

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 128

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 08 de febrero de 2021

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

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

El Licenciado **Héctor Zavala Bernal**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión A-2003-18 de 25 de junio de 2018, suscrito entre la **Autoridad Marítima de Panamá** y la empresa Stward Agency, Inc.

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 dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

Los antecedentes que exponemos a continuación provienen de lo planteado en el Informe de Conducta presentado por la Autoridad Marítima de Panamá y del escrito interpuesto por la contratista, Stward Agency, Inc., que interviene en este caso como tercera interesada.

El 18 de octubre de 2016, la empresa **Stward Agency, Inc.**, a través de su apoderado especial, presentó una solicitud, por el término de tres (3) años, para la concesión de fondo de mar y acceso terrestre para la instalación de una barcaza flotante que serviría como muelle para el servicio de lancha y botes comerciales de uso público y comercial en la Calzada de Amador, corregimiento de Ancón, distrito y provincia de Panamá. Vale acotar, que según la tercera interesada, su petición estuvo acompañada de todos los

requerimientos exigidos por la Autoridad Marítima, en adición a los planos de medida, sellados y firmados por un profesional idóneo, por lo que se le otorgó el visto bueno correspondiente, a través del Memorando DI-670-2016 de 30 de noviembre de 2016, emitido por el Departamento de Ingeniería de la Dirección General de Puertos e Industrias Marítimas Auxiliares de la entidad contratante (Cfr. fojas 63 y 72-73 del expediente judicial).

Una vez recibida la solicitud, la Dirección General de Puertos e Industrias Marítimas Auxiliares procedió a elaborar los parámetros técnicos, documento en el que se consigna la información necesaria para la confección del respectivo contrato, entre otra, el canon a pagar, las consideraciones técnicas y las obligaciones a asumir por la mencionada sociedad peticionaria (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

Asevera la tercera interesada, Stward Agency, Inc., que obtuvo una aprobación, mediante **la Resolución DRPM-IA-065-2017 de 23 de marzo de 2017, del Ministerio de Ambiente, respecto del Estudio de Impacto Ambiental, Categoría I**, correspondiente al proyecto denominado Uso de Fondo de Mar y Acceso Terrestre en la Calzada de Amador (Cfr. fojas 72 y 74 del expediente judicial).

A través de la Nota OAL 058-02-2018 de 27 de febrero de 2018, **la Oficina de Asesoría Legal de la Autoridad Marítima de Panamá requirió al apoderado especial de la empresa solicitante, que aportara algunos documentos adicionales para la formalización y refrendo del contrato de concesión**, tales como la fianza de cumplimiento de éste, la fianza de cumplimiento de inversión, la póliza de responsabilidad civil marítima y la póliza de incendio (Cfr. foja 64 del expediente judicial).

Cumplido lo anterior, el entonces Administrador Encargado de la Autoridad Marítima de Panamá, por medio de **la Resolución ADM-CO 002-2018 de 6 de marzo de 2018, otorgó la concesión solicitada por la empresa Stward Agency,**

Inc., sobre un área de fondo de mar de dos mil metros cuadrados (2,000 mts²), ubicada en Isla Perico, corregimiento de Ancón, distrito y provincia de Panamá, por el término de tres (3) años (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

A propósito de lo anterior, se expidió la Nota ADM 0787-04-2018-OAL de 19 de abril de 2018, por la cual se remitió a la Contraloría General de la República, para su refrendo, el proyecto de contrato de concesión A-2003-18, con los documentos correspondientes. **La referida entidad fiscalizadora otorgó el refrendo el 25 de junio de 2018**, conforme consta en la foja 224 del expediente administrativo (Cfr. fojas 64 y 73 del expediente judicial).

En virtud del contrato A-2003-18 de 25 de junio de 2018, la concesionaria quedó obligada a pagar un canon fijo mensual de veinticinco centésimos de balboa (B/.0.25) por metro cuadrado del área de concesión, con un incremento de cinco (5) por ciento (5%) anual y un pago total, al término de la concesión, de dieciocho mil novecientos catorce balboas con cuarenta centésimos (B/.18,914.40). Asimismo, la empresa se obligó a realizar una inversión por la suma de un millón quinientos cincuenta mil balboas (B/.1,550,000.00) (Cfr. foja 64 del expediente judicial).

Acota la tercera interesada, que mantiene vigentes la fianza de cumplimiento, la póliza de responsabilidad civil, la fianza de cumplimiento de la inversión y la póliza de incendio, por lo que afirma que ha acatado las obligaciones que le correspondan, por las cuales se les otorgó el Contrato A-2003-18. Además, aclara que no ha incurrido en causal alguna de resolución administrativa (Cfr. 73 del expediente judicial).

En ese sentido, la tercera interesada manifiesta que ha cumplido con lo indicado en los artículos 25 y 26 de la Ley 56 de 6 de agosto de 2008, los cuales indican que la Autoridad Marítima de Panamá autorizará el otorgamiento de las concesiones para el aprovechamiento, el uso y la explotación de bienes del Estado, incluyendo la construcción y la explotación de instalaciones marítimas o portuarias

mediante contrato, solicitando la concesión para la colocación de la barcaza flotante que serviría como muelle, que es el objeto del proceso (Cfr. foja 74 del expediente judicial).

II. La Pretensión.

El Licenciado **Héctor Zavala Bernal**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión A-2003-18 suscrito entre la **Autoridad Marítima de Panamá** y la empresa Stward Agency, Inc. (Cfr. fojas 1-18 del expediente judicial).

III. Normas que se aducen infringidas.

El accionante alega que el contrato objeto de reparo infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 316 de la Constitución Política de la República, que señala que le corresponde privativamente a la Autoridad del Canal de Panamá la administración, el mantenimiento, el uso y la conservación de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá, constituidos por el agua de los lagos y sus corrientes tributarias en coordinación con los organismos estatales que la ley determine. Los planes de construcción, uso de las aguas, utilización, expansión, desarrollo de los puertos y de cualquiera otra obra o construcción en las riberas del Canal de Panamá, requerirán la aprobación previa de la mencionada Autoridad (Cfr. foja 10 del expediente judicial);

B. Los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 2 de julio de 1997, "*Por la cual se aprueba el plan regional para el desarrollo de la región interoceánica y el plan general de uso, conservación y desarrollo del área del Canal*", que dispone que el plan general establece y define el área denominada de compatibilidad con la operación del canal; y los casos de las autorizaciones de uso de suelo que se soliciten a la Autoridad de la Región Interoceánica en esa zona, serán expedidas

por esta última, previo permiso de compatibilidad de la Autoridad canalera (Cfr. fojas 10-11 del expediente judicial);

C. El artículo 6 del Acuerdo 151 de 21 de noviembre de 2007, "*Por el cual se aprueba el reglamento de uso del área de compatibilidad con la operación del Canal de Panamá y de las aguas y riberas del Canal*", que indica que los proyectos, las obras y las construcciones en el área de compatibilidad con la operación del Canal, requieren permiso de compatibilidad previo otorgado por la Autoridad (Cfr. foja 12 del expediente judicial);

D. El artículo 3 (numeral 2) del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, "*Por el cual se crea la Autoridad Marítima de Panamá*", que establece entre sus objetivos principales, el de coordinar sus actividades con la Autoridad del Canal de Panamá, la Autoridad de la Región Interoceánica, el Instituto Panameño de Turismo, el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y con cualquier otra institución o autoridad vinculada al sector marítimo, existentes o que se establezcan en el futuro, para promover el desarrollo socioeconómico del país (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial);

E. El artículo 40 de la Ley 56 de 6 de agosto de 2008, *Ley General de Puertos*, que preceptúa que todo contrato de concesión que se celebre con el Estado, a través de la Autoridad Marítima de Panamá, deberá ser publicado en la Gaceta Oficial (Cfr. foja 13 del expediente judicial);

F. El artículo 23 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, *Ley General de Ambiente*, que instituye que las actividades, las obras y los proyectos, públicos o privados, que por su naturaleza, características, efectos, ubicación o recursos pueden generar riesgo ambiental, requerirán de un estudio de impacto ambiental, previo al inicio de su ejecución, de acuerdo con la reglamentación de esa ley. Esas actividades, obras o proyectos deberán someterse a un proceso de evaluación de

impacto ambiental, inclusive aquellos que se realicen en la cuenca del canal y las comarcas indígenas (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial); y

G. Los artículos 52 y 53 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, relativos a los vicios de nulidad absoluta en los que incurren los actos administrativos, así como a los meramente anulables, incluyendo la desviación de poder (Cfr. fojas 14-16 del expediente judicial).

IV. Concepto de la violación de las normas invocadas en la demanda y concepto de la Procuraduría de la Administración.

4.1. En relación con el artículo 316 de la Constitución Política de la República, el accionante indica que la norma se ha violado de manera directa, por omisión, porque estima que la Autoridad Marítima no ha tomado en consideración que el área que está otorgando en concesión como fondo de mar en la calzada de Amador, específicamente en la Isla Perico, forma parte de las áreas de compatibilidad con las operaciones del Canal de Panamá y que dicha concesión establece como requisito constitucional previo, la aprobación de la Autoridad del Canal de Panamá, formalidad que no puede ser omitida deliberadamente, puesto que ello se traduce en la infracción del principio de legalidad (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

Esta Procuraduría observa que se invoca el artículo 316 de la Constitución Política de la República, norma que no puede ser objeto de análisis en este caso, habida cuenta que nos encontramos ante un proceso de control de legalidad y no uno de inconstitucionalidad, por lo que no procederemos a su análisis, máxime porque otras de las normas invocadas en la demanda, que son de orden legal, contienen esa misma exigencia formal, según se observa a continuación.

4.2. Al explicar el concepto de la violación del artículo 40 de la Ley 56 de 6 de agosto de 2008, el recurrente afirma que la Autoridad Marítima de Panamá nunca publicó en la Gaceta Oficial, la concesión de fondo de mar otorgada a la empresa

Stward Agency, Inc., lo que, a su juicio, impide el perfeccionamiento legal del contrato (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

Este Despacho se aparta de esa opinión, por razón que en el Informe de Conducta, la Autoridad Marítima de Panamá señala que el contrato de concesión número A-2003-18 de 25 de junio de 2018, objeto del proceso, fue publicado en la Gaceta Oficial 28,953 de 3 de febrero de 2020, elemento que fue acreditado por la tercera interesada (Cfr. foja 86 del expediente judicial).

4.3. En lo que respecta al artículo 23 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, el activador sostiene que la disposición ha sido transgredida de manera directa, por omisión, puesto que la Autoridad Marítima de Panamá, al dictar la resolución que aprobó la firma del Contrato de Concesión con la empresa Stward Agency Inc., desconoció que ese acto requería, de manera previa, de un Estudio de Impacto Ambiental (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

Esta Procuraduría no comparte el criterio expresado, habida cuenta que, según lo asevera la tercera interesada, Stward Agency, Inc., obtuvo una aprobación, mediante la **Resolución DRPM-IA-065-2017 de 23 de marzo de 2017, del Ministerio de Ambiente, respecto del Estudio de Impacto Ambiental, Categoría I**, correspondiente al proyecto denominado Uso de Fondo de Mar y Acceso Terrestre en la Calzada de Amador (Cfr. fojas 72 y 74 del expediente judicial).

4.4. También nos apartamos de la opinión del actor en lo que respecta a la violación del artículo 53 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, porque el mismo señala que: *"Esta norma ha sido conculcada en forma directa por omisión, ya que el MINISTERIO DE SEGURIDAD al establecer el Acuerdo de Cooperación entre la sociedad anónima Stward Agency Inc., y ellos, utiliza sus poderes y derechos conferidos para un fin diferente para el cual fue establecido mediante ley 15 de 14 de abril de 2010 y contrario al principio e interés de la concesión del propio ministerio fue dado solo para resguardar la seguridad pública no podía conceder*

permiso a un particular para actividades privadas ajenas al sentido de seguridad pública.” (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

Decimos esto, porque la tercera interesada expresó que: “Que mediante Contrato de Concesión A-2008-14 con la Autoridad Marítima de Panamá, el *SERVICIO NACIONAL AERONAVAL (SENAN)* es el concesionario de un área ubicada en Isla Perico, corregimiento de Ancón, distrito y provincia de Panamá, donde se desarrollan las Instalaciones de la estación Aeronaval de Brisas de Amador... Que a la empresa **STWARD AGENCY INC.**, se le solicitó por parte de la Dirección General de Puertos e Industrias Marítimas Auxiliares, de la Autoridad Marítima de Panamá, mediante nota PIMA-259-2017 del 10 de febrero de 2017, que aportara a su solicitud de Concesión, Autorización o Acuerdo con el SENAN, puesto que el SENAN cuenta con Contrato de Concesión No.a-2008-14 de área terrestre que colinda con el fondo de mar solicitado, a fin de que pueda otorgarle el acceso vía terrestre por su área de concesión que colinda con la calle principal de la calzada; por lo que **STWARD AGENCY INC.**, solicitó por escrito un acuerdo o autorización para tener acceso terrestre a su concesión de fondo de mar de 2,000 metros cuadrados, otorgada por la Autoridad Marítima de Panamá, ubicada en Isla Perico, Corregimiento de Ancón, Distrito de Panamá, Provincia de Panamá, que colinda con la concesión del SENAN, aportando la empresa a la solicitud de acuerdo o autorización... Siendo nuestros representados favorecidos con la **APROBACIÓN** por parte del SENAN, mediante Acuerdo de Cooperación fechado 7 de septiembre de 2017, de una servidumbre de paso por su área de concesión que colinda con la calle principal de la calzada de amador (sic), para que tengan acceso vía terrestre a su **USO DE FONDO DE MAR Y ACCESO TERRESTRE EN CALZADA DE AMADOR**. Aprobación que favorece a que la empresa **STWARD AGENCY INC.**, cumpla con el requisito de contar con una servidumbre de paso terrestre, y cumplir con el requisito solicitado por la Autoridad Marítima de Panamá, que le otorgó en

debida forma, el contrato de Concesión No. A-2008-18 de contar con el USO DE FONDO DE MAR Y ACCESO TERRESTRE EN CALZADA DE AMADOR, sobre la cual acuerdan (sic) sus operaciones, con un derecho de uso de fondo de mar y acceso terrestre que emana legalmente, del Acuerdo de Cooperación celebrado y aprobado, entre el SENAN y nuestros representados, y adicional que es de conformidad con la Autoridad Marítima de Panamá y en consecuencia, se le otorgó el Contrato de Concesión a nuestros representados." (Cfr. fojas 74-75 del expediente judicial).

4.5. En cuanto a los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 2 de julio de 1997, el demandante señala que los mismos han sido infringidos de manera directa, por omisión, por razón que las autorizaciones de uso de suelo en el área de compatibilidad con la operación del Canal requieren una autorización expedida por la anterior Autoridad de la Región Interoceánica, actual Unidad Administrativa de Bienes Revertidos, previo el permiso de compatibilidad de la Autoridad del Canal de Panamá, necesario para otorgar una concesión de uso de fondo de mar (Cfr, foja 11 del expediente judicial).

Similar criterio esboza el accionante al referirse a la transgresión del artículo 6 del Acuerdo 151 de 21 de noviembre de 2007 (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Al revisar el informe de conducta, se advierte que la entidad demandada dice: "En lo que respecta al permiso de compatibilidad, el Licenciado Zavala afirma que se trata de uno de los requisitos que **Stward Agency, Inc.**, debió cumplir para que se le otorgara la concesión. En tal sentido, es pertinente recordar que el otorgamiento de estos permisos está regulado por el Acuerdo No. 151 de 21 de noviembre de 2007, expedido por la Junta Directiva de la Autoridad del Canal de Panamá, el cual contiene el Reglamento del uso del área de compatibilidad con la operación del Canal de Panamá y de las aguas y riberas del mismo. En ese orden de ideas, acotamos que en el momento en que la Dirección General de Puertos e

Industrias Marítimas Auxiliares elaboró los parámetros técnicos del contrato de concesión No. A-2003-18 de 25 de junio de 2018, no ponderó lo relativo al permiso de compatibilidad, como requisito para otorgar la concesión solicitada por Steward Agency, Inc., por lo cual corresponderá a la Autoridad del Canal de Panamá emitir sus consideraciones sobre este tema.” (Cfr. foja 65 del expediente judicial).

En opinión de este Despacho, lo transcrito en el párrafo anterior, demuestra que **en el proceso bajo examen se han vulnerado los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 2 de julio de 1997**, “Por la cual se aprueba el plan regional para el desarrollo de la región interoceánica y el plan general de uso, conservación y desarrollo del área del Canal”, porque éstos disponen que el plan general establece y define el área denominada de compatibilidad con la operación del Canal; y que en los casos de las autorizaciones de uso de suelo que se soliciten **requieren permiso previo de compatibilidad de la Autoridad canalera**.

Nótese que el área que está otorgando como fondo de mar en la calzada de Amador, específicamente en la Isla Perico, forma parte de las áreas de compatibilidad con las operaciones del Canal y esa operación requiere la aprobación **previa** de la Autoridad del Canal de Panamá, misma que según indica la entidad demandada no fue tomada en cuenta al momento de otorgar el contrato de concesión.

De igual manera, observamos que se ha vulnerado **el artículo 6 del Acuerdo 151 de 21 de noviembre de 2007**, “Por el cual se aprueba el reglamento de uso del área de compatibilidad con la operación del Canal de Panamá y de las aguas y riberas del Canal”, por razón que el mismo indica que **los proyectos, las obras y las construcciones en el área de compatibilidad con la operación del Canal, requieren permiso de compatibilidad previo otorgado por la Autoridad canalera**, el cual, según lo plasmado en el Informe de Conducta, no se ha llevado a cabo.

4.6. Esta Procuraduría comparte la opinión del actor en lo relativo a la vulneración del artículo 3 (numeral 2) del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, cuando señala que se ha producido de forma directa, por omisión, precisamente porque ese cuerpo normativo indica que **es una función de la Autoridad Marítima de Panamá coordinar sus actividades con la Autoridad del Canal de Panamá y la actual Unidad Administrativa de Bienes Revertidos, del Ministerio de Economía y Finanzas, misma que no se registró antes del otorgamiento del contrato de concesión antes mencionado.**

Por lo expresado, resulta evidente que en el proceso bajo examen, la Autoridad Marítima de Panamá no coordinó los permisos y las aprobaciones exigidas por la Ley que son de la competencia de la Unidad Administrativa de Bienes Revertidos, del Ministerio de Economía y Finanzas, previo el permiso de compatibilidad de la Autoridad del Canal de Panamá.

4.7. En lo que se relaciona con el artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el actor señaló que la norma fue infringida de manera directa, por omisión, lo que da lugar a la nulidad absoluta del contrato por no haberse cumplido con los requisitos antes mencionados (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

Este Despacho es de la opinión que **le asiste la razón al demandante cuando asevera que en el proceso bajo examen se ha producido la nulidad del Contrato de Concesión A-2003-18 suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la empresa Stward Agency, inc., por razón que ha quedado en evidencia que las autorizaciones de uso de suelo en el área de compatibilidad con la operación del Canal requieren una autorización expedida por la anterior Autoridad de la Región Interoceánica, actual Unidad Administrativa de Bienes Revertidos del Ministerio de Economía y Finanzas, previo el permiso de compatibilidad de la Autoridad del Canal de Panamá, necesario para otorgar una concesión de uso de fondo de mar, autorizaciones éstas que no fueron**

solicitadas por la institución demandada previo al otorgamiento del contrato, lo que se traduce en el hecho que dos (2) autoridades competentes que debieron participar en el procedimiento de manera previa no pudieron intervenir, según lo que se colige de lo informado por la entidad demandada en el Informe de Conducta y de conformidad con lo exigido en el artículo 52 (numeral 2) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que dispone:

“Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. **Si se dictan por autoridades incompetentes;**
3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.” (Lo destacado es nuestro).

Nótese que el artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, señala que **la celebración de los contratos corresponde al Ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y en las disposiciones legales pertinentes.** Veamos:

“Artículo 74. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, **de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes.** Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Todos los contratos, independientemente de su cuantía, se deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ‘PanamaCompra’. (Lo resaltado es de este Despacho) (Cfr. Gaceta Oficial 26829 de 15 de julio de 2011).

Respaldan nuestra afirmación los argumentos que hemos expresado en los párrafos precedentes y que consideramos necesario **reiterar**, puesto que en el proceso en estudio ha quedado en evidencia que **la entidad demandada vulneró lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 2 de julio de 1997**, "*Por la cual se aprueba el plan regional para el desarrollo de la región interoceánica y el plan general de uso, conservación y desarrollo del área del Canal*", que dispone que el plan general establece y define el área denominada de compatibilidad con la operación del canal; y los casos de las autorizaciones de uso de suelo que se soliciten a la Autoridad de la Región Interoceánica en esa zona, serán expedidas por esta última, previo permiso de compatibilidad de la Autoridad canalera; **así como el artículo 6 del Acuerdo 151 de 21 de noviembre de 2007**, "*Por el cual se aprueba el reglamento de uso del área de compatibilidad con la operación del Canal de Panamá y de las aguas y riberas del Canal*", que indica que los proyectos, las obras y las construcciones en el área de compatibilidad con la operación del Canal, requieren permiso de compatibilidad previo otorgado por la Autoridad del Canal, de lo que se infiere que **el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá incumplió con las condiciones y los requisitos exigidos en las disposiciones legales pertinentes ya indicadas.**

Ello se agrava, por razón que **el artículo 3 (numeral 2) del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998**, "*Por el cual se crea la Autoridad Marítima de Panamá*", establece entre sus objetivos principales, el de coordinar sus actividades, entre otras, **con la Autoridad del Canal de Panamá y la Autoridad de la Región Interoceánica**, actual Unidad Administrativa de Bienes Revertidos del Ministerio de Economía y Finanzas, para promover el desarrollo socioeconómico del país, cosa que no hizo.

A propósito de este tema, hacemos referencia a un fallo de gran trascendencia en materia de contrato administrativo para efectos de definir si es

procedente la interposición de una demanda de nulidad contra este tipo de negocios jurídicos en donde el Estado es parte, pero adicionalmente, se analiza la necesidad de ejercer el control jurisdiccional cuando estamos frente a una serie de eventos consecutivos que surgen de manera anterior a la formación del contrato. El mismo señala lo siguiente:

“III. Las causales de nulidad de los contratos administrativos.

Los dos contratos cuya declaratoria de nulidad se pide en este proceso son contratos administrativos, como lo señaló la Sala al resolver, en auto de 28 de enero de 1992, incidente de nulidad de lo actuado propuesto por el apoderado judicial de los señores...

En realidad la validez de los contratos administrativos se encuentra amenazada, como ha señalado el tratadista francés **Prosper Weil**, profesor emérito de la Universidad de París, **por irregularidades externas, que afectan la expresión o la realidad del consentimiento de las partes**, y por irregularidades internas, que afectan el objeto o la causa del contrato o bien su contenido mismo en cuanto sea contrario al orden público. De esta forma, afirma Weil, el contrato administrativo puede carecer de validez por dos vías convergentes: **la nulidad de los actos separables del contrato**, de una parte; y la nulidad del contrato en sí mismo pronunciada por el juez del contrato, por otra parte (prefacio a la obra de Dominique Pouyaud, *La nullite des contrats Administratifs*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1991, pág. 11.)

La **administrativista francesa Dominique Pouyaud** clasifica las irregularidades que pueden producir la nulidad del contrato administrativo de dos categorías, a saber: **las irregularidades externas** y las irregularidades internas. Poyaud sostiene, en planteamientos que la Sala comparte, **que las irregularidades externas son aquellas que inciden sobre la expresión del consentimiento de las partes, tales como la incompetencia de una autoridad pública para celebrar el contrato o para elaborarlo. La falta de aprobación previa del contrato, vicios de forma (ausencia de forma escrita) vicios de procedimiento, irregularidades en el procedimiento de selección del contratista privado o en el modo de aprobación del contrato; y una segunda clase de irregularidades externas son las referentes a la realidad del consentimiento que puede estar viciado por error, dolo, fuerza o lesión enorme (op. Cit. Pág. 31 a 135). (Sentencia de 17 de agosto de 1992, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Mag. Ponente Arturo Hoyos.”**

En un proceso similar al que se analiza, en el que el contrato no cumplió con los requisitos legales para su otorgamiento, la Sala Tercera se pronunció mediante la Sentencia de 1 de abril de 2016, que en lo pertinente dice:

“VI. DECISIÓN DE LA SALA

Una vez expuestos los argumentos plasmados por las partes dentro del presente proceso contencioso administrativo, procede la Sala a dictar los elementos de juicio que servirán de fundamento para desatar la litis planteada.

En ese norte, tenemos que la demanda promovida por el demandante pretende lograr la declaratoria de nulidad, por ilegal, por parte de esta Sala del Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, cuyo objeto es la contratación de la sociedad denominada Cobranzas del Istmo, S.A., como Gestor de Cobro, para la recuperación de la cartera morosa y no pagada, que excediesen de doce (12) meses de haberse causado.

En ese sentido el demandante, ha alegado que el Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, ha violado el artículo 1, 56, 57, 65, de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, artículo 51 del Decreto de Gabinete No.109 de 7 de mayo de 1970, artículo 7 del Decreto ejecutivo No.22 de 17 de marzo de 2010, artículo 9 del Código Civil.

Al revisar del acto demandado constatamos, que el Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, se dio sobre la excepción de acto público, mediante autorización de contratación directa.

Expuesto lo anterior, dentro de las normas denunciadas como infringidas tenemos el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 22 de 17 de marzo de 2010, ‘por el cual se reglamenta el acto administrativo de contratación de Gestores de Cobro en los casos de morosidad prevista en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto de Gabinete 109 de 7 de mayo de 1970, modificado por el artículo 32 de la Ley 49 de 17 de septiembre de 2009; y que deroga el Decreto Ejecutivo 191 de 27 de noviembre de 2009’.

De dicha norma se logra establecer, que una vez es calificado un interesado como gestor de cobro autorizado, la Dirección General de Ingresos iniciará el procedimiento de contratación del mismo, para lo cual debe actuar en concordancia con lo establecido en la Ley de Contratación Pública, siendo que el Director General de Ingresos, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, procederá a solicitar a las instancias correspondientes, dependiendo de la cuantía, la excepción de acto público y la autorización para contratar directamente.

En ese orden de ideas, la Ley 22 de 2006, define la contratación directa como la facultad que tiene la entidad licitante de elegir directamente al contratista, sin que exista competencia entre oferentes, fundamentándose en las excepciones previstas en la ley.

Al respecto de la contratación directa el autor Arnaldo Mendoza Torres en su obra Los Contratos de la Administración Pública, indicó lo siguiente:

...
En estricto rigor, la contratación directa es la escogencia del contratista sin un procedimiento previo, reglado y obligatorio de selección. La contratación directa supone la posibilidad de que la entidad contratante escoja a su contratista, sin que necesariamente su oferta se compare con otras, pero sin que ello implique que desaparezcan los criterios de selección objetiva, pues en todo caso deberán existir unas condiciones mínimas de contratación que el aspirante a celebrar el contrato debe convenir con la administración, y por lo demás, subsiste en éste, como en los demás casos de contratación, la obligación del funcionario de contratar sin desviación de poder, sin tener en cuenta criterios de amistad o enemistad, de beneficio personal y en general preservando siempre la finalidad de la contratación estatal.
...

Como hemos visto, el Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, acto demandado, se observa que le mismo se dio sobre la excepción de acto público, autorización de contratación directa.

Ante tal actuación, es obvio que el mismo debía cumplir con lo establecido en el referido artículo 7 del Decreto Ejecutivo 22 de 17 de marzo de 2010, cosa que no hizo.

Tal como lo señala la Dirección General de Ingresos, mediante su Nota DGI-2014-201-01-1750 de 17 de diciembre de 2014, en el caso del Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, el Director General de Ingresos, en funciones en ese momento, no solicitó las autorizaciones correspondientes, ni la excepción de acto público, para contratar de manera directa, con lo cual se evidencia un vicio de ilegalidad del acto acusado.

No existe constancia alguna que logre acreditar que la Dirección General de Ingresos, por intermedio del Ministerio de Economía y Finanzas, haya solicitado al ente competente la autorización bajo el procedimiento excepcional de contratación.

En adición a lo anterior, el artículo 57 de la Ley 22 de 2006, también denunciado como violado por el acto demandado, expresa lo siguiente:

‘Artículo 57. Excepción, autorización y aprobación del contrato. El Órgano Ejecutivo expedirá, dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de esta Ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los

principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en esta Ley.

La declaratoria de excepción de procedimiento de selección de contratista y la autorización de contratación directa, de aquellos contratos que no sobrepasen la suma de trescientos mil balboas (B/.300,000.00), le corresponden al Ministerio de Economía y Finanzas. En el caso de los intermediarios financieros y de las sociedades anónimas en que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio, aquellas se ajustarán a lo dispuesto en sus leyes orgánicas, para efectos de los contratos que no sobrepasen los trescientos mil balboas (B/.300,000.00).

La declaratoria de excepción de procedimiento de selección de contratista, la autorización de contratación directa y la aprobación de aquellos contratos que sobrepasen la suma de trescientos mil balboas (B/.300,000.00), sin exceder los tres millones de balboas (B/.3,000,000.00), le corresponde al Consejo Económico Nacional.

La declaratoria de excepción de procedimiento de selección de contratista, la autorización de contratación directa y la aprobación de aquellos contratos que sobrepasen la suma de tres millones de balboas (B/.3,000,000.00), le corresponde al Consejo de Gabinete.’

El incumplimiento del requisito de solicitud de excepción de procedimiento de selección de contratista, viola directamente la norma arriba citada.

En ese sentido, en el Memorando No.301-02-108-2014-UACE de 30 de octubre de 2014, girado por el Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, se establece que: ‘analizados los archivos correspondientes a las vigencias fiscales 2009 a la fecha y, dentro de la competencia que la Ley de Contrataciones Públicas concede a este Ministerio, tengo a bien certificar que en esta instancia no consta que se haya evaluado ni aprobado ningún procedimiento excepcional de contratación directa con la empresa COBRANZAS DEL ISTMO, S.A., con R.U.C. 466885-1-433694 y D.V. 28, como gestor de Cobros, para la recuperación de la cartera morosa y no pagada que excedan los doce (12) meses de haberse causado.’

De igual forma, mediante el Memorándum CENA /039 de 31 de octubre de 2014, girado por la Secretaría Técnica del Consejo Económico Nacional, se establece lo siguiente: ‘el Consejo Económico Nacional (CENA) no evaluó, aprobó, ni emitió concepto al procedimiento excepcional de contratación entre el Estado y la empresa Cobranzas del Istmo, S.A.... como Gestor de Cobro.’

Además certifica: '...que la Secretaría Técnica de este Organismo, no tiene registro de ingreso alguno en la base de datos de dicha contratación por lo que, certificamos que no hemos remitido la referida contratación al Consejo de Gabinete.'

Lo anterior evidencia la falta de cumplimiento por parte del Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, del trámite establecido en el artículo 57 de la Ley 22 de 2006, a fin de que se pudiera dar la declaratoria de excepción de procedimiento de selección de contratista y la autorización de contratación directa.

...
Esta omisión del cumplimiento del trámite para que se dé la excepción de procedimiento de selección de contratista, autorización de contratación directa, mediante la cual se llevó acabo el Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, vulnera igualmente el artículo 1 del Decreto de Gabinete No.109 de 7 de mayo de 1970, que establece lo siguiente:

...
En este sentido, si se iba a contratar un gestor de cobro, tal como se hizo a través del Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, esto debía realizarse mediante actos idóneos, entendiéndose cumpliendo con las normas de contratación pública, procedimientos y demás requisitos establecidos por ley.

Esta norma fue vulnerada por el acto demandado, pues el contrato demandado se dio ante una evidente falta de tramitación y obtención de la declaratoria de excepción de acto público y autorización de contratación directa.

Otra norma que se denuncia como violada por el Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, es el artículo 65 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, que establece lo siguiente:

'Artículo 65. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Todos los contratos, independientemente de su cuantía, se deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas 'PanamaCompra'.'

...

A la referida autoridad se le asignan funciones que son de la privativa competencia del Presidente de la República, del Ministro de Economía y Finanzas, y dificulta la labor del Consejo de Gabinete al otorgarle funciones a una entidad autónoma cuyo Director no forma parte de dicho organismo ejecutivo.

En ese sentido, la Autoridad Nacional de Ingresos Públicos, usurpa las funciones atribuidas al Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo, que se encuentran consagradas en el artículo 184 numeral 5 de la Constitución.

...
Como vemos, a la referida autoridad, se le está otorgando mediante ley poderes que por mandato constitucional son exclusivos del Presidente con la participación del Ministro de Economía y Finanzas, esta sola situación además de violar la norma constitucional citada, quebranta la estabilidad institucional que tutela el preámbulo de la Constitución.

Comparte el Tribunal, lo expresado por el demandante en el sentido de que se está cercenando la facultad y deber constitucional que tiene el Ministro de Economía y Finanzas de participar conjuntamente con el Presidente de la República de vigilar la recaudación y administración de las rentas nacionales.

...
En ese sentido, es imposible que se dé cumplimiento a la estabilidad institucional, como fin de Estado, si se ha creado un organismo que usurpa las funciones que vienen dadas por el texto constitucional, al Presidente y al Ministro de Economía y Finanzas, permitiendo que una entidad creada, no por mandato constitucional, controle la recaudación de las rentas nacionales inclusive más allá del período de duración del propio gobierno que la nombró, lo que se traduce en un atentado contra la gobernabilidad y estabilidad institucional del Estado.

...
Lo anterior resulta aplicable en el presente caso, ya que como hemos visto la recaudación de las rentas nacionales son parte de la función pública del Presidente de la República, en conjunto con el Ministro de Economía y Finanzas, y se ha permitido a través del Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, acto demandado, que sin que se cumplan los requisitos legales, una empresa privada realice esa función.

Basados en lo anterior, esta Sala Tercera, quien por mandato constitucional tiene la facultad de anular actos acusados de ilegal, cuando esto quede comprobado, como ha quedado de manifiesto en la parte motiva de la presente sentencia, procede a declarar nulo el Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, celebrado entre la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, y la empresa Cobranzas del Istmo Cobranzas del Istmo, S.A.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES NULO POR ILEGAL el Contrato No.100 de 25 de agosto de 2010, celebrado entre la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, y la empresa Cobranzas del Istmo, S.A.”

Según se advierte en el precedente reproducido, la omisión en el cumplimiento de requisitos legales previo al otorgamiento de un contrato trae como consecuencia la nulidad del mismo.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el Contrato de Concesión A-2003-18 de 25 de junio de 2018, suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la empresa Stward Agency, Inc.**, por las razones explicadas.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 243922020