



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 4 de diciembre de 2009.
C-145-09.

Licenciado
Publio Cortés C.
Director de Catastro
Ministerio de Economía y Finanzas
E. S. D.

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de dar respuesta a las interrogantes que plantea a esta Procuraduría en torno a la viabilidad de celebrar una addenda sobre un contrato de concesión de un área de ribera de playa que contiene una cláusula de prórroga automática.

En relación con el tema objeto de su consulta, estimo pertinente señalar que el numeral 1 del artículo 258 de la Constitución Política de la República señala que pertenecen al Estado, son de uso público y, por tanto, no pueden ser objeto de apropiación privada, el mar territorial, las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Al tenor del citado precepto constitucional, todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la ley.

Dicho precepto constitucional fue desarrollado por la ley 35 de 1963 y mediante la modificación que le introdujera la ley 36 de 1995 se le adicionó a su artículo 1 el numeral 4, que otorga al Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, la facultad de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, que permitan la ocupación de playas, para cualquier uso cuya concesión no le corresponda a otra entidad pública. No obstante, al tramitar las solicitudes de concesión, de acuerdo con su naturaleza, dicha entidad ministerial consultará lo pertinente con la Autoridad Nacional del Ambiente o con otras entidades públicas, y los contratos que al efecto se celebren deberán ser firmados por el Ministro de Economía y Finanzas y refrendados por el Contralor General de la República.

Al reglamentar la norma legal antes citada, el decreto ejecutivo 58 de 3 de abril de 1964, como quedó modificado por el decreto 70 de 26 de abril de 1968 y por el decreto 3 de 12 de enero de 1983, establece una serie de trámites que el peticionario debe seguir para elevar la solicitud de la concesión, en la cual se debe especificar la ubicación, medidas, linderos, superficie y demás datos distintivos del lote de playa cuya concesión se pide al Estado.

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

El caso particular que nos ocupa, se trata del contrato de concesión 171 de 12 de agosto de 1996, celebrado entre el Ministro de Hacienda y Tesoro, en nombre y representación de la Nación, y la sociedad Rakelse, S.A., para ocupar un área de ribera de playa, ubicada en Punta Paitilla, corregimiento de San Francisco, distrito y provincia de Panamá; contrato este que tal como se desprende del contenido de su nota, ha sido incumplido por dicha sociedad al variar su objeto y extender los linderos y la superficie autorizada y aprobada en la cláusula primera del mismo.

Resulta importante anotar para efectos del análisis que nos ocupa, que de acuerdo con la cláusula segunda del referido contrato, la superficie dada en concesión se destinaría para construir una muralla para seguridad frente a la erosión en el área y para fines recreativos o de arborización, para lo cual la concesionaria podía hacer uso del área con las limitaciones establecidas en el artículo segundo de la resolución 124-94 de 18 de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Vivienda (vigente a la firma del contrato), que establecía que estaban prohibidas las construcciones que obstruyeran la vista de la bahía de Panamá, y que cualquier mejora y/o edificación que se realizara debería sujetarse a este concepto. Igualmente la concesionaria se obliga a pagar a la Nación, en concepto de canon mensual, la suma de B/.155.59, indicándose en la cláusula tercera que si el plazo del contrato fuera prorrogado, en el documento que autorice su extensión se ajustará el canon sobre la base del factor de inflación correspondiente.

Tal como se lee en la cláusula cuarta del contrato éste tendrá un término de diez años, el cual empezó a regir a partir de su refrendo. Asimismo, se establece en dicha cláusula la prórroga automática de la relación así como las condiciones para que esto se cumpla. La cláusula a la letra dice lo siguiente:

“CUARTA. El presente contrato de concesión tendrá un término de duración de diez años prorrogables, el cual empezará a regir a partir del refrendo por parte de la Contraloría General de la República. El contrato se entenderá prorrogado por igual término, si a un año de su vencimiento o por el vencimiento de las prorrogas, una de las partes no comunica por escrito a la otra su deseo de darlo por terminado”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional reconocen que todas las actuaciones del Estado o de la Administración en el ejercicio de sus funciones públicas, debe darse con apego al principio de buena fe, que permite al administrado actuar de determinada forma frente a la Administración, en la confianza que ésta, a su vez, lo hará conforme a la Constitución y a la Ley, garantizando efectivamente sus derechos.

Esta línea jurisprudencial ha sido sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos, entre los cuales es preciso citar las sentencias de 13 de junio de

1991, 26 de agosto de 1996, 21 de junio de 2000, 18 de mayo de 2001, 23 de julio de 2000, 31 de mayo de 2004, 30 de noviembre de 2005 y 23 de marzo de 2006.

En este sentido, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de octubre de 2004 señaló lo siguiente:

“

Ante la existencia de un Contrato de Concesión cuya validez legal no ha sido impugnada, y que permite la opción de compra en las condiciones que hemos examinado, la Sala conceptúa que el Estado Panameño está en la obligación de honrar el compromiso contractual. **Recordemos que el artículo 976 del Código Civil señala que los obligaciones que nacen de los contratos son “ley entre las partes.”**

El Código Civil también es determinante cuando señala que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (Art. 1107), y que los contratos son obligatorios si en ellos concurren las condiciones esenciales de validez (Art. 1129).

Aplicar lo dicho al caso que nos ocupa, significa que el referido contrato de concesión no puede ser desconocido por la Administración, pues ocasionaría gravísimas consecuencias en detrimento del contratista HOTELES DECAMERON S.A., y una violación del principio de la buena fe contractual previsto por el artículo 1109 del Código Civil, aplicable en el Derecho Administrativo, siguiendo la orientación de reputada doctrina jus-administrativista.

Por ende, al ser el contrato de concesión ley entre las partes, principio que no es ajeno ni excluye su aplicación al Estado y sus dependencias, dicho contrato debe cumplirse a tenor de sus cláusulas, ninguna de las cuales ha sido declarada ilegal por el ente jurisdiccional competente. De allí, que debe procederse al refrendo de los contratos de compraventa con HOTELES DECAMERON S.A.” (el resaltado es nuestro)

En el campo doctrinal, el autor Jesús González Pérez nos señala que la aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado tener “...Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida, ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía

esperar. ... Confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y Administrado, aquella no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones.” (González Pérez, Jesús. El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, S.A., segunda edición, Madrid, España, 1989, pág. 69, citado en sentencia de 26 de agosto de 1996, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia)

Este principio de la “buena fe” en materia de contratación constituye la base de un principio general de Derecho, tal como lo indica Arturo Solarte Rodríguez en su obra La Buena Fe Contractual y Deberes Secundarios de Conducta, cuando expresa: “en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte”. Finalmente, señala el autor, “la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas”.

Analizado el tema objeto de su consulta a la luz de nuestro derecho positivo, de la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, este Despacho es del criterio que las estipulaciones contenidas en el contrato celebrado entre el Estado y la sociedad RAKELSE, S.A., tienen el carácter de ley entre las partes y, por ende, las vinculan y son de obligatorio cumplimiento **para ambas**, de ahí que el mismo se debe entender prorrogado por igual término, pues, pasado un año de su vencimiento, ninguna de las partes comunicó por escrito a la otra su deseo de darlo por terminado, tal como se dispone en la cláusula cuarta del contrato.

No obstante, es importante destacar que la cláusula séptima del contrato así mismo establece que la Nación se reserva el derecho de resolver administrativamente el mencionado contrato de concesión por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 68 del Código Fiscal, vigente al momento del refrendo del contrato, como también por las siguientes causales:

1. La falta de pago por parte de la concesionaria de dos mensualidades consecutivas.
2. **Cuando la concesionaria por alguna circunstancia, destinare el área dada en concesión a propósitos distintos y diferentes a los contemplados en la cláusula segunda de este contrato.**
3. Acuerdo mutuo entre la Nación y la concesionaria.

Tal como se desprende del contenido de su nota N° 501-01-1531, la sociedad Rakelse, S.A, ha variado unilateralmente el objeto del contrato e igualmente extendió los linderos y la superficie otorgada y aprobada en la cláusula primera del contrato 171 de 12 de agosto de 1996, por lo que este Despacho considera que la existencia de tales hechos trae como

consecuencia que se haga inviable la suscripción de la addenda requerida por la empresa, puesto que, en todo caso, lo procedente sería que el Estado considerara la posibilidad de la resolución administrativa del contrato de conformidad con lo pactado en el numeral 2 de su cláusula séptima, ya citada.

Para finalizar, estimo pertinente adjuntar copia de la circular Núm 61-LEG-FJ.PREV de 4 de septiembre de 2007, emitida por la Contraloría General de la República, sobre las cláusulas en los acuerdos y/o convenios celebrados por las entidades del Estado, mediante la cual dicha entidad de control y fiscalización del patrimonio público advierte sobre la incorporación de cláusulas que posibiliten de manera expedita la prórroga automática de los instrumentos en cita, luego del vencimiento del plazo inicial pactado, o la simple prórroga de éstos, mediando únicamente el acuerdo entre suscriptores, sin la participación activa de la Contraloría General, como lo exige el artículo 48 de la ley 32 de 1984.

Hago propicia la ocasión para reiterarle los sentimientos de mi consideración y aprecio.

Atentamente,



Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/au.

