

Panamá, 20 de agosto de 2001.

Su Excelencia

Norberto R. Delgado Durán

Ministro de Economía y Finanzas

E. S. D.

Señor Ministro:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, y en especial como Consejera Jurídica de los servidores públicos administrativos, acuso recibo de su atenta Nota N°.101-01-966-DMEYF, fechada 17 de julio de 2001, ingresada a este Despacho el día 18 de julio del presente año, a través de la cual nos plantea lo siguiente:

“La empresa Panamá Ports Company, S.A. concesionaria de los Puertos en virtud del Contrato de Concesión aprobado mediante Ley N°.5 de 16 de enero de 1997, deduce, del monto total que debe pagar al Estado en concepto de anualidades fijas y variables (cláusulas 2.3.1 y 2.3.2), la suma mensual de B/.774,495.59 en concepto de “Costos de Reubicación”, con fundamento en lo que dispone la cláusula 2.12 a), g), h) y o) del Contrato de Concesión, deducción que a la fecha alcanza la suma de B/.12,391,929.44.”

Para mayor comprensión de la Consulta, se transcriben las normas pertinentes del Contrato de Concesión vinculadas al tema objeto de estudio.

“ Artículo 2.12 “Obligaciones del Estado”

- a. Garantizar a LA EMPRESA el uso y la posesión plena y pacífica de los Puertos, incluyendo pero sin limitarse al derecho de uso, con carácter prioritario, de todos los muelles en el Puerto Existente (incluyendo todos aquellos muelles otorgados a terceros mediante otras concesiones, tales como (Astilleros Braswell Internacional, S.A., y a Atlantic Pacific, S.A.), y el derecho a utilizar el área de Albrook asignada a LA EMPRESA dentro de El Puerto existente. Queda entendido entre las partes que cualquier desarrollo en otras áreas de Albrook no deberá afectar la operación eficiente de la EMPRESA. Si tales desarrollos afectan la operación eficiente de los Puertos, LA EMPRESA tendrá el derecho de cuantificar los costos que tales trastornos le causen, sujeto a consulta con EL ESTADO. EL ESTADO deberá rembolsar a LA EMPRESA las sumas correspondientes a los referidos costos. En ese sentido, LA EMPRESA presentará a la Autoridad Portuaria Nacional requerimiento escrito de pago. Si EL ESTADO no hubiese pagado a LA EMPRESA las sumas correspondientes dentro de un período de noventa (90) días calendario contados a partir del recibo por parte de la Autoridad Portuaria Nacional del referido requerimiento de pago, LA EMPRESA tendrá derecho a deducir el monto por dicho costo de la anualidad variable, pagadera a EL ESTADO de acuerdo con la cláusula 2.3.2 de este contrato y cualesquiera saldo pendiente luego de tal deducción será deducido por LA EMPRESA de la anualidad fija pagadera a EL ESTADO de acuerdo con la cláusula 2.3.1 de este contrato.
- g. Desocupar físicamente y entregar a LA EMPRESA al finalizar los Tratados del Canal de Panamá, o antes de tal fecha, las áreas, facilidades e instalaciones que actualmente ocupan dentro de

Los Puertos, la Comisión del Canal de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, los cuales una vez desocupados constituirán activos de Los Puertos, sin costos para LA EMPRESA o para la Autoridad Portuaria Nacional. Queda entendido que esta obligación deberá cumplirse aunque dichas áreas, facilidades e instalaciones estén ocupadas por la Comisión del Canal de Panamá o por cualquier otra persona o institución gubernamental, ya que es obligación de EL ESTADO entregar tales áreas, facilidades e instalaciones a LA EMPRESA.

- h. Coordinar a través del Comité Portuario y Ferroviario, antes de la terminación de los derechos de la Comisión del Canal de Panamá y de los Estados Unidos de Norteamérica con respecto al uso de las áreas e instalaciones en Los Puertos o alrededores, que hayan sido entregados en concesión a LA EMPRESA de acuerdo, con este contrato, incluyendo específicamente el derecho de LA EMPRESA a utilizar los edificios números 2^a, 3,4,5,8, 8^a, 10, 28 y 44B, según se detallan en el Anexo IX, ubicados en el Puerto Existente, los cuales son necesarios para que la EMPRESA desarrolle su operación de manejo de carga. **Cualquier costo de reubicación en que incurra LA EMPRESA será previamente acordado con el Comité Portuario y Ferroviario. El Estado deberá rembolsar a la EMPRESA la suma correspondiente al referido costo.** En ese sentido, **LA EMPRESA presentará a la Autoridad Portuaria Nacional requerimiento escrito de pago.** Si EL ESTADO no hubiese pagado a LA EMPRESA la suma correspondiente dentro de un período de noventa (90) días calendario contados a partir del recibido por parte de la Autoridad Portuaria Nacional del referido requerimiento de pago, LA EMPRESA tendrá derecho a deducir el

monto por dicho costo de la anualidad variable, pagadera a EL ESTADO de acuerdo con la cláusula 2.3.1 de este contrato.

- o. Dar respuesta dentro de un plazo de treinta (30) días calendario a cualquiera consulta o solicitud de aprobación por parte de LA EMPRESA. De no recibirse respuesta dentro del plazo enunciado, se entenderá que EL ESTADO ha otorgado su aprobación en los términos solicitados.

Del mismo modo, el artículo 2 de la Ley N°.5 de 16 de enero de 1997 señala lo siguiente:

“Artículo 2.

En virtud de lo que dispone el artículo 310 de la Constitución Política que crea la Autoridad del Canal de Panamá, y le otorga atribuciones y responsabilidades, y en virtud también de la íntima vinculación existente entre las actividades de la Autoridad y el funcionamiento de los puertos adyacentes al Canal de Panamá, el contrato contenido en esta Ley se aprueba sujeto a que ninguna de sus cláusulas pueda ser interpretada de manera, que riña con las facultades, derechos y responsabilidades que se confieren a la Autoridad del Canal en la norma Constitucional precitada o en la Ley que la organice, especialmente en lo relativo a la utilización de áreas e instalaciones, control de tráfico marino y pilotaje de las naves que transiten por el Canal y los Puertos Adyacentes a éste mismo, incluyendo sus fondeaderos y varaderos. En todo caso, cuando exista conflicto entre lo estipulado en el Contrato y la Ley que organiza la Autoridad del Canal o con los reglamentos que en desarrollo de ella se dicten, éstos tendrán prelación sobre aquél. (Subrayado del M.E.F.)

Concretamente el Ministerio de Economía y Finanzas, tomando como base las normas pretranscritas y sobre todo el artículo 2, de la Ley N°5 de 16 de enero de 1997, desea conocer si la empresa Panamá Ports Company, de manera discrecional, puede realizar descuentos en concepto de “costos de reubicación” de las anualidades variables y fijas que debe pagar al Estado sobre áreas e instalaciones que la Autoridad del Canal de Panamá hubiera determinado como esenciales para la operación del Canal de Panamá y que por tanto, forman parte del patrimonio de la misma y no han podido ser entregadas a la empresa.

Opinión del Ministerio de Economía y Finanzas

La Ley N°.19 de 11 de junio de 1997, Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, señala en su artículo 33, numeral 1) que “El patrimonio de la Autoridad del Canal de Panamá estará constituido por: Las instalaciones, las infraestructuras, los edificios, los equipos y otros bienes muebles e inmuebles, adscritos al funcionamiento del Canal, que reciba la República de Panamá con motivo de la transferencia del canal, mientras a juicio de la Autoridad resulten necesarios o pertinentes para el funcionamiento y modernización del canal. (Subrayado del MEF)

El artículo 49 de la misma excerta legal igualmente dispone que “la Autoridad podrá disponer de cualquier bien mueble o inmueble incorporado a su patrimonio, que no sea necesario para el funcionamiento del canal, a favor del Estado, de instituciones autónomas, o de personas naturales o jurídicas privadas, según dispongan los reglamentos”, en este caso de Contrataciones y el de Actividades Comerciales.

En virtud de lo anterior, la obligación del Estado de hacer entrega efectiva a la empresa Panamá Ports Company, S.A., de las áreas e instalaciones otorgadas en concesión pero en poder de la Autoridad del Canal de Panamá, será efectiva cuando la Autoridad del Canal de Panamá determine que las áreas y edificaciones otorgadas en el contrato de concesión a la empresa no son necesarias para el funcionamiento del Canal de Panamá.

En este aspecto, el Ministerio de Economía y Finanzas es de la opinión que la empresa pudiera deducir de los pagos al Estado (siempre en fiel cumplimiento del procedimiento específicamente establecido para ello) las sumas efectivamente desembolsadas por reubicación en otras áreas dejadas de

recibir, puesto que no se trata de pagos adicionales efectuados por la empresa, sino del valor de las áreas e instalaciones no entregadas.

Si la empresa considera que la Administración ha violado algún derecho, la reclamación debería ser mediante procedimientos diferentes al hecho de deducir de manera discrecional suma alguna de la anualidad fija y variable pagadera al Estado.

Por todo lo señalado, el Ministerio de Economía y Finanzas no acepta la deducción que hace la empresa en concepto de “costo de reubicación” de sumas de dinero que a la fecha totalizan B/.12,391,929.44 amparados bajo lo dispuesto en la cláusula 2.12 a), g), h) y o) del Contrato de Concesión.

En conclusión, el Ministerio de Economía y Finanzas no acepta la interpretación y argumentos esgrimidos por la empresa para efectuar dichas deducciones, primero, porque las sumas deducidas no son consideradas “costos de reubicación”, por lo anteriormente señalado, y segundo, porque de aceptarse por parte de otra instancia que las sumas deducidas pudieren ser “costos de reubicación”, **la empresa no cumplió con el procedimiento previamente establecido en el Contrato de Concesión, Cláusula 2.12 h) para tal efecto.**

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Voluntad común de las Partes en el Cumplimiento del Contrato de Concesión.

Antes de responder las preguntas, es oportuno acudir a la doctrina, para establecer, los elementos de perfeccionamiento del Contrato y señalar la obligatoriedad que las partes adquieren una vez pactado las cláusulas en que se fundamenta el mismo. Veamos:

Algunos juristas son de opinión que para que se formalice un contrato legalmente, deben existir dos voluntades válidas que concurran en su formación. En otros términos, se exige para la validez del contrato, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y por

otro, la capacidad del contratista. En consecuencia capacidad y competencia atañen a los sujetos contratantes y son presupuestos de validez del contrato.¹

El consentimiento, elemento sine qua non, es necesario para el perfeccionamiento del contrato. Es una declaración de voluntad bilateral, resultante, de una manifestación clara y específica sobre el objeto del contrato y sin el cual no puede llegarse a perfeccionar. El objeto del Contrato, es sobre la cual se pacta concretamente. Esta se constituye en una obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer algo, de acuerdo a lo reseñado por las partes en el contrato.

Cabe destacar que esta es una responsabilidad que vincula a la Administración Pública y al contratista, y el objeto del contrato debe ajustarse estrictamente a las normas del derecho objetivo, debiendo el objeto ser cierto, posible determinable y lícito. En ese sentido, todo lo dispuesto en el contrato es ley entre las partes y no pueden ejecutarse, actos que vayan en detrimento de lo dispuesto en el Contrato o en las Leyes que lo reglan. Por ende, no pueden los contratistas hacer más allá de lo que se pactó en el Contrato, muy por el contrario las reglas se presentan desde el inicio del contrato y lo pactado no puede variar sin ser acordado por las partes involucradas.

En ese sentido, recordemos que de acuerdo con el artículo 1109 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley. En ese sentido, la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. (Artículo 1107 del C.C.)

Coincidimos con el criterio legal externado por el Ministerio de Economía y Finanzas en relación a que la función administrativa se ejercita a través de formas jurídicas específicas que son los modos de exteriorización o principios jurídicos de la función administrativa y siendo el Contrato Público bilateral o de voluntad común, por ninguna razón podría interpretarse como un derecho discrecional por parte de la empresa, por que en su configuración y ejecución intervienen ambos sujetos.

¹ DROMI, Roberto; Derecho Administrativo; 7ª. Ed; Argentina, 1998, p. 348.

Siendo un acto bilateral el mandato expresado en el acápite h), de la cláusula 2.12 no podría ser discrecional de la empresa y por tanto, sin sustento deducir suma alguna en conceptos de costos de reubicación, si estos no son acordados de manera previa con la entidad encargada de la ejecución y control del contrato, en este caso, la Autoridad Marítima de Panamá.

Nótese, que el literal h) del Artículo 2.12 sobre las “Obligaciones del Estado”, dice expresamente que cualquier **costo de reubicación en que incurra la EMPRESA será previamente acordado con el Comité Portuario y Ferroviario.** En otras palabras, si LA EMPRESA, para desarrollar sus operaciones de manejo de carga, requería de las instalaciones y éstas aun no se le habían entregado antes de incurrir en el costo de reubicación debió acordarlo previamente con el Comité Portuario y Ferroviario. Luego consentido lo anterior, EL ESTADO debería **REMBOLSAR** a la empresa la suma correspondiente al referido costo. En ese sentido la Empresa debió presentar a la Autoridad Portuaria Nacional requerimiento escrito de pago. En caso tal que EL ESTADO, no hubiese pagado a la EMPRESA la suma correspondiente dentro de un período de noventa (90) días calendario contados a partir del recibo por parte de la Autoridad Portuaria Nacional del referido requerimiento de pago, LA EMPRESA, tendrá derecho a deducir el monto por dicho costo de la anualidad variable, pagadera a EL ESTADO de acuerdo con la cláusula 2.3.2 de este contrato y cualesquiera saldo pendiente luego de tal deducción será deducido por la EMPRESA de la anualidad fija pagadera a EL ESTADO de acuerdo con la cláusula 2.3.1 de este contrato.

En este punto, tal como señala el Ministerio de Economía y Finanzas, la Empresa pudiera deducir de los pagos al Estado (siempre en fiel cumplimiento del procedimiento preestablecido en el contrato para ello) **las sumas efectivamente desembolsadas por reubicación en otras áreas e instalaciones distintas a las otorgadas en virtud del contrato de concesión,** más no puede deducir como **“costo de reubicación”** y aquí coincide la Procuraduría de la Administración con el MEF, el valor total de las áreas **dejadas de recibir,** puesto que no se trata de pagos adicionales efectuados por la empresa, **sino del valor de las áreas e instalaciones no entregadas.**

En todo caso, si la Administración había violado algún derecho a la Empresa, **la reclamación debió ser mediante procedimientos diferentes al hecho de deducir de manera discrecional suma alguna de la anualidad fija y variable pagadera al Estado.** Así pues, la Empresa debió agotar el

procedimiento pactado en el Contrato. La cláusula 2.1.2 h) dispone prístinamente que de originarse algún costo por reubicación por parte de la empresa, este debe ser previamente acordado con el Comité Portuario y Ferroviario.

De haberlo hecho así el Estado, siguiendo el procedimiento, debió rembolsar a la Empresa dichos costos una vez acordados los mismos, seguido del requerimiento escrito de pago presentado por la Empresa. Coincidimos con el Ministerio de Economía y Finanzas en cuanto a que la Empresa debió agotar las instancias de conciliación y autorizaciones de costos entre las partes, antes de proceder a deducir discrecionalmente.

En cuanto a la primera pregunta, es menester indicar que si la Empresa, previamente hubiese acordado con el Comité Portuario y Ferroviario los costos de reubicación en otras áreas, instalaciones distintas a las pactadas en el Contrato de Concesión, ciñéndose al procedimiento pactado, y agotando la etapa de consulta, en efecto EL ESTADO, debe hacer estos pagos y si en noventa (90) días no se hubiese resuelto el requerimiento de pago presentado por la EMPRESA a la Autoridad Portuaria Nacional, se entendía inmediatamente la deducción variable y fija estipulada en el Contrato y sólo sobre el valor de las áreas e instalaciones no entregadas.

Este criterio responde la primera, tercera y cuarta pregunta. Por lo tanto, no serían legales las deducciones discrecionales por parte de la empresa en concepto de costos de reubicación que pudieran generarse dentro del término de ejecución del contrato, sin agotar las consultas y autorizaciones previas con el Estado.

En la segunda pregunta, debemos advertir que el Artículo 2, de la Ley 5 de 1997, enfatiza lo que dispone el artículo 310 de la Constitución Política que crea la Autoridad del Canal de Panamá, y le otorga atribuciones y responsabilidades, y en virtud también de la íntima vinculación existente entre las actividades de la Autoridad y el funcionamiento de los puertos adyacentes al Canal de Panamá, dispone: **el contrato contenido en esta Ley se aprueba sujeto a que ninguna de sus cláusulas pueda ser interpretada de manera, que riña con las facultades, derechos y responsabilidades que se confieren a la Autoridad del Canal en la norma constitucional precitada o en la Ley que la organice, especialmente en lo relativo a la utilización de áreas e instalaciones**, control de tráfico marino y pilotaje de las naves que transiten

por el Canal y los puertos adyacentes a éste mismo, incluyendo sus fondeaderos y varaderos. *En todo caso, cuando exista conflicto entre lo estipulado en este Contrato y la Ley que organiza la Autoridad del Canal o con los reglamentos que en desarrollo de ella se dicten, éstos tendrán prelación sobre aquél.* (Subrayado es del MEF)

De conformidad con el artículo 2, de la Ley 5 de 1997, párrafo segundo, se colige una exigencia legal, y es que las cláusulas del Contrato no pueden ser interpretadas de manera que riñan con las facultades, derechos y responsabilidades que se le confiere a la Autoridad del Canal en la norma constitucional y la Ley que la organiza en lo atinente a las áreas, instalaciones, control de tráfico marino y pilotaje de las naves que transiten por el Canal y las puertas adyacentes a éste mismo. Por lo tanto, de existir conflicto entre el Contrato y la Ley que rige la Autoridad del Canal en dicha materia, prevalece esta última sobre el Contrato.

En atención a este último párrafo, este Despacho recomienda al Ministerio de Economía y Finanzas promover un Acuerdo entre la Autoridad del Canal y la Empresa a fin de que aquélla determine de conformidad con el artículo 49 de la Ley 19 de 1997, que instalaciones no le son necesarias para el funcionamiento del Canal, para que se dispongan a favor de la Empresa y sean utilizadas para el desarrollo de sus operaciones.

En estos términos dejo contestada su interesante consulta, suscribiéndome del señor Ministro, con muestras de respeto y consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.