

Vista N° 349

4 de Julio de 2000.

Proceso Contencioso

Administrativo de

Nulidad.

Concepto.

Interpuesto por el Licdo. Luis Alberto Palacios, en representación de Contralor General de la República, para que se declaren nulas, por ilegales, la Resolución J.D. número 008-99 de 19 de julio de 1999, expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá; la Nota CENA/331 de 20 de julio de 1999, suscrita por el Secretario del Consejo Económico Nacional y la Resolución del Consejo de Gabinete N°91 de 13 de agosto de 1999.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante ese Honorable Tribunal, a fin de emitir concepto sobre la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

En estos procesos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial, actuamos en interés de la Ley.

1. La pretensión de la parte actora.

El demandante, en ejercicio de la acción popular y en su condición de Contralor General de la República, pide a su Digno Tribunal que se declaren nulos, por ilegales, los siguientes actos:

1. La Resolución J.D. número 008-99 de 19 de julio de 1999, expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, mediante la cual, entre otras cosas, se fijó el monto total de la indemnización de la empresa K.M.R.G., S.A., en dos millones trescientos seis mil seiscientos setenta y seis balboas con 09/100 (B/.2,306,676.09) y se autorizó el pago de dicha suma a la empresa K.M.R.G., S.A., en concepto de indemnización por la terminación de los Contratos de Concesión N°2-027-86 de 18 de julio de 1986 y el N°1-055-93 de 23 de noviembre de 1993,

celebrados entre esta empresa y la otrora Autoridad Portuaria Nacional, previo descuento de cualquier pasivo que mantuviera con el Estado y cumpliendo los requisitos establecidos en la Resolución J.D. N°004 de 9 de julio de 1999.

2. La Nota CENA/331 de 20 de julio de 1999, suscrita por el Secretario del Consejo Económico Nacional, mediante la cual se comunica al Ministro de la Presidencia que el Consejo Económico Nacional había emitido, en sesión de 20 de julio de 1999, opinión favorable a las Resoluciones de la Junta Directa de la Autoridad Marítima de Panamá, que autorizaban los pagos de las indemnizaciones a las empresas que cesaron sus operaciones en virtud de la celebración del Contrato Ley N°5 de 16 de enero de 1997 y entre las cuales se encontraba K.M.R.G., S.A.

3. La Resolución del Consejo de Gabinete N°91 de 13 de agosto de 1999, por la cual se autorizó a la Autoridad Marítima de Panamá a gestionar ante los organismos gubernamentales correspondientes, el pago de dos millones trescientos seis mil seiscientos setenta y seis balboas con 09/100 (B/.2,306,676.09), a la empresa K.M.R.G., S.A., en concepto de indemnización por la terminación del Contrato de Concesión N°2-027-86 de 18 de julio de 1986, celebrado entre esta empresa y la otrora Autoridad Portuaria Nacional, previo descuento de cualquier pasivo que mantuviera con el Estado y cumpliendo los requisitos establecidos en la Resolución J.D. N°004 de 9 de julio de 1999.

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

a. El artículo tercero de la Resolución J.D. número 004-99, de 9 de julio de 1999, emitida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, que a la letra dice:

¿Artículo Tercero: Cuando una concesionaria o arrendataria, solicite indemnización por terminación anticipada de su respectivo contrato, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997, se seguirá la siguiente metodología:

1...

4. El cálculo de indemnización será establecido tomando en consideración los siguientes principios:

a) UTILIDADES NO PERCIBIDAS: Se calculará de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados, tomando en cuenta las declaraciones juradas de renta.

El rubro de utilidades no percibidas será establecido considerando los años restantes del término de vigencia del contrato de concesión o arrendamiento.¿

Al expresar su inconformidad, la parte demandante señaló que la violación consiste en que la Subcomisión de Indemnización integrada por Directivos de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, y posteriormente el Pleno de dicha Junta Directiva al emitir la Resolución impugnada, tomaron como utilidad anual el promedio del mejor y del peor año de ganancias de la empresa, según se reflejaba en las Declaraciones Juradas de Renta.

A su juicio, el sentido y el alcance de la norma transcrita implica que se tomen en cuenta todas las Declaraciones Juradas de Renta y no discriminatoriamente ¿el promedio del mejor y el peor año de ganancia.¿ Añade que con esa medida se dejaron de considerar períodos fiscales en los que hubo pérdida por parte de la empresa.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

No comparte este Despacho los planteamientos hechos por el demandante y considera que yerra al estimar que el Reglamento en comento establecía limitaciones en cuanto a los años que debían tomarse en consideración para calcular las utilidades no percibidas por la terminación adelantada de los contratos de concesión. Veamos:

La Resolución JD número 004-99 de 9 de julio de 1999 expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, por medio de la cual se aprobó ¿la Metodología para el Pago de Indemnización a los Concesionarios o Arrendatarios de la ex-Autoridad Portuaria Nacional, subrogada en sus derechos y obligaciones por la Autoridad Marítima Nacional, por razón de la terminación anticipada de los Contratos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997, en su artículo tercero, numeral 4, señala expresamente que el cálculo de la indemnización será establecido tomando en consideración las Declaraciones Juradas de Renta y de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados.

Al remitirnos a la foja 1 del expediente judicial, observamos en la parte motiva de la Resolución J.D. N°008-99, que la empresa K.M.R.G., S.A., era Concesionaria de la Autoridad Portuaria Nacional, según Contrato N° 2-027-86 de 18 de julio de 1986 y que, por razón de la terminación anticipada del convenio, presentó una Solicitud de Indemnización de acuerdo a lo establecido en el Artículo Tercero, Numeral 1, de la Resolución J.D. número 004 de 9 de julio de 1999.

También indica el considerando de la aludida Resolución J.D. número 008-99, que la Subcomisión de Indemnización nombrada por la Junta Directiva, al evaluar la solicitud de la Concesionaria tomó en cuenta los principios establecidos en el Artículo Tercero, numeral 4, de la Resolución J.D. número 004-99, el artículo 70 de la Ley número 56 de 27 de diciembre de 1995 y el artículo 255 de la Constitución Nacional, de lo que obtuvo el monto total a indemnizar.

La debida consideración de los parámetros establecidos en el citado Artículo Tercero, numeral 4, se refleja más claramente en el Resumen Ejecutivo preparado por la Autoridad Marítima de Panamá para el Consejo Económico Nacional respecto de la ¿Indemnización por terminación anticipada de Contratos de Concesión y Arrendamiento suscritos por la otrora Autoridad Portuaria Nacional, en los Puertos de Balboa y Cristóbal, por virtud de la Ley número 5 de 16 de enero de 1997¿, visible de fojas 163 a 168 del expediente, el cual señala en su punto XII sobre el particular lo siguiente:

¿XII. La Sub Comisión de Indemnización evaluó las peticiones de acuerdo a los siguientes parámetros:

i. Se tomó en cuenta la renta neta gravable de las Declaraciones Juradas de Renta de las empresas afectadas para los períodos fiscales comprendidos entre la fecha de inicio del contrato de concesión o arrendamiento respectivo y el 1° de marzo de 1997, fecha efectiva de la entrega de los Puertos de Balboa y Cristóbal de acuerdo a la Ley 5 de enero de 1997.¿ (Ver foja 8 del expediente judicial)

ii. A fin de establecer un método de evaluación no discriminatorio y equitativo aplicable a todos los casos que compensara justamente la pérdida causada por el cese de operaciones de las empresas afectadas y reconociendo que el perjuicio fue ocasionado por parte del Estado, se consideró como utilidad anual el promedio obtenido del mejor y peor año de ganancias de la empresa, según se refleja en las Declaraciones de Renta.

iii. No se consideran los años de pérdida a fin de no castigar adicionalmente a las empresas cuyos contratos no fueron honradas por el Estado.

iv. El promedio anual de utilidad de la empresa se extiende de manera proporcional al período restante del término de vigencia del contrato de arrendamiento o concesión.¿ (Consultar fojas 166 y 167 del expediente judicial).

En cuanto a la afirmación del demandante, relativa a que se tomó en consideración como utilidad anual, el promedio del mejor y del peor año de ganancias de la empresa, debemos decir que ello está debidamente justificado en el aludido Resumen Ejecutivo elaborado por la Autoridad Marítima de Panamá. Vale la pena aclarar que el análisis también se ciñó a los principios de evaluación generalmente aceptados.

Hay que distinguir entre el concepto de las Utilidades No Percibidas, a través del cual el Estado reconoce a las ex-concesionarias aquellos beneficios que no se pudieron obtener en el período restante de la vigencia de sus respectivos contratos, por razón de la terminación anticipada de los mismos, y los planteamientos relativos a ¿dejar de considerar los períodos fiscales en los que hubo pérdida por parte de la empresa¿, como lo manifiesta la parte demandante al externar su concepto de la violación. Esos períodos fiscales, mencionados por el demandante, en ningún momento fueron obviados por la Subcomisión; recordemos que se establecieron una serie de Criterios de Evaluación, con la finalidad de aplicarlos de manera homogénea a todos los concesionarios, todo ello fundamentado en las Declaraciones Juradas de Renta de las aludidas empresas.

Siendo ello así, la norma invocada por el demandante, lejos de haber sido infringida, fue acatada a cabalidad por la Autoridad Marítima de Panamá.

b. En segundo lugar, el recurrente señala que la Autoridad Marítima de Panamá, al emitir la Resolución J.D. número 008-99, incurrió en Desviación de Poder, porque ¿desde su perspectiva- la demandada se apartó del interés público al conceder la indemnización por el daño causado a la empresa de manera abultada y mal justificada.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho se opone a los planteamientos esgrimidos, porque el control jurisdiccional sobre las facultades discrecionales de la Administración Pública se da a través de varios mecanismos, dentro de los cuales destaca la figura de la desviación de poder.

¿La desviación de poder¿, según nos dice el colombiano Orlando García-Herrero, ¿se da en dos supuestos: a) Cuando el agente obra con una finalidad distinta al interés público, y b) Cuando persigue un interés ajeno al que la ley le impone perseguir.¿ (Lecciones de Derecho Administrativo, Editorial de la Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994, pág. 158).

En el proceso que nos ocupa, este Despacho no ha podido comprobar que la Autoridad Marítima Nacional hubiere actuado con desviación de poder al reconocer las indemnizaciones que correspondían a los exconcesionarios y exarrendatarios de la Autoridad Portuaria Nacional, es decir, no se ha verificado una intención distinta a la de conceder una justa compensación, una reparación por el daño infringido a aquellas personas (naturales y jurídicas) cuyos contratos no fueron honrados por el Estado.

Como hemos visto, el cálculo de dichas indemnizaciones fue hecho de acuerdo a la normativa dictada al efecto, que establecía que la estimación de las indemnizaciones se haría tomando en consideración las Declaraciones Juradas de Renta y de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados.

Por tanto, al no poderse comprobar que la entidad demandada persiguió un fin distinto al interés público, quedan sin sustento las aseveraciones del demandante.

c. En tercer lugar, el Licdo. Palacios estima que los actos atacados violan directamente por omisión, el artículo 1 de la Ley N°25 de 26 de agosto de 1994 ¿Por la cual se reglamenta el ejercicio del comercio y la explotación de la industria¿, el cual dice así:

¿Artículo 1. Podrán realizar actividades comerciales o industriales dentro del Territorio Nacional las personas naturales o jurídicas que sean titulares de una licencia, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes.

La contravención de lo dispuesto en este artículo podrá acarrear la imposición de las sanciones establecidas por los artículos 19 y 20 de la presente Ley¿.

Se estima que, como quiera que el Ministerio de Comercio e Industrias canceló el día 7 de enero de 1994 y a solicitud de la propia empresa K.M.R.G., S.A., tanto la Licencia Comercial Tipo ¿A¿ como la Licencia Comercial Tipo ¿B¿, por cese de operaciones, mal pueden las Resoluciones atacadas reconocerle a dicha empresa indemnización en concepto de Utilidades No Percibidas, con fundamento en proyecciones de ganancias por el resto del término de sus Contratos. Asevera el apoderado judicial del recurrente, que la prueba más contundente de que la empresa K.M.R.G., S.A., no realizaba operaciones comerciales estriba en que dicha empresa había subarrendado el área que se le había otorgado en concesión a otras dos compañías.

d. También se dice infringido por la Resolución J.D. N°008¿99, el Decreto de Gabinete N°7 de 3 de marzo de 1994, que adopta medidas especiales respecto de los Almacenes de Depósito Especiales para Mercadería a la Orden, cuyo artículo primero dejó sin efecto todas las licencias expedidas para de estos tipos de establecimientos, hasta tanto el Organo Ejecutivo designara a los organismos o funcionarios que podrían expedir las autorizaciones respectivas para el funcionamiento de los referidos depósitos.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

Como hemos explicado anteriormente, entre los parámetros establecidos para determinar la indemnización correspondiente a los arrendatarios y concesionarios de la Autoridad Portuaria Nacional cuyos contratos fueron terminados de manera anticipada, por virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997¿, se encontraban las utilidades no percibidas, que se calcularían tomando en consideración las Declaraciones Juradas de Renta y de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados.

De fojas 207 a 251 del expediente reposan copias de las Declaraciones Juradas de Renta de la sociedad K.M.R.G., S.A., correspondientes a los años de 1987, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, en las que se verifica que dicha compañía declaró como parte de sus ingresos corrientes sumas en concepto de ventas de mercancías, salvo 1995. En los años de 1994, 1995 y 1996 también declaró como parte de sus ingresos sumas en concepto de alquileres.

Vale destacar que el contrato de subarrendamiento celebrado entre K.M.R.G., S.A., y Ocean Supplies Corporation, con igual duración al contrato de concesión suscrito entre los representantes de aquella empresa y la Autoridad Portuaria Nacional, era únicamente sobre un espacio físico de 270 mts², es decir, sobre una fracción del espacio total del edificio construido sobre el área del Puerto y que según los avalúos del Ministerio de Hacienda y Tesoro y Contraloría General de la República, tenía una superficie aproximada de 1300 mts². Por otro lado, el contrato de subarriendo pactado con Trans Istmus Mercadises Suplies Inc., sobre los ¿derechos¿ que K.M.R.G., S.A., poseía sobre un área de 400 mts² sobre el muelle 6, Puerto de Balboa, era ¿...sólo para dedicarse a la actividad de venta de mercancía Ship Chander¿. Este Convenio fue firmado por las partes el 15 de enero de 1996 y tenía una duración de un año prorrogable. Confróntese folios 4 y 13 del expediente.

Si bien, las Licencias Comerciales de K.M.R.G., S.A., fueron canceladas en enero de 1994, a nuestro juicio las Declaraciones de Renta aportadas demuestran una continuidad en las actividades comerciales de la empresa en mención, que en todo caso recibía beneficios directos, en cuanto

era ella misma quien realizaba las ventas, o indirectos, al alquilar la explotación del local a otras empresas, por la concesión de la que era la titular.

En cuanto a la supuesta falta de Licencia de K. M.R.G., S.A., para operar el Almacén General de Depósito, consta en Autos que la compañía operó mediante Permisos Provisionales de Operación concedidos por la Dirección General de Aduanas, como los otorgados el 7 de diciembre de 1993 y el 14 de marzo de 1994, este último para operar por el término de un año (1) prorrogable. (Foja 72).

e. En quinto lugar, se dicen vulnerados los artículos 18 y 273 de la Constitución Política. Sin embargo, debemos manifestar que las normas de rango Constitucional no pueden ser invocadas en un proceso Contencioso Administrativo, porque a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia únicamente le corresponde el Control de la Legalidad. El Control Constitucional, lo ejerce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por mandato de la Carta Magna y del Código Judicial.

En efecto, de acuerdo con el artículo 203, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 98 del Código Judicial, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia está facultada para efectuar el Control de Legalidad de los actos administrativos. En ese sentido, los recurrentes únicamente pueden señalar las posibles infracciones en las que hayan podido incurrir las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus funciones, y que se refieran al ámbito estrictamente legal.

A su vez, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, también por disposición Constitucional (artículo 203, numeral 1) y Legal (artículo 2550 del Código Judicial), tiene la atribución de efectuar el Control Constitucional, de todas aquellas disposiciones jurídicas que se consideren vulneran nuestro Estatuto Fundamental. Siendo ello así, no es posible invocar, como infringidas, dentro de un Proceso Contencioso Administrativo, disposiciones de rango constitucional, porque las mismas escapan de la atribución conferida a la Sala Tercera, Contencioso Administrativa.

Al respecto, en Autos fechados 12 de septiembre de 1990 y 19 de julio de 1990, la Sala Tercera sobre el particular se ha pronunciado en los siguientes términos:

¿En cuanto a la objeción en la mención de las supuestas violaciones de índole constitucional y penal, conviene anotar que en la jurisdicción contencioso administrativa no es factible entrar al fondo del análisis de los cargos de inconstitucionalidad o los relativos a la transgresión de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Lo anterior es así, toda vez que le corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia conocer de los negocios sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones u otros, y demás, el Tribunal Contencioso Administrativo carece de competencia para conocer de las supuestas infracciones de nuestro ordenamiento jurídico penal.¿

¿Se observa que la demanda adolece de un defecto de suma importancia ya que al señalar la norma que se estima infringida y el concepto de la infracción, se indican como violados los artículos 70 y 295 de la Constitución Política. El error radica principalmente en el hecho de que el

apoderado judicial del demandante citó como violados dos (2) preceptos constitucionales. La Sala Contencioso- Administrativa está facultada para decidir acerca de la ilegalidad de actos administrativos; por lo cual, lógicamente, la norma violada debe ser una disposición legal y no una disposición constitucional. Así lo indican diversos Autos emitidos por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia...¿

Por tanto, nos abstenemos de analizar la posible colisión entre los actos atacados y las disposiciones constitucionales invocadas.

f. El recurrente considera que se infringió directamente, por omisión, las Cláusulas Tercera del Contrato número 2-027-86 y quinta del Contrato número 1-055-93 suscritos entre la Autoridad Portuaria Nacional y K.M.R.G., S. A., que señala, fundamentalmente, que las mejoras de carácter permanente construidas por la concesionaria pasarían a ser propiedad de la Autoridad Portuaria (actualmente Autoridad Marítima de Panamá), sin cargo alguno, al concluir el término de duración del presente contrato.

Concordantemente, también se dicen infringidos los artículos 976 del Código Civil (que dispone la fuerza de Ley entre las partes que tienen las obligaciones contractuales), y 20 (que señala cuáles son principios que deben aplicarse al momento de interpretar las normas sobre contratos públicos) y 69 (aplicación supletoria de las normas del Código Civil y del Código de Comercio, en materia de Contratación Pública) ambos de la Ley 56 de 1995.

Asimismo, relacionado con los anteriores cargos de infracción, se considera que con la Resolución impugnada se incurre en Desviación de Poder, debido a que, en consideración del Interés Público, no era dable el reconocimiento de indemnización por sumas excesivas y totales en concepto de mejoras u obras permanentes realizadas a los exconcesionarios de la Autoridad Portuaria. Este reconocimiento excesivo a favor del contratista, sigue diciendo el demandante, se aparte del Interés Público y, por ende, lesiona el patrimonio del Estado, toda vez que no se ajusta a la metodología establecida para el pago de indemnización a los exconcesionarios y mucho menos a lo dispuesto en los contratos celebrados entre la Autoridad Portuaria y K.M.R.G., S.A.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

Por considerar que todos estos conceptos de infracción guardan estrecha relación entre sí, procederemos a contestarlos de manera conjunta.

Nos oponemos a lo indicado por el demandante, toda vez que la Resolución J.D. número 004-99 de 9 de julio de 1999 expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, claramente indica que uno de los criterios para establecer el calculo de las indemnizaciones a favor de los Concesionarios o Arrendatarios de la (antigua) Autoridad Portuaria Nacional, por razón de la terminación anticipada de los Contratos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997, sería el valor de las Mejoras Realizadas por el Arrendatario/Concesionario.

Con fundamento en esta norma, la Subcomisión de Indemnización de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá evaluó este rubro al analizar el monto de la indemnización. Ello se

aprecia en el punto X, acápite ii, del mencionado Resumen Ejecutivo preparado por la Autoridad Marítima de Panamá para el Consejo Económico Nacional respecto de la ¿Indemnización por terminación anticipada de Contratos de Concesión y Arrendamiento suscritos por la otrora Autoridad Portuaria Nacional, en los Puertos de Balboa y Cristóbal, por virtud de la Ley número 5 de 16 de enero de 1997¿, el cual indica sobre el punto lo que ha seguidas se copia:

¿X. De acuerdo a lo establecido en la Resolución J.D. 004-99 de 9 de julio de 1999, se consideran para efectos de la indemnización tres rubros denominados: Ganancia No Percibida, Aspecto Laboral y Mejoras realizadas por el Arrendatario/Concesionario.

i...

ii. Mejoras Realizadas por la empresa: Conforme a la Ley 56 de 1995 se reconoce el valor de las mejoras realizadas por la empresa del acuerdo al promedio de avalúos realizados por la Dirección de Ingeniería de la Contraloría General de la República y la Dirección de Catastro del Ministerio de Economía y Finanzas.

iii...¿

La intención del Estado de indemnizar en todo momento a los exconcesionarios y exarrendatarios de los Puertos de Balboa y Cristóbal por las mejoras realizadas, puede verificarse en el contenido de la Resolución N°009-98 de 11 de noviembre de 1998, de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, antecedente directo de la Resolución N°004-99 de ese mismo organismo, cuyo artículo segundo, numeral 3, literal c, claramente estipulaba que: ¿No obstante lo establecido en el respectivo Contrato, sobre la Reversión de las Mejoras al Estado, se Indemnizarán las mejoras realizadas por la empresa y se tomará en cuenta el valor promedio de los avalúos realizados de acuerdo a la Ley considerando la amortización a la fecha del 1 de marzo de 1997¿. Véase foja 91 del expediente judicial.

Así pues, las Cláusulas Contractuales y las normas relativas a la Contratación Pública, fueron consideradas por la entidad demandada al momento de expedir el acto atacado, por lo que las violaciones señaladas carecen de sustento jurídico.

g. Por último, se considera que la Resolución N°004 de 1999 es ilegal, y por tanto nula, pues fue dictada por funcionario sin competencia para ello.

Al sustentar su dicho, el abogado del Contralor General de la República sostiene que la Ley que crea la Autoridad Marítima de Panamá es clara al establecer que los miembros Ministros de la Junta Directiva de dicha entidad, serán designados por el Organo Ejecutivo; no obstante, el señor Iván González, quien suscribe el acto atacado como Presidente de la Junta Directiva y en su calidad de Viceministro de Comercio e Industria, nunca fue designado por el Organo Ejecutivo para ejercer dicho cargo.

Contrario a lo planteado por el demandante, este Despacho considera que el Viceministro del ramo que reemplace al Ministro del Gabinete designado por el Organo Ejecutivo para presidir la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, no debe ser necesariamente designado a su vez para ejercer este puesto, ante las ausencias de su titular.

Sostenemos lo anterior, puesto que el artículo 14, numeral 1, del Decreto-Ley N°7 de 10 de febrero de 1998, por la cual se crea la Autoridad Marítima de Panamá, señala que la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá estará compuesta por siete miembros y sus Suplentes, entre los que se encuentran, un Ministro de Estado designado por el Presidente de la República, quien la preside; y en su defecto, éste será reemplazado por el Viceministro del respectivo.

Nótese que la norma en comento no dice que ante la ausencia del Ministro designado por el Ejecutivo, se designará en su reemplazo al Viceministro del Ramo, sino que indica será reemplazado (directamente agregamos nosotros) por el Viceministro; de ahí que sostengamos que, en este caso particular, basta la designación hecha, para que el Viceministro de la cartera le pueda reemplazar como presidente de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, ante sus ausencias.

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que NO SON ILEGALES: la Resolución J.D. número 008-99 de 19 de julio de 1999, expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá; la Nota CENA/331 de 20 de julio de 1999, suscrita por el Secretario del Consejo Económico Nacional; y la Resolución del Consejo de Gabinete N°91 de 13 de agosto de 1999.

III. Pruebas.

De ser acogida por Vuestra Honorable Sala la Inspección Judicial solicitada por la parte actora ¿a los archivos de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, con el objeto de verificar las declaraciones juradas de renta presentadas por el contribuyente K.M.R.G., S.A.,¿ designamos como Peritos de la Procuraduría de la Administración a las siguientes personas: Licenciada Suzette Morales, Portadora de la Cédula de Identidad Personal N° 8-393-288, e idoneidad C.P.A. Número 4014, y a la Licenciada Raquel Suarez de Boyse, con Cédula de Identidad Personal N° 8-212-2583, C.P.A. 5654.

De la Señora Magistrada Presidenta,

Lcda. Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración

AMdeF/17/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General.

Materia:

Contratos Administrativos

Autoridad Portuaria (Rescisión de contratos)

Autoridad Portuaria (Indemnización)

Concepto. Interpuesto por el Licdo. Luis Alberto Palacios, en representación de Contralor General de la República, para que se declaren nulas, por ilegales, la Resolución J.D. número 008-99 de 19 de julio de 1999, expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá; la Nota CENA/331 de 20 de julio de 1999, suscrita por el Secretario del Consejo Económico Nacional y la Resolución del Consejo de Gabinete N°91 de 13 de agosto de 1999.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante ese Honorable Tribunal, a fin de emitir concepto sobre la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

En estos procesos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial, actuamos en interés de la Ley.

1. La pretensión de la parte actora.

El demandante, en ejercicio de la acción popular y en su condición de Contralor General de la República, pide a su Digno Tribunal que se declaren nulos, por ilegales, los siguientes actos:

1. La Resolución J.D. número 008-99 de 19 de julio de 1999, expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, mediante la cual, entre otras cosas, se fijó el monto total de la indemnización de la empresa K.M.R.G., S.A., en dos millones trescientos seis mil seiscientos setenta y seis balboas con 09/100 (B/.2,306,676.09) y se autorizó el pago de dicha suma a la empresa K.M.R.G., S.A., en concepto de indemnización por la terminación de los Contratos de Concesión N°2-027-86 de 18 de julio de 1986 y el N°1-055-93 de 23 de noviembre de 1993, celebrados entre esta empresa y la otrora Autoridad Portuaria Nacional, previo descuento de cualquier pasivo que mantuviera con el Estado y cumpliendo los requisitos establecidos en la Resolución J.D. N°004 de 9 de julio de 1999.

2. La Nota CENA/331 de 20 de julio de 1999, suscrita por el Secretario del Consejo Económico Nacional, mediante la cual se comunica al Ministro de la Presidencia que el Consejo Económico Nacional había emitido, en sesión de 20 de julio de 1999, opinión favorable a las Resoluciones de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, que autorizaban los pagos de las indemnizaciones a las empresas que cesaron sus operaciones en virtud de la celebración del Contrato Ley N°5 de 16 de enero de 1997 y entre las cuales se encontraba K.M.R.G., S.A.

3. La Resolución del Consejo de Gabinete N°91 de 13 de agosto de 1999, por la cual se autorizó a la Autoridad Marítima de Panamá a gestionar ante los organismos gubernamentales correspondientes, el pago de dos millones trescientos seis mil seiscientos setenta y seis balboas con 09/100 (B/.2,306,676.09), a la empresa K.M.R.G., S.A., en concepto de indemnización por la terminación del Contrato de Concesión N°2-027-86 de 18 de julio de 1986, celebrado entre esta empresa y la otrora Autoridad Portuaria Nacional, previo descuento de cualquier pasivo que mantuviera con el Estado y cumpliendo los requisitos establecidos en la Resolución J.D. N°004 de 9 de julio de 1999.

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

a. El artículo tercero de la Resolución J.D. número 004-99, de 9 de julio de 1999, emitida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, que a la letra dice:

¿Artículo Tercero: Cuando una concesionaria o arrendataria, solicite indemnización por terminación anticipada de su respectivo contrato, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997, se seguirá la siguiente metodología:

1...

4. El cálculo de indemnización será establecido tomando en consideración los siguientes principios:

a) UTILIDADES NO PERCIBIDAS: Se calculará de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados, tomando en cuenta las declaraciones juradas de renta.

El rubro de utilidades no percibidas será establecido considerando los años restantes del término de vigencia del contrato de concesión o arrendamiento.¿

Al expresar su inconformidad, la parte demandante señaló que la violación consiste en que la Subcomisión de Indemnización integrada por Directivos de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, y posteriormente el Pleno de dicha Junta Directiva al emitir la Resolución impugnada, tomaron como utilidad anual el promedio del mejor y del peor año de ganancias de la empresa, según se reflejaba en las Declaraciones Juradas de Renta.

A su juicio, el sentido y el alcance de la norma transcrita implica que se tomen en cuenta todas las Declaraciones Juradas de Renta y no discriminatoriamente ¿el promedio del mejor y el peor año de ganancia.¿ Añade que con esa medida se dejaron de considerar períodos fiscales en los que hubo pérdida por parte de la empresa.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

No comparte este Despacho los planteamientos hechos por el demandante y considera que yerra al estimar que el Reglamento en comento establecía limitaciones en cuanto a los años que debían tomarse en consideración para calcular las utilidades no percibidas por la terminación adelantada de los contratos de concesión. Veamos:

La Resolución JD número 004-99 de 9 de julio de 1999 expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, por medio de la cual se aprobó ¿la Metodología para el Pago de Indemnización a los Concesionarios o Arrendatarios de la ex-Autoridad Portuaria Nacional, subrogada en sus derechos y obligaciones por la Autoridad Marítima Nacional, por razón de la terminación anticipada de los Contratos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997, en su artículo tercero, numeral 4, señala expresamente que el cálculo de la indemnización será establecido tomando en consideración las Declaraciones Juradas de Renta y de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados.

Al remitirnos a la foja 1 del expediente judicial, observamos en la parte motiva de la Resolución J.D. N°008-99, que la empresa K.M.R.G., S.A., era Concesionaria de la Autoridad Portuaria Nacional, según Contrato N° 2-027-86 de 18 de julio de 1986 y que, por razón de la terminación anticipada del convenio, presentó una Solicitud de Indemnización de acuerdo a lo establecido en el Artículo Tercero, Numeral 1, de la Resolución J.D. número 004 de 9 de julio de 1999.

También indica el considerando de la aludida Resolución J.D. número 008-99, que la Subcomisión de Indemnización nombrada por la Junta Directiva, al evaluar la solicitud de la Concesionaria tomó en cuenta los principios establecidos en el Artículo Tercero, numeral 4, de la Resolución J.D. número 004-99, el artículo 70 de la Ley número 56 de 27 de diciembre de 1995 y el artículo 255 de la Constitución Nacional, de lo que obtuvo el monto total a indemnizar.

La debida consideración de los parámetros establecidos en el citado Artículo Tercero, numeral 4, se refleja más claramente en el Resumen Ejecutivo preparado por la Autoridad Marítima de Panamá para el Consejo Económico Nacional respecto de la ¿Indemnización por terminación anticipada de Contratos de Concesión y Arrendamiento suscritos por la otrora Autoridad Portuaria Nacional, en los Puertos de Balboa y Cristóbal, por virtud de la Ley número 5 de 16 de enero de 1997¿, visible de fojas 163 a 168 del expediente, el cual señala en su punto XII sobre el particular lo siguiente:

¿XII. La Sub Comisión de Indemnización evaluó las peticiones de acuerdo a los siguientes parámetros:

i. Se tomó en cuenta la renta neta gravable de las Declaraciones Juradas de Renta de las empresas afectadas para los períodos fiscales comprendidos entre la fecha de inicio del contrato de concesión o arrendamiento respectivo y el 1° de marzo de 1997, fecha efectiva de la entrega de los Puertos de Balboa y Cristóbal de acuerdo a la Ley 5 de enero de 1997.¿ (Ver foja 8 del expediente judicial)

ii. A fin de establecer un método de evaluación no discriminatorio y equitativo aplicable a todos los casos que compensara justamente la pérdida causada por el cese de operaciones de las empresas afectadas y reconociendo que el perjuicio fue ocasionado por parte del Estado, se consideró como utilidad anual el promedio obtenido del mejor y peor año de ganancias de la empresa, según se refleja en las Declaraciones de Renta.

iii. No se consideran los años de pérdida a fin de no castigar adicionalmente a las empresas cuyos contratos no fueron honradas por el Estado.

iv. El promedio anual de utilidad de la empresa se extiende de manera proporcional al período restante del término de vigencia del contrato de arrendamiento o concesión.¿ (Consultar fojas 166 y 167 del expediente judicial).

En cuanto a la afirmación del demandante, relativa a que se tomó en consideración como utilidad anual, el promedio del mejor y del peor año de ganancias de la empresa, debemos decir que ello está debidamente justificado en el aludido Resumen Ejecutivo elaborado por la Autoridad Marítima de Panamá. Vale la pena aclarar que el análisis también se ciñó a los principios de evaluación generalmente aceptados.

Hay que distinguir entre el concepto de las Utilidades No Percibidas, a través del cual el Estado reconoce a las ex-concesionarias aquellos beneficios que no se pudieron obtener en el período restante de la vigencia de sus respectivos contratos, por razón de la terminación anticipada de los mismos, y los planteamientos relativos a ¿dejar de considerar los períodos fiscales en los que hubo pérdida por parte de la empresa¿, como lo manifiesta la parte demandante al externar su concepto de la violación. Esos períodos fiscales, mencionados por el demandante, en ningún momento fueron obviados por la Subcomisión; recordemos que se establecieron una serie de Criterios de Evaluación, con la finalidad de aplicarlos de manera homogénea a todos los concesionarios, todo ello fundamentado en las Declaraciones Juradas de Renta de las aludidas empresas.

Siendo ello así, la norma invocada por el demandante, lejos de haber sido infringida, fue acatada a cabalidad por la Autoridad Marítima de Panamá.

b. En segundo lugar, el recurrente señala que la Autoridad Marítima de Panamá, al emitir la Resolución J.D. número 008-99, incurrió en Desviación de Poder, porque ¿desde su perspectiva- la demandada se apartó del interés público al conceder la indemnización por el daño causado a la empresa de manera abultada y mal justificada.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho se opone a los planteamientos esgrimidos, porque el control jurisdiccional sobre las facultades discrecionales de la Administración Pública se da a través de varios mecanismos, dentro de los cuales destaca la figura de la desviación de poder.

¿La desviación de poder¿, según nos dice el colombiano Orlando García-Herrero, ¿se da en dos supuestos: a) Cuando el agente obra con una finalidad distinta al interés público, y b) Cuando persigue un interés ajeno al que la ley le impone perseguir.¿ (Lecciones de Derecho Administrativo, Editorial de la Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994, pág. 158).

En el proceso que nos ocupa, este Despacho no ha podido comprobar que la Autoridad Marítima Nacional hubiere actuado con desviación de poder al reconocer las indemnizaciones que correspondían a los exconcesionarios y exarrendatarios de la Autoridad Portuaria Nacional, es decir, no se ha verificado una intención distinta a la de conceder una justa compensación, una reparación por el daño infringido a aquellas personas (naturales y jurídicas) cuyos contratos no fueron honrados por el Estado.

Como hemos visto, el cálculo de dichas indemnizaciones fue hecho de acuerdo a la normativa dictada al efecto, que establecía que la estimación de las indemnizaciones se haría tomando en

consideración las Declaraciones Juradas de Renta y de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados.

Por tanto, al no poderse comprobar que la entidad demandada persiguió un fin distinto al interés público, quedan sin sustento las aseveraciones del demandante.

c. En tercer lugar, el Licdo. Palacios estima que los actos atacados violan directamente por omisión, el artículo 1 de la Ley N°25 de 26 de agosto de 1994 ¿Por la cual se reglamenta el ejercicio del comercio y la explotación de la industria¿, el cual dice así:

¿Artículo 1. Podrán realizar actividades comerciales o industriales dentro del Territorio Nacional las personas naturales o jurídicas que sean titulares de una licencia, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes.

La contravención de lo dispuesto en este artículo podrá acarrear la imposición de las sanciones establecidas por los artículos 19 y 20 de la presente Ley¿.

Se estima que, como quiera que el Ministerio de Comercio e Industrias canceló el día 7 de enero de 1994 y a solicitud de la propia empresa K.M.R.G., S.A., tanto la Licencia Comercial Tipo ¿A¿ como la Licencia Comercial Tipo ¿B¿, por cese de operaciones, mal pueden las Resoluciones atacadas reconocerle a dicha empresa indemnización en concepto de Utilidades No Percibidas, con fundamento en proyecciones de ganancias por el resto del término de sus Contratos. Asevera el apoderado judicial del recurrente, que la prueba más contundente de que la empresa K.M.R.G., S.A., no realizaba operaciones comerciales estriba en que dicha empresa había subarrendado el área que se le había otorgado en concesión a otras dos compañías.

d. También se dice infringido por la Resolución J.D. N°008¿99, el Decreto de Gabinete N°7 de 3 de marzo de 1994, que adopta medidas especiales respecto de los Almacenes de Depósito Especiales para Mercadería a la Orden, cuyo artículo primero dejó sin efecto todas las licencias expedidas para de estos tipos de establecimientos, hasta tanto el Organo Ejecutivo designara a los organismos o funcionarios que podrían expedir las autorizaciones respectivas para el funcionamiento de los referidos depósitos.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

Como hemos explicado anteriormente, entre los parámetros establecidos para determinar la indemnización correspondiente a los arrendatarios y concesionarios de la Autoridad Portuaria Nacional cuyos contratos fueron terminados de manera anticipada, por virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997¿, se encontraban las utilidades no percibidas, que se calcularían tomando en consideración las Declaraciones Juradas de Renta y de acuerdo a los principios de evaluación generalmente aceptados.

De fojas 207 a 251 del expediente reposan copias de las Declaraciones Juradas de Renta de la sociedad K.M.R.G., S.A., correspondientes a los años de 1987, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995 y

1996, en las que se verifica que dicha compañía declaró como parte de sus ingresos corrientes sumas en concepto de ventas de mercancías, salvo 1995. En los años de 1994, 1995 y 1996 también declaró como parte de sus ingresos sumas en concepto de alquileres.

Vale destacar que el contrato de subarrendamiento celebrado entre K.M.R.G., S.A., y Ocean Supplies Corporation, con igual duración al contrato de concesión suscrito entre los representantes de aquella empresa y la Autoridad Portuaria Nacional, era únicamente sobre un espacio físico de 270 mts², es decir, sobre una fracción del espacio total del edificio construido sobre el área del Puerto y que según los avalúos del Ministerio de Hacienda y Tesoro y Contraloría General de la República, tenía una superficie aproximada de 1300 mts². Por otro lado, el contrato de subarriendo pactado con Trans Isthmus Mercadises Suplies Inc., sobre los ¿derechos¿ que K.M.R.G., S.A., poseía sobre un área de 400mts² sobre el muelle 6, Puerto de Balboa, era ¿...sólo para dedicarse a la actividad de venta de mercancía Ship Chander¿. Este Convenio fue firmado por las partes el 15 de enero de 1996 y tenía una duración de un año prorrogable. Confróntese folios 4 y 13 del expediente.

Si bien, las Licencias Comerciales de K.M.R.G., S.A., fueron canceladas en enero de 1994, a nuestro juicio las Declaraciones de Renta aportadas demuestran una continuidad en las actividades comerciales de la empresa en mención, que en todo caso recibía beneficios directos, en cuanto era ella misma quien realizaba las ventas, o indirectos, al alquilar la explotación del local a otras empresas, por la concesión de la que era la titular.

En cuanto a la supuesta falta de Licencia de K. M.R.G., S.A., para operar el Almacén General de Depósito, consta en Autos que la compañía operó mediante Permisos Provisionales de Operación concedidos por la Dirección General de Aduanas, como los otorgados el 7 de diciembre de 1993 y el 14 de marzo de 1994, este último para operar por el término de un año (1) prorrogable. (Foja 72).

e. En quinto lugar, se dicen vulnerados los artículos 18 y 273 de la Constitución Política. Sin embargo, debemos manifestar que las normas de rango Constitucional no pueden ser invocadas en un proceso Contencioso Administrativo, porque a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia únicamente le corresponde el Control de la Legalidad. El Control Constitucional, lo ejerce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por mandato de la Carta Magna y del Código Judicial.

En efecto, de acuerdo con el artículo 203, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 98 del Código Judicial, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia está facultada para efectuar el Control de Legalidad de los actos administrativos. En ese sentido, los recurrentes únicamente pueden señalar las posibles infracciones en las que hayan podido incurrir las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus funciones, y que se refieran al ámbito estrictamente legal.

A su vez, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, también por disposición Constitucional (artículo 203, numeral 1) y Legal (artículo 2550 del Código Judicial), tiene la atribución de efectuar el Control Constitucional, de todas aquellas disposiciones jurídicas que se consideren vulneran nuestro Estatuto Fundamental. Siendo ello así, no es posible invocar, como infringidas, dentro de un Proceso Contencioso Administrativo, disposiciones de rango constitucional, porque las mismas escapan de la atribución conferida a la Sala Tercera, Contencioso Administrativa.

Al respecto, en Autos fechados 12 de septiembre de 1990 y 19 de julio de 1990, la Sala Tercera sobre el particular se ha pronunciado en los siguientes términos:

¿En cuanto a la objeción en la mención de las supuestas violaciones de índole constitucional y penal, conviene anotar que en la jurisdicción contencioso administrativa no es factible entrar al fondo del análisis de los cargos de inconstitucionalidad o los relativos a la transgresión de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Lo anterior es así, toda vez que le corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia conocer de los negocios sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones u otros, y demás, el Tribunal Contencioso Administrativo carece de competencia para conocer de las supuestas infracciones de nuestro ordenamiento jurídico penal.¿

¿Se observa que la demanda adolece de un defecto de suma importancia ya que al señalar la norma que se estima infringida y el concepto de la infracción, se indican como violados los artículos 70 y 295 de la Constitución Política. El error radica principalmente en el hecho de que el apoderado judicial del demandante citó como violados dos (2) preceptos constitucionales. La Sala Contencioso- Administrativa está facultada para decidir acerca de la ilegalidad de actos administrativos; por lo cual, lógicamente, la norma violada debe ser una disposición legal y no una disposición constitucional. Así lo indican diversos Autos emitidos por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia...¿

Por tanto, nos abstenemos de analizar la posible colisión entre los actos atacados y las disposiciones constitucionales invocadas.

f. El recurrente considera que se infringió directamente, por omisión, las Cláusulas Tercera del Contrato número 2-027-86 y quinta del Contrato número 1-055-93 suscritos entre la Autoridad Portuaria Nacional y K.M.R.G., S. A., que señala, fundamentalmente, que las mejoras de carácter permanente construidas por la concesionaria pasarían a ser propiedad de la Autoridad Portuaria (actualmente Autoridad Marítima de Panamá), sin cargo alguno, al concluir el término de duración del presente contrato.

Concordantemente, también se dicen infringidos los artículos 976 del Código Civil (que dispone la fuerza de Ley entre las partes que tienen las obligaciones contractuales), y 20 (que señala cuáles son principios que deben aplicarse al momento de interpretar las normas sobre contratos públicos) y 69 (aplicación supletoria de las normas del Código Civil y del Código de Comercio, en materia de Contratación Pública) ambos de la Ley 56 de 1995.

Asimismo, relacionado con los anteriores cargos de infracción, se considera que con la Resolución impugnada se incurre en Desviación de Poder, debido a que, en consideración del Interés Público, no era dable el reconocimiento de indemnización por sumas excesivas y totales en concepto de mejoras u obras permanentes realizadas a los exconcesionarios de la Autoridad Portuaria. Este reconocimiento excesivo a favor del contratista, sigue diciendo el demandante, se aparte del

Interés Público y, por ende, lesiona el patrimonio del Estado, toda vez que no se ajusta a la metodología establecida para el pago de indemnización a los exconcesionarios y mucho menos a los dispuesto en los contratos celebrados entre la Autoridad Portuaria y K.M.R.G., S.A.

Posición de la Procuraduría de la Administración.

Por considerar que todos estos conceptos de infracción guardan estrecha relación entre sí, procederemos a contestarlos de manera conjunta.

Nos oponemos a lo indicado por el demandante, toda vez que la Resolución J.D. número 004-99 de 9 de julio de 1999 expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, claramente indica que uno de los criterios para establecer el calculo de las indemnizaciones a favor de los Concesionarios o Arrendatarios de la (antigua) Autoridad Portuaria Nacional, por razón de la terminación anticipada de los Contratos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997, sería el valor de las Mejoras Realizadas por el Arrendatario/Concesionario.

Con fundamento en esta norma, la Subcomisión de Indemnización de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá evaluó este rubro al analizar el monto de la indemnización. Ello se aprecia en el punto X, acápite ii, del mencionado Resumen Ejecutivo preparado por la Autoridad Marítima de Panamá para el Consejo Económico Nacional respecto de la ¿Indemnización por terminación anticipada de Contratos de Concesión y Arrendamiento suscritos por la otrora Autoridad Portuaria Nacional, en los Puertos de Balboa y Cristóbal, por virtud de la Ley número 5 de 16 de enero de 1997¿, el cual indica sobre el punto lo que ha seguidas se copia:

¿X. De acuerdo a lo establecido en la Resolución J.D. 004-99 de 9 de julio de 1999, se consideran para efectos de la indemnización tres rubros denominados: Ganancia No Percibida, Aspecto Laboral y Mejoras realizadas por el Arrendatario/Concesionario.

i...

ii. Mejoras Realizadas por la empresa: Conforme a la Ley 56 de 1995 se reconoce el valor de las mejoras realizadas por la empresa del acuerdo al promedio de avalúos realizados por la Dirección de Ingeniería de la Contraloría General de la República y la Dirección de Catastro del Ministerio de Economía y Finanzas.

iii...¿

La intención del Estado de indemnizar en todo momento a los exconcesionarios y exarrendatarios de los Puertos de Balboa y Cristóbal por las mejoras realizadas, puede verificarse en el contenido de la Resolución N°009-98 de 11 de noviembre de 1998, de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, antecedente directo de la Resolución N°004-99 de ese mismo organismo,

cuyo artículo segundo, numeral 3, literal c, claramente estipulaba que: ¿No obstante lo establecido en el respectivo Contrato, sobre la Reversión de las Mejoras al Estado, se Indemnizarán las mejoras realizadas por la empresa y se tomará en cuenta el valor promedio de los avalúos realizados de acuerdo a la Ley considerando la amortización a la fecha del 1 de marzo de 1997¿. Véase foja 91 del expediente judicial.

Así pues, las Cláusulas Contractuales y las normas relativas a la Contratación Pública, fueron consideradas por la entidad demandada al momento de expedir el acto atacado, por lo que las violaciones señaladas carecen de sustento jurídico.

g. Por último, se considera que la Resolución N°004 de 1999 es ilegal, y por tanto nula, pues fue dictada por funcionario sin competencia para ello.

Al sustentar su dicho, el abogado del Contralor General de la República sostiene que la Ley que crea la Autoridad Marítima de Panamá es clara al establecer que los miembros Ministros de la Junta Directiva de dicha entidad, serán designados por el Organo Ejecutivo; no obstante, el señor Iván González, quien suscribe el acto atacado como Presidente de la Junta Directiva y en su calidad de Viceministro de Comercio e Industria, nunca fue designado por el Organo Ejecutivo para ejercer dicho cargo.

Contrario a lo planteado por el demandante, este Despacho considera que el Viceministro del ramo que reemplace al Ministro del Gabinete designado por el Organo Ejecutivo para presidir la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, no debe ser necesariamente designado a su vez para ejercer este puesto, ante las ausencias de su titular.

Sostenemos lo anterior, puesto que el artículo 14, numeral 1, del Decreto-Ley N°7 de 10 de febrero de 1998, por la cual se crea la Autoridad Marítima de Panamá, señala que la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá estará compuesta por siete miembros y sus Suplentes, entre los que se encuentran, un Ministro de Estado designado por el Presidente de la República, quien la preside; y en su defecto, éste será reemplazado por el Viceministro del respectivo.

Nótese que la norma en comento no dice que ante la ausencia del Ministro designado por el Ejecutivo, se designará en su reemplazo al Viceministro del Ramo, sino que indica será reemplazado (directamente agregamos nosotros) por el Viceministro; de ahí que sostengamos que, en este caso particular, basta la designación hecha, para que el Viceministro de la cartera le pueda reemplazar como presidente de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, ante sus ausencias.

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren que NO SON ILEGALES: la Resolución J.D. número 008-99 de 19 de julio de 1999, expedida por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá; la Nota CENA/331 de 20 de julio de 1999, suscrita por el Secretario del Consejo Económico Nacional; y la Resolución del Consejo de Gabinete N°91 de 13 de agosto de 1999.

III. Pruebas.

De ser acogida por Vuestra Honorable Sala la Inspección Judicial solicitada por la parte actora ¿a los archivos de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, con el objeto de verificar las declaraciones juradas de renta presentadas por el contribuyente K.M.R.G., S.A.,¿ designamos como Peritos de la Procuraduría de la Administración a las siguientes personas: Licenciada Suzette Morales, Portadora de la Cédula de Identidad Personal N° 8-393-288, e idoneidad C.P.A. Número 4014, y a la Licenciada Raquel Suarez de Boyse, con Cédula de Identidad Personal N° 8-212-2583, C.P.A. 5654.

De la Señora Magistrada Presidenta,

Lcda. Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración

AMdeF/17/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General.

Materia:

Contratos Administrativos

Autoridad Portuaria (Rescisión de contratos)

Autoridad Portuaria (Indemnización)