

22 de febrero de 1996

Licenciado
ALCIBIADES VASQUEZ V.
 Secretario General del
 Consejo Municipal de Panamá
 E. S. D.

Señor Secretario General:

Con sumo agrado damos respuesta a su atenta Nota N°185 de 31 de enero del año que decurre, por medio de la cual tiene a bien solicitarnos nuestra opinión, referente al Contrato No.275-94 (Concesión de Cafetería del Parque Urracá), celebrado entre la Administración Alcaldía y el señor ARISTIDES MORAN PERALTA, y si en la celebración de este Acuerdo, se cumplieron todos los requisitos de ley para su realización.

Para un mejor entendimiento de la Consulta planteada, es preciso realizar un análisis pormenorizado de las circunstancias que originan la misma.

Así tenemos que el Consejo Municipal de Panamá, por medio del Acuerdo No.113 de 5 de noviembre de 1993, autorizó a la Administración del Municipio, para que mediante Licitación Pública otorgara en concesión unos bienes municipales, entre los que se encontraba la Cafetería del Parque Municipal Ricardo Miró (Parque Urracá).

Según se colige de la documentación que acompaña su consulta, se realizaron dos llamados a Concurso de Precios para recibir propuestas en la concesión de la Cafetería del Parque Urracá, pero dichos llamados fueron declarados desiertos por falta de proponentes.

Al declararse desiertos los citados actos, la Alcaldía solicitó al Ministerio de Hacienda y Tesoro, la autorización de Contratación Directa con el señor ARISTIDES MORAN; autorización que le fue concedida mediante Resolución No.818 de 4 de agosto de 1994.

Es así, como el Alcalde del Municipio de Panamá, mediante Resuelto No.42 de 8 de agosto de 1994, resuelve adjudicar definitivamente la Solicitud de Precios No.01-94 al Postor

Aristides Morán por el término de dos años y un monto total de B/. 4,800.00.

Finalmente, se suscribió el Contrato No. 275-94 entre el señor HERIBERTO MARTINEZ M., actuando en su condición de Representante Legal del Municipio de Panamá y el señor ARISTIDES MORAN PERALTA, mediante el cual se da en concesión la Cafetería del Parque Urracá, ubicado en la Avenida Balboa y Calle 42, Corregimiento de Bella Vista, Distrito y Provincia de Panamá.

En base al planteamiento anterior, es que la Procuraduría de la Administración procederá a emitir su opinión jurídica.

Efectivamente, esta Procuraduría en base al análisis exhaustivo de las constancias que acompañan esta Consulta, considera que se omitieron ciertos trámites en la adjudicación definitiva de la Concesión de la Cafetería del Parque Urracá.

Observamos que el origen de esta Concesión, parte del hecho que fue el Consejo Municipal de Panamá, quien mediante Acuerdo Municipal No. 113 de 6 de noviembre de 1993, autorizó a la Administración del Municipio de Panamá, para que se otorgara el uso por concesión de unos bienes municipales, entre los que se encontraba la Cafetería del Parque Urracá.

El Municipio de Panamá, por medio de su Ex-Alcaldesa MERCEDES GARCIA DE VILLALAZ, procedió a realizar los trámites legales necesarios para darle cumplimiento a la autorización que le diera el Consejo Municipal de Panamá.

No obstante, al procederse a adjudicar definitivamente la Concesión al señor ARISTIDES MORAN PERALTA, la Alcaldesa de Panamá, de aquella época, omitió solicitar la respectiva aprobación del Consejo Municipal de Panamá, tal y como lo exige el artículo 17, Numeral 11, de la Ley 106 de 1973, que dispone:

"ARTÍCULO 17: Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

- ii. Autorizar y aprobar la celebración de contratos y otros modos de prestación de servicios públicos municipales y lo relativo a la construcción y ejecución de obras públicas municipales..."

(Lo resaltado es nuestro).

- o - o -

El vocablo autorizar implica: "dar a alguien autoridad o facultad para hacer alguna cosa; permitir". (REAL ACADEMIA

ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, Tomo I, página 234).

En el caso en referencia, el Consejo Municipal de Panamá autorizó (Acuerdo No. 113 de 5 noviembre de 1993) a la Administración del Municipio de Panamá para que otorgara el uso por concesión de unos bienes municipales; pero, en ningún momento aprobó dicho otorgamiento.

La palabra aprobar significa: "Calificar o dar por bueno o suficiente algo... Tratándose de doctrinas u opiniones, asentir a ellas". (Real Academia Española; Op. Cit. pág. 174).

En efecto, al ejecutarse el contrato con el señor ARISTIDES ROMAN PERALTA, no se le brindó la oportunidad al Consejo Municipal -Cámara Edilicia facultada para regular la vida jurídica de los Municipios-, para que aprobara o improbara dicho contrato de concesión, por lo que según nuestra opinión, se omitió lo establecido en el artículo 50 y 75 del Código Fiscal, que prevén lo siguiente:

"ARTÍCULO 50: El Ministro del ramo o el representante de la entidad pública correspondiente, si considerase que se han cumplido las formalidades establecidas por la Ley, mediante resolución motivada adjudicará definitivamente la licitación a la persona cuya propuesta represente el mayor beneficio para el Estado...

Cuando la celebración del Contrato está sujeto a autorización o aprobación de la Junta Directiva, Comité Ejecutivo, Consejo Nacional, Consejo de Gabinete o de cualquier otro organismo o autoridad, la adjudicación de la licitación no se considerará perfeccionada hasta que tales autorizaciones o aprobaciones se hayan obtenido..."

- o - o -

"ARTÍCULO 75: Son absolutamente nulos los contratos en que tenga interés la Nación y que se hayan celebrado contraviniendo las disposiciones de este Código.

Cualquier persona podrá demandar ante el Tribunal competente la declaratoria de nulidad de que se trata y el Fiscal respectivo tiene

4

la obligación de hacerlo a requerimiento de persona interesada o del Organó Ejecutivo".

- o - o -

La Administración del Municipio de Panamá, tenía la responsabilidad que la Concesión de este bien municipal, revietiera todas las formalidades que la ley exige, entre las cuales está la que exige la autorización y aprobación de dicho contrato por parte del Consejo Municipal, sin las cuales, dicha adjudicación no se puede considerar perfeccionada; y es el caso que la aprobación hasta este momento no se ha dado.

Sobre este tópicó cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia, ha sido constante al señalar la importancia que reviste el perfeccionamiento de los contratos suscritos por el Estado, con particulares.

A manera de ejemplo, nos permitimos citar la parte medular de algunos Fallos, en los que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en omisiones similares a las producidas en este caso, se ha referido de la siguiente forma:

FALLO DE 26 DE ABRIL DE 1993.

"La empresa PLACE CONCORD INTERNACIONAL, S.A. había suscrito con la Dirección de Aeronáutica Civil un Contrato de Arrendamiento por un período de 5 años, contados a partir del mes de septiembre de 1984.

Al vencimiento del contrato en el año de 1989, la citada sociedad solicitó a la Dirección de Aeronáutica Civil la renovación de este contrato. Acto seguido, la Junta Directiva de esta institución autorizó al Director General de la entidad para que previo cumplimiento de los requisitos correspondientes celebrase el nuevo contrato.

Este contrato se confeccionó y fue distinguido con el número 150/89, y suscrito el 14 de septiembre de 1990. Sin embargo, el mismo no recibió el refrendo por parte de la Contraloría General de la Nación, por lo cual no se perfeccionó...

La Sala debe indicar al recurrente que tales violaciones no se han producido, en primer término porque el referido contrato,

tal y como hemos reiterado a todo lo largo de este análisis, no existió el concurso de todos los requisitos fundamentales del contrato. Debemos enfatizar al demandante que nos encontramos ante una contratación administrativa y no de orden privado, y que sin el refrendo o autorización no hay perfeccionamiento del acto". (Subraya la Procuraduría de la Administración).

- o - o -

FALLO DE 17 DE AGOSTO DE 1992

"La Junta Directiva de la Lotería Nacional de Beneficencia, por medio de la Resolución N°87-8 del 29 de noviembre de 1987, el Consejo de Gabinete por medio de la Resolución N°152 de 3 de diciembre de 1987 y el Ministro de Hacienda y Tesoro, mediante la Resolución N°454 de 21 de diciembre de 1987 autorizaron a la Lotería Nacional de Beneficencia y la exceptuaron de los trámites de la licitación pública y de concursos de precios para celebrar un contrato administrativo cuya nulidad se pide...

Ello es así, porque al exceptuarse estos contratos del procedimiento de licitación pública o concurso de precios, se buscaba favorecer... intereses (de) personas...

Tampoco puede aceptar la Sala el argumento del apoderado judicial especial de ... que la nulidad fue subsanada porque estamos en presencia de una nulidad absoluta de estos contratos, según lo señalado en el artículo 75 del Código Fiscal, y la misma, entiende la Sala, que no es subsanable por actos posteriores de la Lotería Nacional de Beneficencia como los invocados por dicho abogado. Hay que tener presente que en materia de derecho administrativo, en que el interés tutelado es, como regla general es la nulidad absoluta (artículo 75 del Código Fiscal) y la excepción es la nulidad relativa del contrato...

En consecuencia la Sala Tercera (Contencioso-Administrativa) de la Corte

8

Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que son absolutamente nulos los contratos administrativos N°87 (123) 157 de 27 de enero de 1988 y 88 (123) 100 de 30 de enero de 1989..."

- o - o -

Por considerarlo de importancia para la Consulta en análisis, nos permitimos reproducir el aparte denominado "Las causas de nulidad de los contratos administrativos", que fuere analizado por la Sala Tercera de la Corte en fallo de 17 de agosto de 1992, que dice así:

"III. Las causas de nulidad de los contratos administrativos.

Los dos contratos cuya declaratoria de nulidad se pide en este proceso son contratos administrativos, como lo señaló la Sala al resolver, en auto de 28 de enero de 1992, incidente de nulidad de lo actuado propuesto por el apoderado judicial de los señores Altamirano Mantovani.

El artículo 75 del Código Fiscal dispone que son "absolutamente nulos los contratos en que tenga interés la Nación y que se haya celebrado contraviniendo las disposiciones de este Código".

En realidad la validez de los contratos administrativos se encuentra amenazada, como ha señalado el tratadista francés Prosper Weil, profesor emérito de la Universidad de París, por irregularidades externas, que afectan la expresión o la realidad del consentimiento de las partes, y por irregularidades internas, que afectan el objeto o la causa del contrato o bien su contenido mismo en cuanto sea contrario al orden público. De esta forma, afirma Weil, el contrato administrativo puede carecer de validez por dos vías convergentes: la nulidad de los actos separables del contrato, de una parte; y la nulidad del contrato en sí mismo pronunciada por el juez del contrato, por otra parte (Prefacio a la obra de Dominique Pouyaud, La nullité des contrats

administratifs. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1991, pág. 11).

La Administrativa francesa Dominique Puyaud clasifica las irregularidades que pueden producir la nulidad del contrato administrativo en dos categorias, a saber: las irregularidades externas y las irregularidades internas. Puyaud sostiene, en planteamientos que la Sala comparte, que las irregularidades externas son aquellas que inciden sobre la expresion del consentimiento de las partes, tales como la incompetencia de una autoridad pública para celebrar el contrato o para elaborarlo. La falta de aprobacion previa del contrato, vicios de forma (ausencia de forma escrita) vicios de procedimiento, irregularidades en el procedimiento de seleccion del contratista privado o en el modo de aprobacion del contrato; y una segunda clase de irregularidades externas son las referentes a la realidad del consentimiento que puede estar viciado por error, dolo, fuerza o lesion enorme (op. cit. pág. 31 a 135).

Las irregularidades internas de los contratos administrativos, afirma Puyaud, consisten en vicios que afectan el objeto de los mismos, la causa y la no conformidad del contenido del contrato con el orden público que es especificamente relevante en materia de contratos administrativos (op. cit. págs. 141 a 277).

Por supuesto que se deben examinar estos vicios en cada caso concreto a fin de determinar la gravedad de los mismo ya que, a juicio de la Sala, sólo los vicios que revistan gravedad pueden dar lugar a la nulidad total del contrato. Nada impide que en caso de violaciones que se refieren a ciertos aspectos del contrato administrativo la Sala pueda decretar una nulidad parcial del mismo." - o - o -

A todo lo anterior, se suma el reciente pronunciamiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (1 de febrero de 1996), en torno a la ilegalidad del Contrato No.232-94 suscrito

entre el Municipio de Panamá y la Empresa Proveedora Atlántico Pacífico, S.A., y que entre otras cosas, señaló:

2. que el numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973 establece la imperatividad de que los contratos de concesiones sean aprobados por el Consejo Municipal.

3. que en contravención al texto legal citado, dicho contrato no fue sometido a la etapa de aprobación ante el Consejo Municipal.

La Corte advierte que el contrato No. 232-94 fue suscrito y ejecutado por haber presuntamente cumplido las condiciones esenciales de existencia, pero del estudio realizado se concluye que se encuentra ausente una condición o requisito de validez: su aprobación o referendo posterior.

.....

Como nuestra legislación no distingue entre las causales de nulidad absoluta y relativa, la falta de perfeccionamiento del contrato acarrea su nulidad, desde el momento de la declaratoria de la misma. La Corte estima sin embargo, que dado que la nulidad deviene de la falta de aprobación posterior, y en atención a que el contratista ha venido cumpliendo la concesión de manera responsable y conforme a lo pactado, nada impide que el contrato sea sometido a la aprobación o no, del Consejo Municipal para cumplir con la formalidad omitida.

Por todo lo expuesto, los cargos de violación denunciadas por el actor en relación al artículo 17 de la Ley 106 de 1973 y el artículo 50 del Código Fiscal prosperan en este caso, por las razones comentadas.

Estas violaciones legales hacen que resulte aplicable el contenido del artículo 75 del Código Fiscal que dispone la nulidad de los contratos en que tenga interés la Nación, que se hayan celebrado contraviniendo las disposiciones de dicho Código. Cabe subrayar que el término "interés de la Nación" en este

caso se encuentra en su sentido o acepción más amplia, siendo por ello sinónimo de los intereses del Estado, que lógicamente incluye a los Municipios. La norma resulta también aplicable de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Código Fiscal que establece el carácter supletorio de las normas del Código Fiscal para los Municipios."

- 0 - 0 -

Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, somos de la opinión que en el contrato No.275-94 (Concesión de la Cafetería del Parque Urracá) suscrito entre la Administración Alcaldicia y el señor ARISTIDES ROMAN PERALTA, no se cumplió con el requisito establecido en el Numeral 11 del Artículo 17 de la Ley 106 de 1973, que exige que los contratos de concesión, sean aprobados por el Consejo Municipal.

No obstante todo lo anterior, debemos señalar que el Contrato en referencia se encuentra amparado por el principio de presunción de legalidad inherente a todas las actuaciones administrativas. Por consiguiente, deberá cumplirse estrictamente hasta tanto no haya pronunciamiento en contrario, por la autoridad correspondiente.

En estos términos, dejamos expuesta nuestra opinión referente al contrato celebrado entre la Administración Municipal y el señor ARISTIDES MORAN PERALTA, por la concesión de la Cafetería del Parque Urracá. Reciba por tanto las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
 Promotora de la Administración

AMdeF/13/mcs.