



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Panamá, dieciocho (18) de julio de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

El Licenciado **JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO**, quien actúa en su propio nombre y representación, ha presentado Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la Cláusula Décima del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021, suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad Ocean Pollution Control, S.A.

Mediante la Contratación Administrativa atacada, se acordó lo siguiente:

“DÉCIMA: LA CONCESIONARIA podrá ceder o traspasar los derechos y obligaciones que le imponga el contrato de concesión, con el consentimiento previo de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** y el refrendo de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, de acuerdo con las disposiciones que establece el Reglamento para otorgar Concesiones. También podrá LA CONCESIONARIA, previo consentimiento de **LA AUTORIDAD**, subarrendar a terceros todo o parte del área dada en concesión, así como los bienes que sobre esta se hayan construido”.

I. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA.

De acuerdo al Licenciado **JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO**, mediante el Acto Administrativo impugnado, la Autoridad Marítima de Panamá está permitiendo a la empresa concesionaria del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de

julio de 2021, ceder en todo o en parte, sus derechos y obligaciones derivados de dicha contratación, con el consentimiento previo de la Entidad contratante y la Contraloría General de la República.

En ese sentido, el recurrente estima infringidos los artículos 2 y 24-A de la Ley N° 5 de 1988, que regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa.

En primer lugar, considera la parte actora que la Cláusula contractual demandada, transgrede el artículo 2 de la Ley N° 5 de 1988, por considerar que, los deberes que pesan sobre los contratistas son intransferibles a terceros, toda vez que las obligaciones adquiridas por ellos frente al Estado, deben ser cumplidas por los mismos por su propia cuenta y riesgo.

En segundo lugar, la parte demandante aduce violado el artículo 24-A de la mencionada Ley N° 5 de 1988.

Así, el actor señala que, la disposición legal antes mencionada solamente faculta al concesionario a ceder sus derechos y obligaciones, en calidad de garantía, a las Entidades que hubiesen podido financiar el proyecto otorgado en concesión, y no a cualquier tercero, persona o empresa.

II. INFORME DE CONDUCTA DEL ADMINISTRADOR DE LA AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ.

De la Demanda instaurada se corrió traslado al Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, para que rindiera un Informe Explicativo de su actuación, el cual fue aportado mediante la Nota ADM N° 1519-09-2021-OAL de 3 de septiembre de 2021, que consta de fojas 29 a 33 del Expediente, y la cual en su parte medular señala lo siguiente:

“Sobre el particular, le informamos que a través de la Resolución ADM-CO No. 002-2020 de 13 de octubre de 2020, la Autoridad Marítima de Panamá otorgó en concesión a la sociedad OPC un área de fondo de mar de 1 Ha. + 839.95mts² y un área de ribera de mar y estructuras existentes de 0 Has. + 2,837.158 mts², localizadas en el corregimiento de Barrio Norte, distrito y provincia de Colón, con el objetivo de construir, operar, administrar, subcontratar y dirigir un terminal marítimo de servicios para desarrollar actividades de control de la contaminación y atender pasajeros, carga y servicios a las naves, por un período de veinte (20) años (fs. 1137-1146 del expediente de la concesión, tomo IV).

Una vez firmado, el Contrato de Concesión No. A-2005-2020 de 7 de julio de 2021 se remitió al Contralor General de la República, quien lo refrendó el 7 de julio de 2021, según consta a foja 1136 del referido expediente (tomo IV), quedando así perfeccionado.

...

De lo anterior se colige, que el Licenciado HENRÍQUEZ CANO incurrió en la indebida aplicación de las citadas normas de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988, ya que las concesiones marítimo-portuarias, entre ellas, la relativa al Contrato No. A-2005-2020 de 7 de julio de 2021, están sometidas a un régimen jurídico especial y distinto, contenido en la Ley No. 56 de 6 de agosto de 2008, General de Puertos de Panamá y en la Resolución J.D. No. 010-2019 de 27 de marzo de 2019, por la cual la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá aprobó el Reglamento para otorgar Concesiones.

En ese orden de ideas, el párrafo primero del artículo 1 de la Ley No. 56 de 6 de agosto de 2008 dispone que esta excerta legal 'tiene por objeto establecer las normas rectoras de la actividad de los puertos y las instalaciones marítimas que existan o se construyan en la República de Panamá, el uso de bienes otorgados en concesión y la prestación de servicios marítimos, sean estos de naturaleza pública o privada ...'.

En concordancia con lo anterior, el artículo 24 de la Ley No. 56 de 6 de agosto de 2008 dispone que la Autoridad Marítima de Panamá aplicará sus disposiciones para efectos de otorgar las concesiones y las licencias de operación ...

Por último, el artículo 32 de la Ley No. 56 de 6 de agosto de 2008 regula de manera particular lo relativo a la cesión de derechos y obligaciones de los contratos de concesión, en los términos siguientes:

'Artículo 32. Los contratos de concesión podrán ser modificados, cedidos, prorrogados, renovados a solicitud de la parte interesada, con la autorización expresa de la Autoridad Marítima de Panamá y el refrendo de la Contraloría General de la República, conforme a la ley y sus reglamentos.

En los casos de cesión de derechos de contratos, las partes deberán solicitar y obtener de la Autoridad Marítima de Panamá la autorización correspondiente'.

Cabe agregar, que la cesión del contrato de concesión marítimo-portuaria está ampliamente regulada en el mencionado Reglamento para otorgar Concesiones, específicamente, en el Capítulo III del Título II (artículos 49 al 55), donde se establecen los requisitos y/o condiciones que la misma debe cumplir ...".

III. OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante la Vista N° 1868 de 28 de diciembre de 2021, visible de fojas 53 a 67 del Expediente, el representante del Ministerio Público solicita a la Sala que no acceda a las pretensiones del demandante, y en consecuencia, se declare que no es ilegal la Cláusula Décima del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de

2021, suscrito en la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad Ocean Pollution Control, S.A.

A su criterio, las disposiciones legales que se aducen como vulneradas por la parte actora, contenidas en la Ley N° 5 de 1988, no resultan aplicables a la situación de hecho vinculada al Proceso bajo examen, toda vez que las mismas están dirigidas a regular la concesión para ejecución de obras públicas, y no las concesiones para la prestación de servicios marítimos.

IV. INTERVENCIÓN DE TERCEROS.

La sociedad Ocean Pollution Control, S.A., parte interesada en el Proceso bajo estudio, debidamente representada a través del Licenciado Carlos Martínez Sánchez, se opuso a la declaratoria de ilegalidad del Acto Administrativo atacado, y por tanto, solicitó que se negaran las pretensiones de la parte actora.

En ese sentido, indica básicamente que el demandante incurrió en una indebida aplicación de las disposiciones que estimaba infringidas, toda vez que omitió la mención de las normas especiales que se aplican a la actividad de los puertos y las instalaciones marítimas, contenidas en la Ley N° 56 de 6 de agosto de 2008.

V. DECISIÓN DE LA SALA.

Cumplidos los trámites que corresponden a este tipo de Proceso, procede la Sala a decidir el fondo de la pretensión planteada por el demandante.

COMPETENCIA:

En primer lugar, resulta relevante señalar que esta Sala de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la Acción Contencioso-Administrativa de Nulidad promovida por el Licenciado **JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO**, quien actúa en su propio nombre y representación, con fundamento en lo que dispone el artículo 206, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Código Judicial y el artículo 42a de la Ley N° 135 de 1943, conforme fue reformado por la Ley N° 33 de 1946.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA:

En el caso que nos ocupa, el demandante es una persona natural, que comparece en defensa del interés general en contra de la Cláusula Décima del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021, suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad Ocean Pollution Control, S.A.

Por su lado, la Autoridad Marítima de Panamá es una Entidad Estatal que, en ejercicio de sus atribuciones expidió el Acto demandado, razón por la cual se encuentra legitimada como sujeto pasivo en el Proceso Contencioso-Administrativo de Nulidad bajo estudio.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO Y DECISIÓN DE LA SALA:

Como se encuentra plasmado en párrafos anteriores, la disconformidad del recurrente radica en una de las Cláusulas de la Contratación Administrativa celebrada entre la Autoridad demandada y la empresa Ocean Pollution Control, S.A.

En primer lugar, para una mejor comprensión del tema examinado, es conveniente referirse a la contratación celebrada entre la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad tercera interesada.

En ese sentido, de una lectura del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021, se observa que la Administración otorgó a la empresa Ocean Pollution Control, S.A., un área de concesión sobre fondo de mar, así como sobre un área de ribera de mar y estructuras existentes, en la localidad de Barrio Norte, Distrito de Colón, Provincia de Colón, con el objeto de construir, operar, administrar, subcontratar y dirigir un terminal marítimo de servicios, para desarrollar actividades de control de contaminación y atender pasajeros, carga, servicios a las naves, por un período de veinte (20) años prorrogables.

Por su parte, la Cláusula Décima del mencionado Contrato N° A-2005-2020, se refiere a la posibilidad del traspaso de los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Así, la parte impugnada de dicha contratación estipula lo siguiente:



DÉCIMA: LA CONCESIONARIA podrá ceder o traspasar los derechos y obligaciones que le imponga el contrato de concesión, con el consentimiento previo de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** y el refrendo de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, de acuerdo con las disposiciones que establece el Reglamento para otorgar Concesiones. También podrá LA CONCESIONARIA, previo consentimiento de **LA AUTORIDAD**, subarrendar a terceros todo o parte del área dada en concesión, así como los bienes que sobre esta se hayan construido”.

Ahora bien, el demandante plantea que con la Cláusula Contractual atacada, se está permitiendo que el concesionario de una contratación celebrada con la Autoridad Marítima de Panamá, transfiera a un tercero los derechos y obligaciones derivados de esa contratación, lo cual, a su criterio, es contrario a lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 5 de 1988, toda vez que, al momento en que se selecciona un contratista, el Estado ha evaluado su funcionamiento y desempeño, así como su solvencia técnica y financiera, razón por la cual solamente es permitido que la cesión de los derechos y obligaciones, derivados de un Contrato de Concesión Administrativa, sea a favor de una Entidad financiera, en calidad de garantía de las obligaciones contraídas por el concesionario, como lo exige el artículo 24-A de la Ley N° 5 de 1988, disposición igualmente denunciada como infringida por el accionante.

Una vez conocidos los antecedentes que giran en torno a la expedición del Acto Administrativo atacado, así como de las constancias que reposan en el Expediente, procede la Sala a emitir sus consideraciones, con motivo de la Acción Contencioso-Administrativa de Nulidad promovida por el señor **JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO**, en su propio nombre y representación.

En este punto, esta Superioridad debe resaltar que, las concesiones administrativas encuentran su sustento en la administración y gestión de lo público, cuyo fin corresponde atender al Estado, en beneficio de la generalidad, a través del desempeño de distintas actividades funcionales, como lo es –entre otras-, la prestación de un servicio público.

Ahora bien, el servicio público comprende una prestación técnica para la satisfacción de una necesidad pública, a cargo del Estado o de terceros,

mediante la figura de concesión, licencia, permiso o autorización, pero en todo momento bajo supervisión estatal. Dentro de los servicios públicos quedan incluidos, entre otros, la provisión de gas, teléfono, agua, electricidad, así como la prestación de servicios de educación, salud, seguridad, transporte, entre otros.

Como se ha indicado con anterioridad, la prestación de los servicios públicos tiene como sujeto titular, en primer término, al Estado, por ser el principal gestor de las necesidades colectivas. No obstante, el Estado no necesariamente es el único prestador de servicios públicos. Veamos porqué.

Nuestro ordenamiento jurídico permite que Entes Públicos no estatales, e inclusive Entes Privados, adquieran competencias y atribuciones para prestar distintos servicios de carácter público. En ese sentido, el artículo 259 de la Carta Magna establece lo siguiente:

“Artículo 259. Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público”.

En virtud de lo anterior, debe indicarse que la forma clásica para la prestación de los servicios públicos por parte de particulares, se configura a través de la concesión de servicio público, la cual como bien la define el tratadista colombiano **Libardo Rodríguez**, “consiste en que una persona pública, llamada concedente, en virtud de un convenio, encarga a un particular, persona natural o jurídica, llamado concesionario, el cuidado de hacer funcionar un servicio público, a su costa y riesgo, permitiéndole obtener una remuneración que la toma de las tarifas o tasas recibidas de los usuarios”.¹

En resumen, puede concluirse que, en ocasiones, el Estado entrega la prestación de servicios públicos a Entes Privados –como es el caso del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021, suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad Ocean Pollution Control, S.A., cuyo objeto contractual fue

descrito en párrafos anteriores-; **sin embargo, dichas actividades gozan de la regulación y control del Poder Público, a fin de que se satisfagan las necesidades colectivas que justifican la existencia de estos servicios.**

Ahora bien, el demandante considera que la actuación de la Administración desborda los límites de sus atribuciones, establecidos en los artículos 2 y 24-A de la Ley N° 5 de 1988, al señalar en la Cláusula Décima del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021, suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad tercera interesada, la posibilidad que la concesionaria transfiera sus derechos y obligaciones contractuales a un tercero.

En este punto, es preciso indicarle al accionante que, la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, modificada por las Leyes N° 31 de 1994, N° 36 de 1995, N° 1 de 1999, N° 52 de 2005, N° 69 de 2009, N° 76 de 2010 y N° 128 de 2013, representa el instrumento normativo básico que en nuestro país regula **el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por Concesión Administrativa.**

Como se señalara en párrafos anteriores, existe un amplio elenco de actividades que son susceptibles de ser desarrolladas a través de la figura de la concesión (que van desde el servicio público propiamente dicho, hasta la explotación de actividades económicas o industriales que involucren recursos estatales que no pueden ser objeto de apropiación privada); y, por tanto, sus requisitos de otorgamiento, caracteres y modalidades varían de acuerdo a la naturaleza de la misma.

Por ello, en el caso de la Ley N° 5 de 1988, su alcance en materia de concesiones resulta más evidente del contenido de los artículos 1 y 2 de dicho Cuerpo Legal –siendo este último una de las disposiciones legales que se aducen como infringidas por la parte demandante-. Las normas en mención señalan lo siguiente:

“Artículo 1. Establécese el sistema de concesión administrativa para la ejecución de obras públicas de interés

¹ **Rodríguez, Libardo.** Derecho Administrativo, General y Colombiano, Decimoctava Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2013, página 671).



público, aplicable a la construcción, mejora, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas, y otras obras que el Consejo de Gabinete califique como de interés público". (lo resaltado es del Tribunal)

"Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga a realizar, por su cuenta y riesgo, o según sea la asignación de riesgos estipulada en el contrato de concesión, **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, la persona jurídica o entidad cobre a los usuarios de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquiera otra forma que se convenga con el Estado". (lo resaltado es de la Sala Tercera)

En ese sentido, es evidente que el manejo y administración de un terminal marítimo de servicios ubicado sobre fondo y ribera de mar –como es el objeto del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021-, se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley que regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por la vía de Concesión Administrativa.

Ello resulta aún más claro, tomando en consideración que, **mediante la Ley N° 56 de 6 de agosto de 2008,** se establecen las normas rectoras de la actividad de los puertos y las instalaciones marítimas, que existan o se construyan en la República de Panamá, el uso de bienes otorgados en concesión y la prestación de servicios marítimos, sean estos de naturaleza pública o privada.

En ese sentido, la mencionada Ley N° 56 de 2008, faculta a la Autoridad Marítima de Panamá, a regular el ejercicio de las operaciones portuarias y la prestación de servicios marítimos en nuestro país, para lo cual, podrá otorgar a particulares -en concesión administrativa-, el derecho a prestar un servicio o explotar temporalmente un bien propiedad del Estado, como se encuentra establecido en el artículo 5 del Cuerpo Legal en cuestión, que define los conceptos de concesión y concesionario.

De igual manera, y en relación con la materia objeto de la Demanda de Nulidad bajo examen, el artículo 32 de la Ley N° 56 de 2008, se refiere a la

cesión de los derechos de los contratos otorgados por la Autoridad Marítima de Panamá, al establecer lo siguiente:

“Artículo 32. Los contratos de concesión podrán ser modificados, **cedidos**, prorrogados, renovados a solicitud de la parte interesada, con la autorización expresa de la Autoridad Marítima de Panamá y el refrendo de la Contraloría General de la República, conforme a la ley y sus reglamentos.

En los casos de cesión de derechos de contratos, las partes deberán solicitar y obtener de la Autoridad Marítima de Panamá la autorización correspondiente”. (lo resaltado es de la Sala Tercera)

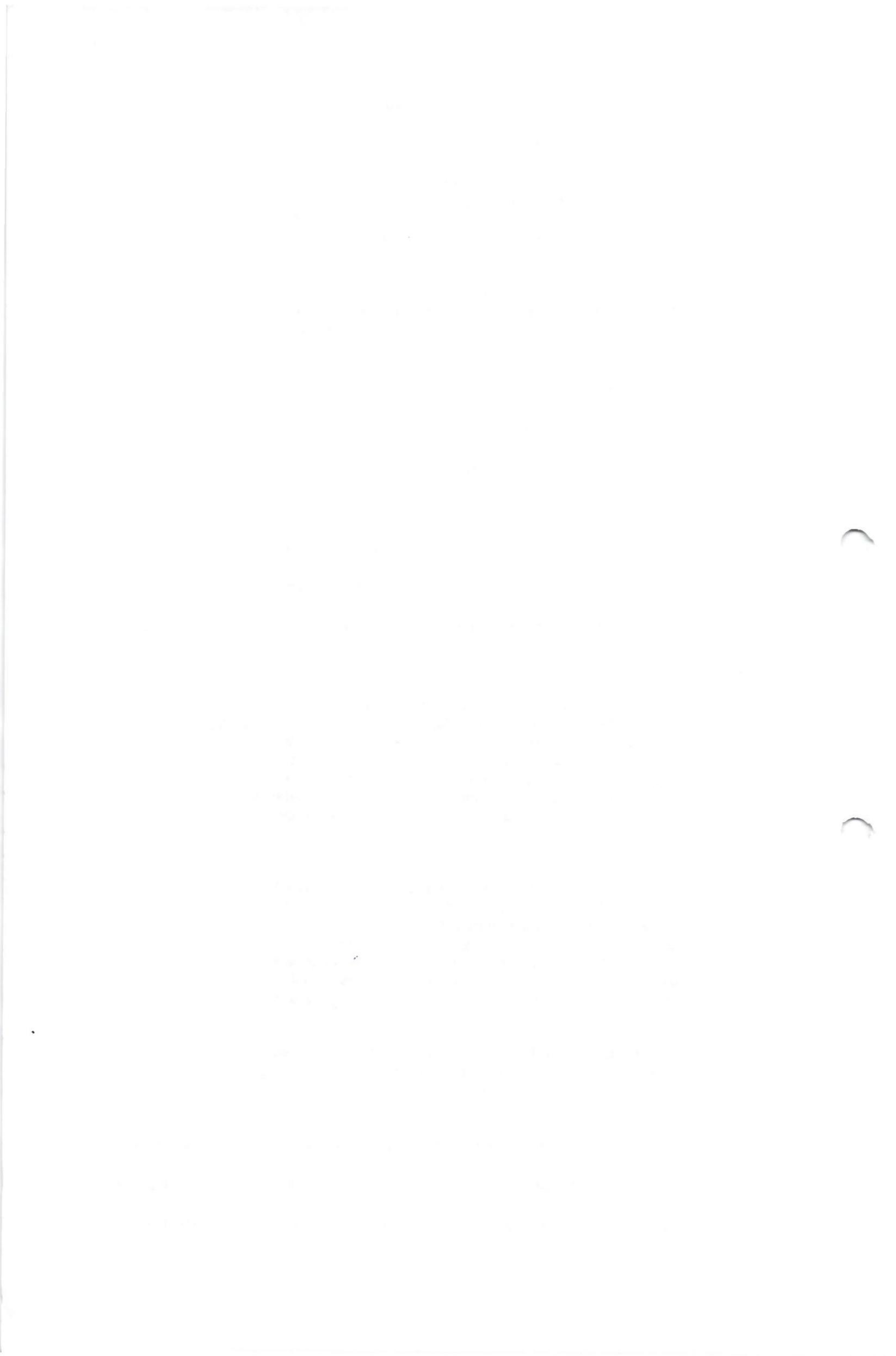
Las circunstancias anteriores evidencian que, la Autoridad Marítima de Panamá, al momento de suscribir el Acto Administrativo impugnado –contenido en la Cláusula Décima del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021-, hizo uso de sus atribuciones para otorgar concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en los fondos y riberas de playa; y, por tanto, actuó dentro del marco de sus facultades legales, al tenor de lo dispuesto en la Ley N° 56 de 2008, que señala en sus artículos 24, 25 y 26, lo siguiente:

“Artículo 24. Para el otorgamiento de concesiones y Licencias de Operación, la Autoridad Marítima de Panamá aplicarán las disposiciones que establezca la presente Ley y los reglamentos aplicables de conformidad con esta y, supletoriamente, las disposiciones legales que, por razón de la materia, corresponda aplicar. Será responsabilidad de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá dictar el Reglamento de Concesiones y Licencias de Operación respectivo”.

“Artículo 25. La Autoridad Marítima de Panamá autorizará el otorgamiento de concesiones para el aprovechamiento, el uso y la explotación de bienes y servicios del Estado, incluyendo la construcción y explotación de instalaciones marítimas o portuarias, así como la expedición de Licencias de Operación, a los particulares interesados en realizar actividades comerciales dentro de los recintos portuarios o áreas de competencia de la Autoridad Marítima de Panamá”.

“Artículo 26. Las concesiones se otorgarán mediante contrato, con sujeción a las disposiciones contenidas en el reglamento de concesiones vigente y a la ley”.

En atención a lo antes expuesto, puede concluirse que las alegaciones planteadas por la parte actora, con relación a las supuestas transgresiones de las normas contenidas en la Ley N° 5 de 1988, deben ser desestimadas,



tomando en consideración que dicho Cuerpo Legal no resulta aplicable a las concesiones marítimas otorgadas por la Autoridad Marítima de Panamá, en atención a la existencia y vigencia de la Ley N° 56 de 6 de agosto de 2008, mediante la cual se establecen las normas rectoras de la actividad de los puertos y las instalaciones marítimas, que existan o se construyan en la República de Panamá, así como el uso de bienes otorgados en concesión y la prestación de servicios marítimos, sean estos de naturaleza pública o privada.

En virtud de las consideraciones anteriores, y en atención a las constancias procesales que reposan en el Expediente, el Tribunal coincide con los argumentos del Procurador de la Administración y de la empresa tercera interesada, en que la actuación demandada se ajusta a Derecho, y, como quiera que la parte actora no ha probado las infracciones imputadas al Acto impugnado, se hace necesario declarar su legalidad.

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL** la Cláusula Décima del Contrato N° A-2005-2020 de 7 de julio de 2021, suscrito entre la Autoridad Marítima de Panamá y la sociedad Ocean Pollution Control, S.A.

NOTIFÍQUESE,

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA
MAGISTRADA

KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 20 DE Julio DE 20 22

A LAS 8:30 DE LA mañana

A Procurador de la Administración


Firma

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,
se ha fijado el Edicto No. 1914 en lugar visible de la
Secretaría a las 4:00 de la tarde
de hoy 19 de Julio de 20 22



SECRETARIA