

25 de enero de 2005

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de  
la Demanda.**

La firma Morgan y Morgan, en representación de **Roberto Alfaro Estripeaut y Otros**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°92 del 9 de agosto de 2004, emitida por el **Viceministerio de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas** y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con el respeto acostumbrado acudimos ante ese Honorable Tribunal de Justicia, a fin de dar contestación a la demanda interpuesta en el Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción enunciado en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa de los intereses de la Administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, Libro Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

**I. Las pretensiones de la parte demandante.**

El apoderado judicial de la parte actora ha pedido a su digno Tribunal, que declare nula por ilegal la Resolución N°92 del 9 de agosto de 2004, emitida por el Viceministerio de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas, por la cual se resuelve no considerar como bien oculto del Estado, lo derivado de los hechos denunciados por ROBERTO ALFARO ESTRYPEAUT y OTROS, contra ICA PANAMA, S.A. y se deniega la investidura de personería respectiva.

Como consecuencia de la anterior declaración solicita se ordene al Ministerio de Economía y Finanzas que, con todos los derechos, privilegios y prerrogativas que contemple la legislación aplicable, conceda y otorgue a los señores ROBERTO ALFARO ESTRYPEAUT, CELMIRA ESTHER SÁNCHEZ CASTILLO, EDWIN NAVARRO, MARIA EUGENIA GERBAUD DE GUARDIA, DIONISIO MARTINEZ, GLORIA ESTHER CASTILLO, la investidura procesal y jurídica suficientes para que, en nombre del Estado, inicien las acciones civiles necesarias para el ingreso al patrimonio del Estado panameño de una suma no menor de B/.56,000,000.00, producto de lo que ha obtenido y viene obteniendo la empresa ICA PANAMA, S.A., en concepto de exceso y/o superávit sobre el concepto de ganancia razonable concertado en el contrato público celebrado con el Estado en 1996, dinero en exceso o superávit, al que se reconoce y adscribe la calidad de Bien Oculto del Estado panameño.

Este Despacho solicita se denieguen las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que no le asiste la razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

**II. Los hechos y omisiones en que se fundamenta la acción de los demandantes, los contestamos de la siguiente forma:**

**Primero:** Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

**Segundo:** Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

**Tercero:** Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

**Cuarto:** Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

**Quinto:** Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

**Sexto:** Este hecho no es cierto de la manera en que viene redactado; por tanto, lo negamos.

**Séptimo:** Este hecho no es cierto de la forma en que se expone; por tanto, lo negamos.

**Octavo:** Éste no es un hecho sino alegaciones y apreciaciones subjetivas del demandante; como tales las negamos.

**Noveno:** Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

**Décimo:** Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

**Undécimo:** Éste no es un hecho sino alegaciones y apreciaciones subjetivas del demandante; como tales las negamos.

**Duodécimo:** Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos. Como se puede comprobar en la propuesta hecha ICA PANAMA, S.A., el supuesto exceso o superávit fue contemplado como gastos de comercialización de los terrenos del antiguo aeropuerto de Paitilla y costos de construcción de rellenos en el lecho marino.

**Decimotercero:** Éste no es un hecho sino alegaciones y apreciaciones subjetivas del demandante; como tales las negamos.

**Decimocuarto:** Este hecho lo contestamos como el anterior.

**Decimoquinto (Decimosexto):** Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

**Decimosexto (Decimoséptimo):** Éste no es un hecho sino alegaciones y apreciaciones subjetivas del demandante; como tales las negamos.

**III. En cuanto a las disposiciones legales que se estiman infringidas y los conceptos de la violación a las mismas, la parte actora señala lo siguiente:**

a. La parte actora indica que el acto impugnado viola el artículo 4 del Código Fiscal que señala:

**"Artículo 4:** El Tesoro Nacional se compone del dinero que ingresa al

Estado, a cualquier título, y especialmente del producto de lo siguiente:

1. Los bienes nacionales;
2. Los servicios nacionales;
3. Las rentas o impuestos nacionales;
4. Los aprovechamientos y los reintegros;
5. Las operaciones de crédito; y
6. Otros arbitrios fiscales."

La firma apoderada alega que esta norma se violó directamente por omisión. Dicha violación se comprueba, dice, cuando se ve como los excesos y superávit objeto de la denuncia, a pesar de ser encasillables en los ordinales 4 y 5 del artículo citado, no fueron reconocidos como bien del Estado, desconociéndose con ello también el derecho que tiene el Estado para ingresar a su patrimonio tales dineros.

b. También se dice violado el artículo 80 del Código Fiscal:

**"Artículo 80:** Son bienes ocultos del Estado, no sólo los simplemente abandonados u ocultos en su sentido material, sino también aquellos respecto de los cuales se haya hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, sea por actos de maliciosa usurpación, por incuria de las autoridades, o por otra causa semejante."

Se indica que a pesar de que en la denuncia de bien oculto y su subsecuente tramitación, se aportaron y evacuaron pruebas demostrativas del exceso en dinero proveniente del aprovechamiento de ventas de tierras estatales, que ha recibido y viene recibiendo la empresa contratista del Corredor Sur, exceso que distorsiona los parámetros de ganancia favorable concertados en el contrato 70-96 del 6 de agosto de 1996, el acto recurrido, por no estudiar con cuidado y en todos sus aspectos la naturaleza de esos dineros, infringe y colisiona la norma de modo directo.

c. El artículo 15 de la Ley N°56 de 1995:

**"Artículo 15:** Principios en las actuaciones contractuales de las entidades públicas.

...Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de transparencia, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan las conductas de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales de derecho y los particulares del Derecho Administrativo."

Los abogados de los demandantes afirman que al expedirse la negativa plasmada en el acto recurrido, derivada, entre otros elementos, de la falta de aplicación por los funcionarios que la firman de las reglas de interpretación de la contratación y los principios generales y particulares de las disciplinas aplicables, la norma copiada parcialmente se ha vulnerado en concepto de violación directa por omisión.

d. Por último, el artículo 83 del Código Fiscal:

**"Artículo 83:** El denunciante de un bien oculto tiene derecho a que el Tesoro Nacional le pague en efectivo una participación del treinta por ciento del valor del bien oculto, cuando ese bien haya entrado a formar parte efectiva del patrimonio del Estado."

Se alega que se configura una violación directa, por omisión, toda vez que al no tenerse como bien oculto el beneficio adicional derivado para el contratista-concesionario del Corredor Sur, a pesar que en el recibo de dinero en exceso denunciado recae la calidad de bien oculto, y subsecuentemente denegarse la posibilidad de acceder al beneficio derivado para el denunciante, se produce el perjuicio correlativo para los que hoy acuden a pedir reparación del derecho lesionado.

**Defensa de los intereses de la Administración Pública  
por la Procuraduría de la Administración.**

Antes de entrar a refutar los conceptos de infracción planteados por el demandante, que por su estrecha relación contestaremos de forma conjunta, es necesario recalcar que, de acuerdo a lo previsto en el numeral 7 del artículo 82 del Código Fiscal, en este tipo de procesos la Honorable Sala Tercera, además de la declaratoria de nulidad del acto impugnado, sólo puede pronunciarse sobre la procedencia o no de investir al demandante de la personería necesaria para que incoe la acción pertinente. Así lo ha señalado la propia Sala de lo Contencioso-administrativo en reiterados fallos, como el de 28 de septiembre de 1994 y 12 de marzo de 1998.

Por tanto, la controversia jurídica debe circunscribirse a determinar si el demandante cumplió o no con las formalidades que exige el Código Fiscal para conceder o no la acción para, en nombre del Estado, recuperar bienes ocultos.

En ese sentido, los demandantes alegan que la diferencia entre el precio por metro cuadrado de los terrenos cedidos por el Estado a ICA PANAMA, S.A., prevista en los literales a y b de la cláusula decimoquinta del contrato N°70-96 de 6 de agosto de 1996, constituye un exceso o superávit de la ganancia razonable pactada entre las partes, y, por tanto, un bien oculto del Estado que tenían derecho a denunciar.

La cláusula quinta del contrato mencionado señala que el concesionario tenía derecho a recibir del Estado en propiedad 29.5 hectáreas aproximadamente del actual Aeropuerto Marcos A. Gelabert y los derechos para rellenar sobre el lecho marino un área de 35 hectáreas para habilitar, desarrollar y comercializar durante el período de la concesión,

comprendidas entre el Aeropuerto Marcos A. Gelabert y el Centro de Convenciones ATLAPA, así como a rellenar lechos marinos adicionales cuando ello proceda de acuerdo a lo establecido en este contrato.

La cláusula decimoquinta del contrato indica que el monto total recuperable del concesionario sería la suma de B/.306,435,181.00, suma compuesta por una inversión de B/.222,322,295.00 y una ganancia razonable de B/.84,112,866.00. Dicho monto recuperable tendría como fuentes de ingreso el cobro de peajes por la suma de B/.189,847,681.00 y el ingreso neto estimado por la venta de los terrenos por la cantidad de B/.116,587,500.00.

El literal (a) de la cláusula decimoquinta fijó en la suma de B/.69,600,000.00 el valor neto estimado de las 29.5 hectáreas correspondientes al antiguo aeropuerto Marcos A. Gelabert y de B/.46,987,500.00 a las 35 hectáreas de fondo marino a rellenar comprendidas entre el Centro de Convenciones Atlapa y al antiguo aeropuerto Marcos A. Gelabert. Al realizarse una operación aritmética se puede determinar que el valor neto estimado fijado por metro cuadrado a los terrenos del antiguo aeropuerto Marcos A. Gelabert fue de B/.235.93 y para el área de fondo marino a rellenar de B/.134.25.

Ahora bien, el literal b de la cláusula decimoquinta del contrato señala que el cien por ciento (100%) del excedente del precio de venta de los terrenos que superara la suma de B/.250.00 por metro cuadrado sería imputado a los ingresos brutos pactados por peaje; no obstante, no se indica nada sobre si el precio de venta excede el valor neto estimado fijado por metro cuadrado de acuerdo al literal (a) del

contrato (para los terrenos del antiguo aeropuerto Marcos A. Gelabert B/.235.93 y para el área de fondo marino a rellenar de B/.134.25).

Lo anterior lleva a los demandantes a concluir que el excedente en el precio de venta superior a B/.235.93 para los terrenos del aeropuerto Marcos A. Gelabert y B/.134.25 para el área de fondo marino a rellenar y hasta B/.250.00, constituyen un bien oculto.

No obstante, una revisión integral de todos los elementos de la contratación y en especial de la propuesta presentada por ICA PANAMA, S.A., que según la cláusula segunda forma parte del contrato, permite concluir sin lugar a dudas que el supuesto excedente del valor neto estimado por metro cuadrado de acuerdo al literal (a) del contrato y hasta B/.250.00 por metro cuadrado, no constituye un bien oculto.

Como claramente lo indica la parte motiva del acto impugnado, la mencionada propuesta presentada por ICA PANAMA, S.A., revela que un elemento de capital importancia en la contratación fue el acuerdo de que a los ingresos brutos por la venta de los terrenos y hasta B/.250.00 por metro cuadrado, debían restarse los gastos de comercialización de los terrenos del aeropuerto de Paitilla y los costos de construcción de los rellenos sobre el lecho marino. Por tal razón, es que el literal (a) de la cláusula decimoquinta señala que el ingreso estimado por la venta de los terrenos es neto y no bruto.

Luego, la supuesta diferencia entre los precios de los terrenos por metro cuadrado de los literales (a) y (b) de la cláusula decimoquinta del contrato constituye un factor de costos contemplado en la integralidad de la relación



contractual y no puede considerarse que dichas sumas hayan sido adquiridas por ICA PANAMA, S.A., ilegítimamente del Estado. Con esta posición coincide el Procurador General de la Nación, quien de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 82 del Código Fiscal, dictamina respecto de la procedencia de la declaratoria de bien oculto, lo siguiente:

"Analizada detenidamente la solicitud de denuncia de bien oculto al igual que el contexto general del contrato de concesión en referencia, soy de la opinión que no se presentan las condiciones para tal declaratoria y consiguiente investidura para reclamar lo denunciado como bien oculto.

En ese sentido, tenemos que lo que se denuncia como bien oculto no lo es, ya que las ganancias que se catalogan como excesivas tienen que ver con las diferencias en los gastos de comercialización de los terrenos del antiguo aeropuerto de Paitilla y costos de construcción de los rellenos en el mar, ya que según la Cláusula DECIMOQUINTA del Contrato N°70-96 de 6 de agosto de 1996, celebrado entre ICA PANAMA, S.A., y el Estado, forman parte del monto recuperable de la inversión, lo cual se encuentra previamente establecido en la propuesta de ICA PANAMA, S.A., que por mandato de la Cláusula Segunda del contrato, forma parte de éste.

...

En conclusión, opinamos que lo denunciado no se adecua a la enunciación que, de bienes ocultos, establece el artículo 80 del Código Fiscal, por lo que en cumplimiento con lo normado en el artículo 82 del cuerpo legal citado, opino que no es viable la acción que proponen los denunciantes."

Luego, está claro que los demandantes no tenían derecho a ser investidos con la personería para ejercer en nombre del Estado las acciones tendientes a la recuperación de bienes ocultos, pues los denunciados no fueron adquiridos por ICA

PANAMA, S.A. de manera ilegítima de parte del Estado, es decir, no eran bienes ocultos.

Por todo lo anterior, reiteramos nuestra petición al Honorable Tribunal para que declare que no se han producido ninguna de las infracciones legales alegadas, rechace las pretensiones de parte actora y, en su lugar, declare que no es ilegal la Resolución N°92 del 9 de agosto de 2004, emitida por el Viceministerio de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas.

**V. Pruebas:** Aceptamos los documentos originales y las copias debidamente autenticadas.

Como prueba de informe, solicitamos se oficie al Ministerio de Obras Públicas a fin de que remita copia autenticada del expediente contentivo del proceso de contratación pública del Contrato N°70-96 de 6 de agosto de 1996, suscrito entre el Estado e ICA PANAMA, S.A., para el estudio, diseño, construcción, mantenimiento, administración y explotación del corredor sur, mediante el sistema de concesión administrativa. En especial debe remitirse copia del pliego de cargos, las propuestas de los participantes en el acto público y el contrato y sus adendas.

Asimismo solicitamos se oficie a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se remita copia autenticada de la Nota N°PGN-067-03 de 18 de junio de 2003, contentiva de la opinión de ese Despacho sobre la viabilidad de la declaratoria de bien oculto formulada por ROBERTO ALFARO ESTRYPEAUT y Otros.

**VI. Derecho:** Negamos el invocado.

**Del Magistrado Presidente,**

**Oscar Ceville**  
**Procurador de la Administración**

OC/17/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General