla, ante la invocación de las eximentes de responsabilidad que comprenden esta consulta, la terminación de los contratos por excesiva onerosidad, la cual hasta podría dar lugar a la modificación del mismo a fin de encontrar equidad, lo cual coincide con el Principio de Equilibrio Contractual propio de este conjunto de reglas⁹.

Como ejemplo de lo anterior, si la modificación consiste en otras cláusulas distintas a la del plazo, como por ejemplo el canon de arrendamiento, las condiciones de fuerza mayor o caso fortuito aplicarían, toda vez cumplan tanto con los parámetros del artículo 75 de la Ley de Contratación Pública, invocados con anterioridad (no ser contrario al orden público o al ordenamiento jurídico), así como al Principio de Transparencia dictaminado por la misma Ley¹⁰, puesto que, en esencia, se estaría variando el precio del contrato, mismo que fue adjudicado de acuerdo a la propuesta presentada, cosa impensable, de no ser por la situación especialísima que hoy rodea la actividad propia de la empresa estatal bajo su responsabilidad.

⁸ Figura desarrollada en el Derecho Español, y descrita como “... la potestad administrativa para, por causas de interés público debidamente motivadas, acordar la paralización de una obra previamente contratada y en fase de ejecución; no es pues, expresado en términos inversos, una situación normativamente definida por el dato puramente fáctico de la inejecución del contrato”. BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción La Suspensión de la Ejecución del Contrato de Obra Pública *Revista de administración pública*, 1997, no 142, p. 111-154. Madrid. Página 114.

⁹ El artículo 17 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, “que regula la Contratación Pública”, reconoce la validez de las disposiciones contenidas en el Código Civil de la República en materia de Contratación Pública. A propósito del tema de referencia, en el Libro Segundo del Código Civil de la República, su Título II Capítulo VI, denominado “De la Extinción del Contrato por Excesiva Onerosidad”, tenemos la siguiente disposición:

“Artículo 1161-A. en los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato.

No podrá pedirse la terminación, si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

¹⁰ *“Artículo 18 del Texto Único de la Ley de Contratación Pública. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:*

...

6. Las autoridades no actuarán con desviación de poder o abuso de autoridad y ejercerán su competencia exclusivamente para los fines previstos en la ley; además, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratista y los demás requisitos previstos en la presente Ley”.

La prórroga sería una opción viable, en la medida que el concesionario se encuentre en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato más adelante.

De lo anterior, se infiere la materialización de la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual ha sido definida como “...la regla que permite al deudor exonerarse o aminorar el impacto negativo de un riesgo contractual no asignado en el momento de formalizar el contrato, que se materializa mediante la ocurrencia de circunstancias extraordinarias y no previsibles, las cuales no son imputables a ninguna de las partes”¹¹.

3. Contratos que tienen pendiente por perfeccionar adendas que están en trámites.

Sobre el particular, la entidad contratante ha aceptado introducirle una adenda al contrato, pero ésta aún no se ha perfeccionado, por falta de algún requisito.

En esta circunstancia, operarían parámetros disímiles a los establecidos en el punto primero, puesto que la contratación ya es existente, pudiendo venir a colación el numeral 12 del artículo 13 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, que señala que dentro de las obligaciones de la entidad contratante está el “*Solicitar la actualización o la revisión de los precios y de los periodos de ejecución, cuando por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, se altere sustancialmente el contrato, de conformidad con el procedimiento previsto en el pliego de cargos*”.

Así las cosas, AITSA, renegociar cláusulas existentes dentro de las adendas a los contratos en tránsito a perfeccionamiento, haciendo uso las prerrogativas del Estado para establecer cláusulas, e invocar las circunstancias de caso fortuito y fuerza mayor estudiadas. Es necesario plantear que éstas renegociaciones, como cualquier otra, serán escrutadas sobre la base del precitado numeral 6 del artículo 18 del Texto Único de la Ley de Contratación Pública.

También es importante que se opere este instrumento de acuerdo con la orientación del interés público, característica de la figura jurídica bajo análisis.

4. Contratos que tienen adendas de plazo vencido.

Los contratos que tienen adendas de plazo vencido, no puede aplicar a los eximentes de responsabilidad estudiados, puesto que dicho plazo expiró. Lo que se puede hacer es liquidar el contrato, y realizar una nueva contratación, de acuerdo al procedimiento señalado en la Resolución No. 005-JD- 2017 y el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

La nueva contratación, no necesitaría aplicar circunstancias eximentes de responsabilidad, éstas ya se convierten en supuestos de hecho propios de los bienes y servicios contratados.

¹¹ AGÜERA Sergio y MARTÍN Adriana. *La cláusula “rebus sic stantibus” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales.* Aranzadi digital num.1/2014 Editorial Aranzadi, S.A.

C. Conclusiones.

A lo largo del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, se demuestra que la facultad de dirección y control de la ejecución del contrato recae en la entidad contratante, quien es vista de la situación de crisis está llamado a hacer los análisis correspondientes sobre el contrato en ejecución, y en aquellos casos que no se ha entrado a la etapa contractual, definir la condición del beneficiario de la adjudicación, todo sin perjuicio de los derechos del contratista, presentes también en el mismo texto legal.

En razón a todo lo expuesto la Procuraduría de la Administración responde las interrogantes planteadas así:

1. Con respecto a la primera y segunda pregunta, observamos que los contratos que fueron adjudicados por el AITSA, pero que no se han perfeccionado por causas no imputables al proponente, pueden continuar su trámite hasta su perfeccionamiento. De existir causas justificadas, sería después de éste paso que se podrían añadir nuevas cláusulas o modificar las anteriores según la normativa vigente, sobre una contratación ya existente.

Por otro lado, los contratos refrendados por la Contraloría General de la República, están en ejecución y se les aplicaría la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, siempre que éstas hayan hecho imposible el cumplimiento del contrato.

Las adendas que estaban pendientes de perfeccionar, o sea, que estaban en trámites, pueden continuar su curso siempre y cuando el retardo no sea imputable al contratista, pudiendo existir renegociaciones, pero de acuerdo a los parámetros de orden público, legalidad y transparencia establecidos por la Ley.

Los contratos que tienen adendas de plazo vencido, no aplica las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, precisamente porque el plazo expiró, y lo que corresponde es proceder con la liquidación del contrato y hacer nueva convocatoria.

2. En lo que respecta a la tercera pregunta, esto es, si aplicaría la causal de fuerza mayor o caso fortuito para modificar el pago mensual de la concesión, tenemos que la renegociación es posible, siempre y cuando observe los parámetros de orden público, legalidad y transparencia, además de contemplar el carácter temporal de las medidas a tomar.

3. En lo atinente a la cuarta pregunta, esto es “*¿Si es posible aplicar en los contratos comerciales y adendas de los servicios aeronáuticos, aeroportuario y servicios no aeronáuticos, la exención del tiempo, ya sea de manera parcial o total, atendiendo lo dispuesto en las Cláusulas del Contrato?*”, esto resulta viable, pues la fuerza mayor y el caso fortuito son eximentes de responsabilidad, y así lo establece el artículo 95 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, siempre y cuando se visualice que se requeriría de un análisis pormenorizado, caso por caso y dependiendo de la situación del concesionario, de cuáles son las alternativas viables, entre

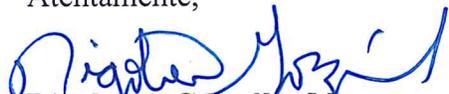
ellas, la prórroga, como opción de que se cumpla con la finalidad pública propia del contrato, sin rebasar las posibilidades y derechos de los contratistas¹².

Es decir, la única alternativa no solo se presenta a través de la concesión de prórroga, esto va a depender, como ya se dijo, de la situación del concesionario, y es si la fuerza mayor le ha impedido poder cumplir con la obligación. De allí que surge la posibilidad que el concesionario aduzca el cumplimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, por alteración sustancial del equilibrio contractual.

La exención del tiempo debe ser asumida legalmente, ya sea, resolviendo la concesión, prorrogando o rescatando, pero siempre dándosele un tratamiento jurídico¹³.

4. Finalmente, en lo que respecta a la última pregunta, o sea, “¿Si se llegase a una negociación con cada concesionario previa aprobación de la Junta Directiva de esta empresa, referente al Ingreso Mínimo Mensual Garantizado, propuesto por cada proponente en cada Licitación Pública, cuáles serían las consecuencias civiles y penales de cualquier disminución de los cánones e ingreso Mínimo Mensual Garantizado?”, en este caso, la Junta Directiva deberá seguir en los procesos de renegociación, los mismos parámetros señalados por el Texto Único de la Ley de Contratación Pública relativas al orden público, legalidad y transparencia, además del carácter temporal de las medidas, fundamentado el Decreto Ejecutivo No. 244 de 19 de marzo de 2020 y subsiguientes relativos a las medidas de pandemia, toda vez que el canon de arrendamiento y el ingreso mínimo garantizado ya pasaron el escrutinio del procedimiento de contratación pública y la circunstancia excepcional que provoca la consulta no debe ser confundida con un intento de sortear las obligaciones que correspondan.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/hjmm

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**

¹² Al respecto se refiere Enrique Linde: “Desde el plano de los principios, aun cuando la contratación pública, como manifestación de la actividad convencional de la Administración, pretende ser una manifestación equilibrada entre intereses generales e intereses privados. Los intereses generales deben prevalecer sobre los intereses privados en caso de conflicto”. LIDE PANIAGUA, Enrique. Fundamentos de Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Educación a Distancia/COLEX Editorial. Madrid, 2009. Página 447.

¹³ El artículo 132 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, establece el principio de Apego a las normas dentro de los procesos: “Todos los procesos se efectuarán con arreglo a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía y eficacia y con apego al principio de estricta legalidad”.