

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 375

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 8 de mayo de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad**

La licenciada **Argelis
Francesca Ameglio**, en su
propio nombre y
representación, para que se
declaren nulas, por ilegales,
las cláusulas primera,
tercera, cuarta, quinta,
sexta, séptima, décima, décima
primera, décima cuarta,
vigésima y vigésima cuarta de
la adenda 5 del contrato 98 de
29 de diciembre de 1994,
suscrito entre el **Ministerio
de Obras Públicas y las
empresas Norberto Odebrecht,
S.A., y Concesionaria Madden -
Colón, S.A.**, y las cláusulas
segunda, quinta, sexta,
séptima y décima primera del
anexo B de esta adenda.

Concepto

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el
numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000,
con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el
proceso descrito en el margen superior.

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

A. La actora considera que las cláusulas primera,
tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décima, décima

primera, décima cuarta, vigésima y vigésima cuarta de la adenda 5 al contrato 98 de 29 de diciembre de 1994, infringen los artículos 2, 9, 16, los numerales 6 y 14 del artículo 12 y el numeral 2 del artículo 13 de la ley 5 de 15 de abril de 1988, al igual que los artículos 20, 21, 22 y 25 del decreto ejecutivo 17 de 1989, en la forma que expone en las fojas 241 a la 256 del expediente judicial.

B. También considera que las cláusulas segunda, quinta, sexta, séptima y décima primera del anexo B de la adenda 5 al contrato 98 de 29 de diciembre de 1994, infringen los artículos 2, 9, 19 y el numeral 14 del artículo 12 de la ley 5 de 1988, tal como lo explica en las fojas 256 a la 262 del expediente judicial.

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración

Según observa este Despacho, el Ministerio de Obras Públicas y Pycsa Panamá, S.A., suscribieron el contrato 98 de fecha 29 de diciembre de 1994, para el estudio, diseño, construcción, mantenimiento, operación, explotación de la autopista Panamá - Colón y de la fase I del Corredor Norte (sección oeste), el cual modificaron el 26 de diciembre de 1996 al suscribir la adenda 1 del citado contrato, mediante la cual, entre otras cosas, se acordó variar lo estipulado en el acápite 8 de la cláusula cuarta del contrato, quedando de esta forma establecido que, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 37 del decreto ejecutivo 17 de 1989, tal como quedó modificado en virtud del artículo 24 del decreto ejecutivo 272 de 30 de noviembre de 1994, el concesionario podría, con el consentimiento previo del Ministerio de Obras Públicas,

traspasar, ceder o gravar, en todo o en parte, a favor de terceros, incluyendo aquellos que otorguen financiamiento, los derechos de cualquier índole contemplados en el referido contrato, sin distinción de las fases de la concesión o del tramo componente a que corresponda, incluyendo, sin que ello implique limitación, los ingresos provenientes del cobro de peaje, en relación con cualquiera de sus tramos componentes. (Cfr. fojas 15 a la 25 y 30 del expediente judicial).

Igualmente se advierte, que a través de las adendas 2, 3 y 4 del referido contrato las partes nuevamente convinieron en modificar algunas cláusulas del contrato 98 de 1994, acordando en cada una de ellas, que lo pactado tanto en el contrato como en la adenda 1 de 1996 se mantendría vigente sin cambio, modificación o alteración alguna, a excepción de los cambios, adiciones o modificaciones convenidos en las mismas. (Cfr. fojas 40 a la 60 del expediente judicial). Tales estipulaciones contractuales fueron objeto de análisis, aprobación y autorización del Ministerio de Obras Públicas, el Consejo Económico Nacional y el Consejo de Gabinete; conforme lo dispone la ley 5 de 1988, adicionada por la ley 1 de 1999 y modificada por la ley 52 de 2005, el decreto 17 de 1989, modificado por el decreto 272 de 1994 y, el decreto 7 de 1997.

También anotamos, que la entidad concedente emitió la resolución 095-06 de 25 de septiembre de 2006 que autorizaba a Pycsa Panamá, S.A., para que cediera la concesión Madden - Colón a favor de la sociedad Constructora Norberto Odebrecht, S.A., y que, así mismo, dicha institución, mediante la

resolución 01-07 de 2 de enero de 2007 aprobó que esta última cediera la concesión de Madden - Colón a una de sus subsidiarias, denominada Concesionaria Madden - Colón, S.A. Esta cesión fue igualmente autorizada por el Consejo Económico Nacional mediante la nota CENA-582 del 24 de noviembre de 2006 y por el Consejo de Gabinete, que para tal efecto expidió la resolución de gabinete 1 del 12 de enero de 2007. ((Cfr. fojas 7 y 62 del expediente judicial).

Consta en el expediente que el Estado, representado por el Ministerio de Obras Públicas, en aras de garantizar a la Concesionaria Madden - Colón el equilibrio contractual, suscribió el 26 de enero de 2007 la adenda 5 al contrato 98 de 1994, que se acusa de ilegal, por medio de la cual se procedió a la modificación de algunas estipulaciones contractuales, reestructurando jurídica y financieramente la concesión; se estableció el contrato de fideicomiso y se aprobó la cesión parcial de la concesión acordada entre Pycsa Panamá, S.A., y Constructora Norberto Odebrecht, S.A. Tal adenda fue igualmente objeto de aprobación y autorización de los organismos correspondientes. (Cfr. fojas 1 a la 44 del expediente judicial).

Lo anteriormente expuesto demuestra a este Despacho que, contrario a lo alegado por la actora, las cláusulas primera, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décima, décima primera, décima cuarta, vigésima y vigésima cuarta de la adenda 5 al contrato 98 de 29 de diciembre de 1994 y las cláusulas segunda, quinta, sexta, séptima y décimo primera del anexo B de esta adenda, que se acusan de ilegales, fueron

emitidas dentro del estricto marco de la legalidad que debe caracterizar todo acto administrativo, habida cuenta que el artículo 12-A de la ley 5 de 1988 faculta a la entidad concesionaria para que modifique el contrato de concesión, extendiendo o ampliando las obras concesionadas, cuando el Consejo de Gabinete estime que existen razones de interés público que lo justifiquen, en atención, entre otras consideraciones, al servicio que la obra esté llamada a satisfacer, **o cuando, por causas extraordinarias o imprevistas, tal variación o modificación sea necesaria.**

Así mismo observa esta Procuraduría, que la cláusula décima cuarta del contrato 98 de 1994 establece que **el concesionario no está obligado a asumir las pérdidas o déficit producto de situaciones extraordinarias e imprevisibles,** por lo que de darse cambios en las leyes o reglamentos u otros hechos o circunstancias que no pudieran razonablemente previstos por el concesionario al tiempo de la celebración del contrato, **las partes negociarán de buena fe las medidas que sean necesarias para restablecer el equilibrio contractual afectado por tales cambios, hechos o circunstancias. En consecuencia, las partes podrán suscribir los acuerdos y pactos que resulten necesarios para restablecer y mantener el equilibrio contractual existente al momento de la celebración del contrato.** (Cfr. foja 189 del expediente judicial).

Lo anteriormente expuesto viene a evidenciar que, pese a lo argumentado por la actora al sustentar la supuesta ilegalidad de las estipulaciones contractuales objeto de su

demanda, la entidad demandada estaba legalmente facultada para restablecer a Concesionaria Madden - Colón, S.A., el equilibrio contractual, habida cuenta que ésta, en su condición de concesionaria de este tramo del proyecto, no estaba obligada a asumir las pérdidas o el déficit económico mantenido por Pycsa Panamá, S.A., en razón de las situaciones extraordinarias e imprevisibles ocurridas durante su administración; de suerte que, una vez aprobada a favor de la primera la cesión de la concesión del Tramo II de la autopista Panamá - Colón, la institución demandada no hizo más que restablecer las condiciones de equilibrio contractual vigentes para el tiempo en que suscribiera Pycsa Panamá, S.A., el contrato 98 de 1994. En consecuencia, es evidente que las modificaciones introducidas a algunas de las condiciones establecidas en el pliego de cargos que sirvió de base para celebrar el contrato para tal concesión, incorporadas a la relación contractual mediante la adenda 5 de 26 de enero de 2007, se dieron dentro del marco de la ley.

En otro orden de ideas, se advierte que de acuerdo con el contrato de fideicomiso suscrito entre el Ministerio de Economía y Finanzas en representación del Estado, Concesionaria Madden - Colón, S.A., y el BNP Paribas Sucursal de Panamá el 18 de enero de 2007, éste último, en calidad de fiduciario, se obligó a contratar con el Banco Nacional de Panamá un préstamo puente para pagar los gastos que genere la ejecución de la adenda 5 al contrato 98 de 1994, el cual será cancelado por el fiduciario una vez que reciba los fondos provenientes del préstamo a largo plazo.

Así mismo se observa, que la Concesionaria Madden - Colón, S.A., cedió a favor del fideicomiso los ingresos que se generarán por el uso del tramo Madden - Colón, hasta Quebrada López una vez que esta carretera entre en operación (Cfr. cláusula cuarta del contrato de fideicomiso), lo que viene a demostrar que el hecho de que se le haya proporcionado algún nivel de financiamiento a la Concesionaria Madden - Colón, S.A., no es razón para estimar que con ello se desvirtuó el objeto de la concesión, es decir, que la concesionaria construya a su propio riesgo y cuenta la obra, toda vez que la misma se obligó a cancelar las sumas financiadas con el pago del peaje por el uso del tramo Madden - Colón a Quebrada López, según los términos pactados en la adenda 5 del contrato 98 de 1994; por lo que es claro que lejos de haberse afectado el patrimonio estatal, las cláusulas contractuales acusadas han garantizado plenamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de la concesión.

El hecho que en la adenda 5 del contrato de concesión 98 de 1994 se haya pactado que en caso que la concesión Madden - Colón presente un déficit operativo anual, el Estado, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, aportará al fideicomiso ya mencionado las sumas necesarias para hacerle frente a este déficit, mediante el denominado "peaje en sombra", no es razón para considerar que éste es un subsidio o un ingreso adicional a favor de la concesionaria, toda vez que de la lectura integral del contrato de fideicomiso se infiere claramente que dicho aporte únicamente se hará en la

eventualidad que el flujo de tráfico anual sea insuficiente; situación que, a juicio de este Despacho, debía estar prevista en el contrato ya que los usuarios del tramo Quebrada López - Cativá no pagarán peaje alguno debiendo entonces el Estado asumir el valor del peaje correspondiente. Por lo tanto, la entidad demandada, en atención a lo establecido en el artículo 2 de la ley 5 de 1988 podía pactar cualquier otra forma de retribución con la concesionaria.

Respecto a lo alegado por la actora en torno al hecho que en la adenda 5 del contrato 98 de 1994 se estableció una cláusula que supuestamente exime de responsabilidad a la concesionaria por daños indirectos derivados de la concesión, consideramos que tales argumentos carecen de todo sustento jurídico, toda vez que lo estipulado en la cláusula tercera del referido contrato 98 de 1994, en torno a la obligación del concesionario de mantener seguros de responsabilidad por daños a los usuarios u otros terceros o a su propiedad (Cfr. foja 171 del expediente judicial), no ha sido modificado o revocado por las adendas 1, 2, 3, 4, y 5 ni sus anexos, de tal suerte que la Concesionaria Madden - Colón, S.A., deberá sujetarse a los términos y condiciones pactados por las partes del contrato, tal como lo dispone la cláusula novena de la referida adenda 5. (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

En este mismo orden de ideas, el punto m) del acápite 3.1 de la cláusula tercera del anexo B de la adenda 5 al contrato de concesión 98 de 1994, obliga a la concesionaria a contratar los seguros de todo riesgo de construcción, de

responsabilidad civil, de vehículos y de accidentes personales, para cubrir, de forma razonable, los daños y perjuicios que puedan ocasionarse con motivo de la ejecución de la obra. Incluso, la cláusula vigésima tercera de este anexo exige a la concesionaria, una vez perfeccionada la adenda 5, entregar al Ministerio de Obras Públicas una fianza de cumplimiento, todo lo cual debe llevarnos al convencimiento que la concesionaria está efectivamente obligada a mantener un seguro que garantice la ejecución de la concesión. Por lo tanto, las cláusulas acusadas como ilegales no infringen lo dispuesto en los artículos 2, 9, 16, 19, los numerales 6 y 14 del artículo 12 y el numeral 2 del artículo 13 de la ley 5 de 15 de abril de 1988, como tampoco los artículos 20, 21, 22 y 25 del decreto ejecutivo 17 de 1989.

En virtud de las consideraciones expresadas, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO SON ILEGALES** las cláusulas primera, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décima, décima primera, décima cuarta, vigésima y vigésima cuarta de la adenda 5 del contrato de concesión 98 de 29 de diciembre de 1994 celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y las empresas Norberto Odebrecht, S.A., y Concesionaria Madden - Colón, S.A., ni las cláusulas segunda, quinta, sexta, séptima y décima primera del anexo B de esta adenda.

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

Se aporta copia autenticada de la nota 08(2200-01)364 del 2 de abril de 2008, emitida por el subgerente general del Banco Nacional de Panamá, que acredita que el fiduciario, BNP Paribas - Sucursal Panamá, el 2 de abril de 2008 canceló al Banco Nacional de Panamá el préstamo puente aplicado al Fideicomiso de Administración Garantía e Inversión Madden - Colón.

Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado.

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

NRA/11/iv