



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 14 de enero de 2019
C-003-19

Ingeniera
Roxana Cárdenas
Gerente General
Empresa Nacional de Autopista, S.A.
Ciudad

Ref.: Concesión administrativa del Mantenimiento, Operación y Explotación del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá.

Señora Gerente General:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales como Asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la consulta jurídica que tuvo a bien elevar a este Despacho, en los siguientes términos:

“...

- (a) ¿En atención a la legislación vigente, considera viable que se formalice el Acuerdo Interinstitucional adjunto, sujeto a que previamente se hayan tomado todas las acciones previas a la celebración del Acuerdo Interinstitucional (según se define en esa consulta) y que ENA Oeste pueda realizar el Pago del Derecho de Concesión al MOP por un monto de \$300 millones de Dólares, de conformidad con los términos y condiciones contenidos en el borrador de Acuerdo Interinstitucional (como se define en esta consulta)? (sic)

- (b) ¿ En atención a la legislación vigente, es viable el otorgamiento por parte del MOP de la Concesión a favor de ENA Oeste antes de terminada la construcción del Cuarto Puente y vías de acceso conforme al Contrato de Obra, fundamentado en lo previsto en las leyes, incluyendo la Ley 5 de 1988, Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado mediante la Ley 61 de 2017 y la Ley 76 de 2010, según las mismas han sido reformadas a la fecha, en los términos descritos en esta consulta y de conformidad con los términos y condiciones contenidos en el borrado de Acuerdo Interinstitucional (como se define en esta consulta)?

”

Respecto al tema objeto de su consulta arriba transcrito, esta Procuraduría de la Administración es del criterio, que podría ser jurídicamente viable la formalización de un Acuerdo Interinstitucional para que ENA Oeste pueda realizar aportes hasta por un monto de \$300 millones de dólares en concepto de Pago por Derechos de Concesión al MOP, por cuanto que el Decreto de Gabinete N° 37 de 20 de septiembre de 2018¹, autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas a solicitar a la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. (ENA) para realizar gestiones financieras para aportar recursos en concepto de adelantos de capital para la futura concesión del mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá, por el precitado monto, y cuyos aportes serán efectuados durante su período de construcción por avance de obra.

No obstante, respecto del pronunciamiento requerido de conformidad a los términos y condiciones contenidos en el Borrador de Acuerdo Interinstitucional adjuntado, como nos está siendo consultado, advertimos que el mismo escapa de nuestras competencias claramente establecidas en la Ley N° 38, de 31 de julio de 2000; como ilustraremos en la presente consulta.

Ahora bien, con relación a la viabilidad en el otorgamiento por parte del MOP de la Concesión a favor de ENA Oeste antes de terminada la construcción del Cuarto Puente y vías de acceso conforme al Contrato de Obra, que es su segunda interrogante, somos de la opinión que el objeto contractual se basa en un hecho aún futuro y no materializado; por lo que, en los términos consultados, no es jurídicamente viable el otorgamiento del Contrato de Concesión hasta tanto finalice la construcción del Puente y se tenga certeza determinada en la entrega del Proyecto y su recibido conforme, por parte del Estado, dado que la concesión versa sobre la explotación, mantenimiento y operación, y no la construcción del bien objeto de la explotación; siendo que la causa contractual tiene que ser real por tratarse de una cláusula esencial dentro de los contratos de concesión.

Una vez señalado nuestro dictamen jurídico, procedemos a exponer los argumentos y consideraciones que le sirvieron de sustento para llegar a dicha conclusión, en los siguientes términos:

Este Despacho reitera de la manera más responsable, lo que en la Consulta anterior señaláramos, y es que, en estos momentos la celebración de un Contrato de Concesión para el mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá seguiría siendo riesgosa, ya que estamos frente a una ganancia incierta aun para una de las partes, que a su vez, es el Estado panameño, ya que la construcción de éste no ha iniciado.

En cuanto a la legislación vigente que nos fuera consultada, el Consejo de Gabinete mediante Decreto de Gabinete N° 37 de 20 de septiembre de 2018², autorizó al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a solicitar a la Empresa Nacional de Autopistas, S.A.

¹ Publicado en Gaceta Oficial N° 28617-B de 21 de septiembre de 2018.

² República de Panamá. CONSEJO DE GABINETE. **Decreto de Gabinete N° 37** de 20 de septiembre de 2018. Que autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas a solicitar a la Empresa Nacional de Autopista, S.A. (ENA), realizar gestiones financieras para aportar recursos en conceptos de adelantos de capital para la futura concesión del mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá y se dictan otras disposiciones. (Gaceta Oficial N° 28617-B de 21 de septiembre de 2018).

(ENA) realizar las gestiones financieras para aportar recursos en concepto de adelantos de capital para la **futura concesión** del mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá, por un monto de hasta trescientos millones de dólares de los Estados Unidos de América con 00/100 (USD\$300,000,000.00), cuyos aportes serán efectuados durante su período de construcción por avance de obra, respondiendo a la motivación de que el precitado Proyecto fue declarado de interés público a través de la Resolución de Gabinete N° 86 de 20 de septiembre de 2018³; aunado a ello, el Decreto de Gabinete comentado, autorizó al Ministerio de Economía y Finanzas, al Ministerio de Obras Públicas y a la Empresa Nacional de Autopista S.A. (ENA), iniciar las gestiones para la suscripción de un Acuerdo en el que se establezcan las condiciones sobre la estructura de financiamiento para la futura concesión del mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente sobre el Canal.

Siendo que dicho Decreto de Gabinete goza de presunción de legalidad, somos de la criterio que, --en estos momentos--, puede ser jurídicamente viable la formalización del Acuerdo Interinstitucional para que ENA Oeste realizare aportes hasta por un monto de \$300 millones de dólares en concepto de Pago por Derechos de Concesión al MOP, por cuanto que el Decreto de Gabinete N° 37 de 20 de septiembre de 2018, autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas a solicitar a la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. (ENA) para realizar gestiones financieras para aportar recursos en concepto de adelantos de capital para la futura concesión del mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá, por el precitado monto, y cuyos aportes serán efectuados durante su período de construcción por avance de obra; no obstante, los términos/cláusulas y condiciones que contenga el Borrador de Acuerdo Interinstitucional a suscribirse, corresponderá su responsabilidad única y exclusivamente a las partes signatarias (*los firmantes*) y deben ceñirse a los lineamientos de nuestro ordenamiento jurídico que revisten los actos administrativos, salvaguardando las cláusulas del Contrato N° AL-1-27-18 suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y el Consorcio Panamá Cuarto Puente para el Proyecto de Diseño y Construcción del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá que fuera refrendado el 29 de noviembre de 2018 y sus posibles adendas.

Adicionalmente, el propio Decreto de Gabinete N° 37 de 2018 dispone textualmente lo siguiente:

“Que de acuerdo a las facultades mencionadas de ENA y su experiencia en el manejo de las concesiones de los Corredores Norte, Sur y Este, el Estado ha estimado conveniente solicitar a las autoridades competentes, **una vez construido el Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá, otorgar a ENA, a través de su subsidiaria ENA Oeste, S.A., la futura concesión del mantenimiento, operación y explotación del mismo, de conformidad con la Ley 5 de 1988.**”⁴ (El resaltado es nuestro)

³ República de Panamá. CONSEJO DE GABINETE. **Resolución de Gabinete N° 86 de 20 de septiembre de 2018.** Que declara de interés público el Proyecto del Cuarto Puente sobre el Canal de Panamá, sus obras de infraestructuras, equipamiento e instalaciones, así como su operación, mantenimiento y explotación. (Gaceta Oficial N° 28617-B de 21 de septiembre de 2018).

⁴ República de Panamá. CONSEJO DE GABINETE. DECRETO DE GABINETE N° 37 de 20 de septiembre de 2018, párrafo 9 del Considerando).

Se desprende así, con meridiana claridad que, la autorización otorgada a las partes condiciona la concesión del mantenimiento, operación y explotación de la obra a su construcción, por lo que, respondiendo a la segunda interrogante, debemos señalar que según nuestro criterio, no es jurídicamente viable el otorgamiento del Contrato de Concesión del Cuarto Puente y sus vías de acceso conforme al Contrato de Obra, hasta tanto finalice la construcción del Puente y se tenga certeza determinada en la fecha de entrega del proyecto y su recibido conforme por parte del Estado.

Tal y como lo indicáramos en la Consulta anterior⁵, en respuesta a su Nota N° 677-18 GG ENA del 11 de julio de 2018:

“ ...

Es posible que estas circunstancias nos permitan determinar que estamos frente a una carencia de causa de la obligación para contratar bajo un contrato de concesión de mantenimiento, operación y explotación, tal como lo dispone el artículo 1126 del Código Civil y por lo tanto, que esta figura contractual no es la correcta para este caso. Entendiéndose, tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Fallo de 3 de junio de 1957. Aunque el artículo 1122 del Código Civil me permita identificar como objeto de un contrato, inclusive las cosas futuras, lo cierto es que la figura del contrato de concesión recogido en la Ley 5 de 1988, como todo contrato público me lleva al terreno de la previsibilidad, y por ende, al de la planeación.

...

Por lo tanto, un contrato de concesión, tal cual lo desarrolla la Ley 5 de 1998, es conmutativo y oneroso, y no puede estar sujeto a una contingencia incierta. De tal manera que una contratación de esta naturaleza pone en condiciones de vulnerabilidad a una de las partes, y al ser públicas, por lo tanto, pone en riesgo los intereses públicos. Inclusive, a la luz del derecho público pudiésemos decir, que esa incertidumbre, daría pie a una causa ilícita.

...

... hay que tener presente que es preciso e indispensable también, en nuestro Derecho, para que un contrato sea válido, que tenga una **causa** y un **objeto** lícito, pues de lo contrario el mismo es nulo de nulidad absoluta"; teniendo presente que tal como lo dispone el artículo 160 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006 ordenado por la Ley N° 61 de 2017, también son aplicables a los contratos públicos las disposiciones pertinentes del Código Civil en materia contractual.”

Es por ello que, ante su interrogante relativa al otorgamiento de la concesión antes de terminada la construcción de la obra (el Puente), ello haría posible que estuviésemos entonces frente a un contrato de concesión del mantenimiento, operación y explotación que no cuente con las condiciones indispensables para su validez a la luz del derecho administrativo; de igual manera, aspectos como el plazo de la concesión, el monto total de la inversión, la delimitación de la zona objeto de la concesión, el plazo para la iniciación y

⁵ C-62-18 del 30 de agosto de 2018.

terminación de la concesión son aspectos que se dificultarían ser precisados antes de terminada la construcción del Cuarto Punte, por razón del eventual incumplimiento o cumplimiento tardío del contrato de Obra, e inclusive, riesgos de naturaleza política que podrían hacer inviable un retorno a favor de la empresa estatal, haciendo vulnerable la inversión de ENA.

De otra parte, es menester reiterar, al tenor de las normas que consagran nuestro ordenamiento positivo, que las opiniones vertidas por la Procuraduría de la Administración en el ejercicio de sus funciones, no son vinculantes y, en ningún momento deben entenderse como de obligatorio cumplimiento; nuestras atribuciones y asesoría jurídica se circunscribe únicamente a coadyuvar a que la Administración Pública, desarrolle su gestión con estricto apego a los principios de legalidad, calidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad en la prestación de los servicios públicos.

En razón a lo señalado en el párrafo anterior, debemos indicar que este Despacho no es competente para emitir un pronunciamiento respecto a las condiciones y cláusulas del Borrador de Acuerdo, toda vez que según el propio documento, se nos ha considerado como mediadores en el evento de existir diferencias entre las partes, de conformidad con Ley N° 38 de 2000 y el Decreto Ley N° 5 de 1999. Aunado a ello, de darse un control de la legalidad de dicho instrumento (el Acuerdo), requerirá obligatoriamente de nuestra participación, de conformidad al ordenamiento positivo; además de que el mismo, tal y como fuera adjuntado con su consulta, no constituye el documento final que vaya a suscribirse y, por tanto, susceptible a futuras reformas.

Es por lo anterior, respetada señora Gerente General, que, las acciones previas a la celebración del Acuerdo Interinstitucional, que realice el Órgano Ejecutivo, ENA y ENA Oeste, a través de sus órganos competentes, no deben condicionarse en ningún momento a la opinión de esta Procuraduría de la Administración, pues no es nuestra función, emitir concepto favorable respecto de este tipo de actos⁶.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/jabsm/mork

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, se sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa*

⁶ Cfr. foja 4 segundo párrafo de su Consulta.