

Panamá, 23 de diciembre de 2003.

Ingeniero  
ALFREDO ARIAS GRIMALDO  
Administrador General de la  
Autoridad de la Región Interoceánica  
E. S. D.

Señor Administrador General:

En cumplimiento de nuestras atribuciones como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la consulta que tuvo a bien elevar a este despacho mediante nota ARI-AG-DAL-3838-03, con relación a la viabilidad de aplicar la dación en pago contenida en la Ley 20 de 2002 para cancelar parte del costo de la construcción de la Autopista Panamá-Colón, proyecto adjudicado a la empresa PYCSA en virtud del Contrato de Concesión administrativa N°98 de 29 de diciembre de 1994, mediante una convocatoria pública internacional.

Observamos que adjunta a su solicitud copia del memorando DAL/2111-2003, suscrito por el Director de Asesoría Legal, el cual externa el criterio jurídico de la institución con relación al tema objeto de la presente consulta, la cual sustenta que dado que la autopista Panamá-Colón se encuentra en el listado de los proyectos de inversiones susceptibles de ser financiados mediante dación en pago con bienes revertidos administrados por la ARI; y que, el contrato suscrito por el Estado con la empresa PYCSA está fundamentado en una convocatoria pública internacional que contempla la construcción de la carretera Panamá-Colón, se consideran cumplidas las premisas que establece la Ley 20 de 2002 y se estima, por lo tanto, que el mecanismo de la dación en pago puede ser jurídicamente aplicable como fórmula de pago parcial o total para la construcción de la carretera Panamá-Colón, con la empresa en referencia.

Vistos los aspectos que abarca su consulta y el criterio jurídico del despacho a su digno cargo, nos permitimos ofrecer contestación en los siguientes términos:

Por disposición del artículo 6 de la Ley 20 de 2002, “Que dicta medidas de reactivación económica y de responsabilidad fiscal” fue adicionado el Artículo 29-A a la Ley 5 de 1993, “Por la cual se crea la Autoridad de la Región Interoceánica de Panamá y se adoptan medidas sobre los Bienes Revertidos”, cuyo texto reza:

“**Artículo 29-A.** El Gobierno Nacional podrá financiar obras de inversión, mediante concesión administrativa o dación en pago, total o parcialmente, con Bienes Revertidos administrados por LA AUTORIDAD, solamente para los siguientes proyectos de inversión, siempre que existan, antes de los financiamientos, los estudios de factibilidad debidamente licitados:

1. Autopista Panamá-Colón.
2. Saneamiento de la Bahía de Panamá
3. Ciudad Gubernamental
4. Nuevos proyectos de viviendas de interés social a nivel nacional, incluso en las áreas revertidas.
5. Dotación de Internet a través de laboratorios de informática a todas las escuelas públicas.

“Todos los proyectos deberán ser ejecutados a través de licitación pública e iniciados y concluidos en un tiempo perentorio. En ningún caso se aplicará contratación directa.

“El mecanismo para financiar obras de inversión, según se establece en el presente artículo, se podrá utilizar exclusivamente para la ejecución de las obras enumeradas en el presente artículo.

“Una vez se haya realizado la contratación, según lo estipula la ley, la entrega y posterior uso del Bien o de los Bienes Revertidos sometidos a dación en pago por la construcción de las obras detalladas en el párrafo anterior, deberán ajustarse a lo establecido en la Ley 21 de 1997, que aprueban el Plan Regional para el Desarrollo de la Región Interoceánica y el Plan General de Uso, Conservación y Desarrollo del Área del Canal, y en las reglamentaciones vigentes en cuanto a zonificación.

...

“La Autoridad entregará como dación en pago Bienes Revertidos disponibles, para cancelar las deudas de inversión del Estado producto de los proyectos a que se refiere el presente artículo, cuando así lo solicite el Ministerio de Economía y Finanzas, previamente autorizado por el Consejo de Gabinete.

....”

De la disposición transcrita se desprenden ciertos elementos de interés para el análisis del tema objeto de la presente consulta, a los cuales nos referimos a continuación:

1. La norma en comento permite al Estado *cancelar* las *deudas* de inversión adquiridas por éste, para la ejecución de los proyectos en ella establecidos, mediante dación en pago de bienes revertidos, administrados por la ARI.

Si bien la redacción del párrafo primero del artículo 29-A parece establecer la dación en pago como un mecanismo o medio de financiamiento de obras de inversión, el párrafo sexto establece con mayor precisión la finalidad de la dación en pago, al señalar que la entrega de bienes revertidos como dación en pago sirve para los fines de **cancelar deudas** de inversión del Estado.

Esta distinción es importante, toda vez que dada su naturaleza jurídica, la dación en pago no podría ser entendida como un medio de financiamiento propiamente tal. En sentido técnico jurídico, la dación en pago es conceptuada como un acto por el cual un deudor da una cosa a su acreedor, que se aviene a recibirla en lugar y en pago de una suma de dinero o de cualquier otra cosa que se le debe.<sup>1</sup> Es una forma o variedad de pago, que presupone la presencia de los siguientes elementos: intención de extinguir una obligación preexistente; pago por equivalencia al acreedor; consentimiento del acreedor en esta forma de pago y, traspaso actual y efectivo de lo que se da en pago, al patrimonio del acreedor. En otras palabras, es un modo de extinguir las obligaciones.

En sentido económico-financiero, el financiamiento, es definido como la acción y efecto de “proporcionar los fondos necesarios para la puesta en marcha, desarrollo y gestión de cualquier proyecto o actividad económica”<sup>2</sup> Ello supone, además, que los recursos económicos obtenidos deban ser retornados durante el plazo y retribuidos a un tipo de interés fijo o variable previamente establecido.

Como se puede apreciar, dada su naturaleza jurídica, la dación en pago no sirve a los efectos de proporcionar recursos para emprender un proyecto con la esperanza de que sean devueltos y retribuidos, sino como mecanismo para extinguir, pagar o cancelar una obligación existente, en el entendimiento de que el(los) bien(es) que se de(n) en pago pasará(n) a formar parte del patrimonio del acreedor.

En este sentido se expresa la doctrina al señalar que la prestación debida al acreedor debe ser una dación -obligación de dar- más no un nuevo crédito, pues su única finalidad es cumplir una obligación preexistente.<sup>3</sup>

Nuestro ordenamiento jurídico en materia civil no regula la figura de la dación en pago de manera expresa, aunque se desprende su reconocimiento de disposiciones tales como el artículo 1540, el cual, al referirse a la extinción de la fianza, señala:

“1540. Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.”

---

<sup>1</sup> Pothier, citado por Badell, Grau & De Grazia, Despacho de Abogados, Opiniones de Interés. Documento accesible en la siguiente ubicación de internet: [badellgrau.com/opidacion.html](http://badellgrau.com/opidacion.html)

<sup>2</sup> Arthur Andersen. Diccionario Economía y Negocios. Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1998.

<sup>3</sup> Badell, Grau & De Grazia, Despacho de Abogados. Opiniones de Interés. La Dación en Pago y la Conversión de Deuda en Inversión en el Proceso de Privatización. Documento accesible en la siguiente ubicación: [badellgrau.com/opidacion.html](http://badellgrau.com/opidacion.html)

Retomando el análisis de la dación en pago en el artículo 29-A de la Ley 5 de 1993, conforme fue reformada por la Ley 20 de 2002, llama nuestra atención que al tenor de esta disposición la dación en pago puede ser total o parcial.

Al respecto debemos señalar que, siendo la “datio in soluto” una forma o modalidad de pago, en principio, no podría entenderse perfeccionada si el bien entregado no cubre la totalidad de la prestación debida. En tal sentido se manifiesta la doctrina al señalar, entre los efectos propios de la dación en pago, la extinción definitiva de la primitiva obligación, en virtud del consentimiento del acreedor.<sup>4</sup> Tal criterio es recogido por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1044 del Código Civil, el cual al referirse al pago como medio de extinción de las obligaciones señala que “No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.”

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1056 del Código Civil, se podría estimar que si el contrato fuente de la obligación establece expresamente la posibilidad del pago parcial, la dación en pago podría en consecuencia ser válidamente fraccionada. A nuestro juicio, de ser así, ya no estaríamos frente a la figura de la dación en pago, sino frente a la figura de pago por cesión de bienes, contemplada en el artículo 1062 del Código Civil, conforme al cual, el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas, quedando, salvo pacto en contrario, liberado únicamente por el importe líquido de los bienes cedidos.

Al respecto la doctrina ha sido clara al señalar que cesión de bienes no debe confundirse con la dación en pago, pues aquella no transfiere al acreedor la propiedad de los bienes sino la posesión y administración y un mandato para proceder a su realización o cobro para, con el producto, pagar sus deudas. La dación, por su parte, extingue la deuda totalmente, mientras que la cesión sólo libera al deudor de responsabilidad en cuantía de los bienes cedidos.<sup>5</sup>

Sin embargo, más allá de las discusiones de orden técnico, en nuestra opinión, tratándose de obligaciones adquiridas por el Estado panameño al tenor de lo dispuesto en el artículo 29-A de la Ley 5 de 1993, conforme fue reformado por la Ley 20 de 2002, si el instrumento jurídico que constituye la fuente de la obligación (el contrato) establece la posibilidad de fraccionar el pago de la misma, sería válido dar cumplimiento a la prestación debida en esos términos, aún en el caso de que se pague mediante entrega de cosa distinta a la originalmente acordada, siempre y cuando medie el consentimiento expreso del acreedor.

Nos parece relevante aclarar estos extremos conceptuales, toda vez que la redacción de la norma no es clara y se presta a confusiones que podrían derivar en futuros problemas de interpretación.

---

<sup>4</sup> Dífernan Bonifacio, Curso de Derecho Civil Panameño, Tomo II, Universidad Santa María La Antigua, Panamá. Editorial La Antigua. 1981. P.265.

<sup>5</sup> Idem, p.266.

Aplicando lo antes expuesto al caso concreto que nos ocupa podemos señalar que, en principio, sería jurídicamente viable para el Estado cancelar deudas adquiridas por éste para la ejecución de cualesquiera de los proyectos de inversión enumerados en el Artículo 29-A de la Ley 5 de 1993, entre los que figura la construcción de la Autopista Panamá-Colón, mediante la dación en pago (o cesión, tratándose de cumplimiento parcial de la obligación) de bienes revertidos, administrados por la ARI, siempre y cuando se trate de deudas adquiridas después de la entrada en vigencia de la Ley 20 de 2002, se cumplan los requisitos que la misma establece (que el proyecto cuente con estudio de factibilidad y su adjudicación haya sido producto de licitación pública) y se salvaguarde en debida forma el interés público.

## **2. Viabilidad jurídica de utilizar la figura de la concesión administrativa para “financiar” la ejecución de proyectos de inversión.**

La concesión administrativa es, junto al contrato de obra pública, uno de los contratos administrativos más antiguos, del cual han surgido algunas de las nociones más importantes en materia de contratación pública.

El contrato de concesión administrativa constituye el otorgamiento de una gracia, autorización o permiso por parte del Estado (concedente), como autoridad soberana a quien corresponde en primera instancia la titularidad de los bienes de dominio público, así como la prestación y funcionamiento de los servicios públicos, en favor de un particular (concesionario), quien se obliga a realizar la obra, explotación, aprovechamiento o prestación de servicios de que se trate, con capital propio y asumiendo el riesgo inherente al negocio.

Tratándose de concesiones para la construcción de obras de infraestructura, la doctrina tradicional ha conceptualizado la concesión como un contrato suscrito entre la Administración y un particular para la realización de una obra pública, que no conlleva el pago de una prestación como normalmente ocurre en otros contratos administrativos (p.e., contrato de obra o de suministro), sino que le otorga al concesionario la facultad de explotación de la obra construida, por cuenta y riesgo propios, durante un período de tiempo determinado, transcurrido el cual la obra ha de revertir al Estado.

Nótese que bajo esta figura contractual la obra la construye el concesionario para el concedente a su costo y riesgo y la Administración le otorga el privilegio de explotarla durante el tiempo necesario para amortizar el capital, los gastos de explotación y obtener la ganancia razonable proyectada.

Por ello, la doctrina especializada atribuye a este tipo de contrato un carácter aleatorio, en virtud de que las ventajas del concesionario dependen de un hecho futuro e incierto, consistente en el mayor o menor uso que de la obra hagan los posibles usuarios.

Un sector de la doctrina reconoce que en la práctica administrativa de los países, es común que el Estado otorgue subvenciones al concesionario, a fin de apoyarlo financieramente y

lograr, en contrapartida, que el peaje sea menos elevado y/o que el término de la concesión se reduzca sustancialmente, salvaguardándose así, por un lado, el interés general comprometido en la contratación y, por el otro, la estabilidad económica para el contratista. Estas políticas de subsidio comúnmente se materializan a través de aportaciones dinerarias y medidas de fomento tales como exenciones tributarias, anticipos o garantías de intereses.<sup>6</sup>

Al respecto la jurisprudencia española ha señalado que el intervencionismo estatal no puede trasponer los límites indispensables a su finalidad y debe realizarse dentro de lo legislado.<sup>7</sup> En esta línea de ideas, el Tribunal Supremo Español ha señalado, además, que el otorgamiento de subvenciones posteriores no debe representar garantía de un rendimiento. Solo en caso de perjuicios ocasionados al concesionario por actuaciones unilaterales del Estado puede indemnizarse por los daños y perjuicios. En caso de circunstancias imprevisibles la subvención estatal no necesariamente ha de ser íntegra, puesto que en esta relación jurídica el concesionario actúa por propia cuenta y riesgo.

En este sentido, la Constitución Política vigente se refiere a la figura de la concesión administrativa en su Artículo 256, destacando que en el otorgamiento de las mismas debe primar el interés social y público:

“**Artículo 256.** Las concesiones para la explotación del suelo, el subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público.”

En el ámbito legal, esta modalidad contractual está regulada por la Ley 5 de 1988, “Por la cual se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesiones administrativas y se adoptan otras disposiciones”, modificada por la Ley 36 de 1995, cuyo artículo 2 es del siguiente tenor:

“**Artículo 2:** Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga por su cuenta y riesgo, a realizar cualquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del órgano ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización o enajenación de bienes del Estado a favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes o por cualquier otra forma que se convenga.”

De lo anterior se desprenden los siguientes elementos de interés:

---

<sup>6</sup> Vásquez Franco, “La concesión Administrativa de Servicio Público”. Editorial Temis, Sta. Fe de Bogotá, 1991, pgs. 13 y 14.

<sup>7</sup> Sentencia de 20 de mayo de 1950. Citada por Villar Palasi, citado por Va’squel Franco, op. Cit., p. 71.

- La concesión administrativa es ante todo un *mecanismo de ejecución de obras públicas*, y no un medio de financiamiento como lo da a entender el artículo 29-A de la Ley 5 de 1993, reformada por la Ley 20 de 2002, por lo que entendemos que la norma hace referencia a la posibilidad de ejecutar proyectos de inversión a través del mecanismo de la concesión administrativa y de cancelar total o parcialmente las deudas derivadas de dichos proyectos mediante dación en pago con bienes revertidos administrados por la ARI, siempre que cuenten con estudio de factibilidad y hayan sido objeto de licitación pública.
- La vigencia del *principio de riesgo y ventura* del concesionario, en virtud del cual, éste ha de asumir el riesgo normal del negocio, en relación con la ecuación económico-financiera que ha de mantenerse en el contrato. Esta debe ser la regla general en los contratos de concesión, ya que cuando el Estado de algún modo subvenciona al concesionario asume parte del riesgo de la inversión, diluyéndose una de las finalidades básicas de esta forma contractual.
- Al tenor de esta disposición es viable pactar la dotación de terrenos propiedad del Estado (que no sean de dominio público, o que estén desafectados) *a modo de retribución* al inversionista, lo que debería reflejarse en la disminución de las tarifas y/o en la reducción del plazo de la concesión. Nótese que se establece esta posibilidad como una forma de retribución al concesionario, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 29-A de la Ley 5 de 1993, que establece la entrega o dación de bienes revertidos como medio de extinción de las obligaciones o deudas adquiridas por el Estado con relación a determinados proyectos de inversión

### **3. Viabilidad jurídica de cancelar parte del costo de la construcción de la Autopista Panamá-Colón, proyecto adjudicado a la empresa PYCSA, S.A. en virtud del Contrato de Concesión Administrativa N°98 de 29 de diciembre de 1994, mediante el mecanismo de dación en pago contemplado en la Ley 20 de 2002.**

Con relación a la posibilidad de aplicar el mecanismo de dación en pago establecido por la Ley 20 de 2002, “Que dicta medidas de reactivación económica y responsabilidad fiscal”, para cancelar parte del costo de la construcción de la Autopista Panamá-Colón, proyecto adjudicado a la empresa PYCSA en virtud del Contrato N°98 de 29 de diciembre de 1994, debemos señalar que para que ello sea viable, es requisito indispensable la existencia de una obligación de pago en tal concepto a cargo del Estado, con fecha posterior a la promulgación de la Ley 20 de 2002, toda vez que al tenor de su artículo 21, la misma empezó a regir a partir de su promulgación y no tiene, por lo tanto, efectos retroactivos.

Cabe señalar que tras el examen del Contrato N°98 de 29 de diciembre de 1994 y de sus respectivas addendas, estimamos que de su texto no se desprende la obligación del Estado de cancelar parte de la deuda de inversión correspondiente a la construcción de la Autopista Panamá-Colón, por lo que, para que pueda operar el mecanismo propuesto, las partes de la relación contractual tendrían que suscribir una addenda por la cual el Estado asume dicha obligación, siendo en todo caso imprescindible que quede debidamente asegurado el interés público.

Esperando de este modo haber esclarecido suficientemente su inquietud, nos suscribimos, no sin antes manifestarle las seguridades de nuestro más alto aprecio y distinguida consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración

AMdeF/dc/hf.