

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 347

Panamá, 29 de agosto de 2013

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

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

**Excepción de falta de
personería.**

El Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, en representación de **Talal Abdallah Darwiche**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011 al Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, celebrado por la Nación, por conducto del **Ministerio de Economía y Finanzas** y la **sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A.**

Señor 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, para intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, quien actúa en representación de Talal Abdallah Darwiche, demanda la nulidad de la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, introducida al Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, suscrita por la Nación, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, y la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (Cfr. f. 5 del expediente judicial).

II. Disposiciones que se estiman infringidas.

El demandante sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las disposiciones legales y reglamentarias que a continuación pasamos a indicar:

A. Los artículos 11, numeral 1, 14, numeral 1, 20 y 95 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, sobre Contratación Pública, que de acuerdo con el texto que mantenían al momento de celebrarse la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, se referían, en su orden, a los derechos de las entidades contratantes; a las obligaciones y los deberes del contratista; al equilibrio contractual; y a las prórrogas de los contratos u órdenes de compra (Cfr. fs. 8-15 del expediente judicial);

B. Los artículos 34d, 1105 y 1106 del Código Civil que, de manera respectiva, disponen que la fuerza mayor es la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir; que el contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; y que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la Ley, a la moral ni al orden público (Cfr. fs. 15-18 del expediente judicial);

C. Los artículos 34, 36, 52, numeral 4, y 53 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, mismos que, individualmente, señalan que las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia; que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo; que se incurre en vicio de nulidad absoluta cuando los actos administrativos se dictan con prescindencia u omisión de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal; y que será anulable todo acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (Cfr. fs. 18-23 del expediente judicial); y

D. El artículo 2 de la Ley 97 de 21 de diciembre de 1998, relativo a las funciones que ejerce el Ministerio de Economía y Finanzas (Cfr. fs. 23-27 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Al sustentar su pretensión, el recurrente manifiesta que la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, introducida al Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, celebrado entre la Nación, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, y la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., infringe los artículos 11, numeral 1, 14, numeral 1, 20 y 95 de la Ley 22 de 2006; sin embargo, este Despacho es del criterio que dichas disposiciones no resultan aplicables al caso que ocupa nuestra atención, tal como lo explicaremos a continuación.

Nuestra posición se fundamenta en el hecho de que el proceso en estudio guarda relación con un contrato de concesión para la ocupación de áreas de playa, particularmente de tres globos de terreno nacionales, consistentes en fondo marino, con una cabida superficial de 5 Has + 1,162.62 m²; un área de ribera de playa, con una cabida superficial de 5,247.10 m²; y un área costanera, con una cabida superficial de 1,207.78 m² que forman parte de la finca 5,005 de propiedad de la Nación, solicitadas por la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., cuya regulación está regida por la Ley 35 de 29 de enero de 1963, de lo que resulta la inaplicabilidad de la normativa que rige en materia de contratación pública, que en aquel entonces era la Ley 56 de 1995, hoy sustituida por la Ley 22 de 2006; criterio que fue también acogido por la Sala en su Sentencia de 30 de mayo de 2007, emitida dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad presentado por el Licenciado Carlos Carrillo, quien en ese momento actuaba en nombre y representación de Miguel Bush, uno de los

terceros que recurrió en contra del Contrato de Concesión 245 de 2001, como se lee a renglón seguido:

“... ”

En este orden de ideas, cabe señalar que el fundamento legal para la celebración de los contratos de concesión sobre áreas inadjudicables, como es el caso de las áreas solicitadas por la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A. (DUASA), es la Ley N°35 de 29 de enero de 1963..., razón por la que no es aplicable la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995.

En este sentido, la Sala considera oportuno citar parte del fallo de 24 de octubre de 1997, en el que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en relación a este tema, señaló lo siguiente:

‘Ello es así por cuanto mediante la Ley 35 de 29 de enero de 1963 se reglamenta los contratos de concesiones sobre playas. La misma ha sido modificada en distintas ocasiones, la más reciente la constituye la Ley 36 de 1995, que en su artículo 16 modifica el numeral 2 y adiciona los numerales 3 y 4 del artículo 1° de la Ley 35 de 1963, de manera que autoriza al Órgano Ejecutivo a celebrar contratos de concesión de obras calificadas de interés público por el Consejo de Gabinete, que también señalará el área de extensión de la concesión, así como el término de su duración y es precisamente eso lo que hace la resolución de gabinete declarar de interés público un proyecto. También es importante mencionar el artículo 17 de dicha ley que adiciona el artículo 1-A a la Ley 35 de 1963 y que se refiere a la ocupación y utilización de las playas, riberas y fondos del mar, por lo que a nuestro juicio la Resolución de Gabinete N°131 de 13 de junio de 1996 no infringe el Artículo 153 numerales 9 y 15 de la Constitución Nacional, pues la Asamblea Legislativa no tiene que aprobar o improbar un contrato de concesión que ya ha sido previamente reglamentado por dicha Asamblea.

“... ”

Se observa, pues, que la norma que se alega infringida no guarda relación con la resolución impugnada, por cuanto esta última se refiere a un contrato de concesión...

De esta forma, queda probado que los artículos 7 (numeral 4), 9 (numeral 19, 10, 16 (numeral 6) y 23 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 que se invocan como infringidos, no son aplicables al supuesto cuestionado, de allí que no hayan podido ser transgredidos.” (Lo subrayado es nuestro).

Esta Procuraduría estima que el criterio jurisprudencial citado también resulta aplicable al negocio jurídico que ocupa nuestra atención, en el que se discute sobre la legalidad de la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, introducida al Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, por ser parte integral de dicho convenio.

Consideraciones en torno al resto de las normas que se aducen infringidas de conformidad con el orden con que el demandante expresó el concepto de violación de cada una de ellas.

El recurrente acude ante la Sala para que se declare nula, por ilegal, la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, hecha al Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, suscrita por el Ministerio de Economía y Finanzas y la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., en atención a los siguientes planteamientos:

1. Que contrario a lo establecido en la parte motiva de la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, las diversas acciones judiciales de las que fue objeto el Contrato de Concesión 245 de 2001 no se enmarcan dentro de las situaciones que configuran el fenómeno jurídico de la fuerza mayor, de allí que no pudieron impedir la ejecución del cronograma del proyecto Costa Marina, sobre todo, cuando en ninguno de los fallos emitidos como producto de los recursos judiciales presentados en su contra se ordenó la suspensión de los efectos legales del mencionado contrato de concesión.

A juicio del demandante, entender que dichos recursos sí obstaculizaron el desarrollo del proyecto Costa Marina, como en efecto se plasmó en la Adenda

número 1 de 2011, vulnera el texto de los artículos 34d y 1105 del Código Civil, así como el correspondiente al numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, según se explica a fojas 15, 16, 17 20, 21 y 22 del expediente judicial; y

2. Que la actuación administrativa del Ministerio de Economía y Finanzas no se ajusta a Derecho, ya que, a pesar de tener conocimiento de que la empresa Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., incumplió lo acordado en el contrato original, procedió a suscribir con dicha sociedad la Adenda número 1 de 2011, cuando lo correcto era resolver administrativamente el Contrato de Concesión 245 de 2001, de conformidad con lo establecido en la cláusula décima sexta de ese convenio y, de esa manera, salvaguardar los intereses del Estado panameño.

Como sustento del planteamiento anterior, el apoderado judicial de Talal Abdallah Darwiche alega que la firma de la Adenda número 1 de 2011 infringe el artículo 1106 del Código Civil; los artículos 34, 36 y 53 de la Ley 38 de 2000; y el artículo 2 de la Ley 97 de 1998, en la forma como lo expone en las fojas 17, 18, 19, 22, 23, 26 y 27 del expediente judicial.

Prórroga del Contrato de Concesión 245 de 2001.

Antes de entrar al análisis de la legalidad de la mencionada adenda, este Despacho considera pertinente conocer los motivos por los cuales las partes consideraron modificar el convenio original.

Al efecto, observamos que la empresa concesionaria, Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., le solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas una prórroga al contrato 245 de 2001 y la modificación de algunas de las cláusulas que lo conforman, por lo que dicha entidad ministerial, invocando la cláusula décima cuarta del contrato, referente al término de duración de la concesión y la prórroga de la misma, decidió acceder a la petición formulada por la empresa (Cfr. f. 42 del expediente judicial).

De acuerdo con lo que se indica en el informe de conducta remitido por el Ministro de Economía y Finanzas, Encargado, la empresa Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., frente a la incertidumbre existente en cuanto al futuro jurídico del Contrato de Concesión 245 de 2001, producto de la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el Licenciado Carlos Carrillo, en representación de Miguel Bush, decidió suspender provisionalmente la ejecución de los trabajos pactados en el contrato. En el mencionado informe, también se señala lo siguiente: *“En vista de la demanda presentada el 30 de septiembre de 2002, y resuelta a través de fallo del 30 de mayo de 2007, se dio la suspensión de la primera etapa del contrato, por un periodo de 4 años y 8 meses, la cual afectó directamente las tres etapas subsiguientes, por razones de fuerza mayor”* (Cfr. fs. 41 y 42 del expediente judicial).

Al examinar el contenido de la cláusula décima cuarta del Contrato de Concesión 245 de 2001, según el texto vigente antes de que se suscribiera la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, observamos que la misma contemplaba que, a su vencimiento, la concesión quedaría prorrogada por igual término y condiciones, bajo dos supuestos: 1. siempre que las actividades desarrolladas en el área objeto de la concesión estuvieren en funcionamiento; y, 2. por acuerdo que pactaren las partes.

En concordancia con ello, tenemos que en la cláusula décima novena del mencionado contrato se dispuso que el plazo de veinte años establecido para la concesión, sería renovado a su vencimiento por igual período, siempre que el concesionario hubiese cumplido fielmente sus obligaciones contractuales; estableciéndose también que dicho período no se renovaría en caso de incumplimiento del contrato por parte del concesionario, teniendo este último el derecho a reclamar indemnización, únicamente de mediar causas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobadas.

Luego de confrontar las cláusulas contractuales con las causas que motivaron que al Contrato de Concesión 245 de 2001 se le introdujera una adenda, somos de opinión que la solicitud presentada por la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., con la finalidad de que se prorrogara el plazo para el cumplimiento de dicho contrato, no era viable, atendiendo la circunstancia de que aun no habían transcurrido los veinte años acordados para la vigencia de la relación, de allí que el Ministerio de Economía y Finanzas no contaba con un sustento jurídico para acceder a tal petición ni mucho menos para generar un nuevo acuerdo entre las partes. Respalda nuestra opinión, el hecho de que al elaborar el informe de conducta que fue remitido al Magistrado Sustanciador, la propia entidad ministerial señaló lo siguiente, cito: *“De conformidad con la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión No.245 de 2001, se contempla una etapa de duración de 20 años, la cual podrá ser sujeta a prórroga por 20 años más, período, que a la fecha no ha vencido. Es por esta razón que se procedió a elaborar la Adenda No.1 al Contrato de Concesión 245 de 2001.”* (Cfr. f. 42 del expediente judicial).

En adición, se observa que la concesionaria tampoco había cumplido con sus obligaciones contractuales, ya que las actividades que debían desarrollarse en el área de concesión no estaban en funcionamiento.

Por otra parte, advertimos que para sustentar su petición de prórroga, la empresa Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., le manifestó al Ministerio de Economía y Finanzas que había procedido a suspender los trabajos de ejecución pactados en el Contrato de Concesión 245 de 2001, debido a que ese convenio era objeto de más de diez acciones judiciales, entre las que se destacaba un proceso contencioso administrativo de nulidad que se ventilaba ante la Sala, en el que se cuestionaba la legalidad del mencionado contrato, lo que, según su criterio,

constituía una causa de fuerza mayor que le impedía adelantar los trabajos previamente pactados.

Al analizar la parte motiva de la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, se puede observar que la entidad ministerial utilizó el concepto de fuerza mayor invocado por la empresa concesionaria para avalar su firma, supuestamente con miras a restablecer el equilibrio contractual.

En opinión de este Despacho, el argumento invocado por la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., y el Ministerio de Economía y Finanzas carece de fundamento, pues, en ningún momento se ha acreditado que alguna autoridad judicial hubiese ordenado la suspensión provisional del contrato, de manera que se generara una situación de fuerza mayor que impidiera la ejecución de las obras pactadas como parte de la concesión, por lo que consideramos que la mera interposición de las mencionadas acciones y/o recursos ante el Órgano Judicial no le impedía a la empresa cumplir con todas y cada una de las fases del proyecto Costa Marina.

En relación con la falta de acreditación de la fuerza mayor invocada tanto por la empresa concesionaria como por la entidad ministerial, consideramos pertinente señalar que en el proceso contencioso administrativo de nulidad al que en repetidas ocasiones se han referido las partes del contrato, consta que no prosperó la solicitud para la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Contrato de Concesión 245 de 2001 que, en su momento, fue presentada por Miguel Bush Ríos a través de su apoderado judicial, tal como quedó establecido en la Sentencia de 28 de agosto de 2002, emitida por la Sala.

Siendo ello así, la empresa concesionaria carecía de fundamento jurídico para proceder, de manera unilateral, a suspender los trabajos de ejecución de las obras incluidas en el Contrato de Concesión 245 de 2001, y mucho menos, para

utilizar ese supuesto sustento para argumentar que las acciones y/o recursos judiciales de las que fue objeto ese contrato, habían generado elementos constitutivos de fuerza mayor que impidieron cumplir sus obligaciones.

En atención a las anteriores consideraciones, este Despacho es del criterio que en el presente proceso sí se ha producido la violación de las normas legales invocadas por el recurrente, por lo que solicita al Tribunal que declare que ES ILEGAL la Adenda número 1 de 28 de marzo de 2011, introducida al Contrato de Concesión 245 de 5 de noviembre de 2001, suscrita por el Ministerio de Economía y Finanzas y la sociedad Desarrollo Urbanístico del Atlántico, S.A., y, en consecuencia, se acceda a las pretensiones del demandante.

IV. Excepción de falta de personería.

De acuerdo con las constancias procesales, el Registro Público expidió una certificación en la que hace constar que Talal Abdallah Darwiche, con cédula de identidad personal número 6-701-355, otorgó un poder general para pleitos al Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, el cual se encuentra inscrito en esa oficina registral desde el 1 de julio de 2008; no obstante, en el escrito de la demanda, específicamente en el apartado que se denomina “designación de partes”, aparece como demandante Talal Abdallah Darwiche, con cédula de identidad personal número E-8-61512; información de la que se puede inferir que no se trata de la misma persona, y por ende, que el documento aportado no es idóneo para acreditar la legitimidad del poderdante. Ello tampoco permite establecer con certeza que el apoderado judicial del demandante, el Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, esté debidamente facultado para gestionar ante la Sala a su nombre, por lo que se incumple con lo exigido en el artículo 47 de la Ley 135 de 1943 (Cfr. fs. 1-3 del expediente judicial).

En ese mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta al decidir esta excepción, que conforme lo ha sostenido esa alta Corporación de Justicia a través

de su jurisprudencia, una cosa es la Tutela Judicial Efectiva y otra cosa el deber que tiene aquel que ocurra ante la jurisdicción Contencioso Administrativa en auxilio de sus derechos subjetivos, en el sentido de cumplir con los requisitos básicos y mínimos que por Ley se han establecido y que, por tal razón, no debe interpretarse que la tutela judicial efectiva sea un acceso desmedido a la justicia (Cfr. Auto de 17 de septiembre de 2012).

En atención a lo expresado en los párrafos precedentes, solicitamos a la Sala se sirva declarar PROBADA la excepción de falta de personería y que la misma sea tomada en cuenta al momento de dictar sentencia.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 32-13