



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 20 de septiembre de 2016
C-100-16

Licenciada
Angélica Maytín Justiniani
Directora General
Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información
E. S. D.

Señora Directora General:

Me dirijo a usted, con el propósito de dar respuesta a la nota N°/ANTAI/DS/697/16 de 1 de septiembre de 2016, mediante la cual consulta la interpretación legal de la Procuraduría de la Administración, en cuanto a la obligatoriedad o no de observar alguna de las modalidades de participación ciudadana previstas en la Ley 6 de 22 de enero de 2006, en la aprobación de las tarifas de corredores, contenida en la Resolución de Gabinete N° 110 de 18 de agosto de 2016.

Para dar respuesta a la interrogante planteada, estimo que se debe proceder en primer lugar a establecer la naturaleza jurídica de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A., para determinar si la misma debe cumplir o no con la obligación de informar, a la que están sujetas las instituciones estatales, de conformidad con la Ley 6 de 2002.

El artículo 1 de la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010, que autoriza la creación de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. y su marco regulatorio, establece su creación como una sociedad anónima que se regirá por la Ley de Sociedades Anónimas, sujeta a las limitaciones y excepciones contenidas en el marco regulatorio establecido en esta Ley, en los reglamentos que se dicten en su desarrollo y en las normas del Código de Comercio aplicables a las sociedades anónimas; para lo cual, y de conformidad con el numeral 13 del artículo 159 de la Constitución Política, se autorizó al Órgano Ejecutivo para que se expida el pacto social de constitución y sus estatutos, mediante resolución de gabinete, en atención a los lineamientos establecidos en esta Ley.

El numeral 13 del artículo 159 de la Constitución Política es del siguiente tenor:

“Artículo 159. La función legislativa, es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declaradas en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

...

13. Organizar los servicios públicos establecidos en esta Constitución; expedir o autorizar la expedición del pacto Social y los estatutos de las sociedades de economía mixta y las Leyes orgánicas de las empresas industriales o comerciales del Estado, así como dictar las normas correspondientes a las carreras previstas en el Título XI.

...”.

Consecuente con esta disposición legal, mediante Resolución de Gabinete 207 de 16 de noviembre de 2010, se autorizó la constitución e inscripción del Pacto Social de la Sociedad “Empresa Nacional de Autopistas, S.A. (ENA), como una sociedad anónima de conformidad con la Ley 32 de 1927, las disposiciones de la Ley 76 de 2010 y el Código de Comercio.

Si bien la constitución de la Empresa Nacional de Autopistas, como sociedad anónima la coloca dentro del ámbito del Código de Comercio, en sus relaciones con terceros, a juicio de este Despacho, ello no cambia su naturaleza pública, que se deriva del hecho que la totalidad de sus acciones corresponden al Estado y permanecen bajo custodia del Ministerio de Economía y Finanzas de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 76 de 2010. Igualmente, la cláusula novena de su Pacto Social, dispone que el manejo, dirección y administración de la misma está a cargo de una junta directiva, la cual estará compuesta de 7 directores con sus respectivos suplentes, según lo establece el artículo 7 de dicha ley, los cuales tendrán que ser ratificados por la Asamblea Nacional, salvo el Ministro de Obras Públicas que será su presidente y representante legal. De acuerdo con la ley y conforme lo prevé el numeral 4 del artículo 161 de la Constitución Política (desarrollado por la Ley 3 de 1987), deben someterse **previamente** a la consideración de la Asamblea Nacional para su ratificación, de igual manera que su gerente general.

Aunado a lo anterior, de conformidad con lo que dispone el artículo 8 de la Ley 76 de 2010, y la cláusula décimo quinta del pacto social, el Gerente General y el Auditor Interno están obligados a presentar declaración jurada de sus bienes ante un Notario Público, cuya copia será remitida a la Contraloría General de la República, indicando que su no cumplimiento será sancionado con destitución del cargo.

Otra clara indicación de la naturaleza pública de la Empresa Nacional de Autopista, S.A, se encuentra establecida en el artículo 21 de la citada Ley 76, que establece que “tendrá autonomía financiera, patrimonio propio y derecho de administrarlo. En consecuencia, ejercerá libremente la facultad de recibir, custodiar y asignar sus recursos financieros y podrá depositar sus fondos en bancos privados u oficiales. La ENA administrará sus fondos, de manera separada **sin perjuicio del control y fiscalización de la Contraloría General de la República**, tanto los generados por su gestión, como los provenientes de su financiamiento, para desarrollar los programas anuales de inversión, adquisición, expansión, funcionamiento y mantenimiento, **previamente aprobados por la Junta Directiva, e incluidos en el presupuesto anual de la ENA, bajo la fiscalización de la Contraloría General de la República...**” (El resaltado es del Despacho).

En concordancia con lo anterior, el artículo 22 de la Ley 76 de 2010, antes citada, repite nuevamente que esta empresa está sujeta al control fiscal de la Contraloría General de la República, aunque tenga su propia auditoría interna respecto de las operaciones, transacciones y obligaciones en su favor o en su contra y una auditoría externa, realizada por una empresa independiente e idónea de reconocido prestigio, estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, conforme lo establecen la Constitución Política y la ley; indicando expresamente que de conformidad con **“lo establecido en el numeral 2 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República determinará que la fiscalización se realice mediante el control previo y/o posterior”**.

Para la presente vigencia fiscal, la asignación presupuestaria de dicha empresa, se encuentra materializada en los artículos 179, 180 y 181 de la Ley 69 de 24 de noviembre de 2015, que dicta el Presupuesto General del Estado, a través de los cuales se autoriza el presupuesto anual de la empresa para la ejecución de sus programas de funcionamiento e inversión.

A su vez, el Manual de Clasificación Presupuestarias del Gasto Público aprobado mediante Resolución No. 030 de 28 de marzo de 2013, versión actualizada 2013, el Ministro de Economía y Finanzas, define a las empresas públicas de la siguiente manera:

“... aquellas entidades que dentro del Sector Público se encargan de producir, vender o comercializar bienes y servicios en gran escala. Estas empresas pueden fijar sus precios más bajo que el costo total de producción, o seguir políticas para bienestar del productor consumidor.

Las empresas públicas tienen patrimonio propio y plena capacidad jurídica para contraer compromisos con terceros, pudiendo decirse que la aprobación de su presupuesto y la fiscalización de la Contraloría General de la República, son los únicos vínculos con la administración financiera del Estado.

Estas características de amplia capacidad en el manejo de sus activos y pasivos, contrasta con las de las empresas adscritas, las cuales para ejecutar sus gastos dependen de las partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional. Tal es el de Correos y Telégrafos Nacionales, que para efectos del presente clasificador no tiene la característica de una empresa pública, dado que no cuenta con la señalada autonomía financiera.

Finalmente, el límite entre el sector público y el privado se definió en términos de propiedad de la empresa. En tal sentido se considera que las entidades públicas o los entes privados son propietarios de una empresa, si poseen la mayoría de las acciones u otras formas de participación en el capital o en los activos netos de la empresa” (El resaltado es del Despacho).

En este sentido, si analizamos la naturaleza jurídica de la Empresa Nacional de Autopista, S.A., a la luz de la Ley 76 de 2010, que autoriza su creación y dicta su marco regulatorio, tenemos los requisitos de una empresa pública, puesto que el Estado es el propietario de la totalidad de las acciones; está destinada a cumplir un servicio público; tiene capacidad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones con terceros; posee patrimonio propio

y autonomía en su régimen interno; se encuentra contemplada en el presupuesto general del Estado; está sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República; su Junta Directiva es nombrada por el Órgano Ejecutivo y ratificada por la Asamblea Nacional, para que sus miembros puedan tomar posesión de sus cargos.

A lo anterior, se puede agregar que esta persona jurídica se encuentra contenida en el listado de las instituciones del sector público, actualizado a enero de 2015, elaborado por la Dirección de Presupuesto de la Nación, departamento de organización del Estado del Ministerio de Economía y Finanzas, como una **empresa pública**.

En atención a lo anterior, este Despacho es de la opinión que la Empresa Nacional de Autopista, S.A. es una empresa pública, y en consecuencia, comprendida dentro del concepto que sobre “institución” dispone el numeral 8 del artículo 1 de la Ley 6 de 2002, por lo que está obligada a cumplir con alguna de las modalidades de participación ciudadana en las decisiones administrativas que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos; estos actos, de conformidad con dicha Ley, son entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y **fijación de tarifas** y tasas por servicios; por lo que en el caso que nos ocupa, dicha entidad está en obligación de permitir la participación ciudadana en todos los actos de la administración pública que puedan afectar sus intereses y derechos.

Cabe señalar, que la Empresa Nacional de Autopistas, S.A., reconoce la obligación de cumplir con la ley de transparencia y así lo indica en su página web cuando señala lo siguiente: “La Empresa Nacional de Autopista, en cumplimiento a la Ley No.6 de 22 de enero de 2002, que dicta las normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones, pone a disposición de la ciudadanía la información básica que debe estar en el módulo de transparencia de la página web institucional, según lo exigen los artículos 9, 10, 11, 26 y 27, de la referida ley. Seguidamente se presentan los enlaces correspondientes al cumplimiento de la referida Ley”.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/au



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