

30 de julio de 2004

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Viabilidad Jurídica.**

**Concepto.**

El licenciado Antonio Moreno, en representación del **Contralor General de la República** solicita pronunciamiento sobre la viabilidad jurídica del Contrato N°A2-020-2002, suscrito entre la **Autoridad Marítima de Panamá y la empresa Central Atlántica.**

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

Por este medio acudimos ante Vuestra Augusta Corporación de Justicia, con la finalidad de externar nuestro concepto legal en torno a la solicitud de viabilidad jurídica identificada en el margen superior.

**Antecedentes:**

Esta Procuraduría observa que el proceso in examine tuvo su génesis con el Contrato N°A2-020-2002 suscrito por Jerry Salazar, en su condición de Administrador y Representante Legal de la Autoridad Marítima de Panamá, y la señora Amelia Robles, en su condición de Presidenta y Representante Legal de la empresa Central Atlántico, S.A., inscrita a la ficha 316217, rollo 49803 e imagen 0052, de la Sección de Micropelículas (Mercantil) del Registro Público, quien en adelante se denominará la concesionaria.

Mediante dicho contrato, la Autoridad Marítima de Panamá le otorga a la concesionaria el derecho a realizar el servicio de inspección y trabajos submarinos, suministros de agua, lubricantes, combustible a través de barcaza y carga

seca en general; descarga de residuos de aceite, sentina y aguas servidas a naves en tránsito en el sector Pacífico y Atlántico, (Balboa, Coco Solo, Bahía de Manzanillo, Aguadulce, Almirante, Charco Azul, Pedregal, Rodman y Vacamonte, así como las áreas aledañas) teniendo como base los muelles de Vacamonte y Rodman.

En la cláusula décimo segunda se señala que ese contrato entrará a regir a partir de la fecha del refrendo por parte de la Contraloría General de la República.

Esa fue la razón por la cual el señor Jerry Salazar, Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, a través del Oficio ADM-1358-2002-LEG fechado 17 de octubre de 2002 le solicitó al señor Contralor General de la República el refrendo del Contrato N°A2-020-2002 a suscribirse entre esa institución y la empresa Central Atlántico, S.A., por la suma de B/.39,420.01, por el término de diez años.

El señor Contralor General de la República mediante nota número 5595-Leg de 6 de noviembre de 2002 le devolvió al Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá el Contrato de Concesión N°A2-020-2002, porque el objeto de la concesión no está comprendido en el artículo 42 del Acuerdo número 9 (Reglamento para otorgar concesiones) de 24 de marzo de 1976, porque no hay evidencia que se haya efectuado un acto público para otorgar la concesión de conformidad con los artículos 16, numeral 1, 40, 45 y 69 de la Ley 56 de 1995, y porque no se aportó el endoso a la fianza de cumplimiento de manera que la misma se renueve de manera automática durante la vigencia del contrato y conforme a lo dispuesto en la cláusula quinta, literal d, del Contrato.

A continuación, la señora Bertilda García Escalona, Administradora de la Autoridad Marítima de Panamá, mediante nota ADM número 1132-2003-Leg., de 1° de julio de 2003 le contestó al señor Contralor General de la República que la Autoridad Marítima de Panamá, en su calidad de ente rector del sector marítimo tiene entre sus funciones la de "Otorgar las concesiones para la explotación de los puertos nacionales existentes y los que en el futuro se construyan", según se establece en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 42 de 2 de mayo de 1974, por la cual se crea la Autoridad Portuaria Nacional.

También se sustenta en el artículo 6, numeral 3, del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998 que establece entre las atribuciones de la Autoridad Marítima de Panamá otorgar concesiones.

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 42 de 1974 indica que: "Corresponde a la Autoridad Portuaria Nacional, otorgar mediante contratos con personas naturales o jurídicas, las concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en los siguientes bienes del Estado: 1. Fondos, playas y ribera del mar y 2. Cauces y ribera de los ríos y esteros."

El numeral 3, del artículo 36 del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, por medio de la cual se crea la Autoridad Marítima de Panamá señala que cesarán las funciones de la Autoridad Portuaria Nacional y pasarán a la Autoridad Marítima de Panamá.

El artículo 27, numeral 9, del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998 señala entre las funciones de la Autoridad

Marítima de Panamá la de celebrar contratos, convenios, actos u operaciones cuyo monto no exceda un millón de balboas.

La Autoridad Marítima de Panamá se basa en una opinión externada por esta Procuraduría antes que se emitiera la Ley de Contratación Pública y en la Sentencia de 24 de octubre de 1997 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (cfr. foja 13 del expediente judicial).

Seguidamente el señor Contralor General de la República interpone una petición de pronunciamiento de viabilidad jurídica del Contrato A2-020-2002.

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

Luego del análisis de los planteamientos esgrimidos en la Petición de Viabilidad Jurídica del contrato en referencia, esta Procuraduría señala que comparte plenamente el criterio esgrimido por el señor Contralor General de la República por las razones que exponemos a continuación:

El artículo 276 de la Constitución Política es diáfano al establecer las funciones de la Contraloría General de la República:

**“Artículo 276.** Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que le señale la Ley, las siguientes:

1. ...

2. Fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección según lo establecido en la Ley.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que sólo ejercerá este último.

3. ...”

Similar texto contiene el artículo 1 de la Ley 32 de 1984 y, en desarrollo del mismo, el artículo 11 de la Ley 32 de 1984 señala:

**"Artículo 11.** Para el cumplimiento de su misión, la Contraloría General ejercerá las siguientes atribuciones:

1. Llevará las cuentas nacionales que sean necesarias para reflejar las operaciones financieras del Estado, entre las que figurarán las de ingreso, las de egreso, las de la deuda pública, interna y externa, y las patrimoniales.

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que sólo ejercerá este último. Esta determinación se hará mediante resolución escrita que expedirá el Contralor General.

3. ...

4. Realizará inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentará las denuncias respectivas. Estas investigaciones pueden iniciarse por denuncia o de oficio, cuando la Contraloría lo juzgue oportuno.

Al instruir una investigación la Contraloría practicará las diligencias tendientes a reunir los elementos de juicio que esclarezcan los hechos, pudiendo recibir testimonios, designar peritos, realizar inspecciones y practicar cualesquiera otras pruebas instituidas por la ley.

5. ..."

Las disposiciones citadas le permiten a la Contraloría General de la República ejercer, entre otras cosas, el control previo sobre los fondos públicos, para que los mismos sean utilizados conforme lo establece la ley.

En un proceso similar al que nos ocupa, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia reconoció la potestad de la Contraloría General de la República para preservar los fondos públicos a través del control previo, traducíéndose ello en la abstención del refrendo de un acto administrativo, en la Sentencia fechada 15 de diciembre de 1998, que en lo medular dice:

"Estima la Sala que el acto que puso término al proceso de licitación y contratación fue la negativa de refrendo por parte de la Contraloría General de la República, acto legítimo que impidió la suscripción del Contrato No. DG-308-94 entre el IRHE y la empresa MOTORES COLPAN, S. A.

Respecto a la validez y legalidad de la actuación de la Contraloría General de la República, al dictar la Nota N. D. C. 624-94 de 3 de octubre de 1994, que dio inicio a la investigación de la contratación entre el IRHE y MOTORES COLPAN, S. A., con base en la Licitación 063-93 y que posteriormente generó el no refrendo del Contrato No. 308-94, ya se pronunció la Sala Tercera en Sentencia de 18 de septiembre de 1998, dentro del proceso contencioso de plena jurisdicción, interpuesto por la firma Escobar Bethancourt, Pereira y Taboada en representación de MOTORES COLPAN, S. A., contra la Nota No. D. C. 624-94 en mención, en los siguientes términos:

'La Sala considera que la Contraloría General de la República para llevar a cabo su misión de fiscalización, regulación y control de los movimientos de los fondos y bienes públicos de la Nación, posee una serie de facultades otorgadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo citado. (artículo 11 de la Ley 32 de 1984)

El numeral 2 le permite a la Contraloría determinar los casos en que ejercerá el control previo y posterior de los fondos públicos, en el acto impugnado. Por lo tanto, el hecho de solicitar la contestación a una serie de interrogantes, no es otra

cosa que ejercer este control posterior al acto, el cual fue después de la licitación, con el fin de obtener un mejor criterio para el refrendo del contrato, y de esta manera reunir los elementos de juicio necesarios que le ayudarán con su misión.' (El paréntesis es de la Sala) (Sentencia de 18 de septiembre de 1996, legible a fojas 559 a 566 de este expediente)

El señor Contralor mediante la Resolución No. 30 de 6 de marzo de 1995 confirmó la Nota 624-94 de 3 de octubre de 1994, declarada legal por la Sala, pero además negó el refrendo o aprobación del contrato...

...El artículo 77 de la Ley 32 de 1984 preceptúa que la Contraloría puede improbar todo acto administrativo que afecte un patrimonio público por razones de orden legal o económico y esto fue lo que hizo la Contraloría en el caso en estudio, como ya se ha expuesto."

El señor Contralor General de la República fundamentó el no refrendo del Contrato en referencia en las siguientes causas: 1. el objeto de la concesión no está comprendido en el artículo 42 del Acuerdo número 9 (Reglamento para otorgar concesiones) de 24 de marzo de 1976, 2. no hay evidencia que se haya efectuado un acto público para otorgar la concesión de conformidad con los artículos 16, numeral 1, 40, 45 y 69 de la Ley 56 de 1995, y 3. no se aportó el endoso a la fianza de cumplimiento de manera que la misma se renueve de manera automática durante la vigencia del contrato y conforme a lo dispuesto en la cláusula quinta, literal d, del Contrato.

Por considerarlo importante para dilucidar el fondo de la controversia, analizaremos tales acotaciones.

El Acuerdo número 9 de 24 de marzo de 1976 que contiene el Reglamento para otorgar concesiones, aparece publicado en la G.O. 18,075 de 28 de abril de 1976.

El Considerando del Acuerdo señala taxativamente "que, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 42 de 1974, corresponde a la Autoridad Portuaria Nacional (hoy Autoridad Marítima de Panamá) otorgar mediante contratos con personas naturales o jurídicas las concesiones para la **construcción y explotación de instalaciones marítimas** y portuarias en los fondos, playas, riberas de mar, cauces y riberas de los ríos y esteros".

En abono a lo expuesto, el artículo 8 del Acuerdo número 9 de 24 de marzo de 1976 se refiere a la naturaleza o magnitud del **proyecto u obra** y que una vez terminadas las **obras o construcciones** el concesionario deberá comprobar el valor de las mismas. El artículo 11 regula expresamente el inicio y terminación de la **construcción de las obras sobre el bien (playa, ribera de playa o fondo marino)** de la concesión y el artículo 14 dispone lo atinente a las solicitudes de ampliación de los **bienes** objeto de la concesión.

El Contrato N°A2-020-2002 suscrito por Jerry Salazar, en su condición de Administrador y Representante Legal de la Autoridad Marítima de Panamá, y la señora Amelia Robles, en su condición de Presidenta y Representante Legal de la empresa Central Atlántico, S.A., no contempla ninguno de los fines indicados en el párrafo anterior, habida cuenta que la finalidad de la concesión in examine consiste en el derecho de la concesionaria "a realizar el **servicio** de inspección y trabajos submarinos, suministros de agua, lubricantes, combustible a través de barcaza y carga seca en general; descarga de residuos de aceite, sentina y aguas servidas a naves en tránsito en el sector Pacífico y Atlántico..."



Aunado a lo anterior, el artículo 1 del Acuerdo número 9 de 24 de marzo de 1976 indica: "Las concesiones autorizadas por el Artículo 24 de la Ley 42 de 2 de mayo de 1974, se otorgarán mediante contrato y con sujeción a las disposiciones del presente Reglamento."

Siendo el aludido contrato de concesión un contrato administrativo, el mismo debe regirse por las disposiciones del Reglamento indicado y **supletoriamente por la Ley 56 de 1995** relativa a las Contrataciones Públicas, por ser ese cuerpo normativo el que contiene el procedimiento especializado para que el Estado pueda suscribir contratos con los particulares, como en el caso que nos ocupa.

El artículo 1 de la Ley 56 de 1995 es claro al indicar que "La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas..." El Parágrafo del artículo 1 es el que aclara que esa ley se aplicará de manera supletoria cuando las contrataciones se rijan por leyes especiales.

Lo mismo se reitera en el artículo 69 de la Ley 56 de 1995 que puntualiza: "Los contratos públicos que celebren las entidades públicas se regirán por las disposiciones de la presente Ley..."

En ese sentido, debió tomarse en consideración lo dispuesto en la Ley de Contratación Pública antes de suscribirse el Contrato N°A2-020-2002 bajo estudio.

Finalmente, el señor Contralor esgrime que no se aportó el endoso a la fianza de cumplimiento de manera que la misma se renueve de manera automática durante la vigencia del contrato y conforme a lo dispuesto en la cláusula quinta, literal d, del Contrato.

Al respecto, es importante mencionar que la cláusula quinta del Contrato A2-020-2002, en su literal d, señala que la garantía para el cumplimiento de las obligaciones pactadas consiste en una fianza de cumplimiento por la suma de B/.3,942.00, la cual deberá ser consignada a la Autoridad Marítima de Panamá antes o al momento de la firma del Contrato, en efectivo, bonos del Estado, cheque certificado o garantía expedida por una compañía de seguros reconocida por las leyes de la República de Panamá a favor de la Autoridad Marítima de Panamá y la Contraloría General de la República. De acuerdo con lo planteado por el señor Contralor, **"no se aportó el endoso de la Fianza de Cumplimiento, de modo que la misma se renueve de manera automática durante la vigencia del contrato y conforme a lo dispuesto en la cláusula quinta, literal d, del Contrato."** (cfr. foja 18 del expediente judicial).

Por lo expuesto, le pedimos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que el Contrato N°A2-020-2002, suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la empresa Central Atlántica, carece de viabilidad jurídica.

**Pruebas:** Aceptamos las pruebas aducidas junto con el libelo, porque cumple con las formalidades del Código Judicial.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración**

AMdeF/favor de no colocar mi número

Lcdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General.