

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 022

Panamá, 11 de enero de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad. (acumulación)**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

Los licenciados **Rodolfo Pinzón** y **Jorge Luis Lau Cruz**, ambos actuando en su propio nombre y representación, solicitan que se declare nula, por ilegal, la resolución de gabinete 24 de 7 de abril de 2008, emitida por el **Consejo de Gabinete**, publicada en la gaceta oficial 26017 de 11 de abril de 2008.

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, para intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

Los licenciados Rodolfo Pinzón y Jorge Luis Lau Cruz, cada uno actuando en su propio nombre y representación, demandan la nulidad de la resolución de gabinete 24 de 7 de abril de 2008, emitida por el Consejo de Gabinete, por la cual se autorizó a la entonces ministra de Comercio e Industrias, en coordinación con la Autoridad Marítima de Panamá, para que en nombre y representación del Estado procediera a negociar con el Consorcio conformado por las empresas Cosco Pacific Limited y Ports America Group un contrato para el diseño, relleno, construcción, operación, administración y mantenimiento de una terminal de contenedores ubicada en Farfán/Palo Seco, en el Pacífico panameño.

II. Norma que el demandante Rodolfo Pinzón aduce infringida en el expediente 371-08 y el concepto de la supuesta infracción.

El recurrente Rodolfo Pinzón manifiesta que se ha infringido el artículo 58 de la ley 56 de 27 de diciembre de 1995, subrogada por la ley 22 de 27 de junio de 2006, (Cfr. concepto de infracción en las fojas 38, 39, 40 y 41 del expediente judicial).

III. Normas que el demandante Jorge Luis Lau Cruz aduce infringidas en el expediente 402-08 y los conceptos de las supuestas infracciones.

El demandante Jorge Luis Lau Cruz manifiesta que se ha infringido el artículo 162 de la ley 38 de 31 de julio de 2000; el artículo 1 de la ley 5 de 15 de abril de 1988; así como también los artículos 1, numeral 2, 2, numerales 5 y 10, 17, numeral 1, 56, modificado por la ley 41 de 2008, y 57, todos de la ley 22 de 27 de junio de 2006. (Cfr. concepto de infracción de la foja 85 a la 91 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría considera fundamental advertir que la parte demandante ha señalado el artículo 58 de la ley 56 de 27 de diciembre de 1995 entre las normas supuestamente infringidas por la resolución de gabinete 24 de 7 de abril de 2008; sin embargo, debemos destacar que la citada ley 56 de 1995 fue subrogada por la ley 22 de 2006, que entró a regir a los seis meses de su promulgación, razón por la cual esta Procuraduría se abstiene de pronunciarse en torno a este cargo de violación.

En cuanto al cargo de violación del artículo 162 de la ley 38 de 2000, este Despacho estima que no es aplicable al caso que nos ocupa, puesto que dicha ley dispone en su artículo 37 que la misma se emplea en todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales,

salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas; situación que claramente ocurre en el caso de las contrataciones públicas, que constituye una materia regulada por las disposiciones especiales que sobre esta materia contiene la ley 22 de 2006, de lo que resulta la inaplicabilidad de las normas de la ley 38 de 2000 en el presente proceso.

En relación con los cargos de violación del artículo 1 de la ley 5 de 1988 y de los artículos 1, numeral 2, 2, numerales 5 y 10, 17, numeral 1, 56 y 57 de la ley 22 de 2006, los mismos serán analizados a renglón seguido en forma conjunta, por encontrarse íntimamente relacionados.

Según se desprende de lo alegado por los recurrentes en sustento de su pretensión, dirigida fundamentalmente, a que se declare nula, por ilegal, la resolución de gabinete 24 de 7 de abril de 2008, dicho acto administrativo vulnera normas legales y reglamentarias que regulan la contratación pública en nuestro país, toda vez que no existe una declaratoria expresa, por parte de la autoridad competente que en este caso sería el Consejo de Gabinete, para exceptuar del procedimiento de selección de contratista esta obra de interés público, así como tampoco una declaratoria que de manera expresa faculte la contratación directa de tal obra. (Cfr. fs. 84 y 85 del expediente judicial).

Frente a lo señalado por la parte demandante, este Despacho estima oportuno observar para efectos del análisis que nos ocupa, que de conformidad con lo estipulado en el artículo 266 de la Constitución Política de la República, en términos generales, las contrataciones que celebren el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, así también como los municipios, deben estar precedidas de un procedimiento de licitación pública, salvo las excepciones que determine la Ley. Por otra parte, el numeral 1 del artículo 17 de la ley 22 de 2006, consagra el principio de transparencia en materia de contratación pública.

En ese mismo orden de ideas, podemos observar que el artículo 56 de la mencionada ley 22 de 2006, así como los artículos 166 y 167 del decreto ejecutivo 366 de 2006, mediante el cual se reglamenta dicha ley, vienen a reiterar el principio fundamental que sienta la norma constitucional previamente citada, en el sentido que las contrataciones públicas deben llevarse a cabo mediante la celebración del procedimiento de selección de contratista, el cual, de manera excepcional, no deberá cumplirse en los casos expresamente contemplados en la aludida disposición legal.

En sentencia de 27 de abril de 2009, ese Tribunal se pronunció en los términos que a continuación se transcriben, en relación con el procedimiento de selección de contratista, como regla general en materia de contratación pública:

“... ”

El referido precepto constitucional señala que la licitación pública, salvo las excepciones que prevea la ley, debe ser el procedimiento que se aplique a la ejecución o reparación de obras, compras, ventas, arrendamientos de bienes o servicios, sean estos nacionales o municipales. El verdadero objetivo que el Constituyente identificó como regla general para que tuviera lugar la inversión de fondos públicos, es el respeto a los trámites de selección de contratista, ya que se entiende que a través de la observancia del mismo, se conjura la posibilidad de favoritismos y discrecionalidades inconvenientes en la asignación de las obras, servicios o bienes costeados con fondos públicos.

...”

La contratación directa, no es más que la facultad que tiene la entidad licitante de elegir directamente al contratista, sin que exista competencia entre oferentes, fundamentándose en las excepciones establecidas en la ley que regula la contratación pública, por lo que antes de adoptarse esa decisión, debe mediar una autorización previa, mediante la cual la autoridad competente según la ley exceptúe del procedimiento de selección de contratista la adquisición del bien o servicio de que se trate, y además, autorice a la institución interesada para contratarla directamente. (Cfr. numeral 6 del artículo 2 de la ley 22 de 2006).

Al referirse al sistema de excepciones de procedimiento de selección de contratista que establece nuestro ordenamiento jurídico, ese Tribunal en sentencia de 31 de diciembre de 2004, señaló lo siguiente:

“... ”

Sin embargo, a pesar de tratarse de un sistema de excepción, y aun fundamentándose en los casos previstos en la Ley, la Administración debe motivar y dar las razones que justifican su proceder.

Esto debe entenderse así, toda vez que la etapa de contratación directa no puede concebirse como de amplias facultades para la institución contratante, más aún cuando la misma se produce como resultado del supuesto contemplado en el numeral 2 del artículo 58 de la Ley N° 56 de 1995, es decir, luego de verificados dos actos públicos de selección de contratistas que hayan sido declarados desiertos. En virtud de lo anterior, la actuación de la Administración debe quedar comprendida dentro del marco de la legislación de contratación pública, es decir, deben regir los principios de transparencia, economía, responsabilidad, y en el caso particular de dos declaratorias de deserción continuas por falta de proponentes, debe cobrar vigencia el principio de igualdad, toda vez que deben regir las mismas condiciones establecidas en el pliego de cargos sobre las cuales se hizo la convocatoria originaria, salvaguardando así los intereses del Estado, y sin desnaturalizar el régimen de contrataciones, cuya finalidad fundamental es la concurrencia de ofertas en igualdad de condiciones.

...”

Dicho lo anterior, resulta fundamental advertir que de conformidad con el artículo 57 de la ley 22 de 2006, en concordancia con el artículo 71 del decreto ejecutivo 366 de 2006, la declaración de excepción de procedimiento de selección de contratista, la autorización de contratación directa y la aprobación de aquellos contratos que sobrepasen la suma de B/.3,000,000.00, le corresponde al Consejo de Gabinete.

En relación con lo antes expuesto, cabe observar que si bien desconocemos la cuantía del contrato para el diseño, relleno, construcción, operación, administración y mantenimiento de una terminal de contenedores

ubicada en Farfán/Palo Seco en el Pacífico Panameño, lo cierto es que dada la magnitud de la obra puede inferirse que la misma sobrepasaba los B/.3,000,000.00, por lo que el Consejo de Gabinete debía cumplir con el contenido del párrafo cuarto del citado artículo 57 de la ley 22 de 2006.

El marco normativo que hemos expuesto en párrafos precedentes, revela que lo que correspondía en estricto Derecho era que el Consejo de Gabinete emitiera una resolución para exceptuar al Ministerio de Comercio e Industrias del procedimiento de selección de contratista y, así mismo, lo autorizara para contratar directamente con el consorcio conformado por las empresas Cosco Pacific Limited y Ports America Group, además de aprobar finalmente el contrato a celebrarse entre ambas partes.

También debemos señalar que si bien la resolución de gabinete 24 de 7 de abril de 2008, cuya legalidad se cuestiona en el negocio bajo análisis, menciona que la licitación pública internacional núm. LPI-001-2006 se regiría por el sistema de concesión administrativa, lo cierto es que el Consejo de Gabinete no calificó la obra como de interés público o general, tal como lo exige el artículo 1 de la ley 5 de 15 de abril de 1988 “Por la cual se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa y se adoptan otras disposiciones”, entendiéndose como tal, “...lo que afecta o interesa a la generalidad, es decir, al común de los ciudadanos que componen una comunidad política”. (Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid. P. 3658)

En consecuencia, este Despacho es del criterio que en el presente proceso puede concluirse que sí se ha producido la violación de las normas legales invocadas por la parte actora, por lo que solicita al Tribunal que declare que ES ILEGAL la resolución de gabinete 24 de 7 de abril de 2008, emitida por el Consejo de Gabinete.

V. Prueba: Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo contentivo de la licitación pública internacional núm. LPI-001-2006 para el diseño, relleno, construcción, operación, administración y mantenimiento de una terminal de contenedores ubicada en Farfán/Palo Seco en el Pacífico Panameño, cuyo original reposa en los archivos de la Autoridad Marítima de Panamá.

VI. Derecho: Se aceptan los invocados por los demandantes, con excepción del artículo 58 de la ley 56 de 1995 y del artículo 162 de la ley 38 de 2000.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General