

11 de noviembre de 2005

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Concepto

El Licdo. Ernesto Cedeño en representación de la **Contraloría General de la República**, para que se declare nulo, por ilegal, el **Contrato 2-033-97 de 14 de octubre de 1997, celebrado entre la Autoridad Portuaria Nacional y Ocean Pollution Control, S.A., y la Addenda 1 del 26 abril de 1999.**

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

Acudo ante su Despacho con la finalidad de emitir concepto en relación con la demanda contencioso administrativa de nulidad, enunciada al margen superior del presente escrito, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000.

El criterio de la Procuraduría de la Administración respecto de las normas que se dicen infringidas y los conceptos de violación, es el que a seguidas se expone:

A. La Contraloría General de la República considera que el Contrato 2-033-97 de 14 de octubre de 1997 y su Addenda 1 del 26 abril de 1999, violan el artículo 26 de la Ley 135 de 1943 y el numeral 6 del artículo 16 de la Ley 56 de 1995, que establecen la desviación de poder dentro de los motivos de ilegalidad de los actos administrativos y el deber de las autoridades públicas de no actuar en las contrataciones públicas con desviación o abuso de poder, respectivamente.

El artículo 201 de la Ley 38 de 2000, define desviación de poder como la emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley.

Sobre el concepto y los elementos de la desviación de poder como motivo de ilegalidad de los actos administrativos, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

"La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se genera, como señalan los tratadistas De Laubadere, Venezia y Gaudamet, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquélla por lo cual el acto podría ser legalmente expedido (obra citada, pág. 444). En este sentido, debe tenerse presente que tanto el Consejo de Gabinete como la Junta Directiva de la Lotería Nacional y el Ministro de Hacienda y Tesoro debían actuar única y exclusivamente con una **finalidad de interés general** en la expedición de las citadas resoluciones y la desviación de ese interés hacia finalidades distintas puede producir el vicio a que aludimos.

La Sala considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por Andre De Laubadere (obra citada, pág. 445), al menos en los siguientes casos:

1. Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza.
2. Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político y,

3. Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro.

No hay que perder de vista que, como señala Carmen Chinchilla, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Madrid, el vicio de los actos administrativos denominado desviación de poder 'surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa denominada discrecional que venía escapando del control jurisdiccional' (La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 58)". (Cfr. Sentencia de 3 de mayo de 1994 de la Sala Tercera).

Como se observa, esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo relacionado con la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil obtener por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión.

De los elementos probatorios allegados al expediente hasta esta etapa del proceso, no puede afirmarse de forma categórica que los actos atacados fueron expedidos obedeciendo a un móvil de tipo personal (un interés privado o el espíritu de venganza); por un móvil político ilegítimo (por ejemplo cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político) o para favorecer el interés de un tercero (favorecer a un particular en detrimento de otro); dicho de otra forma, no se ha comprobado que los actos impugnados fueron dictados con una finalidad distinta de la señalada por la ley.

B. Asimismo estima la parte actora que los actos impugnados violan el artículo 26 de la Ley 135 de 1943, pues fueron celebrados con quebrantamiento de las formalidades legales. En su opinión, el contrato y su addenda devienen ilegales ya que no obtuvieron el concepto favorable del Consejo de Gabinete, tal y como exige el artículo 68 la Ley 56 de 1995, sobre contratación pública, y el artículo 18 de la Ley 42 de 1974, Orgánica de la Autoridad Portuaria Nacional.

Con respecto de este concepto de infracción, este Despacho debe señalar que el Contrato 2-033-97 y su Addenda no señalan de forma específica el monto de la contratación, lo que hace difícil determinar en esta etapa del proceso si la cuantía del mismo excedió la suma de dos millones de balboas y, por tanto, se requería del concepto favorable del Órgano Ejecutivo.

La cláusula segunda del contrato indica que la concesionaria se obligaba a invertir la suma aproximada de dos millones de balboas, durante el primer año de otorgada la concesión, contado a partir del refrendo del contrato. Aproximado, según el diccionario de la Real Academia, es aquello que se acerca más o menos a lo exacto.

Por otro lado, la Autoridad Portuaria Nacional no pactó como contraprestación por los servicios concesionados y el derecho de OPC a cobrar la tasa por servicio de prevención y control de contaminación, el pago de una renta mensual o anual, como es común en estos tipos de concesiones, elemento que permitiría, junto con la obligación de invertir una suma

aproximada de B/.2,000,000.00 (dos millones de balboas), determinar la cuantía del contrato de concesión. Véase el artículo 100 de la Ley 56 de 1995.

Tampoco se aporta elemento de prueba alguno que permita establecer a cuanto ascendían las ganancias de OPC, por las sumas que tenía derecho cobrar por sus servicios de acuerdo a los costos en que incurriera más un porcentaje por administración, de conformidad con lo establecido en la cláusula segunda del contrato.

En consecuencia, sobre la cuantía de la contratación y el deber de obtener el concepto favorable del Consejo de Gabinete, nos atenemos a lo que se demuestre en la respectiva etapa probatoria.

C. Se afirma que se ha violado el artículo 20 de la Ley 56 de 1995, el cual establece las reglas de interpretación de las normas contractuales, pues al beneficiarse únicamente OPC por el cobro con la tasa de control y prevención de contaminación, no hay igualdad en los derechos de las partes contratantes.

Este Despacho es de la opinión que no se configura la alegada violación a la norma, pues el precepto únicamente establece cuales son los criterios que deben seguirse al momento de interpretar los contratos públicos, es decir reglas de hermenéutica, pero no establece una regla de derecho que obligue a la Administración a obtener un equilibrio o igualdad entre los derechos de las partes contratantes.

En nuestra opinión, la norma que eventualmente podría considerarse infringida en el supuesto de un desequilibrio o desigualdad entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, sería el numeral 1 del artículo 9 de la Ley 56 de 1995, que establece como una obligación de las entidades contratantes obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos.

D. Otra norma cuya infracción se alega es el artículo 41 de la Ley 56 de 1995, que regula la celebración del acto público de concurso. En opinión de la Contraloría no podía otorgarse directamente la concesión del servicio de limpieza de contaminantes provenientes de fuentes terrestres y marítimas a OPC, pretermitiendo el procedimiento de celebración de concurso público.

Este Despacho considera no se da la alegada infracción a la norma legal, pues el precepto presuntamente infringido señala cuales son las reglas que deben seguirse en la celebración de los concursos, pero no indica qué tipo de contratos se encuentran sujetos a este procedimiento de selección de contratista. La norma legal que señala las clases de contratos que deben someterse al procedimientos de concurso es el artículo 30 del Decreto Ejecutivo 18 de 25 de enero de 1996, que reglamenta la Ley de Contratación Pública.

Por lo anterior, no puede considerarse que el otorgamiento directo de la concesión del servicio de limpieza de contaminantes provenientes de fuentes terrestres y marítimas a OPC y la pretermisión del procedimiento de concurso infrinja la norma citada.

E. También se estima infringido el numeral 4 del artículo 5, de la Ley 42 de 2 de mayo de 1974, que señala que la Autoridad Portuaria Nacional puede otorgar concesiones para la explotación de los puertos nacionales existentes y los que en el futuro se construyan y el artículo 24 de la misma Ley, el cual indica que la Autoridad Marítima puede otorgar concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en fondos, playas y riberas de mar. En síntesis se indica que estas normas fueron erróneamente interpretadas, pues ellas autorizan la concesión de puertos pero no el servicio de limpieza del contrato tantas veces mencionado.

A juicio de la Procuraduría de la Administración, los actos impugnados violan el numeral 4 del artículo 5 y el artículo 24 de la Ley 42 de 2 de mayo de 1974, pues, en efecto, estas normas, utilizadas como fundamento legal para la celebración del contrato impugnado, no autorizan la concesión de los servicios de limpieza y descontaminación marina, sino sólo concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en los fondos, playas y riberas de mar, lo mismo que en los cauces y riberas de los ríos y esteros.

Construir, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa, "fábricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública". Explotar, significa "sacar utilidad de un negocio o de una industria".

Instalaciones, son recintos provistos de los medios necesarios para llevar a cabo una actividad...”

De acuerdo con las anteriores definiciones la Autoridad Portuaria Nacional sólo podía dar en concesión la fabricación o edificación de una obra pública y la posibilidad de sacar utilidad o provecho de dichas instalaciones, en este caso, de las instalaciones marítimas y portuarias establecidas o construidas en los fondos, playas y riberas de mar, al igual que en los causes y riberas de los ríos y esteros.

De los conceptos definidos, resulta fácil observar que el concepto “servicios”, en este caso, “servicios de limpieza y descontaminación marina”, se encuentra fuera del ámbito del artículo 24 de la Ley 42 de 1974, por lo que la concesión otorgada infringe la norma citada.

F. Por último, se considera violado el artículo 43 del Acuerdo 9 de 24 de marzo de 1976, dictado por el Comité Ejecutivo de la Autoridad Portuaria Nacional, el cual dispone que todo titular de una concesión otorgada por la Autoridad Portuaria Nacional deberá pagar una renta fijada por el Comité Ejecutivo. Como el contrato atacado no establece dicha renta, se estima que el mismo viola directamente por comisión la norma citada.

Como hemos mencionado en párrafos anteriores, mediante el Contrato 2-033-97 y su Addenda se concedió a OPC el servicio de limpieza de contaminantes provenientes de fuentes terrestres y marítimas y otras funciones complementarias, dentro de las aguas territoriales de la República de Panamá.

El artículo 1 del Reglamento de Concesiones de la Autoridad Portuaria Nacional, claramente dispone que su ámbito de aplicación comprende las concesiones autorizadas por el artículo 24 de la Ley 42 de 1974, es decir la explotación y construcción de instalaciones marítimas y portuarias en los fondos, playas y ribera de mar, lo mismo que en los cauces y riveras de los ríos y esteros.

Como la concesión otorgada a OPC es sobre los servicios de limpieza y descontaminación marítima y no sobre la explotación y construcción de instalaciones marítimas y portuarias, es nuestra opinión que no se ha infringido el artículo 43 del Reglamento de Concesiones, pues el mismo regula una situación jurídica distinta al caso que nos ocupa.

En conclusión, por considerar que los actos impugnados violan el numeral 4 del artículo 5 y el artículo 24 de la Ley 42 de 2 de mayo de 1974, solicitamos a la Sala Tercera declare que ES NULO, POR ILEGAL, el Contrato 2-033-97 de 14 de octubre de 1997, celebrado entre la Autoridad Portuaria Nacional y Ocean Pollution Control, S.A., y la Addenda 1 del 26 abril de 1999.

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/17/mcs

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.

