

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 347

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 30 de abril de 2008

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad

La licenciada **Argelis
Francesca Ameglio**, en su
propio nombre y
representación, para que se
declare nula, por ilegal, la
resolución de gabinete No.1 de
12 de enero de 2007 emitida
por el **Consejo de Gabinete de
la República de Panamá**.

Concepto

**Honorable 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,
con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el
proceso descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

A. Conforme puede observar este Despacho, el 29 de
diciembre de 1994 el Ministerio de Obras Públicas y Pycsa
Panamá, S.A., suscribieron el contrato 98 para el estudio,
diseño, construcción, mantenimiento, operación, explotación
de la autopista Panamá - Colón y de la fase I del Corredor
Norte (sección oeste). (Cfr. fojas 15 a la 25 del expediente
judicial).

El 26 de diciembre de 1996, las partes procedieron a
la firma de la adenda 1 al contrato 98 de 1994, que modificó,

entre otras cosas, lo estipulado previamente en el acápite 8 de la cláusula cuarta del referido contrato, quedando establecido a partir de ese momento, que con sujeción a lo dispuesto en el artículo 37 del decreto ejecutivo 17 de 1989, tal quedó modificado en virtud del artículo 24 del decreto ejecutivo 272 de 30 de noviembre de 1994, el concesionario podría, previo consentimiento del Ministerio de Obras Públicas, traspasar, ceder o gravar a favor de terceros, en todo o en parte, incluyendo aquellos que le otorguen financiamiento, los derechos de cualquier índole, contemplados en el referido contrato, sin distinción de las fases de la concesión o del tramo componente que corresponda; incluyendo, sin que ello implicara limitación, los ingresos provenientes del cobro de peaje, en relación con cualquiera de los tramos componentes del proyecto. (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

Igualmente, se advierte que con posterioridad a la celebración de esta adenda, las partes acordaron modificar nuevamente algunas cláusulas del contrato 98 de 1994, para lo cual convinieron en las adendas 2, 3 y 4; señalando en cada una de ellas que lo pactado en el contrato y en la adenda 1 de 1996, se mantendría vigente sin cambio, modificación o alteración alguna, a excepción de los cambios, adiciones o modificaciones convenidos en las mismas. (Cfr. fojas 40 a la 60 del expediente judicial).

También observamos, que la entidad demandada emitió la resolución 095-06 de 25 de septiembre de 2006, que autorizó a Pycsa Panamá, S.A., para ceder la concesión Madden - Colón a

la Constructora Norberto Odebrecht, S.A. Así mismo, la institución concedente mediante la resolución 01-07 de 2 de enero de 2007 aprobó que la citada empresa constructora cediera la concesión Madden - Colón a una subsidiaria denominada Concesionaria Madden - Colón, S.A. La opinión favorable para la celebración de esta cesión fue igualmente otorgada por el Consejo Económico Nacional mediante la nota CENA-582 del 24 de noviembre de 2006. ((Cfr. fojas 7 y 62 del expediente judicial).

El Consejo de Gabinete al expedir la resolución 1 del 12 de enero de 2007, que constituye el acto acusado, igualmente emitió concepto favorable a esta cesión parcial del contrato de concesión 98 de 29 de diciembre de 1994, la cual fue acordada el 29 de junio de 2006 por la concesionaria Pycsa Panamá, S.A., y Constructora Norberto Odebrecht, S.A., y tiene como objeto el diseño, construcción, mantenimiento, operación y explotación del tramo componente denominado Tramo II autopista Panamá - Colón (Tramo Madden - Colón).

La licenciada Argelis Ameglio, actuando en su propio nombre y representación, interpuso demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la resolución de gabinete 1 de 2007, por considerar que el Estado no debió autorizar la cesión parcial de la concesión acordada entre Pycsa Panamá S.A., y Constructora Norberto Odebrecht, S.A., toda vez que a la fecha en que se emitió el concepto favorable a esta cesión parcial del contrato, la concesionaria original, Pycsa Panamá, S.A., había incurrido en las causales de caducidad de la concesión establecidas en

la ley 5 de 1988 y el artículo octavo del citado contrato 98 y sus adendas posteriores, por lo que el Ministerio de Obras Públicas debió resolverlo administrativamente.

II. Las disposiciones que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas violaciones.

A. Los numerales 1, 3 y 5 del artículo 16 y el artículo 18 de la ley 5 de 1988, en la forma que expone en las fojas 114 a la 118 del expediente judicial.

B. El numeral 1 del artículo 19 de la ley 22 de 2006, tal como lo explica en las fojas 118 y 119 del expediente judicial.

C. Los artículos 36 y 1002 del Código Civil, en la manera que señala en las fojas 119 a la 121 del expediente judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración

A. En relación a los cargos de infracción a los numerales 1, 3 y 5 del artículo 16 de la ley 5 de 1988 y el artículo 1002 del Código Civil, este Despacho considera que, contrario a lo argumentado por la actora, la resolución de gabinete 1 de 2007, acto cuya nulidad se demanda, fue dictada dentro de los parámetros y objetivos establecidos en la ley y el contrato de concesión administrativa 98 de 1994, habida cuenta que el acápite 8 de la cláusula cuarta de la adenda 1 de 1996, otorgó a Pycsa Panamá, S.A., el derecho a **traspasar, ceder o gravar, con el consentimiento del Ministerio de Obras Públicas, en todo o en parte, a favor de terceros, incluyendo aquellos terceros que otorguen financiamiento, los derechos de cualquier índole, contemplados en el contrato 98 de 1994;**

por lo que, desde el momento que dicha adenda recibió las autorizaciones y aprobaciones que establece la ley 5 de 1988, modificada por la ley 52 de 2005, el decreto 17 de 1989, modificado por el decreto 272 de 1994 y el decreto 7 de 1997, se constituyó en parte de la relación derivada del contrato 98 de 29 de diciembre de 1994, de tal suerte, que el acuerdo privado de cesión parcial de los trabajos de construcción del tramo II de la autopista Panamá - Colón celebrado el 29 de junio de 2006 entre Pycsa Panamá, S.A., y Constructora Norberto Odebrecht, S.A., se dio dentro de las previsiones contempladas por el mencionado instrumento contractual.

Por otra parte, consideramos que Pycsa Panamá, S.A., actuó dentro de lo previsto por el acápite 7 del artículo 13 de la ley 5 de 15 de abril de 1988, que prohíbe a los concesionarios traspasar, vender o en forma alguna comprometer o gravar el objeto dado en concesión sin que medie autorización de la entidad concedente. Ello es así, puesto que conforme consta en el expediente, dicha empresa concesionaria presentó al Ministro de Obras Públicas, para su debida consideración, el referido acuerdo privado de cesión parcial, tal como lo prevé el artículo 37 del decreto 17 de 1988 que dispone que si el concesionario optare por ejercer el derecho de cesión a que alude el artículo 13 de la ley 5 de 15 de abril de 1988, deberá solicitarlo mediante memorial dirigido a la entidad concedente.

También está acreditado en el expediente, que el Ministerio de Obras Públicas analizó la documentación técnica y financiera presentada por la concesionaria junto con el

mencionado acuerdo de cesión parcial, concluyendo que la Constructora Norberto Odebrecht S.A., tenía la capacidad requerida para llevar a cabo la construcción y administración del tramo II autopista Panamá - Colón (Madden - Colón), por lo que, en virtud de la atribución conferida por el artículo 27 del decreto ejecutivo 17 de 1989, modificado por el artículo 24 del decreto ejecutivo 272 de 1994, dicho ministerio expidió la resolución 095-06 del 25 de septiembre de 2006, autorizando a Pycsa Panamá S.A., para que cediera y traspasara sus derechos sobre esta fase de la obra a Constructora Norberto Odebrecht, S.A.

Por consiguiente, consideramos que al obtener el citado acuerdo de cesión parcial las aprobaciones del Ministerio de Obras Públicas y el Consejo Económico Nacional, según lo exigido en el decreto ley 7 de 1997, éste quedó revestido de las formalidades legales necesarias para su posterior aprobación por parte del Consejo de Gabinete.

En otro orden de ideas, se advierte que el artículo 16 de la ley 5 de 1988 dispone que la caducidad de cualquier concesión administrativa se declarará por el Consejo de Gabinete, **a solicitud de la entidad concedente**, por cualesquiera de las causas que para tal efecto contiene la propia disposición, lo cual hace evidente que tal declaratoria no opera de pleno Derecho, es decir, que no basta que la concesionaria haya incurrido en alguna de las causales de caducidad, sino que, además de ello, es necesario que la entidad concedente así lo solicite al Consejo de Gabinete y que este organismo formalmente declare la

caducidad de la concesión de que se trate. En el caso que ocupa nuestra atención, tal situación no se ha dado, habida cuenta que consta en el expediente que la entidad concedente reiteradamente ha modificado la relación contractual, como lo muestran las adendas 1, 2, 3 y 4 el contrato 98 de 1994.

Así mismo, consideramos que la alegada causal de caducidad por quiebra judicial o incapacidad financiera o técnica del concesionario, establecida en el numeral 5 del aludido artículo 16 de la ley 5 de 1988, tampoco se ha configurado, ya que no consta en el expediente administrativo la existencia de una resolución dictada en la vía jurisdiccional, en la que se haya declarado la quiebra judicial de Pycsa Panamá, S.A., o bien, un documento que acredite que la entidad concedente haya determinado que la empresa no podía continuar con los trabajos objeto de la concesión por estar económicamente insolvente o por incapacidad técnica, de tal suerte que mal podía entonces el Ministerio de Obras Públicas iniciar ningún trámite administrativo para que el Consejo de Gabinete declarara caducado el contrato de concesión 98 de 1994 y sus adendas, por el supuesto incumplimiento de lo pactado y su posterior rescate administrativo.

Por otra parte, consideramos que la resolución de gabinete 1 de 2007, acusada de ilegal, es un acto de mero trámite, ya que según lo establece el artículo 2 de esta resolución, la cesión parcial efectuada por Pycsa Panamá, S.A., a favor de Constructora Norberto Odebrecht, S.A., estaba sujeta para su validez y eficacia a la aprobación

formal de la adenda respectiva, mediante los mismos trámites del contrato original; de ahí que resulta fácil arribar a la conclusión ya señalada, es decir, que estamos frente a un acto expedido como parte de un procedimiento administrativo encaminado al perfeccionamiento de una adenda que modifica una relación contractual derivada del otorgamiento de una concesión administrativa; en consecuencia, mal puede alegar la actora que la resolución acusada viola lo pactado en el contrato 98 de 1994.

Todo lo expuesto viene a demostrar que la resolución de gabinete 1 de 2007, acusada de ilegal, fue emitida conforme el procedimiento establecido en la ley 5 de 1988, modificada por la ley 52 de 2005 y reglamentada por el decreto 17 de 1989 modificado por el decreto ejecutivo 272 de 1994; por lo tanto, los argumentos de la actora resultan infundados.

B. En cuanto a la supuesta infracción al numeral 1 del artículo 19 de la ley 22 de 2006 y el artículo 36 del Código Civil, aducidos por la actora, este Despacho advierte que el Ministerio de Obras Públicas y Pycsa Panamá, S.A., suscribieron el contrato de concesión administrativa 98 de fecha 29 de diciembre de 1994 y sus respectivas adendas, para el estudio, diseño, construcción, mantenimiento, administración y explotación de la autopista Panamá - Colón y la fase I del Corredor Norte (sección oeste); por consiguiente, es evidente que las normas aplicables en el presente caso son las consagradas en la ley 5 de 15 de abril de 1988, modificada por la ley 52 de 2005, el decreto 17 de 29 de noviembre de 1989, modificado por el decreto ejecutivo

272 de 30 de noviembre de 1994, textos normativos que regulan todo lo referente a las concesiones administrativas y que a la fecha se encuentran vigentes, de tal manera que en el presente proceso no son aplicables las normas de la ley 22 de 2006, que regula única y exclusivamente lo referente al procedimiento de contratación pública, ni lo dispuesto en el artículo 36 del Código Civil, por lo que nos abstenemos de analizar estos cargos.

Por las consideraciones expresadas, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución de gabinete 1 de 12 de enero de 2007, emitida por el Consejo de Gabinete, que emite concepto favorable a la cesión parcial del contrato de concesión 98 de 29 de diciembre de 1994 celebrada entre Pycsa Panamá, S.A., y Constructora Norberto Odebrecht, S.A.

IV. Pruebas: Se aduce el expediente administrativo referente a este caso, el cual reposa en los archivos del Ministerio de Obras Públicas.

V. Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado.

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

NRA/11/iv