



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 25 de abril de 2023
Nota C-053-23

Licenciado
Jorge Luis Rothery
Administrador Encargado
Agencia del Área Económica Especial Panamá-Pacífico
Ciudad.

Ref: Formalidad legal para la aplicación del Equilibrio Contractual pactado en la cláusula 14 del Contrato de Concesión No. 005-13 celebrado entre la Agencia Panamá-Pacífico y, la empresa concesionaria, Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.

Señor Director Encargado:

Por este medio damos respuesta a su Nota No. APP/ADM/AL/109-2023 de 16 de marzo de 2023, recibida el 23 del mismo mes, mediante la cual nos hace la siguiente consulta:

- “1. ¿Cómo se materializa la aplicación del equilibrio contractual estipulada en la cláusula 14 del Contrato de Concesión No. 005-13?
- a. ¿Se debe suscribir un acuerdo independiente fundamentado en la aplicación de la cláusula 14 del Contrato de Concesión No. 005-13, en donde este (sic) último forma parte del mismo?
- b. ¿Se debe suscribir una adenda al Contrato de Concesión No. 005-13 y desarrollar el acuerdo fundamentado en la aplicación de la cláusula 14 del Contrato de Concesión No. 005-13, sin modificar la cláusula 45 que estipula lo relacionado al pago del canon?
- c. ¿Se debe suscribir una adenda al Contrato de Concesión No. 005-13 y desarrollar el acuerdo fundamentado en la aplicación de la cláusula 14 del Contrato de Concesión No. 005-13, modificando la Cláusula 45 que estipula lo relacionado al canon?”

Sobre el particular, la opinión de la Procuraduría de la Administración es que el equilibrio contractual estipulado en la cláusula 14 del Contrato de Concesión No. 005-13 celebrado entre la Agencia Panamá-Pacífico y la concesionaria Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., se puede formalizar a través de **una adenda con la modificación de la cláusula 45 para establecer la disminución en concepto de canon de concesión**, durante el periodo en que el aeropuerto permaneció cerrado por motivo de salud pública (COVID 19).

La opinión anterior la fundamentamos en las consideraciones que señalamos a continuación:

- Las cláusulas 14 y 15 del Contrato de Concesión No. 005-13 al que nos referimos, estipulan lo siguiente:

“CLÁUSULA 14: Modificación del contrato para mantener el equilibrio contractual.

EL CONCESIONARIO tendrá derecho a que se restablezca el equilibrio económico financiero del presente contrato cuando las condiciones existentes al momento de la celebración del contrato, se alteren durante su vigencia, por hechos extraordinarios o imprevisibles.

En este sentido, durante la vigencia del contrato, se podrán pactar cláusulas y condiciones encaminadas a mantener el equilibrio existente al momento de celebrar este contrato.” (Subraya el Despacho).

“CLÁUSULA 15: Causa mayor o Caso Fortuito que afecten el desarrollo de la concesión.

Salvo que se estipule en este contrato, ninguna de LAS PARTES será responsable por falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en la medida y por el periodo que le sea imposible a la parte afectada cumplirlas, como resultado del acontecimiento de un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito. La parte que alegue Fuerza Mayor o Caso Fortuito notificará a la otra parte por escrito, sobre: (a) el acontecimiento del evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito; (b) la fecha a partir de la cual el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito dejó de posibilitar el cumplimiento de las obligaciones de dicha parte conforme al presente contrato. En ambos casos, la notificación debe hacerse a la brevedad posible pero en ningún caso deberá realizarse después de diez (10) días calendario posteriores a la fecha en que dicha parte tuvo conocimiento del acontecimiento de los eventos descritos anteriormente. En caso de que cualquiera de las partes dejase de notificar y hacer entrega de la notificación a que se refiere la presente cláusula, la otra parte, dentro del periodo estipulado dicha parte perderá su derecho de reclamar dicho evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, como causal justificada para el cumplimiento conforme al presente contrato.”(Subraya el Despacho).

La cláusula 14 ut supra, se refiere a la modificación del contrato para mantener el equilibrio contractual, por hechos extraordinarios e imprevisibles, mientras que la cláusula 15 establece el momento en que la empresa concesionaria, Aeropuerto Internacional de Tocumen, debe hacer la notificación sobre la ocurrencia del hecho, la que debió haber sido hecha a la mayor brevedad posible, pero en ningún caso después de los diez (10) días.

Así pues, estimamos que la empresa concesionaria Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., notificó a la Agencia Panamá-Pacífico que el hecho acaecido (cierre del Aeropuerto por disposición legal de la autoridad competente), dentro el plazo indicado, es decir, no mayor de diez (10) días desde la fecha en que se abrieron los aeropuertos, y si esto fue así, lo que corresponde señalar ahora, es si el equilibrio económico (el pago proporcional del canon por concesión) debe darse por medio de una adenda al contrato, o un acuerdo independiente entre las partes.

Al respecto, la cláusula 45 del contrato señala el monto del canon de la concesión que debe pagar la empresa concesionaria, o sea, el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., a la Agencia Panamá-Pacífico, así:

“CLÁUSULA 45: Canon de la Concesión

EL CONCESIONARIO pagará a **LA AGENCIA** la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL BALBOAS (B/ 1,500,000.00)** anuales, durante los primeros tres años de la concesión; el cuarto año de la concesión la suma **de DOS MILLONES DE BALBOAS (B/ 2,000,000.00)**, más el veinte (20%) por ciento de los ingresos brutos que se obtengan por encima de **los DIEZ MILLONES DE BALBOAS (B/ 10,000,000.00)** y el quinto año de la concesión, la suma de **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL BALBOAS (B/ 2,500,000.00)** más el 20% de los ingresos brutos que se generen por encima de los **DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL BALBOAS (B/ 12,500,000.00)**.

Sin embargo, las partes acuerdan que cada cinco (5) años, con la revisión quinquenal del Plan de Inversiones y dependiendo de la evolución del negocio aeroportuario y demás condiciones económicas del entorno, se podrán fijar nuevos cánones mínimos de común acuerdo.

... el canon fijo se dividirá también en dos partes iguales y será pagado dentro de los primeros cinco días del mes de junio y de octubre de cada año.
...”

Tomando en consideración que el contrato fue refrendado el día 23 de agosto de 2013, el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., debió pagar a la Agencia Panamá-Pacífico en concepto de canon durante el año 2020, la suma de **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL BALBOAS (B/ 2, 500,000.00)** más el 20% de los ingresos brutos que se generaron por encima de los **DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL BALBOAS (B/ 12,500,000.00)**, si hubo tales ingresos, que debieron ser pagados en dos pagos iguales dentro de los primeros cinco días de los meses de junio y de octubre, del año 2020.

En vista que el Aeropuerto Internacional Panamá-Pacífico, estuvo cerrado por disposición expresa de la Autoridad Aeronáutica Civil (*hecho producido por el hombre*), dio motivo al concesionario a invocar, dentro del término establecido en la cláusula 15 del Contrato de Concesión, la cláusula 14 del mismo, ya que durante ese periodo no pudo utilizar el aeropuerto, lo que le impidió cumplir con algunas de las obligaciones estipuladas en la cláusula 20 del contrato, entre ellas la de pagar el canon de concesión pactado en la cláusula 45 del mismo convenio.

Sobre el particular, es importante mencionar que este principio, el de equilibrio contractual o ecuación contractual como también lo denomina la doctrina, se encontraba consignado en el artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, que se encontraba vigente para la fecha en que se suscribió el Contrato No. 005-13, y decía así:

“Artículo 21. Equilibrio contractual. En los contratos públicos de duración prolongada, se podrá 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 alteren por hechos extraordinarios e imprevistos, se pueda modificar para mantener el equilibrio.

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

*El equilibrio contractual al que se refiere este artículo no comprenderá, en ningún caso, la modificación de las cláusulas del contrato celebrado con el Estado para conseguir la equiparación de las condiciones y los términos de la contratación. En consecuencia, queda eliminada de toda forma de equiparación para garantizar la competitividad y el desarrollo de obras y actividades, así como la prestación de servicios a través de normas uniforme, clara y transparente en concordancia con el equilibrio contractual.
...” (Las cursivas son nuestras).*

Cabe señalar que hoy día, este principio se encuentra recogido en el artículo 34 del actual Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que, con leves variantes, reproduce el artículo 21 del Texto Único ordenado por la Ley 48 de 2011, principio este al que alude la autora chilena Verónica López Díaz cuando dice que “el *principio de equilibrio contractual* puede definirse como aquel en virtud del cual las desproporciones significativamente importantes acaecidas durante la conclusión del contrato (*equilibrio inicial u originario*) o durante su ejecución (*equilibrio funcional o sobrevenido*) deben ser corregidas y sancionadas¹.

Por otra parte, la Sentencia del 11 de marzo de 2019, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dijo lo siguiente:

“[...] consideramos pertinente traer a colación la definición del principio del equilibrio económico o financiero del contrato, que nos ofrece el jurista colombiano Libardo Rodríguez, en su obra ‘El Equilibrio Económico de los Contratos Administrativos, quien cita a Miguel Marienhoff así:

¹LOPEZ DIAZ, Verónica, “El Principio de Equilibrio Contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno Derecho de las Obligaciones en la dogmática nacional, en el sitio web <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200004>.

‘El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia – igualdad).’ (RODRIGUEZ R., Libardo. El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos. Editorial Temis. Segunda Edición. Página 9).

Asimismo el referido jurista Rodríguez estima que ‘el principio del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca.’ (Ibid. Página 11)”

En este sentido, mediante el Decreto Ejecutivo 244 de 19 de marzo de 2020, el Órgano Ejecutivo ordenó la suspensión de todos los vuelos internacionales de Aviación Comercial de Pasajeros y de Aviación General de Pasajeros, por razón de salud pública (COVID-19), suspensión que se dio por casi siete meses hasta el 12 de octubre del 2020.

Ahora bien, si el Aeropuerto Internacional Panamá-Pacífico, ubicado en el Área Económica Especial Panamá-Pacífico, estuvo cerrado por casi siete meses, es lógico que el concesionario, Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., no pudo cumplir con pagar en forma completa el canon de concesión estipulado en la cláusula 14, por lo que si el reclamo se hizo dentro del plazo estipulado en la cláusula contractual o la Agencia Panamá-Pacífico desea reconocerle el derecho, esto se podría hacer **mediante una adenda para la modificación de la cláusula 45 con el fin de establecer la disminución en concepto de canon de concesión.**

La Ley 22 de 2006 mantiene una serie de reglas para la modificación de los contratos², toda vez que durante la ejecución de los mismos pueden suscitarse situaciones que podrían afectar el normal desarrollo de éstos, produciéndose en ocasiones un desequilibrio económico, que generalmente puede acarrear afectaciones económicas para las partes.

Si bien nos encontramos ante un contrato de concesión celebrado entre la Agencia Panamá Pacífico y el Aeropuerto Internacional de Tocumen, podemos observar que en la parte final del artículo 21 de la Ley 22 de 2006, vigente al momento de la contratación, referente al equilibrio contractual, se establece que la modificación se realizará a través de una adenda. La citada norma señala que:

“...En los contratos de obra, suministro de artículos de construcción o llave en mano, cuando por hechos o circunstancias posteriores a la celebración del contrato que no hayan podido preverse en ese momento o por causa de fuerza mayor o caso fortuito... **a efectos de permitir la correspondiente adenda.**” (El énfasis suplido es nuestro.)

² Artículo 77 de la Ley 22 de 2006. (Actual artículo 98 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020.)

Por las razones antes señaladas la Procuraduría de la Administración reitera su opinión en el sentido que el equilibrio contractual estipulado en la cláusula 14 del Contrato de Concesión No. 005-13 celebrado entre la Agencia Panamá-Pacífico y el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., se puede formalizar a través de la tercera de las opciones planteadas, es decir, mediante **una adenda con la modificación de la cláusula 45 para establecer la disminución en concepto de canon de concesión, misma que deberá ser refrendada por la Contraloría General de la República.**

De esta forma damos respuesta a su consulta, señalándole que la misma no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que determine una posición vinculante de la Procuraduría de la Administración.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/gac
C-041-23

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**