

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1335

MINISTERIO PÚBLICO PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Panamá, 22 de diciembre de 2015

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

La firma forense Weeden & Asociados, actuando en nombre y representación de la **Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013 de 3 de marzo de 2013, celebrado entre el **Municipio de David** y la empresa Parking, S.A.

**Concepto de la Procuraduría de
la Administración.**

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo,
de la Corte Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso descrito en el margen superior.

I. Lo que se acusa de ilegal.

La firma forense Weeden & Asociados, quien actúa en nombre y representación de la **Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí**, demanda la nulidad del Contrato de Concesión Administrativa 001-2013 de 3 de marzo de 2013, celebrado entre el **Municipio de David** y la empresa Parking, S.A.

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

A. La apoderada judicial de la actora manifiesta que el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013 de 3 de marzo de 2013, infringe el artículo 17 (numeral 2) de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificado por el artículo 4 del Decreto Ley 21 de 21 de noviembre de 1989, que establece entre las funciones de los Consejos Municipales la de estudiar, evaluar y aprobar el presupuesto de rentas y gastos municipales, que comprenderá el programa de funcionamiento y el de inversiones municipales, que para cada ejercicio fiscal elabore el Alcalde con la colaboración del Ministerio de Planificación y Política Económica (Cfr. fojas 12-14 del expediente judicial);

B. El artículo 1 (numeral 11) de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, que contiene la definición del principio de publicidad (Cfr. fojas 20-21 del expediente judicial);

C. Las siguientes disposiciones del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

c.1. El artículo 22 que expresa que en la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta ley (Cfr. foja 25 del expediente judicial);

c.2. El artículo 70 el cual indica que el contratista tendrá un término no mayor de cinco (5) días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución de adjudicación, para constituir la fianza de cumplimiento (Cfr. foja 15 del expediente judicial);

c.3. El artículo 77 relativo a las reglas para modificaciones y adiciones al contrato tomando en consideración el interés público (Cfr. fojas 18-19 del expediente judicial);

c.4. El artículo 82 que señala que las contrataciones con el Estado se otorgarán por un plazo máximo de veinte (20) años y podrán ser prorrogadas a solicitud del contratista por un plazo que no exceda al señalado originalmente en el contrato (Cfr. foja 24 del expediente judicial); y

c.5. El artículo 114 que establece que cuando se trate de contratos de concesión, la entidad contratante está facultada, por razones de interés público, para ordenar el rescate administrativo de los bienes y las obras dados en concesión, previa autorización del Consejo de Gabinete (Cfr. fojas 17-18 del expediente judicial); y

D. El artículo 3 de la Ley 16 de 14 de julio de 1992, modificada por la Ley 24 de 29 de abril de 1998, que dispone que corresponde al Consejo de Gabinete la declaratoria de privatización de bienes, empresas y actividades estatales, previo el estudio técnico pertinente (Cfr. foja 16 del expediente judicial).

III. Cuestión Previa.

La recurrente, **Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí**, aduce que a través de la cláusula novena del Contrato 001-2013, suscrito por el Alcalde Municipal de David,

Chiriquí y la empresa Parking, S.A., se ha pretendido crear rentas municipales por la vía de la concesión administrativa; no obstante, esta materia, según lo establece la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, es competencia exclusiva del Concejo Municipal, por lo que, en su opinión, el acto administrativo demandado vulnera el numeral 2 del artículo 17 de la citada excerpta legal (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

Sostiene la apoderada judicial de la accionante, que el Municipio de David no sometió el **Contrato 001-2013** al concepto favorable del Consejo de Gabinete, a pesar que el monto de la contratación supera los tres millones de balboas (B/.3,000.000.00). De igual manera, precisa que **en el numeral 7 de la cláusula segunda del mencionado contrato** se dispone que para que la entidad demandada pueda ejercer el rescate administrativo debe existir una sentencia previa en firme de un Tribunal; sin embargo, tal requerimiento, en opinión de la **Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí**, infringe el artículo 114 del Texto Único de la Ley 22 de 2006; ya que lo único que exige esta última norma para ejercitar ese derecho, es tener una autorización previa del Consejo de Gabinete (Cfr. fojas 15-17 y 18 del expediente judicial).

En adición, expresa que el **último inciso de la cláusula décimo cuarta y la décimo octava del Contrato de Concesión Administrativa 001-2013, objeto de reparo**, vulneran el artículo 77 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, debido a que establece que únicamente se puede modificar el mismo cuando medie acuerdo entre las partes; lo que resulta contrario a la norma del Texto Único antes indicado, la cual dispone que la entidad, que en este caso es el Municipio de David, puede, en base al interés público, variar dicho documento sin que esté supeditado a un acuerdo común entre las partes; es decir, que no se pueden limitar los derechos exorbitantes que la ley le otorga a la institución contratante (Cfr. fojas 19 y 23-27 del expediente judicial).

También indica que el acto acusado de ilegal, no guarda una justa equivalencia entre obligaciones y contraprestaciones de las partes, característica propia de los contratos conmutativos, de allí, que considera que se infringe el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 (Cfr. fojas 19 y 23-27 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez expuesto los principales argumentos en los cuales la recurrente sustenta la acción de nulidad en estudio, procedemos a emitir nuestro concepto de Ley en los siguientes términos:

A través del Acuerdo 9 de 9 de mayo de 2012, el Consejo Municipal de David, autorizó al Alcalde para suscribir todos los documentos que fueran necesarios y conducentes a fin de contratar con la empresa que presentara la mejor propuesta al Municipio de David para la organización y manejo del nuevo sistema de estacionamiento en ese distrito (Cfr. foja 1 del Tomo I del expediente ejecutivo).

Luego, se procedió a emitir el Aviso de Convocatoria para la Concesión Administrativa para la Modernización, Administración, Operación, Mantenimiento, Control y Recaudación de Tasas de Espacios de Estacionómetros individuales en calles y servidumbres municipales, en la ciudad de David (Cfr. foja 2 del Tomo I del expediente administrativo).

El 12 de julio de 2012, el Municipio de David, **por medio del Acto Público 2012-5-30-0-04-LV-000455**, correspondiente al trámite de una Licitación por Mejor Valor, expidió el respectivo Aviso de Convocatoria (Cfr. fojas 105-107 del Tomo I del expediente administrativo).

En este orden de ideas, a través de la Resolución 058 de 2 de agosto de 2012, el Alcalde de David, conformó la Comisión Evaluadora para que examinaran las propuestas que se presentaron en el acto público de selección de contratista correspondiente a la Licitación por Mejor Valor descrita en el párrafo que antecede (Cfr. fojas 119-121 del Tomo I del expediente administrativo).

En este sentido, el 21 de agosto de 2012, dicha Comisión elaboró el Informe de Evaluación de Propuestas, por medio del cual recomendó adjudicar a la empresa Parking, S.A., la Licitación Pública por Mejor Valor correspondiente al **Acto Público 2012-5-30-0-04-LV-000455**, para la Modernización, Operación, Mantenimiento, Control y Recaudación de tasas de espacios de Estacionómetros individuales en calles y servidumbres municipales, en la ciudad de David, que permita optimizar con la modernización tecnológica la recaudación de los tributos, al cumplir con las exigencias del pliego de cargos (Cfr. fojas 584-637 del Tomo V del expediente administrativo).

En atención a lo anterior, se procedió a emitir la Resolución 059 de 27 de agosto de 2012, mediante la cual la Alcaldía de David adjudicó la mencionada licitación a la empresa Parking, S.A. (Cfr. fojas 638-649 del Tomo V del expediente administrativo).

Al respecto, la referida empresa presentó la fianza de cumplimiento de contrato número FIAN-6657 de 12 de septiembre de 2012, suscrita por aquélla en su calidad de contratista, y por la fiadora Seguros Constitución, S.A., para garantizar al Municipio de David y la Contraloría General de la República, la obligación contraída con la entidad (Cfr. fojas 656-658 del Tomo V del expediente administrativo).

En este orden de ideas, **mediante el Acuerdo 6 de 2 de mayo de 2013**, el Municipio de David, aprobó y autorizó el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013 suscrito entre aquél y la compañía Parking, S.A. (Cfr. fojas 682-683 del Tomo V del expediente administrativo).

Para una mejor comprensión, explicaremos cada cargo de infracción argumentado por la firma forense Weeden & Asociados, haciendo la observación que a pesar que en el acto objeto de reparo se advierte que la entidad contratante fundamentó su actuación en la Ley 22 de 2006, misma que fue aplicada de manera principal; no se puede perder de vista que al momento de celebrado el contrato impugnado no había sido promulgado del Texto Único de la referida ley; por lo tanto, es ésta la norma que corresponde a la situación en estudio.

1. La Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí, señala que el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013, objeto de reparo, infringió el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973; ya que en ésta última norma dispone que es competencia exclusiva del Concejo Municipal establecer el presupuesto de rentas y gastos municipales; no obstante, en la cláusula novena del referido contrato, la entidad junto con la empresa contratista, Parking, S.A., han pretendido crear rentas municipales, lo que a su juicio, es ilegal; puesto que esto le compete a aquél organismo (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

Para el análisis del cargo de ilegalidad en estudio conviene hacer referencia a la cláusula novena del contrato impugnado, la cual, en su parte pertinente expresa:

“CLÁUSULA NOVENA: RENTAS

EL MUNICIPIO y EL CONTRATISTA, acuerdan que las siguientes rentas son las que van a regir en el Municipio de David, en la ejecución del sistema de estacionómetros individuales, durante la vigencia del contrato de marras

APARCAMIENTO DE VEHÍCULOS: RENTA 1241-34 03.

Las tarifas a implementar durante los dos primeros años (2) años (sic) de la vigencia del Contrato quedarían así:

- En la colecta de estacionómetro la tarifa de cada treinta (30) minutos, se establecerá en TREINTA Y CINCO CENTAVOS (B/.0.35);
- En la colecta de estacionómetro, la tarifa por hora, se establecerá en SENTENTA CENTAVOS (B/.0.70).

Las tarifas a implantarse a partir del tercer (3) años al año diez (10) de la vigencia del Contrato quedarían así:

- En la colecta de estacionómetro la tarifa de cada treinta (30) minutos, se establecerá en cincuenta centavos (B/. 0.50=;
- En la colecta de estacionómetro, la tarifa por hora, se establecerá en un dólar (B/.1.00)

Las tarifas a implementar a partir de los once (11) años al veinte (20) de la vigencia del contrato quedarán así:

- En la colecta de estacionómetro, la tarifa de cada treinta (30) minutos se establecerá un dólar (B/.1.00);
- En la colecta de estacionómetro, la tarifa por hora, se establecerá en DOS DOLARES (B/.2.00).

MULTAS DE ESTACIONÓMETROS: RENTA 1260-0-01

...

ESTACIONAMIENTO PRIVADO O EXCLUSIVO: RENTA 1241-34-01

...

MULTAS POR MAL ESTACIONADO (SIC9 O ESTACIONAMIENTO SOBRE ACERA: RENTA 1260-01-05.

...

PERMISO DE ESTACIONAMIENTO POR AÑO: RENTA 1241-34-02

...” (Cfr. fojas 48 a 50 del expediente judicial).

En este orden de ideas, el numeral 2 del artículo 17, modificado por el artículo 4 de la Ley 52

de 12 de diciembre de 1984, que se aduce como infringido dispone:

“Artículo 17. Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

1...

2. Estudiar, **evaluar y aprobar el presupuesto de rentas y gastos municipales**, que comprenderá el programa de funcionamiento y el de inversiones municipales, que para cada ejercicio fiscal elabore el Alcalde con la colaboración del Ministerio de Planificación y Política Económica. El programa de inversiones municipales será consultado con las Juntas Comunales respectivas.” (La negrita es nuestra).

Una vez transcrito el contenido de la cláusula contractual y de la norma legal antes indicadas,

esta Procuraduría comparte el criterio expuesto por la accionante, en virtud que al revisar el

Acuerdo 8 de 30 de marzo de 2011 *“Por medio del cual se unifica sistemáticamente el Régimen*

Impositivo del Municipio de David", que fue modificado por el Acuerdo 30 de 17 de diciembre de 2012, se observa que si bien en el mismo se establece la siguiente renta:

"...

CODIGO 1.2.4.1
DERECHOS

1.2.4 Tasas y Derechos

...

1.2.4.1.34 Estacionamiento Público y Estacionometro

..." (La negrita es nuestra).

En este contexto, se observa que en la renta antes indicada sólo se hace referencia a "Estacionamiento Público y Estacionometros", y en la misma no se establecen subdivisiones como las que se disponen en la cláusula novena del acto acusado de ilegal.

En abono de lo expuesto, debemos precisar que en el Acuerdo 8 de 2011, antes indicado, la renta en referencia se identifica como: "1.2.4.1.34 Estacionamiento y Estacionómetros"; mientras que en el acto objeto de reparo se establecen los siguientes: "APARCAMIENTO DE VEHÍCULOS: **RENTA 1241-34-03**", "MULTAS DE ESTACIONÓMETROS: **RENTA: 1260-0-01**", "ESTACIONAMIENTO PRIVADO O EXCLUSIVO: **RENTA 1241-34-01**", de lo que se infiere, sin la menor duda, que hubo la adición de subrentas que no fueron contempladas por el Concejo Municipal, el cual es el único organismo que tiene la potestad de crear y aprobar rentas, mediante un Régimen Impositivo o Acuerdo Municipal; sin embargo, ello no ocurrió en el presente caso, por lo tanto, la cláusula novena, antes transcrita, deviene en ilegal.

2. Por otra parte, advertimos que la recurrente también aduce que el contrato acusado de ilegal, quebranta el artículo 70 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, debido a que el mismo debió contar con el concepto favorable del Consejo de Gabinete, en atención al hecho que el mismo supera los tres millones de balboas (B/.3,000.000.00) (Cfr. fojas 15-16 del expediente judicial).

Sobre el particular, el artículo 70 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, establece lo siguiente:

"Artículo 70. Firma del contrato.

El contratista tendrá un término no mayor de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución de adjudicación, para constituir la fianza de

cumplimiento. Una vez cumplido este requisito, el representante legal de la entidad contratante o a quien se delegue esta función procederá a formalizar el contrato, de acuerdo con el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes.

Salvo disposición legal contraria, todo contrato que celebren las entidades públicas a las que se les aplique esta Ley en forma supletoria, y cuya cuantía exceden de trescientos mil balboas (B/.300,000.00) sin sobrepasar los tres millones de balboas (B/.3,000,000.00) deberán contar con el concepto favorable del Consejo Económico Nacional. **Los contratos cuya cuantía excede de tres millones de balboas (B/.3,000.000.00) deberán contar con el concepto favorable del Consejo de Gabinete**, salvo lo dispuesto en los artículos 122 y 123 de la ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana.” (La negrita es nuestra).

En esa línea de pensamiento, debemos señalar que el artículo 1 del mencionado Texto Único es del tenor siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la Caja de Seguro Social, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

...

4. La prestación de servicios.

...” (La negrita es de este Despacho).

De la lectura de la norma reproducida se desprende claramente que los Municipios, en este caso el de David, en materia de contratación pública se **encuentran regidos bajo el amparo de la Ley 22 de 2006**, y como quiera que la entidad contratante celebró el Acto Público de la Licitación por Mejor Valor **2012-5-30-0-04-LV-000455**, que guarda relación con la presente causa, **con sustento en dicha normativa, tal como se aprecia en el Pliego de Cargos, que sirvió de base a la contratación en estudio; en consecuencia, dicho municipio no estaba obligado a someter el acto objeto de reparo, al concepto favorable del Consejo de Gabinete.** En efecto, la Cláusula 2.15 del Pliego de cargos establece:

“Cláusula 2.15. En la celebración del procedimiento de selección de contratista, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la **Ley N° 22 de Junio 27 de 2006**, reformada por la Ley 41 de 10 de julio de 2008 y la Ley 69 de 6 de noviembre de 2009, reglamentada por el Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006, Ley 12 de 19 de marzo de 2010, Ley 66 de octubre 26 de 2010 y demás normas complementarias, concordantes y disposiciones reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargo

...” (Lo resaltado es nuestro).

En abono de lo expuesto, en la parte inicial del referido Pliego de Cargos correspondiente a la Licitación por Mejor Valor en referencia, se estableció que:

“En el siguiente prefacio se encuentran los términos y definición comúnmente usados dentro de los documentos que conforman las condiciones mínimas del **presente proceso de Licitación por Mejor valor, en cumplimiento de la ley No. 22 del 27 de junio de 2007**, y demás disposiciones complementarias, salvo aclaración o modificación específica que se realice a este tipo de cargos...” (La negrita es nuestra).

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, **insistimos en que, en la situación en estudio, no era necesario el concepto favorable del Consejo de Gabinete; ya que Ley 22 de 2006 fue aplicada de manera principal y no de forma supletoria.**

3. Igualmente, la accionante expresa que el acto administrativo acusado de ilegal, vulnera el artículo 3 de la Ley 16 de 1992, modificada por la Ley 24 de 29 de abril de 1998; ya que como quiera que el Municipio de David, cedió o traspasó servicios públicos a un particular, debió ser sometido al Consejo de Gabinete para que autorizara la privatización mediante la modalidad de concesión administrativa, como lo establece la citada norma. Al respecto, referida disposición señala:

“Artículo 3. Corresponde al Consejo de Gabinete la declaratoria de privatización de bienes, empresas y actividades estatales, previo el estudio técnico pertinente. La declaratoria de privatización se hará de manera individual para cada empresa, bien o servicio por privatizar...”

En este contexto, conviene hacer referencia a la cláusula sexta del contrato impugnado, la cual reza de la siguiente manera:

“CLÁUSULA SEXTA. PLAZO DE EJECUCION, VALOR DE CONTRATO Y COSTO DE INVERSION.

PLAZO DE EJECUCIÓN: El presente contrato de **Concesión Administrativa**, tendrá un término de ejecución de Veinte (20) años, contados a partir de la fecha de suscripción de la orden de proceder o Acta de inicio por parte del Municipio de David, previo refrendo de la Contraloría General de la República de Panamá. Este plazo inicial podrá ser ampliado por necesidades del servicio y previo acuerdo entre las partes, y dicha prórroga debe ser solicitada por el contratista un año antes de su vencimiento, del mismo modo, no será obligatorio para el Municipio convenir en la prórroga de los contratos de concesión en los mismos términos y condiciones previstos en el contrato original...” (Lo resaltado es nuestro).

Visto lo anterior, se tiene que si bien es cierto que la concesión administrativa es una modalidad de privatización según lo señala el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 16 de 1992, reformada

por la Ley 24 de 29 de abril de 1998, no lo es menos, que **esa excerpta legal no es aplicable al caso en estudio; toda vez que el artículo 44 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, dispone expresamente lo siguiente:**

“Artículo 44. Contratación de concesiones. Cuando el procedimiento de selección de contratista para concesión administrativa sea de licitación por mejor valor, las entidades contratantes definirán en el respectivo pliego de cargos los rangos y porcentajes de los aspectos a evaluar.

Los actos públicos que para concesiones administrativas estén en etapa precontractual deberán ajustarse a la presente disposición legal.”

De la lectura de la anterior norma, la cual, como hemos visto resulta aplicable al contrato bajo estudio, **de manera principal**, en atención a lo indicado en el Pliego de Cargos, se desprende que luego de celebrar el acto público correspondiente, el Municipio de David no requería alguna declaración adicional, fuera de las autorizaciones que les corresponde emitir, según las competencias municipales que le son propias.

4. La abogada de la accionante indica que el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013 de 3 de marzo de 2013, acusado de ilegal, quebrantó el artículo 114 del Texto Único de la Ley 22 de 2006; puesto que en el numeral 7 de la cláusula segunda se estableció que para que la entidad contratante pueda ejercer el rescate administrativo, debe existir una sentencia en firme emanada de un Tribunal de Justicia, lo que, en su opinión, contraviene la citada disposición (Cfr. fojas 17-18 del expediente judicial).

En efecto, el artículo 114 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, en su parte pertinente, es del tenor siguiente:

“Artículo 114. Rescate Administrativo. Cuando se trate de contratos de concesión, la entidad contratante está facultada, por razones de interés público, para ordenar el rescate administrativo de los bienes y las obras dados en concesión, previa autorización del Consejo de Gabinete...” (Lo destacado es nuestro).

Por su parte, el numeral 7 de la cláusula segunda del contrato impugnado expresa lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA: DERECHOS DEL CONTRATISTA.

De acuerdo a lo dispuesto en el presente contrato, los acuerdos municipales y las demás leyes y reglamentos vigentes, EL CONTRATISTA tendrá, durante la vigencia del presente contrato, los siguientes derechos:

...

7. Derecho a recibir una adecuada indemnización en caso de rescate administrativo pagado por EL MUNICIPIO, previa sentencia en firme del Tribunal de Justicia pertinente.

...” (La negrita es de esta Procuraduría).

De la lectura de la disposición contractual y legal antes indicada se desprende con claridad que para que opere el rescate administrativo y la indemnización, según lo dispuesto en el artículo 114 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, sólo se requiere a la aprobación del Consejo de Gabinete para proceder en tal sentido y no una sentencia en firme emitida por un Tribunal de Justicia como establece la mencionada cláusula, **de allí que es evidente que ésta no fue redactada conforme a Derecho y, por lo tanto, es ilegal.**

5. La demandante indica que el Contrato de Concesión Administrativa 011-2013, quebranta el artículo 77 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, porque se estableció en la cláusula décimo cuarta (último inciso); y en la décimo octava que para modificarlo se requiere del consentimiento de ambas partes; no obstante, a juicio de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí, la entidad contratante; es decir, el Municipio de David, puede en base al interés público, variarlo sin estar supeditado al común acuerdo de las partes (Cfr. fojas 19 y 23-24 del expediente judicial).

Para el análisis de este cargo de infracción debemos reiterar lo dicho anteriormente en el sentido que de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, el **referido cuerpo normativo resulta aplicable a los municipios**; ámbito de aplicación que se corrobora en la ya cita **cláusula 2.15 del Pliego de Cargos** que sirvió de base para la Licitación por Mejor Valor relativa al Acto Público 2012-5-30-0-04-LV-000455

En este sentido el artículo 77 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, indica lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 77. Reglas para modificaciones y adiciones al contrato en base al interés público.

Para hacer modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público, se atenderán las siguientes reglas:

...” (La negrita es de esta Procuraduría).

En este contexto, en el último inciso de la cláusula décima cuarta del contrato impugnado se expresa lo siguiente:

“CLAUSULA DÉCIMO CUARTA: LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, MODIFICACIÓN Y TÉRMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

El presente Contrato de Concesión Administrativa, sólo podrá ser modificado por común acuerdo entre las partes, de conformidad con lo establecido en la ley y sus normas reglamentarias, en especial lo estipulado en el artículo 68 de la Ley 22 de 27 de Junio de 2006”. (Lo resaltado es nuestro).

En relación con lo anterior, la cláusula décima octava del acto impugnado es del tenor siguiente:

“CLAUSULA DÉCIMO OCTAVA: MODIFICACIONES AL CONTRATO.

El presente contrato sólo podrá ser modificado de común acuerdo entre las partes, de acuerdo con lo establecido en la ley y sus normas reglamentarias, en especial lo estipulado en el artículo 68 de la ley 22 de 27 de Junio de 2006.”

En el contexto descrito resulta de importancia aclarar que si bien la legislación panameña permite que las partes pueden incluir cláusulas para la modificación, interpretación y terminación de los contratos e invocarlas siempre y cuando estén debidamente pactadas, **no podemos perder de vista que el numeral 2 del artículo 72 del Texto Único de la Ley 22 de 2006,** faculta al Estado a pactar cláusulas exorbitantes, al expresar lo siguiente:

“Artículo 72. Medios para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, la entidad contratante tendrá las siguientes potestades:

...

2. Pactar las cláusulas excepcionales al Derecho Común de terminación, interpretación y modificación unilateral del contrato.

...” (Lo resaltado es nuestro).

En relación con lo anterior, es decir, con la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes por parte del Estado, resulta oportuno traer a colación lo señalado por el autor Miguel González Rodríguez, quien al referirse a las mismas precisó:

"No son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la administración ..., relacionadas con la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales relativas a dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, modificación unilateral y extinción ..., **y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la administración como gestora del interés público; por ello, por lo general, no necesitan estar pactadas expresamente, y se toman por medio de actos administrativos que gozan tanto del privilegio de la ejecutividad como de la ejecutoriedad,** sin perjuicio

de que sobre ellos se ejerza un control de legalidad por el juez administrativo". (GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, La Contratación Administrativa en Colombia - Doctrina y Jurisprudencia, 1ª ed., Librería Jurídica Wilches, Colombia, 1990, p. 8, 12 y 13) (La negrita es de este Despacho).

Luego de efectuadas las anteriores precisiones contractuales, legales y doctrinales, podemos concluir que las cláusulas décimo cuarta (último inciso) y la décimo octava, anteriormente transcritas, son violatorias del artículo 77 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, debido a que al establecer que el contrato sólo podría modificarse según el acuerdo de las partes, dejaron de reconocer que, según el artículo 77 antes indicado, el Estado en **atención al interés público, tiene la potestad de incluir cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos para la terminar unilateralmente de los mismos.**

6. La accionante también alega la violación del artículo 1 (numeral 11) de la Ley 6 de 2002; debido a que en la cláusula décimo sexta del acto acusado de ilegal, se dispuso que el Municipio de David podrá dar información que soliciten las autoridades; sin embargo, a juicio de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí, debe prevalecer el principio de publicidad contemplado en la referida disposición (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Sobre el particular, la cláusula décimo sexta en su parte pertinente es del tenor siguiente:

“CLAÚSULA DECIMO SEXTA. CONFIDENCIALIDAD.

...

Las partes acuerdan que cuando las circunstancias de investigación fiscal, disciplinaria y penal, que adelanten los Órganos de control del Estado, ante el Municipio de David, así lo justifiquen, previa instrucción de EL MUNICIPIO, se podrá dar la información que solicitan las autoridades que adelantan las correspondientes investigaciones.”

Por su parte, el artículo 1 (numeral 11) de la Ley 6 de 2002, dispone:

“Artículo 1. Para efectos de la aplicación e interpretación de esta Ley, los siguientes términos se definen así:

...

11. Principio de publicidad. Toda la información que emana de la administración pública es de carácter público, por lo cual el Estado deberá garantizar una organización interna que sistematice la información, para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y/o de Internet.”

En relación con esta infracción, esta Procuraduría comparte el argumento de la actora y considera importante destacar que tal como se explica en la norma citada en el párrafo que antecede,

el principio de publicidad implica que toda la información que emana de la Administración Pública, salvo las excepciones establecidas en la ley, es de carácter público y el Estado debe divulgarla a través de los diferentes medios de comunicación social y/o internet, motivo por el cual la cláusula décimo sexta del contrato objeto de la acción en estudio, es ilegal; ya que la entidad demandada; es decir, **el Municipio de David no puede tener la facultad discrecional de dar a conocer o no la información relacionada al contrato impugnado**, tal como se establece en la referida disposición contractual.

En abono de lo expuesto, la necesidad de publicidad antes indicada cobra mayor relevancia en la situación en estudio de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 14 (numeral 8) de la ley 6 de 2002, los cuales son del siguiente tenor:

“Artículo 10. El Estado informará a quien lo requiera sobre lo siguiente:

1. El funcionamiento de la institución, decisiones adoptadas y la información relativa a todos los proyectos que se manejen en la institución.

...

4. **Actos públicos relativos a las contrataciones públicas desarrolladas por la institución.**

...”

“Artículo 14....

Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

...

8. Las actas, notas, archivos y otros registros o constancias de las discusiones o actividades del Consejo de Gabinete, del Presidente o Vicepresidentes de la República, **con excepción de aquellas correspondientes a discusiones o actividades relacionadas con las aprobaciones de los contratos.**

...”

De todo lo anterior se desprende que en la situación bajo análisis, no puede **ser una facultad discrecional del Municipio de David**, divulgar la información relativa a la contratación celebrada por el Municipio de David con la empresa Parking S.A., como se desprende de la cláusula décimo sexta del referido contrato.

7. La demandante señala que el acto acusado de ilegal, quebranta el artículo 82 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, debido a que en la cláusula vigésima tercera se dispone que el mismo “será prorrogable, de común acuerdo entre las partes” y en opinión de la Cámara de

Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí, esa frase obliga al Municipio de David a prorrogar el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013.

Al respecto, la cláusula en referencia dispone lo siguiente:

“CLAÚSULA VIGESIMA TERCERA: PRORROGA.

Este contrato a su término será prorrogable, de común **acuerdo entre las partes**, conforme lo establece la cláusula sexta del presente contrato.

En este contexto, el artículo 82 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 dispone:

“Artículo 82. Plazo máximo de los contratos.

Las contrataciones con el Estado se otorgarán por un plazo máximo de veinte años y **podrán ser prorrogadas a solicitud del contratista** por un plazo que no exceda al señalado originalmente en el contrato. Para tal efecto, el contratista deberá solicitar dicha prórroga un año antes de su vencimiento...”

Por su parte, el artículo 109 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, expresa:

“Artículo 109. Prórroga. Corresponde a las entidades contratantes aprobar o negar las solicitudes de prórroga que soliciten los contratistas... La facultad para otorgar las prórrogas de un contrato u orden de compra, así como para establecer el término de la prórroga es de la entidad contratante...”
(La negrita es nuestra).

De lo expuesto en las normas con rango legal antes transcritas, se colige que acceder o no a la solicitud prórroga que solicite la empresa contratista, **es una potestad exclusiva de la entidad contratante, y no una decisión que conlleve el común acuerdo de las partes como se dispuso en la cláusula vigésima tercera del Contrato de Concesión Administrativa 011-2013, objeto de controversia**, motivo por el cual somos del criterio que se infringió el artículo 82 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.

8. La actora estima que el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013, vulnera el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, porque no existe equivalencia entre las obligaciones y contraprestaciones pactadas; ya que al Municipio de David se le imponen topes de ganancias, mientras que a la empresa Parking, S.A., se le garantizan tasas progresivas durante los veinte (20) años que dura el acto administrativo objeto de reparo, sin establecer una cifra de retorno de la inversión. Agrega, que en los contratos administrativos, incluyendo los de concesión administrativa deben pactarse e interpretarse bajo los presupuestos que caracterizan a los contratos conmutativos, y que la entidad contratante celebró el acto objeto

de reparo, sin tomar en cuenta los intereses de los contribuyentes del mencionado municipio (Cfr. fojas 25-27 del expediente judicial).

Esta Procuraduría disiente del argumento expuesto por la **Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí**; ya que si bien es cierto que el valor del contrato es por la suma de tres millones cincuenta mil balboas (B/.3,050,000.00), no podemos perder de vista que la inversión mínima que debía realizar la empresa Parking, S.A., para la ejecución del mismo ascendía a la suma seiscientos dieciocho mil seiscientos noventa balboas (B/.618,690.00).

De igual manera, debemos destacar que la cláusula séptima del contrato acusado de ilegal, contempla la retribución a la que está obligada la mencionada empresa para con el Municipio de David, misma que se encuentra dividida por cada año hasta que venza el plazo de la concesión. La cláusula en referencia, expresa en su parte pertinente lo siguiente:

“CLÁUSULA SÉPTIMA: RETRIBUCIÓN POR SERVICIO PRESTADO.

En atención a la concesión administrativa establecida en el presente contrato, **EL CONTRATISTA, reconocerá a EL MUNICIPIO, la siguiente retribución por el servicio público prestado, conforme a la siguiente escala:**

AÑO	ESTIMADO
1	105,000.00
2	110,000.00
3	115,000.00
4	120,000.00
5	125,000.00
6	130,000.00
7	135,000.00
8	140,000.00
9	145,000.00
10	150,000.00
11	155,000.00
12	160,000.00
13	165,000.00
14	170,000.00
15	175,000.00
16	180,000.00
17	185,000.00
18	190,000.00
19	195,000.00
20	200,000.00”

En atención lo expuesto, estimamos que no se infringió el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 2006; **puesto que queda claro que el contrato impugnado, contrario a lo expresado**

por la sociedad recurrente, contiene obligaciones y derechos conmutativos para las partes y quedó plenamente establecido que la empresa contratista está obligada a pagarle al Municipio de David, en razón del servicio prestado (Cfr. fojas 46-48 del expediente judicial).

Sin embargo, en relación con lo anteriormente expuesto debemos precisar que el mecanismo de recaudo que aplicaría la empresa Parking, S.A., depende de la Cláusula Novena del contrato impugnado, y, en tal sentido, **en líneas previas hemos sostenido que dicha cláusula ilegal**. Por lo tanto, consideramos que éste es un aspecto importante que debe considerar el Tribunal al efectuar su análisis.

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 1143 del Código Civil, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados **se sirvan declarar que SON NULAS, POR ILEGALES, las Cláusulas Segunda, Novena, Décimo Tercera, el último inciso de la Décimo cuarta, Décimo Sexta, Décimo Octava y Vigésima Tercera del Contrato de Concesión Administrativa 001-2013 de 3 de marzo de 2013**, celebrado entre el Municipio de David y la empresa Parking, S.A.

IV. Pruebas. Se **aduce** como prueba de este Despacho, la copia autenticada del expediente que contiene todo lo relacionado con el Contrato de Concesión Administrativa 001-2013 de 3 de marzo de 2013, que reposa en la Secretaría de la Sala Tercera.

V. Derecho. Se acepta el invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General