



*República de Panamá*  
*Procuraduría de la Administración*

Panamá, 30 de agosto de 2018  
C-62-18

Ingeniera  
**Roxana Cárdenas**  
Gerente General  
Empresa Nacional de Autopista, S.A.  
E. S. D.

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

Señora Gerente:

Doy respuesta a su Nota N° 677-18 GG ENA de 11 de julio de 2018, recibida en esta Procuraduría el 17 de julio de 2018, mediante la cual recurre a este Despacho a fin de conocer nuestra opinión jurídica respecto a la legalidad de sustentar el otorgamiento de una Concesión Administrativa de Mantenimiento, Operación y Explotación del Cuarto Puesto sobre el Canal de Panamá, mediante el Sistema de Concesión Administrativa regulada en la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, en concordancia con la Ley N° 76 de 15 de noviembre de 2010 que autoriza la creación de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A.

Luego de la atenta lectura de la nota objeto de la consulta, y en virtud de la facultad concedida a este Despacho mediante el numeral 1 del artículo 6 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, me permito indicarle lo siguiente:

**I. Sobre lo consultado.**

Aprecio que la consulta busca nuestro pronunciamiento respecto a dos interrogantes específicas elevadas por su Despacho, a saber:

“1. ¿Es viable que el MOP le otorgue a ENA Oeste, de manera directa, una concesión administrativa para el Mantenimiento, Operación y Explotación del Cuarto Puesto sobre el Canal de Panamá, conforme a lo establecido en los artículos 1, 2 y 6 de la Ley 5 de 1988, los cuales giran en torno a la ejecución de concesiones de obras públicas de interés público y el artículo 2 de la Ley 76 de 2010, mediante la cual se autoriza la creación de ENA y se contempla la creación por parte de ENA de subsidiarias (como es el caso de ENA Oeste) y se establece su marco regulatorio?”

“2. ¿Son consistentes con lo establecido en la Ley de Concesiones, los términos propuestos por el Estado para otorgar concesión administrativa a ENA Oeste para el mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente, tomando en consideración que en su artículo 2 se refleja que la intención del legislador con el régimen de concesión administrativa es la de permitir que el concesionario supliera la falta de recursos del Estado en la ejecución de obras públicas?”

## **II. Criterio de la Procuraduría de la Administración**

En relación con las interrogantes planteadas, tenemos que en cuanto a la primera pregunta formulada, en torno a la posibilidad que la Empresa Nacional de Autopistas formalice una concesión administrativa para el Mantenimiento, Operación y Explotación del Cuarto Puente sobre el Canal, conforme lo dispone el **artículo 2 de la Ley 76 de 2010** y la Ley 5 de 1988, puedo señalar que con sujeción a este marco regulatorio es viable que esa relación se materialice, ya sea de manera directa o a través de una subsidiaria, en este caso, ENA OESTE, sea esta una empresa estatal o de economía mixta. Así vemos que esta finalidad emerge para la empresa, principalmente, de la propia Ley que la crea.

Sin embargo, en cuanto a este último aspecto, debo resaltar que según se desprende de la consulta, tanto ENA, S.A., como sus subsidiarias, son empresas 100% controladas por el Estado, por ende, se pudiese utilizar el procedimiento excepcional de contratación que dispone el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, de manera supletoria, tomando en cuenta que es un proyecto de interés público, tal como lo debe previamente disponer el Consejo de Gabinete, a fin que dicho proyecto pueda desarrollarse bajo el marco regulatorio de la Ley 5 de 1988. Ya que esta norma no regula el mecanismo de contratación cuando la concesionaria es una empresa controlada totalmente por el Estado panameño.

No obstante, bajo este escenario el Estado al utilizar el procedimiento excepcional de contratación está llamado a justificar técnica y financieramente porqué sería más conveniente que una empresa estatal desarrolle mediante concesión el Mantenimiento, Operación y Explotación del Cuarto Puente sobre el Canal, y no así conceder estos derechos a un particular, lo cual se debe someter a aprobación y evaluación de la autoridad competente, según la cuantía de la contratación, en base a lo dispuesto en el artículo 77 y demás concordantes del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017.

De lo contrario, de perder ENA OESTE su condición de empresa 100% Estatal, esto sí influirá en la forma o el procedimiento de contratación, ya que si ENA OESTE es una empresa de economía mixta, dicho socio debe escogerse a través de un procedimiento de selección tal como lo dispone los artículos 4, 4-A, 4-B y 6 de la Ley 5 de 1988, modificada por la Ley 76 de 2010. Ya que lo que el Estado busca es evaluar la idoneidad legal, técnica

y financiera de los proponentes como entidades independientes, tal como se desprende del artículo 4-A de la Ley 5 de 1988.

De igual manera, debo destacar que la Ley 5 de 1988 no desarrolla con precisión las características propias de un contrato entre una entidad estatal como "Concedente" y una empresa estatal como "Concesionaria", y esto puede representar algunos problemas al momento de ejecutar dicha concesión.

También considero que más allá de determinar si ENA, S.A. o sus subsidiarias se encuentran facultadas para desarrollar concesiones con el Estado, lo importante aquí es analizar si realmente estamos frente a una operación demasiado prematura, tomando en cuenta que el diseño, construcción y mantenimiento inicial no va a recaer en ENA OESTE.

Por lo tanto, a manera de contestar su segunda interrogante debo manifestarle que considero que no son consistentes con la Ley 5 de 1988, los términos propuestos por el Estado para otorgar la concesión administrativa a ENA OESTE para el mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente, por considerarlo una transacción muy prematura, y por lo tanto, demasiado riesgosa para la concesionaria, y por ende, para ENA, S.A., en función al esquema de financiamiento diseñado.

En estos momentos, la celebración de un contrato de concesión para el mantenimiento, operación y explotación del cuarto puente sobre el canal, sería extremadamente riesgoso, ya que estamos frente a una ganancia incierta para una de las partes, que a su vez, es el Estado.

Toda vez que el contrato principal tiene una duración de 10 años, y por lo tanto, los riesgos a los que estaría sometido el contrato de concesión para explotación no sólo se limitarían al eventual incumplimiento o cumplimiento tardío del contrato, sino inclusive, a riesgos de naturaleza política, que podrían hacer inviable un retorno a favor de la empresa estatal, haciendo vulnerable la inversión inicial y el riesgo crediticio de la empresa.

Una vez señalado nuestro criterio, procedo a exponer los argumentos y consideraciones que me sirvieron de sustento para llegar a dicha conclusión.

### **III. Consideraciones previas al fundamento del Criterio.**

En cuanto al tema consultado, es importante hacer referencia a algunas consideraciones previas, en torno a la figura de la concesión administrativa la cual empieza a tener un especial auge en los países de América Latina y el Caribe a partir de los años 80, cuando los mismos desarrollan importantes transformaciones económicas que los obligaron a involucrar al sector privado en el desarrollo de funciones administrativas, ya sea por la falta de experiencia técnica o de recursos económicos y financieros propios.

Estas alternativas se materializaron a través de contratos de concesión, de privatización y en menor medida mediante contratos administrativos, cada uno con sus respectivas

particularidades, los cuales se celebraron con el sector privado, visto éste último como un colaborador del Estado, siguiendo esa influencia del Consejo Francés, ya desarrollada en Europa, específicamente en España, a través de varios exponentes, entre ellos el Profesor Gaspar Ariño, a través de su célebre obra la Teoría del Equivalente Económico (1968).

Sin embargo, en esta oportunidad me referiré a las características que doctrinalmente se le atribuyen al Contrato de Concesión:

Según, *J Luis Guasch*, “*Las concesiones otorgan a una empresa privada el derecho de operar un determinado servicio de infraestructura y recibir los ingresos derivados del mismo, generalmente sobre la base de procesos de licitación competitivos. Las concesiones, en general, se otorgan por un periodo determinado de tiempo a la empresa que ofrece la prestación del servicio según los mejores términos al mismo tiempo que cumple determinados criterios generalmente relacionados con la calidad de inversiones.*”<sup>1</sup>

De igual manera, debemos tener presente que una concesión pura involucra construir-operar-transferir, bajo sus siglas en inglés conocido como BOT, ya que construir-poseer-operar (BOO) nos lleva al plano de la privatización.

Ahora bien, la posibilidad que el Estado pueda conceder derechos de concesión a una entidad pública, va a depender en gran medida de lo que determine la normativa doméstica de cada país. Sin embargo, no podemos perder de vista que lo que lleva al Estado a conceder los derechos de construcción y operación constituye precisamente las limitantes que tiene para hacerlo de manera directa por carencia de recursos de distinta naturaleza, recurriendo de esta forma a desarrollar relaciones con el sector privado que le permitan un mayor beneficio colectivo y una plena satisfacción del interés público.

Es así como el administrativista *José Roberto Dromi*, define a **la concesión** como un contrato por el cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica, privada o de derecho público, la organización, funcionamiento de un bien o servicio por un lapso determinado, donde esta persona, concesionario, actúa por su propia costa y riesgo y la responsabilidad que derive de hechos que concreten el “ejercicio” de la concesión corresponde al concesionario. Su labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios o beneficiarios.<sup>2</sup>

De igual manera, el jurista *Gabriel Rojas Arbeláez*, indica que la concesión reviste diversas acepciones, porque hay concesión de servicio público, de explotación de bienes del Estado y de trabajos públicos; y señala que “*los sujetos contratantes pueden ser ambos*

---

<sup>1</sup> GUASCH, J. Luis. *Concesiones en infraestructura. Como hacerlo bien*, Editor Antoni Bosch, España, 2004, p. 43

<sup>2</sup> DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina e Hispania Libros, Edición 12, Buenos Aires, 2006.

*instituciones públicas o bien un ente público y otro privado; además que es un contrato "intuitu personae" (en consideración a la calidad del contratista), por lo que éste, a su vez, no puede ceder la concesión a un tercero (a menos que esté autorizado)<sup>3</sup>."*

Así, la **concesión** implica, en favor del concesionario, una delegación por parte de la Administración Pública, que sin embargo conserva la dirección y control. El concesionario actúa bajo la severa y constante vigilancia de la autoridad concedente. Al término del contrato, los bienes afectados a la prestación del servicio pasan al dominio del Estado, con o sin indemnización, tal como lo ha señalado la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en resolución de 1 de febrero de 1996<sup>4</sup>.

De esta forma, tenemos que **la concesión** viene a ser la posibilidad que el propio Estado a través de una **entidad concedente** otorga los derechos de concesión ya sea a una persona privada o a otra entidad, llamada **concesionaria**, para explotar económicamente el bien objeto del contrato a cambio de una contraprestación a favor de la entidad concedente, y por ende, de utilidad pública.

Según, *J. Guasch*, generalmente en los contratos de concesión encontramos presentes los siguientes elementos, salvo las variaciones introducidas por las regulaciones de los distintos países, la cual contrastaré más adelante en función a nuestras normas domésticas:

1. El contrato rige la relación entre la autoridad que otorga la concesión y el concesionario privado.
2. La concesión se adjudica por un periodo definido de tiempo pero potencialmente renovable.
3. El concesionario es responsable de todas las inversiones y desarrollo de nuevas instalaciones, muchas de las cuales se especifican en el contrato, bajo la supervisión del Estado o del regulador. El concesionario retiene el control y los derechos de uso de todos los nuevos activos hasta que sean devueltos en el momento de la finalización del contrato. Asimismo puede incluir cláusulas que establezcan causas y recursos para la terminación anticipada del contrato, así como sanciones y multas por incumplimientos convenidos.
4. El concesionario recibe una remuneración de acuerdo con las tarifas establecidas en el contrato (con pautas claras de revisión y ajuste) que éste cobra directamente a los usuarios. Estos precios generalmente están regulados a través de mecanismos de precios máximos o tasa de retorno, frecuentemente determinado por el principio de

---

<sup>3</sup> ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel. *El espíritu del Derecho Administrativo*, Edit. Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1985, p. 65

<sup>4</sup> Sentencia de 1º de febrero de 1996. Caso: Municipio de Panamá c/ Contrato N.º 232-94 suscrito entre el Municipio de Panamá y Proveedora Atlántico Pacífico, S.A. Registro Judicial, febrero de 1996, p. 390.

equilibrio eficiente, que permite que la empresa obtenga una tasa de retorno justa sobre sus inversiones”<sup>5</sup>

Aunque en un contrato de concesión la transferencia del riesgo es mayor para el concesionario, lo cierto es que el Estado (entidad concedente) no desaparece y mantiene un rol determinante en el ejercicio previo a la formalización de la concesión como en la ejecución de la misma, en función a los términos y obligaciones del contrato. De tal manera, que en definitiva, los derechos de concesión a favor de otra entidad o empresa pública, ya sea cien por ciento (100%) estatal o mixta, constituye un gran reto, principalmente en cuanto al diseño de su concepción, y el ejercicio de las cláusulas excepcionales al derecho común, ya que tendríamos que llegar a la conclusión que la entidad o empresa concesionaria, en aquellos casos de entidades o sociedades con participación cien por ciento (100%) estatal, perderían sus derechos y prerrogativas frente a la entidad concedente. Por esa razón, considero de especial relevancia que en el caso particular de Panamá se fortalezca la Ley 5 de 1988, por la cual se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa, ya que el mismo permite esta modalidad, de tal manera que, se desarrollen normativamente las particularidades que reviste esta relación.

Toda vez que en Panamá no tenemos un solo marco regulatorio en materia de concesiones, sino varios que incluyen las distintas actividades en las cuales otorgamos derechos de concesión como por ejemplo: aeropuertos, aguas, electricidad, excavaciones arqueológicas, hidrocarburos, instalaciones marítimas y portuarias, inversión turística, juegos de suerte y azar, recursos minerales, pesca y acuicultura, telecomunicaciones, radio y televisión, transporte terrestre, entre otras; cobra vital importancia, al momento de diseñar el esquema de concesión, analizar los riesgos que presenta otorgar derechos de concesión al propio Estado a través de una empresa con participación accionaria importante, ya que posiblemente, este escenario no pueda ser solamente mitigado desde el negocio jurídico; razón por la cual recomiendo desarrollar jurídicamente esta figura.

#### **IV. Fundamento del Criterio de la Procuraduría de la Administración.**

El artículo 2 de la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010, que autoriza la creación de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. y establece su marco regulatorio y modifica la ley 5 de 1988, dispone que la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. (ENA) tiene como finalidad la adquisición de participación accionaria en el capital social de sociedades concesionarias del Estado para la construcción, conservación, mantenimiento, administración, financiación y explotación, por sí, de carreteras y autopistas de peaje o tarifa, y sus respectivas instalaciones y elementos accesorios y servicios auxiliares. De igual manera, dicha

---

<sup>5</sup> GUASCH, J. Luis. *Concesiones en infraestructura. Como hacerlo bien*, Editor Antoni Bosch, España, 2004, p. 45 y 46

prescripción resalta que estas actividades las podrá llevar a cabo ENA total o parcialmente, de modo directo o de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en el capital de sociedades anónimas o de otro tipo.

De lo anterior, se desprende con meridiana claridad que la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. surge con el objetivo de adquirir acciones, ya sean totales o parciales, directamente como ENA, S.A. o a través de alguna subsidiaria, de aquellas sociedades que son concesionarias del Estado, esto a manera de crear una especie de regulador que no solamente debe velar por los intereses del Estado, como toda empresa de economía mixta con mayor participación estatal, sino que también forme parte del negocio, dando pie de esta forma a una relación de concesión en la cual el Estado es tanto, concedente como concesionario.

Esta figura particular, encuentra su sustento en la Ley 5 de 15 de abril de 1988. Ya que en nuestro país, el sistema de concesión administrativa para la ejecución de obras públicas de interés público, aplicable a la construcción, mejora, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas, y otras que el Consejo de Gabinete califique de interés público, es el único sistema que permite que el concesionario no sólo sea una persona jurídica sino una entidad o empresa estatal, y así se encuentra desarrollado en su artículo 2, tal como fue reformado por la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010, de la siguiente manera:

“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 cualquier otra forma que se convenga con el Estado.

El contrato de concesión deberá **establecer de manera precisa la asignación de riesgos** entre el concedente y el concesionario, la cual podrá contemplar, entre otros y sin carácter limitativo, los riesgos de construcción, de operación y mantenimiento, de disponibilidad de servicios públicos, de falta de demanda, medioambiental, de cambios de legislación y de fuerza mayor.

....” (El resaltado es nuestro)

Ahora bien, aunque el artículo 2 de la Ley 5 de 1988, haga referencia al concepto de entidad, el mismo no se puede entender en sentido amplio, ya que es precisado por el artículo 4 de la misma excerpta legal, al referirse a aquellas empresas públicas, en la cual la participación del Estado puede ser total o mixta. El desarrollo que aporta el artículo 4 de la Ley 5 de 1998, nos acerca más a las características propias del contrato de concesión tradicional, solamente un poco más flexibilizado, abriendo la puerta a que puedan desenvolverse como concesionarios no solamente empresas privadas sino también estatales o con participación estatal. Y descartando así la posibilidad que otra entidad pública, ya sea del gobierno central o descentralizado, pueda desenvolverse como concesionario, toda vez que si el gobierno no cuenta con los recursos para desarrollar el proyecto directamente, no tendría sentido concederse a sí mismo dichos derechos, salvo que estemos frente a una estructura que brinde otras alternativas, como lo son las empresas estatales, las cuales están regidas por normas de derecho público y privado.

En este contexto advertimos que ENA, S.A., tal como lo dispone el artículo 5 de la propia Ley 76 de 2010, nace como una empresa cien por ciento (100%) estatal, la cual puede llegar a disponer de un cuarenta y nueve por ciento (49%) de esas acciones, de tal forma que el Estado **siempre mantendrá su participación mayoritaria que sería del cincuenta y un por ciento (51%)**, lo que lo obliga a velar en todo momento por el cumplimiento del interés público, característica que generalmente reviste a las empresas mixtas con mayor aporte estatal y por ende, la sujeción a normas de derecho público como también a aquellas correspondientes a la política interna de la empresa, del derecho privado y los estándares internacionales de servicio.

Por lo tanto, en cuanto a la primera pregunta formulada, en torno a la posibilidad que la Empresa Nacional de Autopistas pueda formalizar una concesión administrativa para el Mantenimiento, Operación y Explotación del Cuarto Puente sobre el Canal, conforme lo dispone la Ley 5 de 1988 y la Ley 76 de 2010, puedo manifestar que es viable que la misma de manera directa o a través de una subsidiaria, en este caso, ENA OESTE pueda actuar como concesionaria, sea esta una empresa estatal o mixta. Sin embargo, la entidad consultante mantiene dudas en cuanto a si esta contratación se puede llevar a cabo de manera directa, sin necesidad de llevar a cabo una licitación. Esta respuesta la encontramos en los artículos 4-A y 6 de la Ley 5 de 1988, tal como han sido adicionados y modificados, respectivamente, por los artículos 31 y 33 de la Ley 76 de 2010, los cuales disponen lo siguiente:

Artículo 4-A. Cuando el Estado opte por que sea una sociedad de economía mixta la titular de una concesión administrativa, en el acto de la declaratoria del Consejo de Gabinete de que trata el artículo 6 de esta Ley, deberá hacerse constar esta circunstancia y además **deberá aprobarse la constitución y el texto del pacto social de la sociedad anónima que habrá de fungir como concesionaria.**



En este supuesto, el proceso de selección de contratista tendrá el **propósito de escoger a la persona jurídica** que fungirá como **socio del Estado** mediante su participación como accionista de la **sociedad economía mixta**.

Para estos efectos, las personas jurídicas proponentes deberán cumplir con los requisitos establecidos en esta Ley y en el pliego de cargos del proceso de selección de contratista, independientemente de que en última instancia, sea la sociedad mixta la que reciba del Estado la concesión correspondiente. **Esto, a efecto de que el Estado pueda evaluar la idoneidad legal, técnica y financiera de los proponentes como entidades independientes**.

Artículo 6. Las obras susceptibles de realizarse por el sistema de concesión administrativa serán determinadas por el Consejo de Gabinete, **a propuesta de la entidad concedente**, el que las declarará aptas para ejecutarse conforme a las disposiciones de la presente ley. La resolución del Consejo de Gabinete a la que se refiere este artículo facultará a la entidad concedente para iniciar el proceso de selección del concesionario o, **en caso de que el concesionario haya de ser una sociedad mixta, el proceso de selección del socio del Estado en dicha sociedad** y la adjudicación de la concesión a la sociedad de economía mixta. El proceso de selección del concesionario o, en su caso, **el de selección del socio del Estado se realizará conforme a las normas de esta Ley y con carácter supletorio en caso de vacíos conforme a la legislación vigente en materia de contratación pública en cuanto no contradiga lo dispuesto en esta Ley**.

De las anteriores normas podemos colegir que aunque la Ley 5 de 1988, presupone la posibilidad que una empresa cien por ciento (100%) estatal pueda ser concesionaria a su vez del Estado, lo cierto es que dicho marco legal no hace referencia de manera específica a qué tipo de procedimiento de contratación se debe utilizar en estos casos. Sin embargo, si dispone que los vacíos deben ser llenados por la ley general de contratación pública.

De tal manera, que al ser una relación entre dos entes que representan al Estado, en este caso, el Ministerio de Obras Públicas, y por otro lado, una empresa o ente estatal, en ejercicio de la función administrativa, como lo es ENA OESTE, **la cual según se desprende de la consulta es cien por ciento (100%) controlada por el Estado**, debe enmarcarse en un contrato público a la luz de lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, y que pudiese materializarse a través de un procedimiento excepcional el cual se encuentra desarrollado en los artículos 73, 77 y demás concordantes del Texto Único de la Ley 22 de 2006,

ordenada por la Ley 61 de 2017, tomando en consideración que estamos frente a un proyecto que ha sido previamente calificado de **interés público por el Consejo de Gabinete**, tal como lo dispone el artículo 1 de la Ley 5 de 1988.

En este sentido el numeral 5 del artículo 73 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2007, contempla como causal para contratar por procedimiento excepcional los contratos de beneficio social, entendiéndose como estos, entre otros, “los proyectos relacionados con el desarrollo de recursos energéticos, hídricos, ambientales y **otros de importancia estratégica para el desarrollo nacional**”.

De tal manera que no compartimos lo afirmado en su consulta, en el sentido que esta relación pueda desarrollarse a través de un acuerdo interinstitucional, principalmente porque tal como lo ha señalado, actualmente ENA OESTE no cuenta con los recursos para asumir esta responsabilidad, y por lo tanto, un acuerdo interinstitucional no representaría una base solidada para desarrollar una modalidad de financiamiento de proyectos (Project Finance).

Ahora bien, aunque se señale que tanto ENA, S.A. como sus subsidiarias son sociedades cien por ciento (100%) controladas por el Estado, destaco la importancia de que tengamos claro el patrimonio de ENA OESTE, potencial concesionaria, frente a lo dispuesto en las normas descritas, como también a lo dispuesto en el artículo 4-B de la Ley 5 de 1988, tal como quedó modificada por la Ley 76 de 2010, **ya que lo que esta Ley deja muy claro es que cuando una empresa del Estado o el Estado decida asociarse con un particular a través de una sociedad de economía mixta, ese particular debe pasar por un proceso de selección**, ya que en estos casos tal como lo dispone el artículo 6 de la Ley 5 de 1988, no se escoge por acto público a la empresa propiedad del Estado sino al socio de éste, y por ende, la adjudicación a la sociedad de economía mixta.

Es decir, de ser ENA OESTE una sociedad de economía mixta, debe someterse a lo dispuesto en el artículo 4-B de la Ley 5 de 1998, y al final de la selección celebrar un contrato de compraventa de acciones entre la sociedad de economía mixta y el ganador de la licitación, dando lugar finalmente al otorgamiento de la concesión a la sociedad de economía mixta.

Ya que tal como se desprende del artículo 4-A de la Ley 5 de 1988, lo que se busca es evaluar la idoneidad legal, técnica y financiera de los proponentes como entidades independientes.

Una vez aclarada la viabilidad y limitaciones que ofrece el marco regulatorio aplicable a este proyecto, me adentraré a explicar las dudas que deja sentadas en su segunda interrogante, y que desde mi punto de vista, constituye el elemento más determinante de esta consulta, ya que obliga a explicar las implicaciones legales que conlleva un contrato de

concesión para el mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puesto, cuando no tenemos la certeza que el contrato para la construcción del cuarto puesto esté refrendado, mucho menos que la construcción en sí de la obra haya empezado, y en menor posibilidad que mantenga un avance considerable, que le permita a ENA OESTE, estructurar un negocio sobre una base real, sino más bien en un hecho futuro, y sobre el cual recae una serie de riesgos, que inclusive lo pueden convertir en un hecho incierto.

Según se desprende del portal de Panamacompra, el Ministerio de Obras Públicas llevó a cabo la Licitación por Mejor Valor con Evaluación Separada para el Diseño, Construcción y Mantenimiento del Cuarto Puesto sobre el Canal de Panamá, bajo la modalidad de contrato "Llave en Mano". Tampoco se advierte, a partir de este portal, que dicho acto público haya sobrepasado la etapa precontractual y por ende, la fase integrativa, que representa la adjudicación de una licitación. Por lo tanto, concluimos que al no tener un contrato público refrendado y publicado en dicho sitio web, no hemos entrado a la etapa contractual de esta adquisición.

Según el esquema de negociación diseñado por la Entidad Concedente, la Concesionaria debe pagar por adelantado, **por su cuenta y riesgo**, los derechos de concesión que representan el **mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puesto** al Ministerio de Obras Públicas. Sin embargo, frente a este escenario los riesgos son extremadamente altos para ENA, S.A. y sus subsidiarias, en vista de lo prematuro de esta negociación y las posibilidades de que la obra a explotar nunca se llegue a desarrollar o completar.

Tal como se desprende del literal b del artículo 12 del Decreto Ejecutivo No. 17 de 1989, tal como quedó modificado por el Decreto Ejecutivo No. 272 de 30 de noviembre de 1994, el documento en que se formalizará el contrato de concesión debe contener la **definición** del proyecto o de la obra que sería objeto de mantenimiento, operación y explotación. De tal manera, que al no estar ni siquiera contratada la construcción del proyecto y por ende, tampoco haber agotado una etapa incipiente como el diseño, ¿sobre qué base se estructuraría el negocio con ENA OESTE?, ¿Sobre un bosquejo conceptual del proyecto?

Adicionalmente, el artículo 12 de la ley 5 de 1988, dispone entre otros requisitos que en los Convenios de Concesión Administrativa se deberá consignar **por lo menos, lo siguiente**:

- 1.....
- 2 El **objeto** de la Concesión.
3. El **plazo** de la Concesión.
4. El **monto de la inversión** por el Concesionario.
5. La **delimitación de la zona objeto de la concesión**
- 6.....
7. Las **características** y plan general de la obra a mantener, operar y explotar.

8. El plazo para la iniciación y terminación del mantenimiento, operación y explotación por parte de ENA OESTE.

9.....

10. **Las tarifas**, así como el sistema para su revisión, las que deberán ser aprobadas por el Consejo de Gabinete...

En vista que el diseño, construcción y el mantenimiento inicial no recae en ENA OESTE, esto le adiciona un elemento de gran riesgo para esta empresa, ya que ésta depende que un tercero lleve a su vez este diseño y construcción; sin embargo, antes de esa contratación se requiere que ENA OESTE pague de antemano los derechos de una Concesión que se materializará en un futuro, es decir que no existe físicamente, ya que el proyecto de Llave en Mano está diseñado para ejecutarse en un periodo de Ciento Veinte (120) meses, es decir 10 años.

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

En este sentido JÉZE, indicó lo siguiente: *“El concesionario asume los riesgos que le hubieren sido transferidos de manera clara y explícita por la administración en la estructuración del negocio y los cuales se obligó a asumir en aras de la debida ejecución de lo pactado. No otros son los riesgos del contratista. Ni mucho puede entenderse con esta expresión de la doctrina que estemos frente a contratos aleatorios. El de concesión es básicamente conmutativo, pero de riesgos definidos, dado su carácter, naturaleza y sobre todo duración que lo hace frágil a las eventualidades. La definición y distribución de riesgos constituye un alea para cada una de las partes que de acuerdo con la estructuración del negocio le corresponda asumir “[...] considerándose que cada parte ha tenido en cuenta dicho alea en los cálculos y previsiones que hizo antes de contratar [...]”.*<sup>6</sup>

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

---

<sup>6</sup> JÉZE, Gastón Principios generales del derecho administrativo, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 373 (citado en SANTOFIMIO, Jaime, (2010) El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid, España.

luz del derecho público pudiésemos decir, que esa incertidumbre, daría pie a una causa ilícita.

Como señalara el jurista Dulio Arroyo en su obra Estudios Jurídicos<sup>7</sup>, “hay que tener presente que es preciso e indispensable también, en nuestro Derecho, para que un contrato sea válido, que tenga una **causa** y un **objeto** lícito, pues de lo contrario el mismo es nulo de nulidad absoluta”. Teniendo presente que tal como lo dispone el art. 160 del texto único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 61 de 2017, también son aplicables a los contratos públicos las disposiciones pertinentes del Código Civil en materia contractual.

**Es decir, es posible que estemos frente a un contrato que no cuente con las condiciones indispensables para su validez a la luz del derecho administrativo. De igual manera, aspectos como el plazo de la concesión, el monto de la inversión, la delimitación de la zona objeto de la concesión, el plazo para la iniciación y terminación de la concesión son aspectos que se dificultarían ser precisados por las razones anteriormente expuestas.**

Aunado a lo anterior, también se desprende de la consulta que ENA OESTE no cuenta actualmente con recursos para hacer frente a este compromiso, para lo cual tendría que realizar dos financiamientos, el primero a través de la reestructuración de la deuda actual de sus subsidiarias ENA SUR, S.A. y ENA ESTE, S.A. Y el segundo se basará en los flujos futuros del Cuarto Puente. Adicional a esta inversión, ENA OESTE deberá asumir los costos que se requieran para operar y mantener el Cuarto Puente durante un plazo acordado, los cuales como contraprestación se define que ENA OESTE tiene derecho a recuperarlas a través del pago de tarifas por parte de los usuarios, a través del cobro de los peajes, así como los pagos de apoyo a la concesión que haga el MOP y los pagos de derecho de uso y usufructo sobre el Cuarto Puente para el paso de la línea 3 del metro que reciba del Metro de Panamá, S.A.

Definitivamente, este escenario dificulta establecer de manera precisa la asignación de riesgos, los cuales como hemos señalado anteriormente, son múltiples para el concesionario en cuestión, toda vez que, se estaría obligando, con su propio capital y adquiriendo obligaciones con terceros para realizar aportaciones ante el concedente (Ministerio de Obras Públicas) para un contrato de obra, cuya fase de ejecución es ajena a su control y/o fiscalización, por no ser parte del proceso de selección de contratista por el cual se dispone la construcción del bien.

En los contratos de concesión, suele incluirse, generalmente, que los derechos de uso y explotación de los bienes del Estado, recaigan en la figura del concesionario, situación que no aplica en el caso que analizamos.

---

<sup>7</sup> ARROYO CAMACHO, Dulio. *Estudios Jurídicos*, Tomo III, Litografía e Imprenta LIL, S.A., Panamá, 1984. Pág. 77.

El objetivo que ENA OESTE busca en una eventual relación contractual, es tener un respaldo jurídico que le permita obtener recursos financieros para hacer frente al pago de los derechos de concesión, siendo importante destacar que al recaer la construcción de la obra en un tercero, dicho contrato podría no ser suficiente para servir de respaldo al concesionario, a fin de garantizar los recursos económicos que necesita para pagar por los derechos de una futura explotación.

De igual manera, la falta de garantías de la entidad concedente a favor de ENA OESTE, frente a un eventual incumplimiento total o parcial y un cumplimiento defectuoso por parte del contratista constructor de la obra sujeta a explotación, traería como consecuencia un impacto no sólo frente a esta operación sino sobre todas aquellas que lleva a cabo la empresa estatal, ya que podría representar una pérdida de su riesgo crediticio o de su calificación de riesgo como empresa. Y de igual manera, al ser una empresa bajo control total del Estado, éste último se vería doblemente afectado.

Sin embargo, no podemos finalizar nuestro análisis sin dejar de advertir que, a través de su consulta, usted destaca lo siguiente: *“Cabe señalar que el Estado ha programado el pago del proyecto del Cuarto Puente por avance de obra y los recursos vendrán parcialmente del aporte que realizará ENA OESTE como derecho de concesión y a través de otras fuentes de financiamiento coordinadas por el Ministerio de Obras Públicas en conjunto con el Ministerio de Economía y Finanzas”*.

En función de lo anterior, podemos señalar que el numeral 5 y 10 del artículo 16 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, dispone lo siguiente:

<sup>8</sup>Artículo 16. **Obligaciones de las entidades contratantes.**

Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1.....

5. Adoptar las medidas para mantener, **durante el desarrollo y la ejecución del contrato,** las condiciones técnicas, **económicas y financieras** prevalecientes al **momento de contratar** y de realizar sus modificaciones, cuando así estén autorizadas por la ley o el contrato de acuerdo al pliego de cargos.

10. **Efectuar los pagos correspondientes** dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. (El destacado es nuestro)

Esta obligación de realizar los pagos, a su vez se convierte en un derecho del contratista, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017. Sin embargo, el hecho que el Ministerio de Obras Públicas no tenga claridad en la forma como va a hacer frente de una obligación pre-contractual contraída a través de una obra adjudicada, causa mucha preocupación, ya que se está violentando el principio de planeación que debe estar presente en todo proceso de

---

<sup>8</sup> Antes artículo 13, numerales 5 y 10, respectivamente, del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, previo al reordenamiento efectuado por la Ley N° 61 de 2017.

selección, y de igual manera, se está poniendo en riesgo el cumplimiento de esa futura contratación.

Por lo tanto, en cuanto a su segunda interrogante considero que no son consistentes con la Ley 5 de 1988, los términos propuestos por el Ministerio de Obras Públicas para otorgar la concesión administrativa a ENA OESTE para el mantenimiento, operación y explotación del Cuarto Puente, por considerarlo una transacción muy prematura, y por lo tanto, demasiado riesgosa para ENA OESTE, y por ende, para ENA, S.A., en función al esquema de financiamiento diseñado. En estos momentos, la celebración de un contrato de concesión para el mantenimiento, operación y explotación del cuarto puente sobre el canal, sería extremadamente riesgoso, ya que estamos frente a una ganancia incierta para una de las partes, que a su vez, es el Estado.

Toda vez que el contrato principal tiene una duración de 10 años, y por lo tanto los riesgos a los que estaría sometido el contrato de concesión de explotación no sólo se limitarían al eventual incumplimiento o cumplimiento tardío del contrato, sino inclusive, a riesgos de naturaleza política, que podrían hacer inviable un retorno a favor de la empresa estatal, haciendo vulnerable la operación de la empresa.

Aún cuando el esquema de concesión administrativa está diseñado para transferir los riesgos al concesionario, no podemos pasar por alto que, en este caso, el concesionario es una empresa cien por ciento (100%) estatal.

Atentamente.

  
**Rigoberto Gonzalez Montenegro**  
Procuradora de la Administración.  
RGM/mc

