

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 282

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 19 de marzo de 2010

Proceso de inconstitucionalidad. Acción presentada por la firma forense Patton, Moreno & Asvat, en representación de **Contemporary Corp., S.A.**, en contra de **los artículos 20, 25 (numeral 4), 26, 32, 35 y 39 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007.**

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Disposiciones acusadas de inconstitucionales.

La parte actora solicita que se declaren inconstitucionales los artículos 20, 25 (numeral 4), 26, 32, 35 y 39 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007, publicada en la gaceta oficial 25,932 de 4 de diciembre de 2007, por cuyo conducto se establecieron los procedimientos, requisitos y demás mecanismos de contratación con terceros, de las concesiones de servicios aeronáuticos, aeroportuarios y servicios no aeronáuticos. (Cfr. fojas 5 a 15 del expediente judicial).

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas y los correspondientes conceptos de las supuestas infracciones.

A. La parte demandante aduce que los artículos 20, 25 (numeral 4), 26, 32 y el 35 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 infringen el artículo 32 de la Constitución Política de la República que dispone que nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria. (Cfr. concepto de infracción en las fojas 5 a 14 del expediente judicial).

B. También estima que dichas normas reglamentarias infringen de manera directa, por omisión, el numeral 2 del artículo 206 del Estatuto Fundamental, que establece las atribuciones constitucionales y legales de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la jurisdicción contencioso administrativa. (Cfr. concepto de infracción en las fojas 7 a 9 y 11 del expediente judicial).

C. Finalmente, considera que el artículo 39 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 infringe de manera directa, por omisión, los artículos 47 y 48 de la Constitución Política de la República, que de manera respectiva regulan lo referente a la garantía que tienen las personas naturales y jurídicas sobre la propiedad privada, que se adquiera conforme a la ley, la cual sólo puede ser expropiada mediante un juicio especial y el pago de una indemnización. (Cfr. concepto de infracción en las fojas 14 y 15 del expediente judicial).

III. Examen de Constitucionalidad.

A. Artículo 20 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007.

El artículo 20 indica que la selección del otorgamiento de las concesiones de parte de la Junta Directiva será definitiva e inapelable y, por lo tanto, no se podrá interponer ningún tipo de recurso. (Cfr. foja 56 del expediente judicial).

La parte actora se refiere a la infracción del artículo 32 de la Constitución Política de la República, el cual contiene tres garantías fundamentales: **a)** nadie será juzgado sino por autoridad competente; **b)** el juzgamiento ha de ser conforme a los tramites legales; y, **c)** nadie será juzgado más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.

Igualmente aduce infringido el numeral 2 del artículo 206 del Estatuto Fundamental, que establece las atribuciones legales que tiene la Corte Suprema de Justicia, en especial la jurisdicción contencioso-administrativa para: **a)** examinar las actuaciones de los servidores públicos; **b)** anular los actos acusados de ilegales; **c)** restablecer el derecho particular violado; **d)** estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas; y, **e)** pronunciarse acerca del sentido y el alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

La parte demandante, al sustentar su pretensión, alega que al establecer el artículo 20 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007, que las decisiones adoptadas en el acto de selección de contratista por la junta directiva de la sociedad Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., son definitivas e inapelables, sin que pueda recaer sobre ellas ningún recurso legal, se impide el ejercicio del derecho que tienen los proponentes no seleccionados a recurrir en contra esa decisión, colocándolos en un estado de indefensión, ya que dicho acto de selección de contratista no puede ser sometido al control jurisdiccional. (Cfr. fojas 5 a 8 del expediente judicial).

De la situación jurídica planteada, este Despacho opina que la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 infringe el artículo 32 de la Constitución Política de la República, toda vez que contiene un procedimiento de selección de contratista que realiza la junta directiva de la Autoridad Aeronáutica Civil para la concesión de los servicios aeronáuticos y no aeronáuticos que brinda esa institución, el cual culmina con un acto administrativo de carácter definitivo por

medio del cual se elige a un proponente, para el que surgen derechos y obligaciones con la entidad contratante; sin embargo, le niega al proponente excluido la posibilidad de interponer los recursos o medios de impugnación que estime pertinentes, lo que crea un estado de indefensión al no poder ser juzgado por la autoridad administrativa competente para agotar la vía gubernativa, y acudir, posteriormente, a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en busca del restablecimiento del derecho subjetivo que considere lesionado, situación ésta de la que también resulta la infracción del numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de la República.

En un proceso similar al que ocupa nuestra atención, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se pronunció mediante la sentencia de 13 de diciembre de 2000, en torno a la constitucionalidad de la frase "contra la decisión adoptada, no cabe ningún recurso", contenida en el primer párrafo del artículo 23 de la ley 56 de 1995, derogada, en los siguientes términos:

“En el presente caso, esta Corporación de Justicia le concede la razón al actor, ya que -contrario a lo señalado por el representante del Ministerio Público -el acto de calificación o descalificación de proponentes para un acto de contratación pública -licitación, concurso de precios o solicitud de precios- no es un acto de mero trámite o preparatorio, ya que la descalificación de un aspirante por parte de la comisión de pre-calificación de proponentes, lo deja fuera del procedimiento, perdiendo todo vínculo con el mismo; ello no puede ser considerado como un asunto de mero trámite, sino un asunto que extingue de manera definitiva la participación de un aspirante a contratante con una Institución Estatal, lo cual significa que tiene efecto autónomo.

...
Luego entonces, la frase demandada de inconstitucional sí deja en estado de indefensión -a criterio de la Corte- al proponente desestimado por la Comisión Calificadora de aspirantes a la Contratación Pública con la Institución Contratante, dejándolo sin participación en el resto del procedimiento, por lo que la Corte estima que la frase ‘contra la decisión adoptada no cabe ningún recurso’ contenida en la última parte del primer párrafo del artículo 23 de la Ley 95 de 1997, viola el principio constitucional del debido proceso legal contenido en el artículo 32

Constitucional, al no permitirle defenderse de su exclusión por parte del Comité pre-calificador.

Por otro lado, es el criterio del Pleno, que el párrafo mencionado también infringe el numeral 2º del artículo 203 de la Excerta Fundamental, toda vez que excluye no sólo de la impugnación vía administrativa sino también del control de la administración de justicia, la decisión del Comité pre-calificador para la contratación estatal pertinente, siendo dicho acto de naturaleza autónoma dentro del procedimiento de contratación pública, por afectar derechos de particulares, lo cual justifica de manera evidente el derecho del aspirante a proponente, para impugnar un acto que lo perjudica de manera excluido de forma definitiva del proceso de contratación pública.

...
En mérito de lo anterior, la Corte Suprema, PLENO, ..., DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL la frase 'contra la decisión adoptada, no cabe ningún recurso', contenida en la parte final del primer párrafo del artículo 23 de la Ley 56 de 1995, por violar los artículos 32, 203 numeral 2º, y 263 de la Constitución Nacional".

En otro orden de ideas, este Despacho considera pertinente destacar que aunque la ley 23 de 29 de enero de 2003, le ha atribuido a la sociedad Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., la facultad de dictar sus reglamentaciones para la adquisición de materiales o la contratación de obras y servicios que garanticen el óptimo desarrollo de la actividad comercial de los aeropuertos y aeródromos, esa empresa de carácter privado, por tener el 100% de la acciones del Estado, está obligada a observar todos los principios administrativos que rigen las contrataciones públicas, contenidos en la ley 22 de 27 de junio de 2006, entre los que se incluye la garantía del debido proceso legal.

B. Artículos 25 (numeral 4), 26, 32 y 35 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007.

La parte actora indica que el numeral 4 del artículo 25 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 que establece que la comisión, designada para el análisis y la ponderación de las propuestas en sus aspectos técnicos y económicos, levantará un acta de calificación, que será firmada por todos los integrantes de dicha comisión y los oferentes en ese acto, en la que se consignará

si hay algún reparo (foja 57), infringe los artículos 32 y 206 (numeral 2) de la Constitución Política de la República, ya que en su opinión, el oferente no seleccionado queda en una situación de indefensión al no poder ejercer su derecho de presentar descargos, defensas o recursos contra la decisión final que, basada en los resultados indicados en el acta y el informe de evaluación, adopte la junta directiva. Por tal razón, considera que se le impide el acceso al control jurisdiccional en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial).

En ese contexto, esta Procuraduría es de la opinión que el numeral 4 del artículo 25 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 no infringe el artículo 32 de la Constitución Política de la República, toda vez que el texto de esa norma reglamentaria establece la competencia de la citada comisión como autoridad competente, cuyas atribuciones se ejecutan conforme a los trámites o procedimientos establecidos en la Ley.

En relación a lo anterior, consideramos oportuno destacar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007, a la mencionada comisión le corresponde elaborar un informe en el que establecerá el análisis y la ponderación de los aspectos técnicos y económicos de las propuestas presentadas por los oferentes, cuyos resultados deben darse a conocer en un acto público posterior, en el que se abrirán los sobres con las ofertas económicas de aquellos oferentes que hayan calificado con un mínimo del 85% de acuerdo con la metodología de ponderación de propuestas. Posteriormente, la comisión debe levantar un acta de calificación firmada por todos sus integrantes y por los oferentes participantes en el acto, en el que se consignará algún reparo, de existir éste. Cumplido ese trámite y efectuada la selección por la junta directiva, el Aeropuerto notificará a todos los oferentes el resultado de la licitación.

En concordancia con lo anterior, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 22 de 27 de junio de 2006, según el cual, las personas que se consideren agraviadas con el acto de selección podrán interponer el recurso de impugnación descrito en el artículo 114 de esa Ley, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para promover la acción contenciosa, lo que se descarta la infracción del numeral 2 del artículo 206 del Estatuto Fundamental.

Por otra parte, la demandante estima que el artículo 26 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 que dispone que las concesiones del aeropuerto se formalizarán mediante contratos suscritos por el gerente general y el concesionario; y que la entidad contratante está obligada a dejar plasmado en los contratos de concesión que la resolución en estudio formará parte integral del mismo (foja 57), también infringe los artículos 32 y 206 (numeral 2) de la Constitución Política de la República, ya que el sólo hecho que la mencionada resolución contenga una norma que viole el Estatuto Fundamental impide que ésta pueda considerarse como parte de un contrato de concesión. (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial).

Al respecto, este Despacho considera que la sola mención de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 en los contratos de concesión que suscribe la empresa Tocumen, S.A., no es motivo suficiente para declarar su inconstitucionalidad, ya que ello requiere del análisis individual de su normativa, de manera que pueda establecerse si ésta es o no violatoria de Constitución Política de la República.

La recurrente manifiesta que el artículo 32 de la resolución acusada, que indica que cualquier disputa que resulte en relación a los contratos de concesión será resuelta por la junta directiva, y que la gerencia general, debidamente facultada por la dicha junta, comunicará al concesionario la decisión (foja 59); y el

artículo 35 de dicho cuerpo reglamentario que señala que el concesionario dispondrá de 15 días calendarios, a partir del día siguiente a que haya sido notificado de la decisión de dar por terminado el contrato, para desocupar y desalojar el área, local, espacio, zona o actividad objeto del contrato (fojas 59 y 60), infringen los artículos 32 y 206 (numeral 2) del Estatuto Fundamental, ya que considera que las atribuciones otorgadas a esas autoridades impide que el proceso sea conocido por los tribunales de justicia. (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente judicial).

En ese contexto, este Despacho es de la opinión que los artículos 32 y 35 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007, aducidos por la demandante, tampoco violan las garantías del debido proceso legal y el acceso a los tribunales competentes, ya que el artículo 38 de dicha resolución es claro al señalar que los concesionarios afectados podrán solicitar reconsideración por una sola vez dentro del plazo de 5 días hábiles, contados desde el recibo de la notificación al gerente general del aeropuerto, lo que da lugar al agotamiento de la vía gubernativa y permite el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, cuya competencia está atribuida a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para los efectos del control de legalidad; por tanto, no se infringen los artículos 32 y 206 (numeral 2) de la Constitución Política de la República.

C. Artículo 39 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007.

La parte actora indica que el artículo 39 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 infringe los artículos 47 y 48 de la Constitución Política de la República, que guardan relación con la garantía que tienen las personas naturales y jurídicas sobre la propiedad privada adquirida conforme a los trámites de ley; así como el derecho que tienen a recibir una indemnización por razón de la expropiación declarada mediante juicio especial; señalando en este sentido que al establecer el artículo 39 de la resolución acusada, que la junta directiva puede dar

por terminado anticipadamente el contrato de concesión por necesidades operacionales, lo cual será acompañado de una compensación económica, infringe el derecho al uso y el goce de la propiedad privada adquirida conforme al trámite que estableció la ley, sin ofrecer a los concesionarios la garantía de recurrir en contra de esta decisión. (Cfr. fojas 14 y 15 del expediente judicial).

Esta Procuraduría estima que el artículo 39 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007 no infringe los artículos 47 y 48 del Estatuto Fundamental, ya que el hecho que el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., otorgue a una persona natural o jurídica una concesión administrativa, conforme al trámite que establece la ley 23 de 2003 y sus normas reglamentarias, para que administre un bien o servicio público por un término determinado, no es razón para que dicho concesionario estime que se le está otorgando un derecho de propiedad sobre el bien objeto de la concesión.

En el marco de lo antes expuesto consideramos, que el concesionario únicamente se convierte en un administrador del dominio público bajo su custodia, con derechos y obligaciones frente a la entidad contratante; por lo que, mal puede considerar la actora que el bien o el servicio objeto de arrendamiento es de dominio privado el cual puede recibir el tratamiento de expropiación que dispone el artículo 48 de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, al establecer la norma acusada de inconstitucional que la junta directiva del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., por necesidad operacional del aeropuerto u otra causa justificada, puede anular anticipadamente los términos del contrato, la cual deberá ser acompañada del pago de una compensación económica, no vulnera derecho alguno de la actora, ya que tanto la terminación anticipada del contrato, como la determinación del monto de la indemnización deberá efectuarse a través de un acto administrativo debidamente motivado, fundamentado en Derecho, mismo que al estar en firme puede ser

objeto de impugnación ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo; por lo que, tales normas reglamentarias no son violatorias de los artículos 47 y 48 de la Constitución Política de la República.

En virtud de las consideraciones antes expresadas, la Procuraduría de la Administración solicita al Tribunal que declare que ES INCONSTITUCIONAL el artículo 20 de la resolución 005-JD-07 de 15 de octubre de 2007, por ser violatorio de los artículos 32 y 206 (numeral 2) de la Constitución Política de la República; y QUE NO SON INCONSTITUCIONALES los artículos 25 (numeral 4), 26, 32, 35 y 39 de la citada resolución.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

Expediente 597-09