



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 1 de noviembre de 2017
C-094-17

Señor
Carlos A. Duboy
Gerente General
Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.
E. S. D.

Estimado señor Gerente:

Por este medio damos respuesta a su nota No. 01.03.833-AL-17 de 5 de octubre de 2017 recibida en este Despacho el 10 de octubre de 2017, en la cual nos consulta sobre la posibilidad legal de que Aeropuerto Internacional De Tocumen, S.A. (AITSA), una empresa de capital cien por ciento estatal, haga entrega de todos los bloques de espacios comerciales a los que se refiere la Licitación No. 004-17-CONCE, a partir del 1 de enero de 2018; y, que se inicien las operaciones comerciales apenas estén listas las adecuaciones y permisos correspondientes, aunque sea en un lapso menor al periodo de gracia de noventa días establecido en las bases de la mencionada licitación.

Con respecto a la primera situación planteada en la consulta, es decir, la necesidad de reducir los periodos de entrega de los locales concesionados, a fin de que permanezcan cerrados el menor tiempo posible y así evitar un perjuicio al erario, la imagen del Aeropuerto Internacional de Tocumen, la empresa que lo administra y el país, consideramos que esto es factible y conveniente, sin embargo, ello tendría que darse con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, lo que incluye el refrendo por parte de la Contraloría General de la República. Una vez refrendado el contrato de concesión, AITSA podría negociar con los concesionarios adendas que permitan acortar los plazos establecidos en el cronograma o Gantt Chart de la licitación.

Igualmente, consideramos necesario realizar las correcciones de las cláusulas del Modelo de Contrato que son contradictorias entre sí y con las Bases Administrativas de la licitación, de manera que el contenido de ambos documentos sea concordante.

En cuanto a la segunda situación planteada en la consulta, entiéndase, el hecho de que durante el periodo de adecuación de los locales los mismos permanecerían cerrados con los perjuicios que ello acarrearía, consideramos que aun cuando se establece un máximo de noventa días para realizar las adecuaciones, desde que el concesionario recibe el local hasta que lo entrega para su aceptación por parte de AITSA, ello no implica necesariamente que tiene que tomarse dicho periodo de tiempo de forma completa para la ejecución de las adecuaciones, es decir que, en caso de que el concesionario termine de adecuar el local en un tiempo menor, consideramos factible que AITSA, una vez constatado que se ha cumplido con los presupuestos establecidos en el contrato y el pliego de cargos, permita al concesionario iniciar la etapa de explotación de la concesión.

Nuestra opinión responde a un análisis pormenorizado de la documentación relativa a la Licitación No. 004-17-CONCE, las normas vigentes y los principios de derecho administrativo que consideramos aplicables, todo lo cual pasamos a explicar.

SITUACIONES PLANTEADAS EN LA CONSULTA

Su consulta plantea que, dado que el Pliego de la Licitación No. 004-17-CONCE establece que los locales cuya explotación se concesiona serán entregados de forma escalonada desde enero hasta octubre de 2018; que los actuales contratos de concesión sobre esos locales son improrrogables más allá del 14 de diciembre de 2017; y que el reglamento sobre concesiones de servicios no aeronáuticos establece que dichas concesiones únicamente pueden ser otorgadas a través de Licitaciones Públicas, **queda descartada, tanto la posibilidad de una contratación directa como la de una prórroga de las concesiones vigentes en la actualidad, sobre los locales en cuestión, planteamientos con los que concordamos.**

Como consecuencia de lo anterior, señala su consulta, se crean dos situaciones a saber:

1. Que durante un periodo de nueve meses AITSA dejaría de percibir los ingresos correspondientes al canon de arrendamiento de los locales que permanezcan cerrados producto de la entrega escalonada establecida en el pliego de cargos.
2. Que durante un periodo de, al menos noventa días, los locales dados en concesión permanecerían cerrados, con las consecuencias que ello implicaría para los usuarios, la imagen del Aeropuerto Internacional de Tocumen y la empresa que lo opera.

En cuanto a la primera situación planteada, consideramos que, en el caso de los locales que deben ser entregados en octubre de 2018, el tiempo que los mismos podrían permanecer sin generar ingresos posiblemente superaría el año, toda vez que estos deben permanecer cerrados a partir del 15 de diciembre de 2017 y que el nuevo concesionario contaría con un periodo para su adecuación de hasta noventa días, a partir de la entrega del local, es decir, que el perjuicio es potencialmente mayor del que viene planteado en la consulta.

En cuanto a la segunda situación, consideramos que es necesario tomar en cuenta que el periodo de reacondicionamiento de los locales es descrito, tanto en las Bases Administrativas de la licitación, como en el contrato, como un periodo de máximo noventa días, pero podría ser menor si se dan las condiciones adecuadas para ello.

EL MODELO DE CONTRATO

El análisis del Modelo de Contrato de concesión, que forma parte de los documentos descritos en el Capítulo II del pliego de la Licitación Pública No. 004-17-CONCE, nos permitió constatar lo siguiente:

La cláusula SEXTA del Modelo de Contrato y el Punto 26 de las Bases Administrativas de la licitación establecen que existen dos etapas de la concesión:

La primera etapa, consiste en un periodo para adecuar el área concesionada que no podrá exceder de 90 días, el cual inicia en el momento en que se entrega el local, de acuerdo con lo establecido en el Punto 27.1. (modificado por la Adenda 4) del pliego de la licitación denominado INICIO DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, por medio del cual se señala que los locales se entregarán a partir del 1 de enero de 2018, según el *Gantt Chart* (cronograma de trabajo), que forma parte de las bases de la licitación. Durante esta primera etapa, EL CONCESIONARIO de que se trate, deberá remodelar y decorar el área concesionada a fin de adecuarla para su operación, previa aprobación de los planos por parte de AITSA.

Cabe señalar que el mencionado cronograma establece que la entrega de locales se hará de forma escalonada desde el 1 de enero hasta el 1 de octubre de 2018. Es decir, que las Bases Administrativas de la licitación expresamente establecen que la entrega de los locales no ocurrirá de forma simultánea para todas las áreas sino que esto se hará de forma escalonada durante un periodo de 10 meses.

La segunda etapa de la concesión, es decir, la etapa de ejecución de la explotación comercial del negocio de Duty Free en el Aeropuerto Internacional de Tocumen, inicia con la emisión de un **acta de aceptación de la remodelación**, una vez concluida la primera etapa y previa comprobación de que se han cumplido con los requisitos establecidos en las Bases Administrativas y el Contrato de Concesión.

Por otro lado, la cláusula DÉCIMA PRIMERA del contrato establece que el contrato es por un plazo de 10 años no prorrogables “a partir del **acta de aceptación del espacio** de parte de AITSA, una vez haya terminado la adecuación y remodelación del espacio”, sin embargo, evidentemente esto entra en contradicción con lo establecido en la Cláusula SEXTA ya comentada, puesto que las remodelaciones y adecuaciones que deben hacerse durante la primera etapa sólo podrían hacerse al amparo del contrato de concesión debidamente suscrito y refrendado por la Contraloría General de la República (Confrontar Cláusula TRIGÉSIMA QUINTA del contrato modelo, el Punto 16 y 25.7 de las Bases Administrativas de la licitación y el Artículo 30 del Reglamento de Concesiones).

De igual forma esto contradice lo establecido en el último párrafo del Punto 36 de las Bases Administrativas de la licitación, el cual señala que “La vigencia del contrato comienza a partir de la entrega del último local que conforma cada bloque adjudicado, es decir, octubre 2018.” El citado párrafo también contradice el Punto 27.1. de las Bases Administrativas, **dada la entrega escalonada establecida en el mismo**, por medio de un cronograma, tema al que ya nos hemos referido.

Adicionalmente, los Puntos 36 y 37 del Pliego, se refieren al **acta de aceptación final** y al **acta de aceptación final de la remodelación** como el documento que marca la terminación de la obra y permite dar inicio a la explotación comercial objeto de la concesión, término que discrepa con los de **acta de aceptación de la remodelación** y **acta de aceptación del espacio** a los que se refieren las cláusulas SEXTA y DÉCIMA PRIMERA.

Aunque todo indica que se trata del mismo documento, se denominan de manera distinta en cada caso. Siendo este el documento que sirve para determinar la conclusión de la primera etapa de la concesión y permite dar inicio a la segunda, consideramos necesario unificar el concepto para evitar confusión.

Cabe señalar que, el Punto 4 de las Bases Administrativas de la licitación, sobre DEFINICIONES, DENOMINACIONES E INTERPRETACIONES ADICIONALES DE LAS BASES DE LICITACIÓN PÚBLICA, no menciona el acta de aceptación de la remodelación, de aceptación del espacio o de aceptación final. Sí describe que el ACTA DE REMODELACIÓN Y ENTREGA DEL LOCAL es el “Documento mediante el cual AITSA, entrega el local, objeto de esta Licitación Pública al concesionario con el fin que éste presente los planos de adecuación del mismo e inicie los trabajos de construcción de la infraestructura y equipamiento necesario y habilitación del área cumpliendo con los parámetros de diseño y construcción para los locales comerciales, establecidos por la Vicepresidencia de Ingeniería y Proyectos de AITSA”, siendo este un documento distinto a los anteriormente mencionados pues es el que da inicio a la primera etapa de la concesión.

NORMAS APLICABLES

La cláusula CUARTA del contrato modelo establece que las Bases de la Licitación Pública, las adendas, anexos y términos de referencia de la Licitación Pública No. 004-17-CONCE, así como el Reglamento de Concesiones de AITSA (Resolución No. 005-JD-17 de 11 de enero de 2017) y la propuesta de EL CONCESIONARIO forman parte integral del contrato.

Dicha cláusula señala también de forma expresa, que para la interpretación y validez de los documentos se establece que el orden jerárquico lo componen: el contrato; las bases de la Licitación Pública No. 004-17-CONCE, sus adendas y anexos; el Reglamento de Concesiones de AITSA; la propuesta presentada; el acta de aceptación del estudio y diseño de las ampliaciones, remodelaciones y adiciones contenidas en el programa de inversiones.

Igualmente, la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA del contrato establece que el mismo se sujetará a las Leyes de la República de Panamá y a las normas contenidas en el Reglamento de Concesiones de AITSA y el Punto 25.1 de las Bases Administrativas señala que “los contratos celebrados en la República de Panamá se sujetarán a las leyes panameñas”. Adicionalmente, el Punto 25.11 de dicho documento, señala que “Los contratos celebrados en la República de Panamá se interpretarán y ejecutarán de conformidad con las leyes panameñas. Las controversias que se susciten con ocasión de la interpretación, ejecución o terminación de los contratos, serán resueltas por la Junta Directiva de AITSA”.

Por su parte, el Punto 25.3 establece que “los contratos se regirán por las disposiciones del Reglamento de Concesiones de AITSA y las normas del Código Civil que le sean compatibles”.

En este orden de ideas, consideramos oportuno citar lo señalado por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en un fallo de 13 de octubre de 2015, dentro del proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción iniciado por el licenciado José Manuel

Sevillano, en representación de Ogden Aviation Services (Panama), S. A., para que se declare nulo, por ilegal, el contrato celebrado entre el Aeropuerto Internacional De Tocumen y/o Asig Panamá, S.A. y/o Signature Flight Support:

“El Estado es el titular de la actividad o del bien, y lo otorga a una persona que se denominará concesionario para que éste asuma el ejercicio del servicio público o la realización y explotación de una obra por su propia cuenta y riesgo; pero con la permanente vigilancia de la entidad concedente y como contraprestación recibirá un incentivo económico. Así, por ser un contrato de concesión de un servicio público está sujeto a las normas de derecho administrativo, principalmente, por la Ley 23 de 29 de enero de 2003 y supletoriamente por la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (en cuanto a contrataciones públicas) y sometido al refrendo de la Contraloría General de la República.” (Resaltamos y subrayamos nosotros)

CRITERIO JURÍDICO

1. Modificación de los plazos de entrega de los locales para su adecuación

Con respecto a la primera situación planteada en la consulta, es decir, la necesidad de reducir los periodos de entrega de los locales concesionados a fin de que permanezcan cerrados el menor tiempo posible y así evitar un mayor perjuicio al erario, la imagen del Aeropuerto Internacional de Tocumen, la empresa que lo administra y el país, consideramos que esto es factible y conveniente, sin embargo, ello tendría que darse con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, lo que incluye el refrendo por parte de la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo establecido en la normas aplicables al caso. Una vez refrendado el contrato de concesión, AITSA podría negociar con los concesionarios adendas que permitan acortar los plazos establecidos en el cronograma o Gantt Chart.

Igualmente consideramos necesario realizar las correcciones de las cláusulas del Modelo de Contrato que son contradictorias entre sí y con las Bases Administrativas de la licitación, de manera que el contenido de ambos documentos sea concordante.

Como fundamento para lo señalado encontramos que el Punto 25.4 de las Bases Administrativas de la Licitación Pública No. 004-17-CONCE, establece lo siguiente:

“25.4 LOS MEDIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.

Para el cumplimiento de los fines de la Licitación Pública, AITSA, tendrá las siguientes potestades:

a).-Ejercer la dirección general, la responsabilidad del control y la vigilancia de la ejecución del contrato, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios

públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.

b).-Pactar las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilateral del contrato.

c).-Terminar el contrato por las causas establecidas en el Reglamento de Concesiones, observando las formalidades en ellas previstas, referentes al reconocimiento y pago de las compensaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas.” (Resaltamos y subrayamos nosotros)

De acuerdo con este punto de las Bases Administrativas del pliego, que es concordante con el Artículo 72 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 sobre Contratación Pública, AITSA se encuentra facultada para pactar las cláusulas contractuales que considere necesarias para los fines que persigue la licitación, especialmente si advierte que puede existir una paralización o afectación grave de los servicios públicos a su cargo, a fin de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.

Adicionalmente, el Punto 25.8, concordante con el Artículo 75 de la Ley 22 de 2006, señala lo siguiente:

“25.8 CLÁUSULAS Y CONDICIONES USUALES.

AITSA podrá incluir, en los contratos que celebre, los pactos, cláusulas y condiciones usuales, dependiendo de la esencia y naturaleza del contrato y aquellas otras que se consideren convenientes, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los privilegios y prerrogativas de AITSA, los cuales no podrán ser objeto de limitación, negociación o renuncia por parte de AITSA. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.”

De manera complementaria, el punto 25.5 de este mismo documento, establece la posibilidad de que AITSA pueda modificar de forma unilateral el contrato, si ello fuera necesario, durante la ejecución del mismo.

“25.5 LA MODIFICACIÓN UNILATERAL.

Si durante la ejecución del contrato, para evitar la paralización o afectación grave del servicio público internacional que brinda AITSA que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no lleguen al acuerdo respectivo, AITSA, mediante acto debidamente motivado, lo modificará.”

Es decir que, si es necesario introducir modificaciones al contrato, AITSA podrá hacerlo de común acuerdo con el concesionario de que se trate, o bien, de forma unilateral siempre que esto se realice mediante un acto debidamente motivado y exista una negociación previa con el concesionario, la cual haya resultado infructuosa.