

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 294

Panamá, 27 de mayo de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.**

Se designa perito.

La firma forense Tile y Rosas, actuando en representación de **Importadora y Exportadora Universal, S.A., (IMEXUSA)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución J.D. 65-2010 de 22 de julio de 2010 emitida por la **Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá** y se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante Usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Antecedentes.

Según observa este Despacho, mediante la Resolución C.E 13-89 de 13 de octubre de 1989, la ya desaparecida Autoridad Portuaria Nacional le adjudicó de forma definitiva a la empresa **Importadora y Exportadora Universal, S.A., (IMEXUSA)**, la Licitación Pública 1-89 celebrada el 25 de julio de 1989, para el suministro de veinte mil (20,000) durmientes de madera, necesarios para la reparación y mantenimiento de la vía ferroviaria del antiguo Ferrocarril de Panamá, por un monto de un millón ciento cincuenta y cuatro mil quinientos noventa y seis balboas con ochenta centésimos (B/.1,154,596.80) (Cfr. fojas 9 y 93 del expediente judicial; 59 y 60 del expediente administrativo).

En este orden de ideas, la Comisión Financiera Nacional, en sesión celebrada el 22 de noviembre de 1989, y el Consejo de Gabinete en Resolución

131 de 13 de diciembre de 1989, emitieron concepto favorable al proyecto de contrato a celebrarse entre la anterior Autoridad Portuaria Nacional y la mencionada empresa (Cfr. fojas 9 y 93 del expediente judicial; y fojas 88 a 90 del expediente administrativo).

En atención a lo expresado, la entidad demandada presentó ante el antiguo Ministerio de Planificación y Política Económica, formal solicitud de un crédito extraordinario respaldado con la emisión de bonos de inversión pública por la Contraloría General de la República de la serie 1988-1989 al 10%, pues, la forma de pago sería a través de dicho medio de inversión, sometida a la consideración de la referida entidad de fiscalización (Cfr. fojas 9 y 93 del expediente judicial).

Con posterioridad, el Comité Ejecutivo de la Autoridad Portuaria Nacional en sesión celebrada el **19 de junio de 1990**, designó, a su vez, una comisión para que ésta presentara un informe sobre la Licitación 1-89 para el suministro de veinte mil (B/.20,000.00) durmientes de madera para el Ferrocarril de Panamá; **dicha comisión rindió un informe en el que recomendó dejar sin efecto la adjudicación definitiva de la referida licitación hecha a favor de Importadora y Exportadora Universal, S.A., (IMEXUSA, S.A.); declarar desierto dicho acto público; y convocar, previa comprobación de la existencia de la partida presupuestaria correspondiente, a un nuevo acto público** (Cfr. fojas 327 a 330 del expediente administrativo).

Por otra parte, el Vice-Ministro encargado del entonces Ministerio de Planificación y Política Económica, mediante la Nota CENA/110 de 5 de abril de 1995, comunicó al Director General de Ferrocarril de Panamá que el Consejo Económico Nacional en su sesión regular de 4 de abril de 1995, **emitió opinión no favorable a una solicitud de crédito extraordinario** al presupuesto general del Estado por la suma de un millón ciento cincuenta y cuatro mil quinientos noventa y seis con ochenta centésimos (B/.1,154,596.80), con asignación a favor

del Ferrocarril de Panamá, destinado a financiar la compra de veinte mil (20,000.00) durmientes de madera, por considerar que esa petición no se ajustaba a las políticas financieras y económicas del Gobierno Nacional (Cfr. foja 384 del expediente administrativo).

De igual manera, la Contraloría General de la República tampoco refrendó el proyecto del contrato a celebrarse entre la **Autoridad Portuaria Nacional y la sociedad Importadora y Exportadora Universal, S.A.** (Cfr. foja 408 del expediente administrativo).

Con posterioridad, el Consejo Económico Nacional **conoció nuevamente** del posible contrato entre la entidad portuaria y la sociedad **Importadora y Exportadora Universal, S.A.**; no obstante, en esta ocasión emitió concepto **no favorable** en relación con el mismo, lo cual fue comunicado a la referida institución mediante la Nota CENA/CRED/235 de 14 de noviembre de 1995, en la que indicó que tal postura se basaba en el hecho que el financiamiento de la referida relación contractual resultaba oneroso para los intereses del Estado, **considerándose los posibles aspectos de la privatización de los Puertos de Balboa, Cristóbal y el Ferrocarril de Panamá** (Cfr. foja 93 del expediente judicial y 418 del expediente administrativo).

Como producto de lo anterior, el representante legal de la recurrente, **Importadora y Exportadora Universal, S.A.**, **presentó el 24 de septiembre de 1996, un reclamo ante la entidad demandada para exigir una compensación por los daños y perjuicios por los gastos en que había incurrido.** Al respecto, dicha entidad, mediante Memorándum DAP-118-97 de 18 de diciembre de 1997, en principio, contestó favorablemente dicha petición, quedando pendiente de determinar el monto de la indemnización (Cfr. foja 10 y 93 del expediente judicial).

Sin embargo, debido al interés de las autoridades de actuar de conformidad con el **principio de legalidad**, habida cuenta de que la solicitud efectuada por la

sociedad recurrente recaía en un acto público que se había producido años atrás y frente al hecho que las normas que regulaban la temática habían sufrido modificaciones sustanciales, hizo que la Autoridad Marítima de Panamá; entidad que, en atención al artículo 37 del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998 se subrogó en los derechos y obligaciones de la anterior Autoridad Portuaria Nacional, dirigiera, en dos ocasiones, consultas a esta Procuraduría (Cfr. fojas 10 y 93 del expediente judicial; y fojas 584 a 586 del expediente administrativo).

Al respecto, mediante la Nota C-258 de 12 de noviembre de 1999, la entonces Procuradora de la Administración, Alma Montenegro de Fletcher, emitió concepto en cuanto a quién tenía la competencia para resolver y establecer los procedimientos a seguir en relación con la compensación solicitada por la sociedad Importadora y Exportadora Universal, S.A., por los gastos incurridos; señalando que dicha responsabilidad recaía en la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá (Cfr. fojas 10 del expediente judicial y 589 a 596 del expediente judicial).

Por otra parte, el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá emitió la Nota 1395-2002-Leg de 28 de octubre de 2002, dirigida a la Junta Directiva de la entidad, así como al Ministerio de la Presidencia, en la cual, entre otras cosas, manifestó que la normativa legal aplicable a la fecha en que se dio la adjudicación del acto público 1-89, es decir, el 25 de julio de 1989, era el Decreto 33 de 3 de mayo de 1985, el **cual no contemplaba compensación por gastos incurridos**, a diferencia de lo que sí ocurrió posteriormente con la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 que en su artículo 48 disponía que el adjudicatario o contratista de una licitación pública tendría derecho a recibir compensación por este tipo de gastos, si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo, después de encontrarse ejecutoriada esa resolución (Cfr. foja 705 a 706 del expediente administrativo).

Lo anterior, motivó a la entidad demandada a dirigir una **nueva consulta a la Procuraduría de la Administración**, a fin que se determinara **cuál sería la normativa aplicable a la situación particular en estudio** (Cfr. foja 11 del expediente judicial y fojas 779 a 787 del expediente administrativo).

Al respecto, el Procurador de la Administración que ejercía el cargo en ese momento, emitió la Nota C-081-06 de 11 de octubre de 2006 indicando que la norma aplicable a la solicitud presentada por la recurrente era el Decreto 33 de 1985, por ser la norma legal **vigente** al emitirse la Resolución C.E 13-89, mediante la cual se adjudicó a **Importadora y Exportadora Universal, S.A.**, la Licitación Pública 1-89 (Cfr. foja 11 del expediente judicial y las fojas 784 y 785 del expediente administrativo).

En tal sentido, la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá expidió la Resolución J.D 065-2010 de 22 de julio de 2010, mediante la cual, **resolvió negar la solicitud de compensación por los gastos incurridos, presentado por la empresa Importadora y Exportadora Universal, S.A. (IMEXUSA)** (Cfr. fojas 9 a 13 del expediente judicial y fojas 986 a 990 del expediente judicial).

Inconforme con la anterior decisión, la recurrente, actuando por intermedio de su apoderado legal, presentó un recurso de reconsideración; el cual, según expresa, no fue resuelto por la entidad dentro del plazo de dos meses, luego de su interposición; situación por la que, a su juicio, se ha configurado la negativa tácita, por silencio administrativo (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Agotada la vía gubernativa de la forma antes descrita, el actor ha concurrido ante la Sala Tercera mediante la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, con el propósito que se declare la nulidad de la resolución impugnada y que se hagan otras declaraciones (Cfr. fojas 3,4 y 6 del expediente judicial).

II. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 28, 29, 59 y 60 del expediente administrativo).

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho por tanto se niega.

Cuarto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo primero: No consta; por tanto, se niega.

Décimo segundo: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Décimo tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 9 a 13 del expediente judicial).

Décimo cuarto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

III. Norma que se aduce infringida.

El apoderado judicial de la actora considera que la resolución acusada infringe el cuarto párrafo del artículo 1645 del Código Civil, según el cual el Estado, las instituciones descentralizadas de éste y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión precitada, dentro del ejercicio de sus funciones (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

IV. Descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de la entidad demandada.

Al sustentar el concepto de la violación de la citada disposición, el apoderado judicial de la parte actora, de manera escueta, aduce que la misma ha sido infringida en concepto de violación directa por comisión; puesto que al expedirse la resolución impugnada se desconoció el perjuicio que le fue causado al proponente a quien se le adjudicó en forma definitiva la Licitación Pública 1-89 de 25 de julio de 1989 (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Esta Procuraduría debe disentir de lo indicado, habida cuenta de que la Autoridad Marítima de Panamá, negó el pago de la indemnización por los gastos pre-contractuales incurridos por Importadora y Exportadora Universal, S.A., dado que, como se ha indicado con anterioridad, la legislación vigente al momento en que se dictó la Resolución C.E 13-89, mediante la cual se adjudicó a **Importadora y Exportadora Universal, S.A., no contemplaba el pago de este tipo de compensación.**

En efecto, debemos recordar que la Autoridad Marítima de Panamá, mediante la Nota ADM 0312-04-2006-Leg de 19 de abril de 2006, elevó a la Procuraduría de la Administración una consulta acerca de cuál era la normativa aplicable en materia de contratación pública en relación con la solicitud de compensación formulada por la sociedad recurrente, a fin de determinar si lo era el Decreto 33 de 3 de marzo de 1985 o la Ley 56 de 1995 (Cfr. fojas 779 a 781 del expediente administrativo).

La Procuraduría de la Administración dio respuesta a lo anterior mediante la **Nota C-81-06 de 11 de octubre de 2006**, indicando en lo medular lo siguiente:

“En respuesta a su consulta, estimo pertinente señalar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República, **las leyes no tienen carácter retroactivo**, excepto las de orden público o de interés social, cuando en ellas así se establezca.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia nacional han señalado en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, que la retroactividad de la Ley supone que la retroactividad de la ley supone la aplicación de ésta a situaciones o hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia. La excepción a esta regla lo constituye el Principio de Irretroactividad de la Ley, que establece que la misma sólo es aplicable retroactivamente en tanto que la propia norma legal así lo establezca.

Al analizar los efectos del Principio de Irretroactividad de la Ley en materia de contratación pública, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia... **señaló la imposibilidad de aplicar las disposiciones legales contenidas en la Ley 56 de 1995 a situaciones contractuales que hubieran tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, lo que ocurrió al promulgarse en la Gaceta Oficial N° 22, 939 de 28 de diciembre de 1995.**

En el caso que ocupa nuestra atención, se observa que al momento de emitirse la resolución C.E. No. 13-89, **por la cual se adjudicó definitivamente la Licitación Pública No. 1-89 a favor de la empresa Importadora y Exportadora Universal, S.A., la norma aplicable era el Decreto 33 de 3 de mayo de 1985, que se refería a la celebración de contratos públicos.**

Con fundamento en lo expresado, **este Despacho opina que la norma aplicable a la situación planteada en su consulta es el Decreto 33 de 1985 por ser la norma legal vigente al momento de emitirse la resolución No. C.E. No. 13-89, mediante la cual se adjudicó a la empresa Importadora y Exportadora Universal, S.A. (IMEXUSA) la Licitación Pública No.1-89.**" (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 784 y 785 del expediente administrativo).

De la lectura de lo anterior, se desprende que la norma aplicable al reclamo presentado por la sociedad recurrente era la vigente al momento en que se celebró la Licitación Pública 1-89 de 25 de julio de 1989, a saber, el Decreto 33 de 1985.

La circunstancia anotada cobra notable importancia a fin de determinar la viabilidad de la solicitud del pago de los gastos precontractuales en los que había incurrido la demandante, ya que, según hemos manifestado, tal normativa **no contemplaba el pago de los gastos incurridos previos a la formalización del contrato respectivo, lo que ocurre al emitirse el refrendo por parte de la**

Contraloría General de la República, circunstancia que no se había materializado.

En este orden de ideas y para efectos de nuestro análisis, resulta de interés indicar que la Ley 56 de 1995, vigente al momento en que Importadora y Exportadora Universal, S.A., (IMEXUSA) solicitó ante la entidad demandada una indemnización, establecía en su artículo 48, lo siguiente:

“Artículo 48. Facultad de la entidad licitante.

La entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses.

La facultad de rechazo podrá ejercerse, siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo dispuesta en el presente artículo, después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.

A su vez, la entidad licitante podrá ejecutar la fianza de propuesta, de darse incumplimiento por parte del adjudicatario.”

De lo expuesto, se tiene que la norma en referencia preveía el pago de una compensación a los adjudicatarios de un acto público por los gastos en que hubiese incurrido; sin embargo, como se ha expresado, esa **ley no resulta aplicable a la solicitud efectuada por la sociedad recurrente, sino la vigente al momento en que se adjudicó el acto público, esto es, el Decreto 33 de 1985; instrumento jurídico que en ninguno de sus artículos prevé el pago de indemnización o compensación alguna por los gastos precontractuales en que haya incurrido el adjudicatario.**

Sobre la imposibilidad de aplicar la Ley 56 de 1995 a actos públicos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida normativa, la Sala Tercera en su Sentencia de 5 de diciembre de 1997 indicó lo siguiente:

“De igual forma, tampoco es procedente entrar a examinar los cargos de violación impetrados a los artículos 97, 104 y 105 de la Ley 56 de 1995 ‘Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones’, en virtud del principio de irretroactividad de la ley. Y, es que a la fecha en que se celebró el aludido Contrato de Arrendamiento N° 005-93, el 23 de julio de 1993, según se evidencia a página 5 del expediente, la Ley 56 de 1995 era inexistente, toda vez que la misma fue expedida el 27 de diciembre de 1995, posterior a la celebración de dicho contrato. Máxime cuando en el artículo 119 de la citada Ley, se estableció que la misma comenzaría a regir a partir de su promulgación. Promulgación que se dio en la Gaceta Oficial N° 22,939 de 28 de diciembre de 1995, de lo que se infiere que es a partir de esa fecha cuando dicha ley entró a regir.” (La negrita es nuestra).

Sobre lo anterior, coincidimos con lo expresado por la entidad demandada en la resolución impugnada en la cual expresó **“... esta Institución Marítima ha actuado en total apego de la estricta legalidad, que establece que los funcionarios públicos sólo podrán realizar actuaciones conforme a lo contemplado en la ley, por lo que no podemos acceder a lo solicitado por el Señor Erick Trujillo, en su calidad de Representante Legal de la empresa IMPORTADORA Y EXPORTADORA UNIVERSAL, S.A. (IMEXUSA), ya que la norma aplicable en el caso que nos ocupa es el Decreto No. 33 de 3 de marzo de 1985, que regía las contrataciones públicas en el año 1989, fecha en la que se efectúa y adjudica la Licitación Pública No. 1-89, la cual no contempla los gastos incurridos previos a la formalización del contrato respectivo...”** (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

En consecuencia, la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá no podía acceder a la solicitud hecha por Importadora y Exportadora Universal S.A., en el sentido que se le cancelaran los gastos en que había

incurrido previamente a la formalización del contrato; razón por la cual, a través del acto impugnado negó tal solicitud.

La anterior decisión encuentra sustento en lo establecido el numeral 11 del artículo 18 del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998 el cual, entre las atribuciones de la Junta Directiva de la entidad demandada establece la concerniente a: “*Autorizar los actos y contratos por sumas mayores a Un Millón de Balboas (B/.1,000,000.00).*”

Finalmente, se advierte que la recurrente también señala que en su caso ha operado la negativa tácita, por silencio administrativo, en la que afirma incurrió la Autoridad Marítima de Panamá al no contestarle en tiempo oportuno el recurso de reconsideración que presentó en contra de la Resolución J.D. 65-2010 de 22 de julio de 2010, acusada de ilegal.

Sin embargo, no hay que perder de vista que en este caso la configuración del fenómeno jurídico de la negativa tácita, por silencio administrativo, más allá de permitirle al accionante acceder al control jurisdiccional de la Sala, **no afecta la decisión adoptada por la entidad, en el sentido de negar la solicitud de compensación por los gastos incurridos, presentados por la empresa Importadora y Exportadora Universal, S.A.**

Por las consideraciones antes expuestas, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, declarar que NO ES ILEGAL la Resolución J.D 65-2010 de 22 de julio de 2010, emitida por la Junta Directiva de la Autoridad marítima de Panamá y, en consecuencia, se denieguen las peticiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

1. Pruebas que se objetan.

1.1 Objetamos, por **ineficaces**, las pruebas documentales visibles a fojas 16 a 27 del expediente judicial, **por constituir copias simples de documentos**

públicos que no han sido autenticadas por la autoridad encargada de la custodia de su original, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial que, como condición indispensable para que se puedan incorporar al proceso pruebas de esta naturaleza, exige que las mismas se presenten en su forma original o mediante copias debidamente autenticadas.

1.2 Se objetan por **inconducentes e ineficaces**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 783 del Código Judicial, las declaraciones notariales juradas de Gloria del Carmen Trujillo Hernández (la cual está en copia simple); Juan Gabriel Pérez Silva; Atilcio Quintero, Erick Trujillo Hernández, Clemente Oberto Alzamora, Enrique Edgar Montenegro, Eduardo Morales, Eryx Tejada Him y Randolph Andrel Lawson Rose visibles en las fojas 28 a 51 del expediente judicial, en vista que **la parte actora no solicitó que tales personas comparecieran al proceso a ratificarse de las mismas**, lo que resulta necesario de conformidad con lo establecido en el artículo 923 del cuerpo normativo antes indicado que, en su parte pertinente, señala la necesidad de ratificar a los testigos, cuando su declaraciones hayan sido recibidas fuera de proceso o ante Notario en forma de atestación;

1.3 Se objetan las vistas fotográficas visibles a fojas 59 y 60 del expediente judicial; puesto que no ha sido llamada al proceso la persona que tomó las referidas fotografías para que reconozca su autoría y el contenido de las mismas, lo que resulta contrario a lo establecido en el numeral 1 del artículo 856 del Código Judicial.

1.4 Se objeta, por **ineficaz e inconducente**, al tenor de lo establecido en el artículo 783 del Código Judicial, la prueba pericial con la finalidad de: *“...de determinar el monto de los gastos incurridos por Importadora y Exportadora Universal, S.A., con motivo de la adjudicación definitiva de la Licitación 1-89...”*; ya que, como hemos indicado, **la legislación vigente al momento en que se**

celebró dicha licitación no contemplaba el pago de compensación por los gastos pre contractuales en que hubiese incurrido un adjudicatario.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el evento que la Sala Tercera admita la referida prueba pericial aducida por la recurrente, esta **Procuraduría designa como perito**, en representación de la parte demandada, al **Licenciado Alejandro Cuadra Cedeño**, con cédula de identidad personal 8-387-186.

2. Se aduce la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, la cual ya se encuentra en la Sala Tercera pues fue remitida por la entidad demandada.

V. Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1177-10