

CONTENIDO JURIDICO

SALA TERCERA.- CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.- RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NULIDAD.- RESOLUCION Nº 71 DE 19 DE AGOSTO DE 1980, EXPEDIDA POR EL CONSEJO DE GABINETE.- CONTRATO DE CONSTRUCCION DE LA AUTOPISTA PANAMA-ARRAIJAN Y DE UN NUEVO PUENTE SOBRE EL CANAL DE PANAMA.- LICITACION PUBLICA.- REQUISITOS.- EXIMENCIA.- VIOLACION DE LOS ARTS. 29, 58 y 59 DEL CODIGO FISCAL.- ILEGALIDAD Y NULIDAD DE LA RESOLUCION IMPUGNADA.- (HAY SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RODRIGO MOLINA A.).-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Panamá, veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).-

V I S T O S:

El señor **CARLOS AUGUSTO MORALES GUEVARA**, representado por el licenciado Abdiel Algis Abrego, formula ante esta Sala demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, mediante la cual solicita que esta Corporación "declare que es ilegal, y por tanto nula, la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980, expedida por el Consejo de Gabinete y publicada en la Gaceta Oficial Nº 19,137 de 20 de agosto de 1980".

Acogida como fue la demanda mediante proveído de 1º de agosto de 1984, se requirió al señor Presidente de la República un informe explicativo de conducta, tal como lo dispone el artículo 33 de la Ley 33 de 1946, el cual no fue remitido en su oportunidad.

Pero antes de corrérsele traslado al señor Procurador de la Administración, la sociedad Sosa y Barbero Constructores, S.A., se apersona al juicio a través del licenciado Rogelio Cruz Ríos, a quien otorgó poder especial para oponerse a la demanda.

En su oportunidad procesal, el Procurador de la Administración, en su Vista Nº 137, contesta la demanda interpuesta, señalando que "la actuación jurídica del Consejo de Gabinete se ajustó a derecho y por ende no infringió ninguna disposición legal".

La parte actora presentó escrito de pruebas, durante el término correspondiente, aduciendo las siguientes:

"1.- Inspección Ocular del área en que supuestamente se han adelantado los trabajos del proyecto Arraiján-Panamá y Puente Simón Bolívar, derivados de la vigencia de la Resolución 71 de 1980 proferida por el Consejo. Esta inspección debe surtirse en asocio con peritos designados por la Sociedad Panameña de Ingenieros y Arquitectos.

2.- Diligencia de reconocimiento de firma por el Ingeniero Guillermo Rodríguez, Director Ejecutivo de la SPIA, para que reconozca su firma en el documento que "adjuntamos como prueba".

3.- Diligencia de Ratificación de contenido de la publicación de 1º de marzo de 1984 del remitido aparecido en el diario La Prensa de esa fecha y suscrito por la Sociedad Sosa y Barbero Constructores, S.A. bajo el título de "Aclaración Necesaria".

Para lo anterior solicito se cite al Representante Legal de la sociedad suscriptora a través de su apoderado judicial en el presente recurso".

También con dicho escrito acompañó las siguientes pruebas documentales:

"1.- Documento intitulado "La SPIA Denuncia", debidamente autenticado por el Director Ejecutivo de esa Corporación.

2.- Página 4A del Diario La Prensa de jueves 1º de marzo de 1984, la cual contiene el remitido titulado "ACLARACION NECESARIA", presuntamente suscrito por SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES, S.A."

Por último solicitó en dicho escrito, para que obre como prueba, que la Sala remitiera nota a la Comisión de Transporte del Consejo Nacional de Legislación para que envíe copia autenticada -a su costa- del informe de esa comisión sobre el status jurídico del proyecto Arraiján-Panamá y Puente Simón Bolívar.

Del escrito de pruebas anterior se le corrió traslado, tanto al señor Procurador de la Administración como a la parte opositora, por el término de tres días. El Procurador de la Administración objetó la inspección ocular aducida por el actor debido a que éste "no especificó cuál es el objeto de la inspección ocular que propone ni tampoco indica el nombre de la persona o personas que designa para desempeñar el cargo de peritos que han de intervenir en la diligencia respectiva, formalidades éstas que son exigidas por el artículo 848 del Código Judicial". Igualmente solicitó que "tampoco sea admitida como prueba la página 4A (Prueba documental Nº 2) del Diario La Prensa del día Jueves 1º de marzo de 1984, ni la ratificación que de ella se solicita por cuanto que tal documento adolece de la autenticación legal correspondiente y el actor tampoco solicita a la Sala que tal autenticación se realice".

Las anteriores impugnaciones fueron positivamente acogidas por el Sustanciador en providencia de 23 de octubre de 1984 que admite las pruebas y rechaza las impugnadas, siendo solamente acogida y practicada la prueba de reconocimiento de firma a cargo del ingeniero Guillermo Rodríguez en el documento visible a fojas 44-47.

Durante el término de alegatos únicamente el actor presentó el suyo.

Estando el presente caso para dictar sentencia, la sociedad SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES, S.A., presentó una excepción de cosa juzgada, sosteniendo que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ya había decidido la pretensión solicitada por el demandante, toda vez que, mediante resolución del 15 de diciembre de 1983 del Magistrado Sustanciador, no admitió la demanda. Que esta decisión se mantuvo por resolución de 21 de febrero de 1984, del Magistrado Sustanciador, cuando decidió un recurso de reconsideración y que finalmente la inadmisibilidad de la demanda fue confirmada el día 14 de mayo de 1984 por el resto de los Magistrados de la Sala, que reiteraron que "la acción a intentar, es una acción civil ordinaria ya que el Estado contrató como particular".

El Procurador de la Administración al contestar el traslado de la excepción, manifestó lo siguiente:

"a) Mediante Auto de 28 de julio de 1983 dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se decidió "rechazar de plano" por defecto evidentemente

formales la Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad interpuesta por el Licenciado Abdiel Algis Abrego en representación de Néstor Gutiérrez; para que se declaren ilegales los siguientes actos:

- a) Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980.
- b) Resolución Nº 72 de 19 de agosto de 1980.
- c) Contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980 (La Nación VS. Industrias Metalúrgica VAN DAM, S.A. y Sosa y Barbero Constructores S.A.
- d) Contrato celebrado entre la Nación y la Ingeniería Sakas S.A.

Dicha declaración no impedía que la misma pudiese ser presentada nuevamente, razón por la cual esta se volvió a presentar.

b) En efecto, ello se deduce del Auto de 15 de diciembre de 1983, de la misma Sala Tercera en que se decidió NO ADMITIR una nueva demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el mismo Licenciado Abdiel Algis Abrego en representación de Néstor Gutiérrez para solicitar la declaratoria de nulidad de los mismos actos: Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980; Nº 72 de 19 de agosto de 1980; Contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980; y Contrato Nº 70 de 12 de junio de 1981, entre La Nación e Ingeniería y Arquitectura Lakas. Y es que la medida procesal aludida tuvo su fundamento en cuestiones de índole formal como lo son dirigir el escrito a la sala de manera incorrecta, así como una defectuosa designación de la parte demandada. Sin embargo, la causa principal para no admitir la demanda lo fue la falta de competencia de la Sala Tercera para conocer y examinar de supuesto cargos de ilegalidad de los Contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980 y Nº 70 de 12 de junio de 1981 ya que consideró la Corte en ese entonces que los mismos eran de naturaleza civil, pero en ningún momento se consideró como cosa juzgada.

Veamos en lo pertinente el fallo de 15 de diciembre de 1983:

"Por último, el demandante señala, como petitorio de fondo, que se declaren ilegales la resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980, y la resolución Nº 72 de 19 de agosto de 1980, ambas expedidas, por el Consejo de Gabinete, las cuales figuran como pruebas a f.s. 1-3 de esta demanda, y que son, no cabe duda, resoluciones de carácter administrativo. Pero también demanda en el mismo libelo, la legalidad de los Contratos Nº 97 de 2 de octubre de 1980, celebrado entre La Nación y la Constructora Industrias Metalúrgica Van Dam, S.A. CA y Sosa y Barbero Constructores, S.A.; y el Contrata Nº 70 de 12 de junio de 1981, celebrado entre la Nación e Ingeniería y Arquitectura Lakas, S.A. las cuales figuran de fojas 4 a 18 del expediente.

Un ligero examen de estos últimos actos nos obliga a concluir que los mismos son de naturaleza civil y no administrativa, es decir, en dichos contratos el Estado contrató en calidad un particular y no como un ente administrativo que en tal caso el acto podría ser recurrible ante esta jurisdicción. Una prueba de ello es que el mismo contrato Nº 97 en su cláusula cuadragésima primera, señala que en caso de conflicto entre las partes se recurrirá al arbitraje conforme a las reglas del Código Judicial, situación que sustrae la competencia de esta jurisdicción y la señala en el derecho común. Siendo así, dichos actos no debieron plantearse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativo por disponerlo taxativamente el ordinal 1º del artículo 17 de la Ley 33 de 1946, que expresa:

"No son acusables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

1. "Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato civil celebrado por la Nación o el Municipio".

Estas deficiencias anotadas son suficientes para que no se le dé curso a la presente demanda".

Debemos anotar que la cuestión de la falta de competencia de la Sala, para conocer de actos celebrados por la administración que son de naturaleza civil, no es una cuestión formal o accidental, sino una cuestión de fondo, que puede ser invocada como causal de nulidad. (V. art. 90 y 91 de la Ley Nº 135 de 1943). Es por lo anterior, que de los cuatro (4) actos acusados, la sala se declaró incompetente sólo para conocer de dos (2), no así de las Resoluciones de Consejo de Gabinete Nº 70 y Nº 71, ambas de 19 de agosto de 1980, de las cuales dijo "que son, no cabe duda resoluciones de carácter administrativo". (Cfr. f. 34)

Cabe mencionar que, mediante Autos de 21 de febrero y 14 de mayo de 1984 se mantuvo el Auto de 15 de diciembre de 1983.

Debe tenerse presente además que la excepción bajo análisis ha sido presentada dentro de otra demanda contencioso administrativa de Nulidad, interpuesta por el Licenciado Abdiel Algis Abrego en representación de Carlos Augusto Morales; para declarar la Nulidad de la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980.

Siendo esto así, consideramos que los requisitos de identidad de partes, e identidad de objeto litigioso no se han dado en este caso, por lo que no puede declararse probada la excepción alegada".

La Sala está de acuerdo con la opinión del Procurador de la Administración en el sentido de que la Corte, en las decisiones citadas como base de los pronunciamientos anteriores para fundar la excepción, sólo se declaró incompetente para conocer de dos (2) actos, el contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980, celebrado entre la Nación e Industrias Metalúrgicas VAN

DAM, S.A., y SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES, S.A. y el contrato celebrado entre la Nación y la Ingeniería Lakas, S.A., no así de las resoluciones del Consejo de Gabinete Nº 70 y 71 ambas del 19 de agosto de 1980, que son, según las decisiones citadas, "no cabe duda resoluciones de carácter administrativo". Por tanto, se considera no probada la excepción alegada.

La Sala, resuelta la excepción, procede a dictar la decisión del asunto, lo cual hace a través de las consideraciones que se adelantan.

El actor funda su demanda en los siguientes hechos:

"PRIMERO: FINEXPO, Organismo dependiente del Banco Central de Venezuela, confirmó al Gobierno de Panamá, en atención al Acta 251-80 de 28 de abril de 1980, el Financiamiento de cien (100) Millones de Balboas, para la construcción de la autopista Arraiján-Panamá y un nuevo puente sobre el Canal de Panamá, sujepto a la siguiente condición:

"Que el financiamiento ha sido concedido en el entendimiento de que... toda la obra será construída por un Consorcio integrado por la empresa venezolana INDUSTRIAS METALURGICAS VAN DAM S.A.C.A. y por la empresa panameña SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES S.A." (Ver Considerando 4º en la Gaceta Oficial Nº 19,137, pág. 1 del acto demandado).

SEGUNDO: El entendimiento arriba expresado, existía y fue concertado antes de la expedición de la Resolución Nº 71 recurrida y aquí acusada de ilegal.

TERCERO: El entendimiento por el cual "toda la obra será construída por un consorcio integrado por la empresa venezolana INDUSTRIAS METALURGICAS VAN DAM S.A.C.A. y por la empresa panameña SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES S.A. fue aceptado por el Consejo de Gabinete (Ver resuelto primero de la Resolución Nº 71 acusada) con omisión de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Fiscal.

CUARTO: El Consejo de Gabinete declaró eximir de los requisitos de la licitación pública la adjudicación de la construcción de la autopista Arraiján-Panamá y del nuevo puente sobre el Canal, con omisión de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Fiscal que señala taxativamente los casos en que no es necesaria la licitación pública.

QUINTO: La adjudicación de contratos para la ejecución de obras nacionales mediante el sistema de evaluación de ofertas no está contenido en el Código Fiscal. La evaluación que dice el Consejo de Gabinete hizo, no lo faculta para hacer la declaratoria de excepción, que consta en el resuelto 3º de la Resolución 71, sin indicación del fundamento legal en que se sustenta, fundamento que debió constar por ser de excepción y no de regla general por lo que su constancia viola el artículo 59 del Código Fiscal.

SEXTO: El Consejo de Gabinete autorizó a los Ministros de Hacienda y Tesoro y de Relaciones Exteriores para firmar los documentos de aceptación del financiamiento aludido en el resuelto 1º de la Resolución 71, condicionado con un entendimiento por el cual el

financiamiento no podrá ser aceptado sin aceptar a la vez otorgar la ejecución de las obras a las empresas indicadas en el entendimiento en forma directa y sin licitación pública; sin ser dichas obras de las que pueden ser eximidas de conformidad con el artículo 58 del Código Fiscal".

Postula como disposiciones legales infringidas los artículos 29, 58 y 59 del Código Fiscal, señalando el concepto de las violaciones en los siguientes términos:

"La Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980, expedidas por el Consejo de Gabinete y publicada en la Gaceta Oficial Nº 19,137, viola en forma directa las siguientes disposiciones del Código Fiscal:

ARTICULO 29: Los contratos que celebre el Estado para toda clase de compras, ventas, arrendamientos, obras y servicios y en general todos aquellos que hayan de producir egresos o ingresos en sus fondos que excedan de veinte mil balboas (B/20,000.00), se celebrará previa Licitación Pública, que se verificará bajo la presidencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro o del funcionario de dicho Ministerio en quien delegue.

ARTICULO 58: No es necesaria la licitación en los siguientes contratos:

1º Los que hayan de producir un ingreso o gasto total que no exceda de veinte mil balboas (B/20,000.00).

2º Los de adquisición que versen sobre objetos determinados de que no haya más que un poseedor, y de los cuales, según dictamen técnico oficial, no haya sustituto adecuado;

3º Los que se refieren a obras de arte o trabajos técnicos cuya ejecución no pueda confiarse sino a artistas reputados o a reconocidos profesionales;

4º Los que se celebren después de verificadas al efecto licitaciones que se hayan declarado desiertas;

5º Cuando hubiere urgencia evidente que no permita conceder el tiempo necesario para la licitación;

6º Los de colocación de empréstitos debidamente autorizados;

7º Los que por la naturaleza del acto, autorizado u ordenado por la ley especial, no requieran la licitación;

8º Los que celebre el Estado con los Municipios o las Asociaciones de Municipios y;

9º Los que celebre el Estado con sus instituciones autónomas o semi-autónomas.

ARTICULO 59: En los casos del artículo anterior, con excepción de los ordinales 1º y 7º la correspondiente declaratoria de excepción deberá constar en acuerdo del Consejo de Gabinete.

En el caso del Ordinal 5º, la declaratoria de excepción deberá ser adoptada por el voto unanime de los Miembros del Consejo de Gabinete, debiéndose proceder a la fórmula del Concurso de Precios.

La Resolución Nº 71, recurrida, viola el artículo 29 del Código Fiscal al desconocer su orden que manda que "Los contratos que celebre el Estado para toda clase de...obras...se celebrarán previa licitación pública"... aclarando que "Se exceptúan de las formalidades de licitación los contratos que se enumeran en el artículo 58 del Código Fiscal, al autorizar, sin el cumplimiento del requisito previo de licitación, la celebración y firma del contrato respectivo en nombre de la nación con las empresas indicadas en el entendimiento, sin que dichas empresas hubieran salido favorecidas por la correspondiente licitación pública.

El Consejo de Gabinete omitió la licitación y sustentó dicha omisión en una declaratoria de excepción nula, por no invocar causal alguna de las requeridas por el artículo 58 del Código Fiscal, como veremos enseguida, y violando así una vez más el artículo 29 citado en su cláusula de excepción.

El Consejo de Gabinete está sometido a la Constitución y a las leyes de la República. En este sentido está subordinado a las imposiciones del Código Fiscal y éste artículo 58, dice en qué casos o contratos no es necesaria la licitación, significando -a contrario sensu- que en todos los demás casos, sin excepción, tiene que celebrarse la licitación pública para determinar la contraparte contratante de la Nación.

Salta a la vista que las obras de construcción de un nuevo puente sobre el Canal de Panamá y de la Autopista Arraiján-Panamá, por su valor y demás características, no ameritan un contrato de los que no requiere licitación, según el artículo 58 del Código Fiscal. Veámoslo brevemente confrontando a los nueve casos previstos taxativamente por el citado artículo 58 del C.F.; en que no se requiere licitación pública:

1) En los que el gasto sea menos de B/50.000.00; estamos en un Contrato de hasta cien (100) millones de balboas.

2) En los Contratos de adquisición, etc.; y éste es de ejecución o construcción de obra.

3) No se refiere a obra de arte y, aunque sí a trabajos técnicos, no es de un tecnicismo único del que haya nada más que un profesional cuya ejecución sólo a él pueda confiarse al punto de que se hubiera determinado mediante estudios y consultas a la sociedad de Ingenieros y Arquitectos por ejemplo, que en la República no existían profesionales aptos para la debida ejecución de una obra de esa magnitud. Por el contrario, no se ha probado que esa capacidad sólo recaía en las empresas VAN DAM Y SOSA Y BARBERO y que en razón a ello se les hubiera otorgado.

Pero la realidad fue otra: El entendimiento no permitía otorgar la ejecución a empresas distintas de las allí señaladas, y no es cierto que los únicos profesionales reconocidos que pueden diseñar o construir puentes, en nuestro país, construir autopistas y diseñar planos, sean única y exclusivamente las empresas favorecidas en el entendimiento. Por lo tanto, esta causal tampoco ampara la declaratoria de excepción. Debemos o no pensar que si VAN DAM y SOSA Y BARBERO fueran los únicos profesionales reconocidos, capacitados a quienes sólo podía confiarse la obra, no era necesario el Entendimiento, y que éste se acordó precisamente porque no lo eran?

4) Si no hubo licitación, no estamos frente al supuesto de dos licitaciones que se hayan declarado desiertas.

5) No era un caso de urgencia evidente.

6) No es de colocación de empréstito, sino de ejecución de obra.

7) No hay ley especial ordenándolo, porque no es de los que por la naturaleza del acto, no requiera licitación.

8) No es un contrato entre el Estado y un Municipio.

9) No es un contrato entre el Estado y una entidad autónoma.

En este sentido la Resolución No. 71, recurrida, viola directamente el artículo 58 del Código Fiscal.

La Resolución No. 71, recurrida, viola el artículo 59 del Código Fiscal por ir contra la prohibición que dicho artículo contiene y que establece que sólo "en los casos del artículo anterior" podrá el Consejo de Gabinete hacer constar en acuerdo la correspondiente declaratoria de excepción. Es claro, que al no corresponder la declaratoria de excepción de licitación pública contenida en la Resolución No. 71, recurrida, con ninguno de los casos del artículo 58, no podía -no puede- constar como consta en dicha Resolución No. 71, siendo esa constancia ilegal y nula.

El acierto del legislador al concebir el artículo 59, consiste precisamente en impedir que burdas declaraciones de excepción de licitación pública como la manifestada por el Consejo de Gabinete en la Resolución No. 71, acusada, hagan nugatoria tan importante y fundamental garantía en materia fiscal".

El tercero opositor, para refutar los argumentos anteriores, señaló:

"EL PROYECTO DE LA AUTOPISTA:

La agudización del problema de comunicación entre las riberas este y oeste del canal ha sido producto de diversos estudios; no obstante, el arribo de situaciones político económicas, han influido negativamente en la solución.

a) Estudio y Diseño de la Autopista Arraiján-La Chorrera:

Los estudios para el diseño de la Autopista fueron iniciados en mayo de 1966. En esta etapa se contempló únicamente la construcción del tramo entre Arraiján y La Chorrera.

Esto era así primordialmente por los incidentes de enero de 1964, y la necesaria utilización de áreas bajo jurisdicción estadounidense para la ejecución del proyecto.

Los planos fueron terminados y mediante la Ley No. 57, del 2 de enero de 1967, la Asamblea Nacional revistió Pro-Tempore al Organó Ejecutivo de la Facultad Extraordinario No. 46 para contratar un empréstito por \$12,000.00 para la construcción de la autopista.

El Estudio de Factibilidad Berger-CODISA:

Este estudio fue presentado al Ministro de Obras Públicas en noviembre de 1974. El mismo fué ejecutado por las firmas Louis Berger International y Construcciones y Diseños S.A. Contemplaba la factibilidad técnica-económica de la autopista Arraiján-Chorrera-Tocumen. Dos terceras partes del estudio se han convertido en obras construídas, faltando el eslabón central, Arraiján-Panamá, el más costoso de los tramos, por contener un puente de más de 600 metros de luz libre. Este estudio financiado por los gobiernos de los Estados Unidos y Panamá estudió cinco alternativas al cruce del Canal, inclusive el ensanchamiento del Puente de Las Américas a cuatro carriles, resultando como mejor alternativa la del puente colgante a la altura de las esclusas de Miraflores. Como consecuencia, la servidumbre de esta autopista fué consignada en los mapas de los tratados Torrijos-Carter de 1977.

c) El Estudio del MOP 1979-1980-1981:

Tras la firma del tratado de 1977 y la cada vez más imperiosa necesidad de la autopista, en 1979 se dió inicio a una revaluación del proyecto que a la luz de los tratados jugaba un papel preponderante en el desarrollo socio-económico de las áreas revertidas. Las recomendaciones del estudio confirmaron junto con el Berger-CODISA la necesidad de construir el nuevo puente, en el mismo cruce.

d) Invitación a Proponentes Nacionales e

Internacionales:

La Nación comunicó a las distintas representaciones de países industrializados en Panamá, así como a las empresas nacionales capaces de participar en una obra de esta envergadura el interés del Gobierno en recibir propuestas para la construcción de la autopista Arraiján-Panamá y un puente sobre el Canal, incluyendo propuestas de financiamiento. Esta práctica se reconoce como proyecto de llave en mano, y la misma ha sido utilizada en otros proyectos como Estrella-Los Valles, todos los Ingenios y más recientemente, los pasos elevados de San Miguelito y la Martín Sosa. En igual sentido, el Ministerio de Obras Públicas generó los términos de referencia, sobre los distintos aspectos técnicos de la obra, absolvió y formuló las distintas consultas de y hacia los interesados en este proyecto.

e) Evaluación de las Propuestas:

Para la evaluación de las propuestas se constituyeron dos comisiones, una técnica y otra financiera. La técnica fué integrada por funcionarios del MOP en tanto que la financiera estuvo a cargo del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

El día 15 de abril de 1980, fecha tope para el recibo de propuestas, eran tres el total de propuestas consignadas:

1. Dragages et Travaux Publics (Francia)
2. Industrias Metalúrgicas Van Dam y Sosa y Barbero Constructores S.A. (Venezuela-Panamá).
3. Kier International-Cleveland Bridge Engineering (Inglaterra) Evaluación Técnica: Se encontró a todos los proponentes suficientemente capaces para la realización del proyecto, resultando sumamente equilibradas las ventajas que bajo uno u otro aspecto en lo referente a materiales y construcción se pudiera obtener.

f) Adjudicación y Firma de los Contratos:

En virtud de la resolución de Gabinete No. 71, del 19 de agosto de 1980, el Consejo de Gabinete resolvió aceptar el ofrecimiento hecho por el Gobierno de Venezuela para financiar las obras en el entendimiento que las mismas serían construídas por la empresa venezolana Industrias Metalúrgicas Van Dam S.A.C.A. y la panameña Sosa y Barbero Constructores, S.A., eximiendo del requisito de licitación pública la adjudicación a los referidos trabajos. El acto de firma de los contratos tuvo verificativo el 22 de agosto de 1980 en el Palacio de Miraflores, sede del Gobierno Venezolano. Posteriormente, el 2 de octubre de 1980 los mismos fueron refrendados por el Contralor General de la República y por el Presidente de la República.

II. CONTESTACION Y ANALISIS DE LOS HECHOS

FUNDAMENTALES DE LA ACCION

El actor funda su acción en seis hechos que pasamos a contestar y a analizar:

PRIMERO: Este hecho es cierto. Téngase además en cuenta lo expuesto por nosotros arriba en la "Breve Historia del Asunto".

SEGUNDO: Este hecho es también cierto.

TERCERO: Este hecho es también cierto en cuanto a que "El entendimiento por el cual "toda la obra será construída por el consorcio integrado por la empresa venezolana INDUSTRIAS METALURGICAS CAN VAM S.A.C.A. y por la empresa panameña SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES, S.A. fue (sic) aceptado por el Consejo de Gabinete (Ver resuelto primero de la Resolución No. 71 acusada)"; pero es falso en cuanto a que lo anterior se hizo "con omisión de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Fiscal"

CUARTO: Este hecho es cierto en cuanto a que "El Consejo de Gabinete declaró eximir (sic) de los requisitos de la licitación pública la adjudicación de la construcción de la autopista Arraiján-Panamá y del nuevo puente sobre el Canal"; pero es falso en cuanto a que lo anterior se aprobó "con omisión de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Fiscal que señala taxativamente los casos en que no es necesaria la licitación pública".

QUINTO: Aunque no tiene relación alguna con el problema jurídico ue se discute, no es cierto que "la adjudicación de contratos para la ejecución de obras nacionales mediante el sistema de evaluación de ofertas no está contenido en el Código Fiscal...", ya que el artículo 65 de dicho Código regula el sistema de contratos mediante ofertas o solicitudes de precios.

Por otro lado, es falso que la declaratoria de excepción de una licitación hecha por el Consejo de Gabinete debe expresar necesariamente el fundamento legal en que se sustenta la excepción. En efecto, ninguna de las disposiciones que el actor estima violadas exige que la declaratoria de excepción deba indicar el numeral del artículo 58 en que se funda tal excepción.

SEXTO: Este hecho es cierto, a excepción de su frase final que afirma: "sin ser dichas obras de las que pueden ser eximidas de conformidad con el artículo 58 del Código Fiscal".

En efecto, la naturaleza de la obra contratada y el elevado monto de su financiamiento que debía obtener el propio proponente, indican claramente que sí estamos en presencia de una obra que podía ser contratada directamente, prescindiendo del requisito de la licitación pública, con fundamento en el artículo 58 del Código Fiscal.

III. ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y DEL CONCEPTO DE LA SUPUESTA INFRACCION

A.- El actor considera que la resolución No. 71 acusada viola el artículo 29 del Código Fiscal y lo transcribe solo en parte omitiendo en su transcripción la frase que subrayamos en la siguiente cita textual:

"Artículo 29: Los contratos que celebre el Estado para toda clase de compras, ventas, arrendamientos, obras y servicios y en general todos aquellos que hayan de producir egresos o ingresos en sus fondos que excedan de ciento cincuenta mil Balboas (B/.150,000.00) se celebrará previa licitación Pública que se verificará bajo la presidencia del Ministro de Hacienda y Tesoro o del servidor público de dicho Ministerio en quien se delegue. En los casos del Artículo 22, presidirá la Licitación el Ministro que debe presidir la Licitación y que podrá delegar esta función en otro servidor público del Ministerio respectivo.

La Licitación se verificará siempre por medio de pliegos cerrados y las propuestas se sujetarán a las disposiciones de este Capítulo. Se exceptúan de las formalidades de Licitación los Contratos que se enumeran en el Artículo 58 de este Código".

Sin embargo, al expresar el concepto de la pretendida infracción, el actor lo único que hace es reconocer la vigencia de la frase que omitió al transcribir el artículo 29 del Código Fiscal. Dicha frase es precisamente la que consigna la excepción a la regla general, en virtud de la cual un contrato puede celebrarse sin el requisito de la licitación pública, siempre que se dé alguno de los supuestos contemplados en el artículo 58 del Código Fiscal.

La pretendida violación del artículo 29 del Código Fiscal es tan carente de fundamento que en su expresión el actor salta del artículo 29 al 58 de la misma excerta legal y afirma: "Salta a la vista que las obras de construcción de un nuevo puente sobre el Canal de Panamá y de la autopista Arraiján-Panamá, por su valor y demás características, no ameritan un contrato de los que no requiere licitación, según el artículo 58 del Código Fiscal. Veámoslo brevemente confrontando a (sic) los nueve casos previstos taxativamente por el citado artículo 58 del Código Fiscal, en que no se requiere licitación pública:

- 1).....
- 2)
- 3) No se refiere a obra de arte y, aunque sí a trabajos técnicos, no es de un tecnicismo (sic) único del que haya nada más que un profesional cuya ejecución sólo a él pueda confiarse al punto de que se hubiera determinado mediante estudios y consultas a la sociedad de Ingenieros y Arquitectos por ejemplo, que en la República no existían profesionales aptos para la debida ejecución de una obra de esa magnitud. Por el contrario, no

se ha probado que esa capacidad sólo recaía en las empresas VAN DAM Y SOSA Y BARBERO y que en razón a ello se les hubiera otorgado". (El subrayado es nuestro).

El actor incurre en un imperdonable error de interpretación, ya que el artículo 58 ordinal 3o. dispone que no se requiere licitación tratándose de contratos "que se refieren a obras de arte o trabajos técnicos cuya ejecución no pueda confiarse sino a artistas reputados o a reconocidos profesionales". (El subrayado es nuestro). La disposición legal transcrita arriba en parte no dice lo que el actor entiende de ella. En otras palabras, la norma en cuestión no dice que no se requiere licitación cuando sólo haya "nada más que un profesional cuya ejecución sólo a él pueda confiarse", sino cuando se refiera a trabajos técnicos cuya ejecución no pueda confiarse sino a reconocidos profesionales.

De lo anterior se desprende lo innecesario de tener que hacer referencia a los demás comentarios del actor expresados a propósito de la pretendida violación del artículo 58 del Código Fiscal.

B.- En cuanto al artículo 59 del Código Fiscal, el actor expone su pretendida violación, de la siguiente manera:

"La Resolución No. 71, recurrida viola el artículo 59 del Código Fiscal por ir contra la prohibición que dicho artículo contiene y que establece que sólo "en los casos del artículo anterior" podrá el Consejo de Gabinete hacer constar en acuerdo la correspondiente declaratoria de excepción.

Es claro, que al no corresponder la declaratoria de excepción de licitación pública contenida en la resolución No. 71, recurrida, con ninguno de los casos del artículo 58, no podía -no puede- constar como consta en dicha resolución No. 71, siendo esa constancia (sic) ilegal y nula".

En este caso el actor ni siquiera hace un esfuerzo para lograr una interpretación aunque fuese errada de la norma legal que él afirma ha sido violada.

Veamos lo que establece la disposición legal en referencia:

"Artículo 59: En los casos del artículo anterior, con excepción de los ordinales 1o. y 7o. la correspondiente declaratoria de excepción deberá constar en acuerdo del Consejo de Gabinete. En el caso del Ordinal 5o., la declaratoria de excepción deberá ser adoptada por el voto unánime de los miembros del Consejo de Gabinete, debiéndose proceder a la fórmula del Concurso de Precios".

Esta norma legal es tan clara que es imposible interpretarla. Sólo basta leerla. De ella se des-

prende sólo, lo siguiente:

1.-) La declaratoria de excepción (cuando no se requiere la licitación) es atribución privativa del Consejo de Gabinete, a excepción de los casos contemplados en los ordinales 1o. y 7o. del artículo 58, que por obvias razones no merecen explicación alguna.

2.-) En los casos de urgencia evidente que no permita conceder el tiempo necesario para la licitación, la declaratoria de excepción dada siempre por el Consejo de Gabinete, deberá contar con el voto unánime de sus miembros, debiéndose proceder al concurso de precios.

Lo anterior es todo lo que dice el artículo 59, por lo cual es fácil concluir en que dicha norma no ha sido violada por la Resolución No. 71 acusada.

La resolución No. 71 no hizo otra cosa que cumplir con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Fiscal al ser declarada la excepción de la licitación por el organismo público competente para ello, esto es, por el Consejo de Gabinete.

Dicho de otra forma, debemos concluir en que el Consejo de Gabinete está facultado para ordenar una contratación directa, es decir, sin el trámite de licitación pública, cuando a su juicio se dé alguno de los supuestos contemplados en el artículo 58 del Código Fiscal y sin que sea necesario para determinar la validez jurídica de la excepción, que la correspondiente resolución exprese el supuesto particular en que ella se funda.

De todo lo expuesto se desprende que no obstante la declaratoria de excepción dispuesta por el Consejo de Gabinete, conforme a sus facultades consignadas en el artículo 59 del Código Fiscal, la Nación en forma responsable anunció públicamente en Panamá y en el exterior sus deseos de recibir ofertas entre las cuales no sólo escogió la que consideró mejor en precio y condiciones de ejecución de la obra, sino la que ofreció mejores términos en el financiamiento, componente indispensable para la ejecución de la obra".

En su turno, el señor Procurador de la Administración contestó la demanda en los términos siguientes:

"II.- LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA LA DEMANDA
LOS CONTESTO EN LA FORMA SIGUIENTE:

PRIMERO,- Es cierto, lo acepto. (V. fs. 1)

SEGUNDO.- Lo niego ya que no me consta.

TERCERO.- Lo acepto en lo relativo al entendimiento. (V. fs. 1).

En cuanto al señalamiento de que se ha infrin-

gido el artículo 29 del Código Fiscal lo negamos, por constituir ello una alegación.

CUARTO.- Lo acepto en lo concerniente a la primera parte (V.f. 1). En cuanto a la omisión del artículo 58 del Código Fiscal, lo negamos por constituir una alegación.

QUINTO.- Esto no es un hecho sino una alegación. Por lo tanto, lo niego.

SEXTO.- Lo contesto en igual forma que el hecho anterior.

III.- DISPOSICIONES LEGALES INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO EN QUE LO HAN SIDO.-

El demandante sostiene que la Resolución No. 71 de 19 de agosto de 1980, expedida por el Consejo de Gabinete ha infringido en forma directa los artículos 29, 58 y 59 del Código Fiscal.

Antes de analizar tales disposiciones jurídicas veamos ciertos aspectos relacionados con este caso que son dignos de mención.

1.- En el artículo 263 de la Constitución Política se enuncia la licitación pública. De esa disposición se puede apreciar que el constituyente se preocupó porque en las licitaciones se asegurara, además del mayor beneficio para el Estado, la plena justicia en la adjudicación.

2.- A nivel legal las normas sobre licitaciones públicas se encuentran en el Capítulo IV, Título I, Libro I, del Código Fiscal y en el Decreto 170 de 1980 que la reglamentó. Se desprende de estas normas, que las licitaciones son medios de los que se vale el Estado para celebrar algunos contratos con el fin de que todas las personas que quieran intervenir lo hagan como proponentes, sin privilegios para ninguna, escogiendo luego de cumplidas determinadas formalidades, la oferta que más convenga al Estado.

3.- El caso que nos ocupa trata de la aceptación que hace el Gobierno Nacional al ofrecimiento hecho por el Gobierno de Venezuela, por conducto del Fondo de Financiamiento de las Exportaciones para financiar la construcción de un puente de acero sobre el Canal de Panamá y la Autopista Arraiján-Panamá, hasta por un monto total de cien millones de dólares (B/.100.000.000.00).

4.- Dicho financiamiento fue concedido en el entendimiento de que esas obras serán construídas por un consorcio integrado por la empresa venezolana "Industrias Metalúrgicas Van Dam, S.A.C.A. y por la empresa panameña Sosa y Barbero Constructores, S.A."

5.- En la mencionada Resolución No. 71, en su artículo tercero se exime de los requisitos de la licitación pública la adjudicación de la construcción de tales obras.

6.- Uno de los principales argumentos de la parte demandante para impugnar la Resolución No. 71 es el de que las obras a que alude la misma debieron ser sometidas al procedimiento de licitación pública y al omitirse el mismo se han vulnerado ciertas disposiciones fiscales.

7.- Cabe señalar que la construcción de esas obras se ha visto rodeada de factores de toda índole tales como históricos, políticos, económicos, sociales etc. los cuales se han dado cierta particularidades a las mismas. Vale recordar que varios años después de haberse inaugurado el Puente de las Américas se comenzó a plasmar la posibilidad de que el mismo fuera ensanchado ya que su capacidad vehicular estaba reducida.

El Gobierno Nacional en su afán de solucionar los problemas de comunicaciones comienza a realizar estudios relacionados con el "Estudio y Diseño de la Autopista Arraiján-La Chorrera", y Estudio sobre el Puente de las Américas; con relación a este último, la mejor alternativa resultó la del puente colgante a la altura de las Esclusas de Miraflores.

8.- Luego de haberse firmado el Tratado Torrijos-Carter en 1977, el Ministerio de Obras Públicas realiza valiosos estudios relacionados con esos Proyectos. Dichos estudios determinan la necesidad de construir el nuevo puente.

9.- Después de varios estudios y apreciando la necesidad de construir esas obras el Gobierno Panameño decidió comunicarle tanto a las representaciones de países desarrollados acreditados en Panamá así como a las empresas nacionales de gran capacidad técnica y seriedad, el interés que hay en el Gobierno de recibir propuestas incluyendo propuestas de financiamiento, para la construcción de las obras.

10.- El anterior sistema no es desconocido en nuestro medio debido a que el Gobierno lo ha utilizado en varios Proyectos.

11.- Otro aspecto que se debe resaltar es el de que el Gobierno a través de los Ministerios de Obras Públicas y de Hacienda y Tesoro coordinó los detalles relacionados con la evaluación de las propuestas.

12.- Al 19 de agosto de 1980 se habían presentado propuestas que fueron estudiadas para evaluar la capacidad técnica y experiencia de sus proponentes.

13.- El Gobierno Panameño luego de evaluar todas las ofertas, llegó al convencimiento de que la más ventajosa era la presentada por el consorcio venezolano-panameño "Industrias Metalúrgicas Van Dam, S.A.C.A." con el financiamiento del Fondo de Financiamiento de las Exportaciones (FINEX-PO). De allí, pues, que se acepta el ofrecimiento de empréstito hecho por el Gobierno de Venezuela".

Y con referencia a la violación del artículo 29 del Código Fiscal el funcionario expresó:

"Del artículo pretranscrito se destacan estos supuestos:

a) Los contratos que celebra el Estado para todas clases de compras, ventas, arrendamientos, obras y servicios y en general todos aquellos que hayan de producir egresos o ingresos en sus fondos que excedan ciento cincuenta mil balboas (B/.150.000.00) se celebrará previa licitación pública.

b) El acto de licitación pública se verificará bajo la presidencia del Ministro de Hacienda y Tesoro o del servidor público de dicho Ministerio en quien se delegue. En los casos del artículo 22, presidirá la Licitación el Ministro que debe presidir la Licitación y que podrá delegar esta función en otro servidor público del Ministerio respectivo.

c) La Licitación se verificará siempre por medio de pliegos cerrados y las propuestas se sujetaran a las disposiciones de este capítulo. Se exceptúan de las formalidades de Licitaciones los Contratos que se enumeran en el artículo 58 de este Código.

El artículo 29 del Código Fiscal nos presenta tres (3) importantes aspectos en materia de licitación pública los cuales son:

a) Menciona en que caso es necesario la celebración de la Licitación.

b) Lo relacionado sobre quién presidirá el acto de la licitación y,

c) La mención de las excepciones a las formalidades de la licitación en los contratos que se enumeran en el artículo 58 del Código Fiscal. Ahora bien, el recurrente argumenta la violación del artículo 29 del Código Fiscal ya que según su criterio en este caso específico se debió de celebrar el acto de licitación pública por el hecho de que la situación que se planteaba no encajaba en las excepciones señaladas en el artículo 58 del Código Fiscal.

Nos oponemos a los planteamientos de la parte

actora debido a que el Consejo de Gabinete al dictar el acto administrativo que ahora se impugna no infringió el artículo 29. En efecto si ese organismo en la Resolución Nº 71, específicamente en el artículo 3 eximió de los requisitos de licitación de la adjudicación de la construcción de la Autopista Arraiján-Panamá y del nuevo puente sobre el Canal de Panamá, lo hizo con fundamento en el artículo 58 del Código Fiscal y en las circunstancias especiales que rodeaban la construcción de tales obras.

Repárese en el hecho de que la parte final del artículo 29 hace mención de que: "Se exceptúan de las formalidades de este Código". Pues bien, al encontrarse las construcciones de tales obras entre las excepciones contempladas en el artículo 58, el Consejo de Gabinete con facultad Legal para ello las eximió del procedimiento licitatorio.

En cuanto a lo alegado por el actor en el sentido de que la declaratoria de excepciones es nula "por no invocar causal alguna de las requeridas por el artículo 58 del Código Fiscal", nos manifestamos en desacuerdo por cuanto que consideramos que en el acto impugnado, como acto administrativo en sí, no es imprescindible hacer mención ni invocar la causal o disposición legal que se aplica. No hay que perder de vista que todo acto administrativo está revestido de una presunción de legalidad, es decir, que se expide de acuerdo con una norma jurídica preexistente que es la que señala el actuar administrativo.

Así, pues, apreciamos que se dió cumplimiento a lo señalado en el artículo 29, de allí que se debe desechar la pretensión de la parte demandante".

En torno al artículo 58 del Código Fiscal, que acusa el demandante que se ha infringido, riposta el Procurador de la Administración así:

"El artículo 58 es claro y terminante al señalar los nueve (9) casos de contratos en los cuales no es necesario la Licitación Pública.

Ahora bien, cabe formular la siguiente interrogante: ¿En cuáles de los casos mencionados en el artículo 58 encaja la situación jurídica que se discute en este proceso?

Conceptuamos que la situación jurídica que se discute en este proceso encaja en lo previsto en el numeral 6 del artículo 58, el cual se refiere a los contratos de colocación de empréstitos debidamente autorizados. -Veamos:-

a) En la parte considerativa de la Resolución Nº 71 se señala: "Que la Junta Directiva del Fondo de Financiamiento de las Exportaciones (FINEXPO), organismo dependiente del Banco Central de Venezuela, mediante decisión adoptada en reunión que celebró el día 28 de abril de 1980, consignada en el acta número

251-80, confirmó el monto de cien millones de dólares (U.S. 100.000.000.00) de financiamiento que concede para la construcción de la autopista Arraiján-Panamá y un nuevo puente sobre el Canal de Panamá, de conformidad al ofrecimiento hecho por el Gobierno de Venezuela".

b) Dicho financiamiento se concede en el entendimiento de que el puente sobre el Canal de Panamá será de acero y que toda la obra será construida por un consorcio integrado por la empresa venezolana "Industrias Metalúrgicas Van Dam, S.A.C.A. y por la empresa panameña Sosa y Barbero Constructores, S.A.

c) Así, pues, nos encontramos en que además del financiamiento que correrá por cuenta de FINEXPO de Venezuela, se establece un compromiso atinente a que la construcción de las referidas obras estará a cargo de un consorcio venezolano-panameño.

d) Posteriormente el Gobierno Nacional estima que la oferta presentada por el consorcio venezolano-panameño con el financiamiento del FINEXPO de Venezuela es la más ventajosa.

e) El Consejo de Gabinete con facultad constitucional y legal para ello, resolvió aceptar el ofrecimiento hecho por el Gobierno de Venezuela en lo relativo al financiamiento de las obras es decir autorizar el empréstito y a su vez acepta que tal empréstito sea utilizado o colocado en la ejecución de obras determinadas, aprobando que tales obras sean construidas y ejecutadas por el mencionado consorcio venezolano-panameño a través de contratación directa.

Importante es señalar que la actuación del Consejo de Gabinete se fundamentó en lo previsto en el artículo 180, numeral 3 de la Constitución Política de 1972 (antes de la reforma de 1983) y el artículo 69 del Código Fiscal, los cuales rezan así:

"Artículo 180.- Son funciones del Consejo de Gabinete:

- 1.-.....
- 2.-.....
- 3.- Acordar la celebración de contratos, la negociación de empréstitos y la enajenación de bienes nacionales muebles o inmuebles según lo determine la Ley;"

Artículo 69 del Código Fiscal

"Artículo 69.- Los Contratos que se celebren a nombre del Estado requieren la aprobación del Presidente de la República y el refrendo del Ministro respectivo. Si la cuantía del Contrato excede de Ciento Cincuenta Mil Balboas (B/.150.000.00) la aprobación del Presidente de la República deberá estar precedida del concepto favorable del Consejo de Gabinete, salvo que se trate

de Contratos de prestación de servicios.

Parágrafo: Todo Contrato sujeto a la aprobación del Presidente de la Republica o de algún Ministro deberá publicarse en la Gaceta Oficial dentro de la mayor brevedad posible".

f) En base a lo antes expuesto el Consejo de Gabinete por medio de la Resolución N^o. 71, procedió a autorizar a los Ministros de Relaciones Exteriores y de Hacienda y Tesoro para que firmen los documentos a que haya lugar para la aceptación del financiamiento. También se decide a eximir de los requisitos de la licitación pública la adjudicación de la construcción de las referidas obras, y ello era lógico por la sencilla razón de que estaba de por medio un empréstito que se estaba autorizando, el cual sería destinado o colocado en la construcción de obras públicas, lo que originó que el contrato respectivo para la ejecución de la obra se realizara a través de contratación directa por permitirlo así el ordinal 6^o del artículo 58 comentado.

g) Por último se menciona lo relacionado con las firmas del contrato respectivo.

Según el procedimiento en materia de licitaciones, al no proceder ésta el artículo 60 del Código Fiscal señala que se debe proceder mediante concurso de precios y señala los casos en que procede expresamente y las excepciones de la siguiente manera:

"Artículo 60.- Los contratos de que trata el Artículo 29 de este Código, para los cuales no se considere necesaria la licitación, se celebrarán previo concurso en los casos siguientes:

1^o Cuando hayan de producir un ingreso o gasto total mayor de Cincuenta Mil Balboas (50.000.00) y que no excedan de Ciento Cincuenta Mil Balboas (B/150.000.00) con excepción de los casos previstos en los ordinales 2^o, 3^o, 4^o, 6^o, 7^o, 8^o y 9^o del Artículo 58 de este Código.

2^o Cuando a pesar de que el ingreso o gasto sea de Cincuenta Mil Balboas (B/50.000.00) o menos el Ministerio del ramo respectivo considere conveniente celebrarlo.

Ordinal 3^o. Los comprendidos en el Ordinal 5^o del Artículo 58 de este Código".

Al confrontar el caso que nos ocupa con la disposición antes transcrita observamos que el mismo tampoco tenía que ser sometido a concurso ya que:

a) Se trataba de un contrato mayor de B/150.000.00.

b) Aunque la cuantía fuera de B/150.000.00 o menos hasta B/50.000.00, también quedaba excepcionado del concurso de precios por tratarse de un caso previsto en el ordinal 6^o del artículo 58.

c) No se trataba de un caso menor a B/50.000.00 y

d) No era de los comprendidos en el ordinal 6º del artículo 58 del Código Fiscal.

Presentando estas características, es decir no procediendo la licitación ni el concurso y por no ser de los contratos señalados en los ordinales 2º, 3º, 7º, 8º y 9º, del artículo 58 lo que procede legalmente es la adjudicación del contrato previa la evaluación de ofertas mediante solicitud de precios a que se refiere el artículo 65 del Código Fiscal, que es como se procedió en este caso según lo indicado en el considerando QUINTO de la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980.

Todos los puntos antes mencionados nos sirven de fundamento para reiterar nuestro criterio de que a este caso particular le es aplicable lo consignado en el numeral 6 del artículo 58 del Código Fiscal".

Finalmente, en el caso de la última acusación, expresó el señor Procurador de la Administración:

"Discrepamos con el demandante en lo atinente a la violación del artículo 59 del Código Fiscal. En efecto, del estudio de la Resolución Nº 71 podemos constatar que el Consejo de Gabinete cumplió con lo señalado en la precitada disposición, debido a que la declaratoria de excepción de la licitación fue hecha por el organismo competente para ello, el cual es el Consejo de Gabinete. Este ente gubernamental ordenó que se eximiera de los requisitos de la licitación pública la construcción de las mencionadas, ya que a su juicio se dieron uno de los supuestos contemplados en el artículo 58, específicamente, el numeral 6. Por otro lado, no era imprescindible que en la correspondiente Resolución se determinara el supuesto particular en que se funda.

En consecuencia, opinamos que el Consejo de Gabinete a través de la Resolución Nº 71 observó lo previsto en el artículo 59 del Código Fiscal, motivo por el cual no se ha producido la violación alegada".

La Sala procede al examen de la demanda.

Como lo ha señalado el Procurador de la Administración y el tercero opositor, el Puente de las Américas resultó, a diez años de su inauguración, que su capacidad y funcionalidad no satisfacían las crecientes necesidades vehiculares de la población panameña, situación que diariamente se palpa con el aglomeramiento del tránsito vehicular por ese sector. Luego de la firma del Tratado Torrijos-Carter en 1977, el Ministerio de Obras Públicas realizó importantes y valiosos estudios sobre el particular, y se contempló como soluciones posibles, primero, el ensanchamiento del actual puente, y posteriormente, tesis que tuvo mayor acogida, la construcción de un nuevo puente. Así es que para solucionar el problema y evitar el agravamiento del mal, el Gobierno Nacional consideró importante y prioritariamente, atender a la satisfacción de esta necesidad pública, mediante la construcción de la Pista Arraiján-La Chorrera, y de un Puente Colgante sobre el Canal, a la altura de las Esclusas de Miraflores.

la ó
reco
pres
para
empr
cons
magn
puen
sati
obli
cuya
a ex
que
mate
comp
Manu
Cole
Chil

en e
Autop
invi
capac
y pro
siste
conoc
diver
venta
aplic
perfo
sumin
traba
y de
hacia
Gusta
Latin

cons

B/105.
del 5
de 5

valor
7.75%

(Cons
finan
(Foja

finan
el of
ofrec
del p

En virtud de la magnitud extraordinaria de las obras, sobre todo la del puente colgante, cuya costosísima construcción, de acuerdo con las recomendaciones técnicas de la firma Berger-Codisa, no estaba al alcance del presupuesto nacional, se hacía imprescindible la consecución de empréstitos para la realización de la obra y a la vez contratar los servicios de empresas especializadas y con probada experiencia en el diseño y construcción de puentes de esa naturaleza, que no se asemejen, por su magnitud, extensión, capacidad, resistencia y otras particularidades a los puentes comunes. Y es que como lo señala MANUEL MATUS BENAVENTE: "La satisfacción de este amplio y complejo sistema de necesidades públicas obliga al Estado a comprometerse en una empresa de creciente actividad, en cuya satisfacción empeña sus fuerzas morales, pero que lo obligan, también, a exigencias de mayores recursos públicos con que hacer frente a los gastos que estas actividades representan. El Estado debe buscar los recursos materiales con que atenderlas y es esta actividad, entoda su trascendente complejidad, la que origina su actividad financiera". (MATUS BENAVENTE, Manuel: Finanzas Públicas, Facultad de Dertecho de la Universidad de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales Nº 24, Editorial Jurídica de Chile, página 93).

Así es que el Gobierno Nacional dió a conocer públicamente, tanto en el orden interno como en el externo, los proyectos de construcción de la Autopista Arraiján-La Chorrera y el nuevo Puente colgante de Miraflores e invitó a empresas nacionales e internacionales con solvencia económica y capacidad técnica suficientemente reconocidas a participar en este proyecto y proponer el financiamiento, diseño y construcción de dichas obras. Este sistema de contratación, que no es nuevo en Panamá ni en otras latitudes, es conocido como Contrato de Obra por LLAVE DE MANO, y lo practican actualmente diversos países, Colombia, entre ellos, para casos autorizados, por la ventaja que ofrece, que es "de origen norteamericano, cuyas primeras aplicaciones tuvieron lugar en el derecho de petróleo, a los contratistas perforadores de pozos, quienes en virtud de tal vinculo se comprometen a suministrar todos los elementos y materiales y a efectuar totalmente el trabajo necesario para completar la perforación, poner en producción el pozo y dejarlo listo para abrir la llave que haga posible que el petróleo corra hacia los tanques, según lo explica el Blacs Law Dictionary" (RODRIGUEZ, Gustavo Humberto: Contratos Administrativos, Ediciones de Cultura Latinoamericana -EDICULCO- Limitada, Bogotá, D.F., 1978, página 82).

Pero sólo tres empresas internacionales, constituidas en consorcio, acudieron a la invitación:

1.- DRAGAGES ET TRAVAUX PUBLIQUE (Consortio Francés) con valor de B/105.814.074.30, con monto de financiamiento de 100/20 millones, con interés del 5 1/2% Libor 1%. Comisión de cierre 3%, comisión de agente 5% y un plazo de 5 años.

2.- KIER INTERNATIONAL CLEVELAND BRIDGE (Consortio Inglés) por un valor de B/98,000.00 con monto de financiamiento de 100 millones, interés de 7.75% fijo y un plazo de 8.5 años.

3.- INDUSTRIA METALURGICA VAN DAM/SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES (Consortio Venezolano-Panameño) por un valor de B/98,000.00 con monto de financiamiento de 100 millones, interés de 6% fijo y un plazo de 20 años (Fojas 48).

Como se ha observado, no obstante la capacidad técnica y financiera de todas las empresas proponentes, el Gobierno Nacional optó por el ofrecimiento del Consortio Venezolano-Panameño por encontrar que el mismo ofrecía mejores ventajas financieras y respondía mayormente a los intereses del país.

Considera la Sala a propósito, que es oportuno aclarar lo que debe entenderse por consorcio. Según la doctrina, y así lo señala también Cabanellas, es una "Participación en el destino o suerte común. Forma de asociación en que dos o más empresas se reúnen para actuar unidas, bajo una misma dirección y reglas comunes, aunque conservando su personalidad e independencias jurídicas". (CABANELLAS, G.: Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, Buenos Aires, XVI Edición, página 313).

En este vínculo o asociación de ejecución conjunta la responsabilidad del consorcio, al suscribir el contrato, es solidaria frente a la Nación por la ejecución y entrega eficiente del objeto único del mismo: la obra pública señalada. Así lo prescribe el artículo 55 del Código Fiscal que dice:

"Artículo 55: Cuando sean varias las personas a quienes se adjudique el Contrato, todas ellas serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo".

Y no se trata aquí del consorcio integrado por dos empresas foráneas, puesto que una de ellas es netamente panameña con igual responsabilidad y tratamiento que aquella, sino de una nacional -Sosa y Barbero Constructores- y una extranjera -Empresa Van Dam- venezolana, que conjuntamente propusieron y se adjudicaron la obra, y hasta que no se legisle en sentido contrario no existe en nuestra legislación disposición que prohíba la participación de empresas extranjeras asociadas con panameñas en la ejecución conjunta de obras y servicios públicos; pues, el artículo 66 del Código Fiscal, que contiene los casos en que se prohíbe contratar con el Estado, no señala tal limitación:

"Artículo 66: No podrán ser postores en las licitaciones ni en los concursos, ni contratistas con el Estado:

1. Los que carezcan de capacidad para obligarse;
2. Los deudores morosos del Estado;
3. Los que anteriormente hubieren faltado al cumplimiento de contrato celebrado con el Estado; y
4. Los funcionarios públicos que intervengan, en cualquier forma, en la preparación o ejecución del la licitación o del concurso, y aquéllos a quienes la Constitución o leyes especiales les prohiban contratar con el Estado".

Además de lo anterior, el artículo 78 del mismo Código expresa que: "Los contratos celebrados en Panamá con personas extranjeras se sujetan a la Ley panameña y a la jurisdicción de los tribunales nacionales".

El Gobierno de Venezuela, por conducto del Fondo de Financiamiento de las Exportaciones -FINEXPO-, organismo dependiente del Banco Central de Venezuela, respaldó el consorcio favorecido. Y por ello ofreció al Gobierno de Panamá la financiación de la obra mediante un préstamo ventajoso "en el entendimiento de que el puente sobre el Canal de Panamá será de acero y que toda la obra será construida por el consorcio integrado por la empresa venezolana INDUSTRIAS METALURGICAS VAN DAM, S.A.C.A. y por la empresa panameña SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES, S.A.". Es así que ambos Gobiernos entran en negociaciones; y el Consejo de Gabinete de Panamá dictó la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980 mediante la cual aceptó el ofrecimiento hecho por el Gobierno de Venezuela para el financiamiento de las referidas obras públicas por Cien Millones de Balboas;

y la Resolución Nº 72 de la misma fecha, no atacada: "Por la cual se autoriza la celebración de un contrato con el consorcio "Industrias Metalúrgicas Van Dam, S.A.C.A. Sosa y Barbero Constructores, S.A." para la construcción de la Autopista Arraiján-Panamá y de un nuevo Puente sobre el Canal de Panamá."

Ahora bien, el actor ha incoado demanda de nulidad contra la Resolución Nº 71 sosteniendo que el Consejo de Gabinete, al expedirla, violó los artículos 29, 58 y 59 del Código Fiscal porque declaró eximir de los requisitos de la licitación pública la adjudicación de la construcción de la autopista Arraiján-Panamá y del nuevo Puente sobre el Canal; que la "adjudicación de contratos para la ejecución de obras nacionales mediante el sistema de evaluación de ofertas no está contenido en el Código Fiscal"; que "la evaluación que dice el Consejo de Gabinete hizo, no lo faculta para hacer la declaratoria de excepción que consta en el resuelto Nº 3 de la Resolución Nº 71 que debió constar por ser de excepción y no de regla general"; y que: "El Consejo de Gabinete autorizó a los Ministros de Hacienda y Tesoro y de Relaciones Exteriores para firmar los documentos de aceptación del financiamiento aludido en el Resuelto Nº 1 de la Resolución 71 condicionado con un entendimiento por el cual el financiamiento no podrá ser aceptado sin aceptar a la vez otorgar la ejecución de las obras a las empresas indicadas en el entendimiento en forma directa y sin licitación pública".

Ciertamente, el Gobierno Nacional, para la realización de las obras mencionadas no recurrió a la licitación pública, porque ésta implica disponer de fondos para sufragar la obra o para pagar a los contratistas. De ahí que optó por la contratación directa. Pero, la actuación del Consejo de Gabinete no está plenamente justificada a la luz del derecho panameño, porque a pesar de que para la realización de tan extraordinaria obra técnica era necesario concertar un préstamo internacional, ello no obvia la licitación pública que es obligante y categórica. Pero, se hizo aceptando el ofrecimiento de financiación del Gobierno de Venezuela, bajo las condiciones pactadas y basándose en cierta facultad legal para ello como lo señalan los numerales 3 y 7 del artículo 195 de la Constitución Nacional que dicen:

"Artículo 195: Son funciones del Consejo de Gabinete:

- 1º.....
- 2º.....
-
-
- 3º Acordar la celebración de contratos, la negociación de empréstitos y la enajenación de bienes nacionales muebles o inmuebles según lo que determine la Ley.
- 4º.....
- 5º.....
- 6º.....
- 7º Negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público:.....
- 8º.....".

Es cierto que los términos y condiciones para la celebración de los empréstitos públicos nacionales es una facultad privativa del Consejo de Gabinete, y al aceptar el ofrecimiento de préstamo o financiación de la obra bajo las condiciones señaladas, tratándose de una obra pública de esa envergadura. Ocurre que no se ha probado que en nuestro medio no existan empresas con especialidad técnica en la materia y con capacidad financiera suficiente para hacerse cargo de ellas. A pesar de que es usual que en todo

préstamo de carácter internacional se señalen, por ambas partes, los términos y condiciones bajo las cuales se conceden, una licitación pública puede también condicionarse a ese tipo de préstamo, público o privado.

La licitación pública tiene ventajas indudables, y es el modo usual de contratación de la Administración Pública aún cuando no sea el único; y como lo señala el ilustre tratadista Enrique Sayagués Lasso (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1965, Tomo I, página 552), el procedimiento resulta a veces lento y no siempre impide la aceptación de ofertas contrarias al interés público. Pero, con ello no quiere la Sala decir que la Licitación Pública -que es la regla para la contratación- es un medio al que pueden acudir indiscriminadamente y sin justificación ni razón jurídica los funcionarios para la ejecución o realización de obras y servicios públicos, pues ello sería un actuar en forma arbitraria, sino que existen casos en que por necesidad pública respaldada plenamente en la Ley se justifica hacer una excepción a dicha regla, cuando dicha excepción está legalmente autorizada. Pero en este caso, dada la cuantía, no podía hacerse de otro modo.

Al prescindir el Consejo de Gabinete de la celebración de la Licitación Pública contemplada en el artículo 29 del Código Fiscal para la realización de la obra lo hizo sin fundamento legal.

La resolución que se cuestiona, que contiene la excepción a la obligación de contratar por medio de la licitación pública fue adoptada por el voto unánime de los miembros del Consejo de Gabinete. Pero, la misma se fundó en un sofisma, que quisiéramos considerar de distracción, por cuanto que el artículo 58 del Código Fiscal establece:

"Artículo 58: No es necesaria la licitación en los siguientes contratos:

- 1.....
- 2.....
3. Los que se refieran a obras de arte o trabajo técnico cuya ejecución no puede confiarse sino a artistas reputados o a reconocidos profesionales.
- 4.....
- 5.....
- 6.....
7. Los de colocación de empréstitos debidamente autorizados".

Este artículo se aplica indebidamente, ya que el ordinal 3 antes mencionado trata de trabajo u obras de arte o quehaceres técnicos ejecutados por personas naturales plenamente individualizadas, como lo es el artista reconocido, de reputada fama, o del profesional, ya consagrado, que por su ingenio se destaca, ya sea en el campo de la plástica, o ya sea en el campo de la ciencia.

Por supuesto que este ordinal cubre a las personas morales o jurídicas, y mucho menos a los consorcios. Fundar la decisión del Consejo de Gabinete, transplantada mediante la resolución impugnada en el artículo antes mencionado, conduce a un absurdo jurídico que no puede prohiar esta Sala. La ciencia de la Administración distingue muy bien las figuras de la contratación directa con el concurso de precios y la licitación pública. En este caso, el Consejo de Gabinete debió autorizar la licitación pública.

Es cierto que dicho modo de contratar está plenamente reconocido en los artículos 60 y 65 del Código Fiscal, pero también es cierto que no se puede pretermitir lo que dispone el artículo 29 del Código Fiscal que

taxativamente dispone:

"Artículo 29: Los contratos que celebre el Estado para toda clase de compras, ventas, arrendamientos, obras y servicios y en general todos aquellos que hayan de producir egresos o ingresos en sus fondos que excedan de ciento cincuenta mil Balboas (B/150.000.00) se celebrará previa licitación Pública que se verificará bajo la presidencia del Ministro de Hacienda y Tesoro o del servidor público de dicho Ministerio en quien se delegue. En los casos del Artículo 22, presidirá la Licitación el Ministro que debe presidir la licitación y que podrá delegar esta función en otro servidor público del Ministerio respectivo.

La Licitación se verificará siempre por medio de pliegos cerrados y las propuestas se sujetarán a las disposiciones de este Capítulo. Se exceptúan de las formalidades de Licitación los Contratos que se enumeran en el Artículo 58 de este Código".

El artículo anterior es tan claro que tratándose de una obra de millones y de tanta envergadura, mal pueden aplicarse y de manera indebida, los artículos 60 y 65 del Código Fiscal, el primero modificado por el artículo 4 de la Ley 63 de 11 de diciembre de 1961 y el segundo subrogado por el artículo 10 del Decreto de Gabinete 184 de 2 de septiembre de 1961.

La Sala advierte que el Consejo de Gabinete debió fundar en Derecho su resolución, y no lo hizo; y aun cuando pudiera alegarse que lo anterior va implícito, toda eficiente administración debe respaldarse en facultades legales para emitir sus actos.

El Consejo de Gabinete debió preparar las bases para la licitación pública. En cambio, prefirió la vía de la contratación directa, alegando que existía la seguridad del empréstito ofrecido por el Gobierno venezolano; no obstante lo anterior, ¿cabe acaso negarse que otras entidades públicas o privadas estuvieren en condición de financiar la obra?

Todo Estado soberano, para cumplir con sus fines, que son necesarios y contingentes, hace gala del ejercicio de su jurisdicción, tanto en lo fiscal como en lo administrativo, político y legal. Lo anterior se concreta mediante la autodeterminación de su pueblo, que, a su vez, se proyecta a través de su Gobierno. Alegar, por lo tanto, que no se recurrió a licitación pública infringiendo el artículo 29 del Código Fiscal, porque de otra manera, los Estados Unidos de Venezuela no concederían el empréstito para la construcción del puente sobre el Canal de Panamá, vulnera la primera virtud del Estado como su primera cualidad, la de ser soberano.

Esta Sala no puede prohiar esta situación, tanto más, cuando nuestra lucha tradicional se nutre del estímulo que constantemente emana de las contradicciones históricas con nuestro socio en la operación y manejo del Canal.

El Consejo de Gabinete aparenta fundar la resolución impugnada en el ordinal 6 del artículo 58 del Código Fiscal que se refiere a la prescindencia de la licitación pública en los casos en que se trate de colocación de empréstitos debidamente autorizados. Pero esta excepción no significa que las obras que se construyan u otras actividades que se efectúen con los aludidos empréstitos estén también exentos de licitación. No se puede admitir que dicha mediatización constituya factor lícito. Es todo lo contrario: es un factor ilícito. Lo que este ordinal significa es

que para obtener un empréstito, el gobierno no necesita abrirlo a licitación y puede hacerlo directamente, si consigue la autorización del Consejo de Gabinete. Esta es la única forma en que puede entenderse este ordinal del artículo 58, y lo reiteramos, que para pedir un préstamo el gobierno no tiene que abrirlo a licitación pública.

Además es necesario, de acuerdo con el artículo 59 del Código Fiscal, que conste la excepción en que se apoye el Consejo de Gabinete, lo que no se hizo y no se dijo en qué numeral del artículo 58 basaba la excepción para excluir el proyecto del requisito de licitación pública.

Como conclusión, considera la Corte que la resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980 expedida por el Consejo de Gabinete viola los artículos 29, 58, y 59 del Código Fiscal; y habida cuenta de ello, procede la declaratoria de ilegalidad impetrada, toda vez que dicha resolución no se ajusta a derecho.

En consecuencia, la **SALA TERCERA, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA: A) NO PROBADA LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA y B) QUE ES ILEGAL Y POR TANTO NULA**, la resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980 en los numerales primero y tercero de la parte resolutive que expresan lo siguiente: Primero:.....
.....
en el entendimiento de que el puente y la autopista y las obras accesorias cuyo costo total está incluido en el financiamiento indicado serán construidas por el consorcio formado por la empresa venezolana INDUSTRIAS METALURGICAS VAN DAM, S.A.C.A. y la empresa panameña SOSA Y BARBERO CONSTRUCTORES, S.A. Tercero: Eximir de los requisitos de la licitación pública la adjudicación de la construcción de la autopista Arraiján-Panamá y del nuevo puente sobre el Canal de Panamá; y autorizar al Ministro de Obras Públicas para firmar el contrato respectivo en nombre de la Nación.

Cópiese y Notifíquese!

(FDO) EDGARDO MOLINO MOLA (FDO) CESAR QUINTERO (FDO) RODRIGO MOLINA A. (FDO)
JANINA SMALL, SECRETARIA.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RODRIGO MOLINA A.

Con el debido respeto nos apartamos de la sentencia prohijada por la mayoría de los Honorables Magistrados que integran la Sala de lo Contencioso-Administrativo, por las razones siguientes:

Estimamos que en este caso se trata de un Convenio Internacional celebrado entre los gobiernos de la República de Panamá y de los Estados Unidos de Venezuela, para el financiamiento de la construcción de la magnitud de las obras que la sentencia de la Sala reconoce en el análisis de la parte expositiva. Así se colige además de los dos primeros considerandos de la impugnada Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980, dictada por el Consejo de Gabinete de ese año.

El Consejo de Gabinete de conformidad con nuestro Ordenamiento Jurídico Administrativo tiene competencia para negociar, celebrar, contratar

y acordar empréstitos. También está facultado para excepcionalmente prescindir de la formalidad de las "Licitaciones Públicas", como en el caso de la construcción del puente colgante sobre el Canal de Panamá; porque para esta obra, como reconoce el fallo de la Sala, "...se hacía imprescindible la consecución de empréstito para la realización de la obra y a la vez contratar los servicios de empresas especializadas y con probada experiencia en diseño y construcción de puentes de esa naturaleza...", debido a su extraordinaria magnitud.

La competencia entonces del Consejo de Gabinete en materia de contratación de empréstitos tiene su origen en el artículo 159, numerales 3 y 7, de la Constitución Nacional; y la facultad a su vez para que el Consejo de Gabinete declare la excepción de prescindir de la celebración de licitación pública, tratándose de ciertos contratos, tiene su base legal en los artículos 29, último párrafo, 48, numerales 3º y 6º, del Código Fiscal.

Por ello, la interpretación en este caso del sentido de las precitadas normas, previa a la aplicación de las mismas, y conforme al Ordenamiento en que se integran y dentro del cual dichas normas cobran su exacta significación y comprensión, jurídicamente evidencia, en nuestra opinión, que la impugnada Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980 lejos de adolecer de los vicios de ilegalidad que se le acusa en este proceso contencioso administrativo, justifica legalmente la declaratoria de excepción acordada por el Consejo de Gabinete, al prescindir del acto de la celebración de licitación pública, previa a la celebración del contrato, para la construcción de la autopista y un puente colgante sobre el Canal de Panamá, mediante la colocación de un empréstito con el Gobierno de Venezuela.

Finalmente, nos parece que los efectos jurídicos de la sentencia es otro aspecto que merecen especial importancia en este caso, por la posible repercusión que pudiera tener en materia de negociación y colocación de empréstitos con gobiernos extranjeros, tan esencial para el desarrollo socio económico del país, y de los fines que al efecto debe cumplir el Estado a través de uno de sus tres Organos.

Por las razones expuestas, respetuosamente SALVO el Voto.

Fecha ut. Supra:

(FDO) RODRIGO MOLINA A. (FDO) JANINA SMALL, SECRETARIA.-

