

(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA
(fdo.) ROGELIO FÁBREGA ZARAK (fdo.) RAFAEL A. GONZÁLEZ
(fdo.) JANINA SMALL
Secretaria

=====
=====

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO HERNÁN BONILLA G., EN REPRESENTACIÓN DEL LICENCIADO DIÓGENES ARDINES GONZÁLEZ, PARA QUE SE DECLARE NULO POR ILEGAL, EL DECRETO EJECUTIVO N° 14 DE 10 DE MARZO DE 1987, DICTADO POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS. MAGISTRADO PONENTE: JORGE FÁBREGA P. PANAMÁ, VEINTIDÓS (22) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

Procede la Sala a decidir la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Licenciado Diógenes Ardines González, por conducto de apoderado idóneo, para que se declare nulo por ilegal, el Decreto Ejecutivo N° 14 de 10 de marzo de 1987, expedido por el Presidente de la República con el Ministro de Comercio e Industrias.

Mediante ese Decreto Ejecutivo el Órgano Ejecutivo designó los miembros de la Junta Técnica de Contabilidad para un período de dos (2) años.

El período de los miembros de la Junta Técnica de dos años venció el 10 de marzo de 1989, razón por la cual cesó de producir efectos jurídicos.

En consecuencia, se ha producido el fenómeno que se conoce como sustracción de materia mediante el cual el proceso deviene sin objeto. (S. de 5 de sept. de 1953, Rep. Jur. N° 12, pág. 38; S. de 11 de mayo de 1966, Rep. Jur. N° 12, pág. 62; S. de 21 de junio de 1979, Espinosa vs. Lescano).

El artículo 979 del Código establece que "en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo de las pretensiones objeto del proceso ocurrida después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido aprobada oportunamente".

Por las anteriores consideraciones, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con la opinión del Procurador de la Administración, reconoce la sustracción de materia y ordena el archivo del expediente.

Notifíquese y Cúmplase.

(fdo.) JORGE FÁBREGA P.
(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA (fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA
(fdo.) JANINA SMALL
Secretaria

=====
=====

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO ALEJANDRO PÉREZ, EN NOMBRE DE LEOPOLDO BENEDETTI, PARA QUE SE DECLARE NULO POR ILEGAL, EL CONTRATO ADMINISTRATIVO N° 98 DE 29 DE DICIEMBRE DE 1994, SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y LA EMPRESA PYCSA DE PANAMÁ, S. A. MAGISTRADO PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, VEINTISIETE (27) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

El licenciado Alejandro Pérez, actuando en representación de Leopoldo Benedetti, ha presentado demanda contencioso administrativa de nulidad con el objeto que esta Sala Tercera de la Corte Suprema declare que es nulo por ilegal, el Contrato Administrativo N° 98 de 29 de diciembre de 1994, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y la Empresa Pycsa de Panamá, S. A.

I. LA PRETENSIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE Y SUS FUNDAMENTOS.

En la demanda se pide a la Sala que declare que es nulo el Contrato Administrativo N° 98 de 29 de diciembre de 1994, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y la Empresa Pycsa de Panamá, S. A., mediante el cual "el concesionario se obliga formalmente a llevar a cabo el: estudio, diseño, construcción, mantenimiento, operación, explotación, de la Autopista Panamá-Colón y de la Fase I del Corredor Norte (Sección Oeste)."

La parte demandante sostiene que el mencionado contrato administrativo infringe de manera directa, por comisión, el artículo 2 de la Ley N° 5 del 15 de abril de 1988, que define el sistema de concesión administrativa, como el contrato celebrado entre el Estado y una persona jurídica que "se obliga, por su cuenta y riesgo a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión ..., bajo el control y fiscalización de la autoridad concedente, a cambio de una retribución." El apoderado judicial del demandante, sustenta la violación que le imputa al artículo en mención en los siguientes términos:

"... al pactarse en el contrato de Concesión Administrativa, obligaciones que trascienden los límites y el espíritu de la Ley de Concesiones Administrativas ...

El obligarse contractualmente a impedir que se construya directamente o por vía de concesiones administrativas carreteras o autopistas, y a no realizar `mejoras` a la actual carretera Panamá-Colón son privilegios que, en modo alguno, se derivan del tenor literal del artículo 2 de la precitada ley y por el contrario, conculcan lo preceptuado en dicho artículo.

Lo pactado por el Estado Panameño, también consagran contractualmente la ausencia de libre competencia en las construcciones y obras del Estado; algo totalmente contradictorio y violatorio a lo establecido por el precitado artículo 2, que en materia de concesiones administrativas, no limita el número de concesiones que se pudiesen contratar para la construcción de carreteras o autopistas, ni limita la posibilidad que compitan entre sí, por vías públicas paralelas, diversos concesionarios.

Por otro lado, la obligación que tiene el Estado Panameño de incentivar a los usuarios al uso de la vía objeto de la concesión, no tiene ningún asidero legal ya que el Estado no tiene porque compartir obligaciones propia (sic) y unilaterales del concesionario, quién por su propia cuenta y riesgo asume el éxito o fracaso de su inversión, y que la vía pública objeto de la concesión se use o no.

El artículo 2 es claro, la inversión es por cuenta y riesgo del concesionario, y cualquier pacto en contrario, viola directamente por comisión, este precepto legal.

De igual forma es violatorio de este artículo 2, en cuanto a las garantías de servidumbre y vía pública que pactó el Estado Panameño, si ello implica desembolsos del Estado para indemnizaciones o compras de terrenos por donde se construya la obra, ya que en este supuesto, el Estado estaría por su propia cuenta realizando actividades propias de la concesión, infringiendo directamente lo estatuido legalmente: las concesiones administrativas corren por cuenta y riesgo del concesionario."

En segundo lugar, la parte actora considera que ha sido violado de manera

directa por comisión el artículo 1640 del Código Administrativo, el cual dispone qué puede considerarse vía pública y qué sucede si alguna porción de ésta es usurpada. A juicio del demandante, se ha "enajenado tanto la vía Panamá-Colón como la vía del Ferrocarril de Panamá, al restringir e impedir el derecho a su mantenimiento y a mejoras." Considera que al no estar autorizado este hecho en la ley de las concesiones administrativas "implica la restricción de la inajenabilidad de la vía pública," lo que a su juicio, propicia el monopolio y la limitación al dominio público.

También considera violado, de manera directa por omisión, el artículo 1° de la Ley 35 de 30 de junio de 1978 mediante el cual se faculta al Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Obras Públicas a llevar a cabo los programas e implementar la política de construcción y mantenimiento de las obras públicas de la Nación. El demandante considera que se ha violado el presente artículo de la siguiente manera:

"El texto de la norma legal es clara y no admite ninguna otra interpretación. El Ministro de Obras Públicas tiene el deber de realizar mejoras y a (sic) efectuar mantenimientos en las obras públicas actuales y las futuras, ya sea que se construya mediante actos públicos o por concesiones administrativas. El Ministro de Obras Públicas no puede ni debe pactar la no realización de `mejoras en la Carretera Panamá-Colón, porque está omitiendo la aplicación de una norma legal aplicable, y por ello viola la exigencia legal de lo estatuido por esta disposición. Por ello, al pactarse la no realización de `mejoras en la Carretera Panamá-Colón, porque está omitiendo la aplicación de una norma legal aplicable, y por ello viola la exigencia legal de lo estatuido por esta disposición. Por ello, al pactarse la no realización de `mejoras el Estado Panameño conviene en adquirir una obligación ilegal, violatoria por omisión del precitado artículo N° 1.

El Ministerio de Obras Públicas debe cumplir y aplicar lo estatuido en el Código Administrativo, y en consecuencia no puede ni limitar ni obviar el deber legal que posee el Estado Panameño de implantar y ejecutar las políticas de construcción y mantenimiento de vías nacionales.

Por otro lado, el Estado Panameño, a través del Ministro de Obras Públicas no puede condicionar su acceso a áreas de construcciones de vía públicas objeto de concesiones administrativas, ya que las labores de supervisión, inspección y control de obras públicas son asuntos inherentes a su competencia privativa, derivadas del deber legal de llevar a cabo los programas y políticas de construcción y mantenimiento de las obras públicas de la Nación. En este sentido, el Estado Panameño al pactar con la Empresa Pycsa de Panamá, S. A. que el acceso de funcionarios de obras públicas a la obra objeto de la concesión administrativa de la Carretera Panamá-Colón, está sujeto a un acuerdo de formalidades y requisitos, viola directamente el artículo 1 de la precitada ley N° 35; ya que por mandato de ley el Estado debe y tiene acceso irrestricto e incondicional a las obras públicas sean objeto de concesiones administrativas o no, derivada de la función fiscalizadora emanada del precitado artículo N° 1 de la ley N° 35 de 30 de junio 1978."

Por último, la parte actora considera violado, de manera directa por omisión, el artículo 15 del Código Civil que establece que la obligatoriedad y aplicación de las órdenes y demás actos ejecutivos que el Gobierno expide en pleno uso de su potestad reglamentaria. A su juicio, "se han desconocido las leyes que desarrollan los principios legales y constitucionales que rigen la libre competencia y comercio contenidos en los artículos 290 y 293 de nuestro estatuto fundamental, al inobservarse ello, se ha conculcado la disposición legal citada."

II. EL INFORME DE CONDUCTA DEL MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS.

El Ministro de Obras Públicas rindió informe explicativo de conducta mediante Nota DM-377-95 de 28 de marzo de 1995 en la cual señala fundamentalmente lo siguiente:

"...

El Consejo de Gabinete a través de la Resolución de Gabinete N° 661 del 15 de diciembre de 1994, resolvió acoger la recomendación efectuada por el Ministerio de Obras Públicas y adjudicar a la empresa Pycsa Panamá, S. A. la ejecución mediante el sistema de concesión administrativa, del proyecto en referencia, de igual forma se resolvió emitir concepto favorable al proyecto de contrato a celebrarse entre el Ministerio de Obras Públicas y la mencionada empresa.

Así en base a los anteriores antecedentes se suscribió el día 29 de diciembre de 1994, el contrato respectivo con la empresa Pycsa Panamá, S. A. para la ejecución del proyecto denominado `Autopista Panamá-Colón y Fase I del Corredor Norte (Sección Oeste) , por el sistema de concesión administrativa.

Es oportuno señalar que de conformidad con lo que establece el artículo 22 de la Ley de Concesión Administrativa y el artículo 12 del Decreto que la reglamenta, que fue modificado por el artículo 9 del Decreto N° 272 del 30 de noviembre de 1994, el contrato antes mencionado contiene los siguientes aspectos:

...

En adición a lo antes expresado, consideramos prudente puntualizar los siguiente aspectos:

a. Las obligaciones consignadas en la cláusula sexta del Contrato N° 98 de 1994, tienen su fundamento jurídico en lo señalado en el numeral 6 del artículo 12 de la Ley N° 5 de 1988 y en los literales `g e `i del artículo 12 del Decreto Ejecutivo N° 17 de 1989.

b. De conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley N° 5 de 1988, no se aplicarán a las concesiones reguladas por esta Ley las disposiciones contenidas en la **Ley 35 del 30 de junio de 1978.**

c. El numeral 18 de las Condiciones Especiales del Pliego de Bases, que precedió la celebración del Contrato N° 98 de 1994, estableció lo siguiente:

`18 Indemnizaciones:

El Concesionario asumirá y considerará dentro del costo de su propuesta las sumas de dinero que el Estado deba pagar, por la adquisición o expropiación de fincas de propiedad privada, necesarias para la ejecución de la obra.

El Concesionario cancelará a cada propietario las sumas de dinero necesarias, tan pronto se concreten la expropiación o adquisición de cada finca, según lo indique el Estado.

El valor de cada finca determinado mediante avalúo efectuado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Cabe señalar que de acuerdo con lo estipulado en la cláusula segunda del Contrato N° 98 de 1994, las Condiciones Especiales formarán parte integral del Contrato de Concesión.

d. El comprometerse el Estado según se establece en la cláusula sexta del contrato, a no realizar mejoras a la actual carretera Panamá-Colón y a la vía férrea que une a estas dos ciudades, a niveles que representen competencia al concesionario y a no construir directamente o a través de concesión administrativa alguna vía que represente competencia al concesionario, constituye una contraprestación de el (sic) Estado o una retribución a el (sic)

concesionario por su inversión, que se fundamenta precisamente en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 5 de 1988, según el cual la retribución que se pacte puede consistir en derechos a cobrar tarifas o cualquier otra forma que se convenga.

e. El Estado debe proporcionar a un Concesionario que se obliga a construir y operar una obra pública se le den ciertas garantías de que podrá recuperar su inversión y obtener una ganancia por el capital invertido en la obra, lo cual no sería posible si el Estado en cualquier momento pudiera o se reservara la facultad de construir alguna vía alterna o de realizar mejoras a las vías de comunicación ya existentes en el tramo que cubre la autopista a construirse, a niveles que puedan representar competencia al concesionario. Bajo esas condiciones pensamos que ninguna empresa o consorcio estaría interesado en invertir en una obra de la magnitud que tiene la que se proyecta construir bajo el referido contrato, por la sencilla razón de que no se le daría ninguna seguridad de que al finalizar la obra va a poder recuperar el capital invertido ni obtener una ganancia razonable por la inversión hecha.

f. El artículo 2 de la Ley de Concesión Administrativa no da pie en su texto, ni quiere indicar que deba existir en todo momento una libre competencia entre concesionarios para construir por concesión vías públicas alternas o que puedan competir entre sí. Y es que de interpretarse de esta forma dicho artículo se privaría a todo concesionario de una obra pública a poder contar con una garantía al menos mínima de que si finaliza la obra contratada, y cumple con ello, podrá recuperar la inversión realizada y obtener una ganancia justa y merecida por el riesgo que asumió al hacer la inversión de la construcción de la obra.

g. No existe en la Ley N° 5 de 1988 ninguna disposición que impida que el Estado se obligue a incentivar el uso de la obra objeto de concesión y esa obligación de incentivar constituye un mecanismo de retribución lícito que pueda pactarse con fundamento en la parte final del artículo 2 de la Ley 5 de 1988 y en el ordinal 3 del artículo 15 de la referida ley, otorgando éste último el derecho del Concesionario a recibir la colaboración para que el bien objeto de la concesión se le dé el uso para el cual ha sido realizado.

h. La obligación consignada en la cláusula sexta del contrato en el sentido de que el Estado se obliga a garantizar las servidumbres, el derecho de vía y los derechos de paso y acceso que el Concesionario requiera para efectuar las labores pactadas se fundamenta en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 15 de la Ley 5 de 1988, según el cual uno de los derechos del Concesionario es el que las entidades concedentes le otorguen las servidumbres necesarias para la ejecución de la obra y para la prestación del servicio para el cual se ha realizado la misma, y para que se expidan por su conducto los permisos de uso que correspondan en coordinación con las entidades competentes .

i. En ninguna cláusula del contrato se estipula que la obra a construirse se enajenará al concesionario ni a ninguna otra empresa o consorcio; por el contrario dicha obra pertenecerá al Estado y en este sentido se establece en el último párrafo de la cláusula primera del contrato, que el concesionario no podrá solicitar por vía judicial, justificación de título constitutivo de dominio sobre las mejoras u obras permanentes efectuadas en el área dada en concesión.

Tampoco existe cláusula que establezca que el Estado a través del Contrato N° 98 de 1994 traspasa o enajena a el Concesionario, la actual carretera Panamá-Colón, ni la vía férrea que une ambas ciudades.

j. Lo establecido en el párrafo noveno de la cláusula tercera del

contrato, de que el concesionario permitirá el acceso a la obra de funcionarios del MOP o del Estado, siempre que se llenen las formalidades que al respecto se acuerden, no impide en ningún momento que el Ministerio de Obras Públicas a través de los funcionarios designados pueda ejercer la supervisión e inspección de las obras, sino que sólo dispone que para ello se han de cumplir las formalidades que se acuerden entre el Estado y el Concesionario, lo cual viene a ser lógico, pues por ejemplo ello garantizaría que la obra sólo pudiera ser inspeccionada por los funcionarios que para ello designe el MOP exigiéndose como formalidad que éstos se identifiquen debidamente, y otras situaciones más que puedan darse.

En tal sentido se puede observar que el párrafo décimo tercero de la cláusula tercera del contrato, estipula que el Estado tiene todo el derecho de inspeccionar la ejecución de la obra para garantizar que en su construcción se cumplan las normas y prácticas aceptadas en el ejercicio de la Ingeniería así como las especificaciones técnicas aprobadas y/o suministradas por el Estado."

Finalmente, observa la Sala que PYCSA PANAMÁ, S. A., mediante escrito presentado en la Secretaría de la Sala Tercera, el 8 de junio de 1995, a través de su apoderado judicial, se opone a los argumentos expuestos por la parte demandante. A criterio de la representación judicial de PYCSA PANAMÁ, S. A., la cláusula tercera del Contrato N° 98 de 29 de diciembre de 1994 es clara al enunciar que el concesionario tiene la obligación de dar acceso a la obra a los funcionarios del M. O. P. o del Estado, siempre que se llenen las formalidades acordadas al respecto. Igualmente afirma, que en el pliego de cargos para la licitación y en las condiciones generales que también son parte del contrato, se estableció que los costos que impliquen el ejercicio de derechos de vía, paso y acceso frente a terceros, estarían comprendidos dentro del costo propuesto para la obra. No obstante, nada en el contrato se opone al derecho del Estado a introducir mejoras o efectuar reparaciones a la carretera actual que une a las ciudades de Panamá y Colón o la vía férrea existente. En relación con lo antes anotado, la apoderada de PYCSA PANAMÁ, S. A., enfatiza que paralelamente a ello, el Estado debe tener presente que en toda concesión administrativa "es de esencia" la obligación de dar al concesionario una retribución, la cual no tendría objeto, si el Estado por vía directa o indirecta, ejecutara actos de competencia que hicieran imposible para el concesionario, el cobro de la retribución a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 5 del 15 de abril de 1988.

III. DECISIÓN DE LA SALA TERCERA.

La Procuradora de la Administración, solicita en su Vista N° 304 de 20 de julio de 1995, visible a fojas 44 a 60 del expediente, que se desestimen las pretensiones del demandante, puesto que "el Contrato N° 98 de 1994 se adecúa a la legislación patria relacionada con las concesiones administrativas."

Procede entonces la Sala a examinar las infracciones señaladas por la parte actora.

Para resolver, la Sala entra en primer lugar, a efectuar un breve análisis en lo que concierne a las concesiones administrativas, tal como están previstas en nuestro ordenamiento positivo. Las concesiones administrativas son contratos administrativos, los cuales se encuentran debidamente regulados en disposiciones legales en las que se delimita la situación jurídica del contratante que en este caso es representado por la Administración, y del contratista que puede estar representado por personas naturales o jurídicas o sociedades de economía mixta debidamente facultadas para ello, e igualmente en ellas se prevé, el procedimiento a seguir para la interpretación y ejecución de cada uno de esos contratos. En ese sentido, observa la Sala que el Código Fiscal regula de manera genérica los contratos administrativos y mediante la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988 que está reglamentada por el Decreto N° 17 de 29 de noviembre de 1989 que a su vez fue modificado por el Decreto N° 272 de 30 de noviembre de 1994, se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa y se adoptan otras disposiciones. El artículo 2 de la

Ley N° 2 de la Ley N° 5 de 1988, define de forma global lo que es una concesión administrativa, sin perjuicio claro está, de los requisitos y condiciones que se establecen en el pliego de bases y en el mismo contrato. El artículo en mención es del tenor siguiente:

"ARTÍCULO 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobra a los usuarios de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión, o en cualquier otra forma que se convenga."

De lo antes citado se colige claramente, que la concesión administrativa es un contrato en el cual el Estado, que está representado para los efectos de dicha Ley por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Obras Públicas, concede a una persona jurídica el derecho a ejecutar a su cuenta y riesgo una obra, siempre que sea bajo el control y fiscalización del concedente a cambio de una retribución consistente en el cobro de tarifas o cualquier otra forma que se convenga.

Observa la Sala que el actor al invocar el artículo 2 de la Ley 15 de abril de 1988 como infringido, afirma por un lado, que el contrato acusado impide la realización de mejoras a la actual carretera Panamá-Colón y, por otro lado, consagra la ausencia de libre competencia en las construcciones y obras del Estado.

No es cierto, como lo señala la parte actora, que se ha violado el artículo 2 de la Ley N° 5 de 1988, por cuanto se aprecia que el Contrato 98 de 1994 fue redactado de acuerdo a lo que establece la mencionada Ley N° 5 de 1988, reglamentada por el Decreto Ejecutivo 17 de 29 de noviembre de 1989, por lo que el mismo de ninguna forma trasciende los límites y el espíritu de la ley de Concesiones Administrativas. En opinión de la Sala, no se puede soslayar el hecho que al suscribirse un contrato de esa naturaleza entre el Estado y un particular, surgen derechos y obligaciones recíprocas. Ejemplo de lo anterior lo tenemos en que la persona natural o jurídica que se proponga llevar a cabo una concesión administrativa, debe asumir los riesgos de la obra, por lo que sería contraproducente, que otra obra preste el mismo servicio en iguales condiciones a la sociedad, ya que ello significaría "competencia" e impediría que se realizaran este tipo de contratos entre particulares y el Estado, y ese no es el objetivo, habida cuenta que nada en el contrato acusado se opone al derecho del Estado de introducir mejoras o efectuar reparaciones a la carretera que une Panamá y Colón, o la vía férrea existente tal como se aprecia en la cláusula sexta y la Addenda N° 1 del contrato respectivamente. El deber del Estado es, pues, como parte de su política económica, ya que es a quien corresponde la prestación de los servicios públicos, garantizar el derecho que le asiste al concesionario de percibir su retribución, ya sea mediante tarifas que percibe del usuario por un tiempo determinado previa autorización del Estado, o cualquier otro método que se pacte como contraprestación a la inversión efectuada. En relación a lo anterior la Sala aclara que no se trata de limitar la libre competencia como lo aduce la parte actora, sino que, por el contrario, se trata de aclarar la postura del Estado frente al concesionario el cual es escogido de un grupo de personas naturales o jurídicas que asistieron a la convocatoria al poseer capacidad para obrar y reunir con los requisitos y condiciones legales y del pliego de bases.

Finalmente, en cuanto al desembolso por parte del Estado de los costos para que la concesionaria pueda ejercer derechos de servidumbre y vía pública que alega la parte actora, opina la Sala que no le asiste la razón, ya que si se toma en cuenta la cláusula segunda del mismo, se observa que enuncia claramente que los derechos de concesión están sujetos al cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas, condiciones generales y condiciones especiales que forman parte "integral" del contrato. En ese orden de ideas se observa que dentro de las condiciones especiales, se prevé en la cláusula 18 relativa a las

indemnizaciones, que el concesionario asumirá dentro del costo de su propuesta, "las sumas de dinero que el Estado deba pagar por la adquisición o expropiación de fincas necesarias para la ejecución de la obra". Como resultado de todo lo anterior, se desestima, pues, la violación al artículo 2° de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988.

En cuanto a la violación que se le endilga al artículo 1640 del Código Administrativo, que hace referencia a que las vías públicas son de uso común inalienables e imprescriptibles, no coincide la Sala con lo que afirma la parte actora. Entre los argumentos por ella expuestos a fin de sustentar la violación alegada, figura que el Contrato N° 98 de 29 de diciembre de 1994, enajena tanto la vía Panamá-Colón como la Vía del Ferrocarril, al restringir su desarrollo, mantenimiento y mejoras con el pretexto de impedir la existencia de libre competencia. No ve la Sala, cuál es la relación entre la norma invocada y la pretensión sugerida, dado que, tal como lo señala la firma que representa PYCSA PANAMÁ, S. A., la suscripción de un contrato que otorga una concesión administrativa para la construcción de la autopista Panamá-Colón y la Fase Primera del Corredor Norte y lo expuesto en relación a los monopolios, en nada tiene que ver con una norma que señala que las vías públicas son de uso común inalienables e imprescriptibles. El contrato N° 98 de 29 de diciembre de 1994, de ningún modo pretende enajenar la Vía-Panamá-Colón o la vía férrea, si partimos del hecho que "enajenar" según el Diccionario de la Lengua Española es, "pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella", que no es el caso, y si tomamos en cuenta lo antes señalado, que nada en el contrato impide al Estado seguir brindando ese servicio con las mejoras que conlleven esa vías que son públicas y por tanto a disposición de todos, salvo que sean a niveles que representen competencia. Vale destacar, con respecto a lo anterior, que según la Cláusula Sexta contenida en la Addenda N° 1 de 23 de noviembre de 1994, queda excluida de esa obligación la vía férrea actual, lo que **a contrario sensu** presupone que sí puede ser mejorada a niveles que pueda competir con la concesión administrativa. (Diccionario de la Lengua Española, editorial Espasa-Calpe, S. A., vigésima primera edición, Madrid, 1992, pág. 575).

La parte actora también estima como violado el artículo 1 de la Ley 35 de 30 de junio de 1978 en el cual se faculta al Órgano Ejecutivo, para que por conducto del Ministerio de Obras Públicas, lleve a cabo los programas e implemente la política de construcción y mantenimiento de las obras públicas de la Nación. La Sala no comparte lo señalado por el demandante al respecto, dado que de la documentación allegada al proceso se infiere que, precisamente, el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Obras Públicas con miras de implementar la política de construcción y mantenimiento de las obras públicas de la Nación, pretende por un lado, mediante concesión administrativa la construcción de la Autopista Panamá-Colón y la Fase I del Corredor Norte y, por otro lado, brindarle mantenimiento a las vías que actualmente existen y que unen a las provincias de Panamá y Colón, que si bien es cierto según lo pactado no pueden ser a niveles competitivos por las razones antes anotadas, no es menos cierto que las mismas permitirán el uso de la actual carretera Panamá-Colón. Igualmente, es importante señalar que la Ley N° 5 de 1988 faculta al Ministerio de Obras Públicas a realizar todas las inspecciones que tenga a bien efectuar a fin de examinar el buen avance de la obra. Lo anterior fue claramente previsto, sin estar sujeto a condición alguna el acceso a los funcionarios del M. O. P. , en el Contrato N° 98 de 29 de diciembre de 1994 cuando en la cláusula tercera, párrafo 13 dispone:

"EL CONCESIONARIO acepta que EL ESTADO tiene todo el derecho de inspeccionar la ejecución de la obra para garantizar que, en su construcción, se cumplan las normas y prácticas aceptadas en el ejercicio de la Ingeniería así como las especificaciones técnicas aprobadas y/o suministradas por EL ESTADO."

Finalmente, la parte actora aduce como violado el artículo 15 del Código Civil según el cual las órdenes y demás actos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria son obligatorios, salvo que contradigan la Constitución o las leyes. A criterio de la parte actora el artículo en mención ha sido violado de manera directa por omisión, al desconocerse la leyes que

desarrollan los principios legales y constitucionales que rigen la libre competencia y comercio contenidos en los artículos 290 y 293 de la Constitución Nacional.

La Sala se ha manifestado en diversas ocasiones en relación con la facultad que posee el Presidente de la República con el Ministro respectivo de reglamentar las leyes, la cual está concedida en el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución Política. En esa norma se señala que el Presidente de la República, con la participación del Ministro respectivo, tiene potestad para reglamentar las leyes que lo requieran a fin de asegurar o facilitar su cumplimiento o aplicación. No obstante también se ha señalado que los actos emitidos en función de dicha potestad, no pueden alterar en ningún caso, ni el texto ni el espíritu de la ley que reglamenta. De lo antes señalado, se colige que no se trata de una función legislativa, sino de una potestad para reglamentar leyes concedidas al Órgano Ejecutivo para su efectiva aplicación y cumplimiento. En ese sentido Gustavo Penagos afirma que, la generalidad que tiene o debe tener la orden o el reglamento no es criterio suficiente para hacerlo participar de la función legislativa, porque él no "crea" modifica ni extingue una norma jurídica. Solamente provee, en forma general, el modo práctico de su aplicación." (El Acto Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1987, pág. 425). Queda claro, pues, que toda orden o acto ejecutivo del gobierno expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria están subordinados tanto a la Constitución como a las leyes, de conformidad con el artículo 15 del Código Civil.

Es en virtud de la potestad reglamentaria a la que hacemos referencia, que el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Obras Públicas, emitió los Decretos N° 17 de 1989 y el N° 272 de 1994 que modifica al anterior, que se desarrolla la Ley N° 5 de 1988 que contempla el sistema de ejecución de obras públicas, mediante concesión administrativa.

La Sala no comparte el criterio que sustenta el demandante, pues, el Contrato N° 98 de 1994 suscrito por el Ministerio de Obras Públicas y la empresa PYCSA PANAMÁ, S. A., no violenta de modo alguno las normas relativas a la libre competencia y comercio que la Constitución Nacional establece. Lo anterior es así, toda vez Ley N° 5 de 1988 desarrollada por los Decretos N° 17 de 1989 y el N° 272 de 1994, claramente contemplan que las obras susceptibles de realizarse por el sistema de concesión administrativa se harán mediante un procedimiento de selección y, en este caso, el concesionario fue escogido entre personas naturales y jurídicas que asistieron a la convocatoria y su selección fue conforme a la Ley, la cual en su artículo 6° remite a la legislación fiscal para los efectos del procedimiento a seguir en la selección del concesionario. En razón de lo antes anotado, concluye la Sala que no se vulnera de modo alguno el artículo 15 del Código Civil, dado que, por un lado, no estamos en presencia de un monopolio y, por otro lado, tampoco se restringe el libre comercio, ya que en el contrato suscrito nada impide al Estado efectuar mejoras en la actual carretera Panamá-Colón, salvo que represente competencia dada la naturaleza del mismo, condición a la cual no está sujeta la actual vía férrea que sí puede ser objeto de mejoras que la coloquen en situación competitiva. Se desestima este último cargo.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL el Contrato Administrativo N° 98 de 29 de diciembre de 1994, suscrito entre el MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS y la EMPRESA PYCSA PANAMÁ, S. A.

Notifíquese y Cúmplase.

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA

(fdo.) ARTURO HOYOS

(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA

(fdo.) JANINA SMALL

Secretaria

==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==

IMPEDIMENTO