

Panamá, 21 de noviembre de 2002.

Ingeniero

Ricardo R. Anguizola

Administrador General de la Autoridad Nacional del Ambiente

E. S. D.

Ingeniero Administrador:

De su despacho ha llegado a esta Procuraduría una interesante e importante solicitud de opinión sobre la Viabilidad Jurídica de la Revocación de un Acto Administrativo que dice relación con la "concesión transitoria de uso de agua", a favor del señor ARMANDO AGUILAR GUERRERO. Específicamente, esta *consulta de opinión para la revocatoria de un acto administrativo* se refiere a un acto específico: la Resolución N. AG -0112- 2002.

Por medio de la nota AG-1536- O2, la Autoridad Nacional del Ambiente (en lo sucesivo la ANAM), activa una nueva atribución legal de esta Procuraduría, para que esta Superioridad se pronuncie respecto de la viabilidad jurídica de una revocación de un acto administrativo específico, el cual es un acto presuntamente perfeccionado por virtud del cual se otorga una concesión de uso de agua marina, a tenor de lo establecido en el artículo 62 de la Ley 38 de 2000.

Lo planteado se resume así:

1. El Despacho del Administrador General del Despacho de la *Autoridad Nacional del Ambiente* (la ANAM) ha dictado un acto administrativo específico, del cual se piensa hoy en día, concurren serios vicios que podrían acarrear su revocación o anulación.
2. Se trata de un acto contractual de concesión administrativa.
3. Los vicios o irregularidad fundamentalmente se refieren al "incumplimiento del debido proceso administrativo". De haberse producido vicio de nulidad el acto y potencializa su posible "revocación".

4. Por esta razón considera el señor Administrador General que lo más apropiado sería inaplicar dicho acto de concesión y proceder a su revocación.
5. A pesar de la obligación a cargo del consultante¹, de presentar a la Procuraduría de la Administración el expediente contentivo del asunto potencialmente revocable, y pese a diversas conversaciones telefónicas previas; no se tiene mayores referencias del proceso administrativo de marras.
6. Por lo anteriormente expresado, a este despacho no le consta que la actuación administrativa de concesión administrativa del uso de aguas sea un acto en firme y haya sido comunicado su beneficiario el señor Armando Aguilar Guerrero.
7. Al parecer mientras se tramitaba la concesión, una tercera persona interpuso una oposición a la adjudicación, y por error no se le dio trámite a ésta.
8. Hoy en día la Administración (la ANAM) se ha percatado de aquélla omisión y se plantea si en el momento actual puede revocar o anular la adjudicación del contrato de concesión previamente tramitado.

Se pregunta:

1. ¿En vista de que existe (sic) contrato de concesión, se puede proceder a la revocación de la resolución en cuestión?
2. ¿De ser posible la revocación, se puede entender, debido al principio que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, que el contrato también queda revocado?
3. En caso de que no proceda la revocación, indicarnos cuál es el proceso a seguir.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Cuestión previa.

1. La solicitud se debería referir a una solicitud de viabilidad de revocatoria o de anulación en sede administrativa, sin embargo, según se infiere de la exigencia legal de aportar el expediente administrativo contentivo de la actuación, la realidad administrativa del ANAM, es además de compleja muy variada.

¹ Impuesto por el artículo 62 de la Ley 38 de 2000.

Por lo tanto, ante el hecho de no contar con una realidad procesal concreta de parte del consultante, nos limitaremos a confrontar la validez de las actuaciones de la ANAM, sin atrevernos a brindar una solución concreta, pues podríamos incurrir en una especulación jurídica.

2. Una cuestión que consideramos previa y de especial significación jurídica es la diferencia entre la anulación y la revocación, contenidas en los artículos 52 y 62 de la Ley 38 de 2000, (como medio de desestimación de la validez de un acto administrativo específico); y la anulación de un acto contractual.

Efectivamente, el acto de anular o revocar un acto administrativo si bien tiene consideraciones de orden jurídico de importancia (es decir que son fórmulas típicamente administrativas); sin embargo, la situación planteada parece tener una incidencia más específica en el sentido de ser una materia regida por la ley de contratos públicos (Ley 56 de 1995), más que la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 38 de 2000).

Ámbito Metodológico.

Para poder emitir una opinión jurídica en torno de esta materia, nos permitiremos transcribir la parte resolutive del acto del cual se espera su revocación, luego analizaremos las generalidades del vocablo revocar, para finalizar en el estudio de las condiciones específicas que la ley de derecho público panameño, establece para la revocación de los actos administrativos y sobre todo de contratos públicos.

El acto revocable.

A seguidas transcribiremos el acto susceptible de la revocación.

***“REPUBLICA DE PANAMA
AUTORIDAD NACIONAL DEL AMBIENTE***

RESOLUCION N°AG -0112-2002

EL SUSCRITO ADMINISTRADOR GENERAL DE LA
AUTORIDAD NACIONAL DEL AMBIENTE, EN USO DE SUS
FACULTADES LEGALES, Y

C O N S I D E R A N D O:

Que, el señor ARMANDO AGUILAR GUERRERO, varón
panameño, mayor de edad, con cédula de identidad personal

N° 2- 91-2020, presentó solicitud para que se le otorgue en concesión transitoria de uso de agua, un caudal de 37 l/s, para uso agrícola (riego de arroz) tomados del río La Estancia, ubicado en el Corregimiento de Antón, distrito de Antón, Provincia de Coclé. Este proyecto se encuentra ubicado dentro de la Finca N°5245, inscrita al Tomo 481, folio 456, asiento 1 y Finca N°406 inscrita Tomo 84, Folio 302, de la Sección de Propiedad, Provincia de Coclé, según certificación expedida por el Registro Público; de acuerdo a todas las formalidades establecidas en el Decreto Ley N°35 del 22 septiembre de 1966 y el Decreto de Ejecutivo N°70 del 27 de julio de 1973.

Que mediante Edicto de Notificación N°092-2001 del 15 de octubre de 2001, debidamente notificado se aceptó y ordenó el trámite de dicha solicitud y se fijó como fecha para realizar la inspección de campo el día 2 de noviembre de 2001.

Que en la inspección al lugar se levantó el informe de campo correspondiente, resultando que todos y cada uno de los datos aportados por el solicitante son ciertos, el uso que se le intenta dar al agua es provechoso y cónsono con el interés público y social, la capacidad de la fuente hídrica permite el otorgamiento de un caudal de 25 l/s, y la solicitud no afecta de forma directa o indirecta a usuarios actuales o potenciales.

Que la Jefe del Departamento de Servicio Nacional de Administración de Recursos Hídricos, con base a los resultados de la inspección realizada, en la cual se pudo confirmar que la solicitud en mención cumple con lo establecido en el Decreto Ley N°35 de septiembre de 1966 y el Decreto Ejecutivo 70 de julio de 1973, considera viable la solicitud de concesión.

Que conforme a lo establecido en el artículo 11, numeral 10 de la Ley N°41, Ley General de Ambiente de la República de Panamá, que establece que entre las facultades del Administrador General figura la de "Otorgar concesiones de bienes del Estado en materia de recursos naturales renovables".

RESUELVE:

PRIMERO: OTORGAR el derecho de usar un caudal de 25 l/s en concesión transitoria de uso de agua, tomados del río La Estancia ubicadas en el Corregimiento de Antón, Distrito de Antón, Provincia de Coclé, para fines agrícolas (riego de arroz) en una superficie de 25 hectáreas, a los predios identificados como Finca N° 5245, inscrita al Tomo 481, folio 456, asiento 1 y Finca N° 406 inscrita Tomo 84, Folio 302, de la Sección de Propiedad, Provincia de Coclé, según certificación expedida por el Registro Público, por considerarla viable, propiedad del señor **ARMANDO AGUILAR GUERRERO**.

SEGUNDO: NOTIFICAR a la parte interesada de la presente Resolución.

TERCERO: PUBLICAR, edicto de notificación, anunciado la presente Resolución, durante tres días hábiles en las oficinas del Departamento de Servicio Nacional de Administración de Recursos Hídricos, en la Alcaldía y en la Corregiduría del Distrito donde se encuentra ubicado del predio solicitante. Además se deberá publicar por tres días consecutivos en un periódico de circulación nacional, donde se hará constar el orden de las publicaciones, a costa del solicitante.

CUARTO: ORDENAR al Departamento de Servicio Nacional de Administración de Recursos Hídricos la confección del contrato respectivo, luego de ejecutoriada la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente Resolución se podrán presentar oposiciones dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la última publicación del edicto de notificación en el periódico.

SEXTO: Advertir al señor **ARMANDO AGUILAR GUERRERO**, que está obligado a no realizar acciones que conduzcan a la contaminación de las aguas de la concesión y deberá cumplir con las normativas ambientales y las Normas de Descargas de Aguas Residuales vigentes, como contribución a la protección y conservación de la cuenca hidrográfica de la fuente a concesionar.

DERECHO: Ley N°41 del 1 de julio de 1998, Decreto Ley N° 35 de 22 de septiembre de 1966, y Decreto Ejecutivo N° 70 de 27 de julio de 1973.

Dado en la ciudad de Panamá, a los veintiun (sic) (21) días del mes de marzo de 2002.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RICARDO ANGUIZOLA M
ADMINISTRADOR GENERAL”.

(subraya la Procuraduría de la Administración)

¿En qué consiste la revocación?

1. *En la dogmática jurídica privatista*².

i. Noción.

En el vocablo del derecho privado la revocación es una de las formas de terminación de los contratos o de extinción de los actos jurídicos por voluntad del autor o de las partes. Así, la adopción, por ejemplo, puede revocarse por convenio entre adoptante y adoptado o por ingratitud del adoptado, un testamento queda revocado de pleno derecho por la elaboración de otro posterior aunque este último caduque por incapacidad o renuncia del heredero.

ii. Por un principio de seguridad procesal el órgano jurisdiccional no puede revocar de oficio ni en forma ilimitada sus resoluciones.

Se ha sostenido que un principio de justicia y orden social exige la estabilidad de los derechos concedidos a las partes en un juicio y la firmeza del procedimiento. Esta seguridad, firmeza y orden abarcan el encadenamiento sucesivo de las diversas etapas del proceso, de tal manera que no pueda volverse a una etapa concluida definitivamente por una mera revocación.

2. *En el campo del derecho administrativo.*

² Es decir de derecho privado (Civil y Comercial).

En orden del derecho público panameño, la revocación se encuentra establecida en la Ley 38 de 2000, sosteniendo el siguiente principio: ***Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin que se enmarque específicamente en una de las causales legales especiales para la revocatoria.***

Ciertamente el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, prescribe que los actos que hayan creado una situación jurídica particular, o reconocido un derecho concreto e individual; no podrán ser revocados, sin que operen de forma especial, las causales o elementos de revocación. Entre estos elementos el más específico es el de exigirse "el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular". Esta disposición hace que hoy en día se afirme que la administración no puede revocar un acto del cual se derivan derechos subjetivos y personales, a favor de un sujeto de derecho, a menos que dicho acto haya sido proferido sin la debida competencia y por medio de la inducción a un error administrativo, habida cuenta de la presentación y aportación de declaraciones o documentos falsos. Veamos:

“Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. Cuando fuese emitida sin competencia para ello;
2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerlas;
3. Cuando el afectado consienta en la revocatoria; y,
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

En todo caso, antes de la adopción de la medida a que se refiere este artículo, la entidad administrativa correspondiente solicitará opinión del Personero Municipal, si aquélla es de carácter municipal, del Fiscal de Circuito, si es de carácter provincial, y del Procurador de la Administración, si es de carácter nacional. Para ello se remitirán todos los elementos de juicio que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos pertinentes.

En contra de la decisión de revocatoria o anulación puede el interesado interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la Ley.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo, no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla

fundado en causa legal, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho". (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Del tenor literal del artículo 62 pretranscrito se desprende una regla general, y al mismo tiempo un principio general del derecho administrativo panameño: la intangibilidad de los actos de carácter particular y concreto que reconozcan un derecho o que creen o modifiquen una situación jurídica de la misma categoría.

Es decir, que la regla general es que los actos de la administración, al presumirse legales, deben ser mantenidos y respetados en todas sus partes; salvo que sean denunciados de ilegales o que la propia administración los revoque o los anule. Luego que se hagan valer las acciones en sede administrativa, para que se apliquen estos dos supuestos, las personas que pueden verse afectadas deben, si lo tienen a bien, acudir, por medio de una demanda de ilegalidad, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Otra idea importante de esta normativa es la de que, los actos administrativos que creen o modifiquen una situación jurídica de carácter particular y concreta que reconozcan un derecho de la misma categoría no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, salvo que el acto haya surgido de una autoridad incompetente, caso en el cual podría producirse la **anulación de pleno derecho**; o que, por otro lado, haya sido producto de actos de defraudación y engaño a los funcionarios que lo han expedido.

La filosofía que informa el principio anterior es la de dar certeza, seguridad y estabilidad jurídica a los derechos particulares y concretos o situaciones de la misma índole que haya reconocido la ley. Pero la intangibilidad que predica la norma, se refiere a los actos administrativos expresos.

Si la Administración estima que expidió un acto con prescindencia de las formalidades legales debidas, no le está permitido revocar unilateralmente el acto; sino iniciar el procedimiento administrativo de anulación, contemplado en el numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38. En este procedimiento se le debe brindar a las personas todas las garantías del debido proceso administrativo. Propiciando con ello que con posterioridad, si las partes lo tienen a bien, demanden su anulación, utilizando la correspondiente acción de ilegalidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido el artículo 52 de la ley 38 de 2000, dispone lo siguiente:

“**Artículo 52.** Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Los dictados por autoridades incompetentes;
3. Aquellos cuyo contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. Los dictados con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;
5. Los que graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Como se deja ver, la anulación de pleno derecho, es diferente a la revocatoria, aunque igualmente tiende a la invalidez del acto, en sede administrativa: ella, la anulación puede ocurrir cuando la actuación administrativa incumple con alguno de los elementos propios y naturales a su emisión. Sobre esta materia en el glosario de la Ley 38 se establece que:

“**Acto administrativo:** Es una declaración o acuerdo de voluntad emitida o celebrado conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regido por el Derecho Administrativo.

Todo Acto Administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser ilícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la Ley, indicándose expresamente el lugar

de expedición, fecha y autoridad que lo emite”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

La anulación.

En cuanto a la anulación es importante señalar que ella difiere de la revocación. Sobre esta temática la autora Hildegard Rondón de Sansó Magistrada de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en una conferencia dictada en las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías", el 14 de noviembre de 1997, explicó lo siguiente:

“En efecto, la diferencia entre anulación y revocación va a radicar en que en principio, en la primera de las figuras mencionadas, el control que la propia Administración ejerce, versa sobre la juridicidad de sus actos, impidiendo su subsistencia cuando están afectados de un vicio que no admite convalidación como lo es el que produce la nulidad absoluta. En tal caso, la Administración está facultada en cualquier tiempo, de oficio o a instancia de parte para "reconocer" la nulidad aludida, con efectos ex tunc, esto es, desde el pasado. Por lo que respecta a la revocación, la misma estaría constituida, bien por la constatación de un vicio de nulidad relativa en el acto objeto del control administrativo que, por ser convalidable tiene un destino que depende de la Administración o bien, por un motivo de inoportunidad o inconveniencia respecto al interés tutelado. La potestad se ejerce con efectos exclusivamente hacia el futuro, esto es, "ex nunc"

¿Cuándo opera la declaratoria de nulidad?

Por lo que respecta a la declaratoria de nulidad absoluta, la misma sólo opera si están presentes los vicios a los cuales alude el artículo 52 de la Ley 38 de 2000 regulatoria del Procedimiento Administrativo General, es decir, los llamados vicios de nulidad absoluta, a los cuales hemos hecho referencia con anterioridad, pero que nos permitimos nuevamente señalar. Ellos son:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Cuando sea de imposible o ilegal ejecución;

3. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o,
4. Cuando hubieren sido dictados con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

¿Los contratos públicos se puede anular o revocar, según los procedimientos de la Ley 38 de 2000?

Consideramos que no son anulables ni revocables, en los términos del artículo 37, 52 y 62 de la Ley 38 de 2000, pues, por su naturaleza, los actos que recaen sobre una relación contractual de la Administración, esto es, los que operan en los llamados "Contratos de la Administración" existen dispositivos especiales que permiten a la Administración volver sobre sus propios pasos.

El artículo 37 de la Ley 38 de 2000, deja claramente establecido que el régimen común o general del procedimiento administrativo, debe ser aplicado de manera supletoria, a falta de regulación especial. Y en el caso de las formas de revisión oficiosa del contrato administrativo, la ley general y especial del contrato que estamos viendo, establecen con sus propias particularidades, la manera de proceder. Veamos:

“Artículo 37. Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o Ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Veamos lo dispuesto en la Ley especial sobre los contratos de concesión administrativo. Nos referimos a la Ley 5 de 1988, por medio de la cual se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesiones administrativas, publicada en la Gaceta Oficial número 21. 030 de 18 de abril de 1988.

“Artículo 16. La caducidad de cualquier concesión administrativa se declarará por el Consejo de Gabinete, a solicitud de la entidad concedente, por cualquiera de las siguientes causas:

1. Cuando no se realicen las obras objeto de la concesión en la forma y términos pactados;
2. Cuando se varíe, sin autorización de la entidad concedente, el objeto de la concesión;
3. Cuando se transfiera, ceda o grave la concesión o los bienes de la misma sin autorización del Consejo de Gabinete, o cuando se utilicen los bienes para fines distintos del objeto de la concesión;
4. Cuando se incumplan los numerales 1,2,3, y 5 del artículo 13;
5. Cuando se declare la quiebra judicial del concesionario, o por incapacidad financiera o técnica, plena y comprobada de llevar a cabo el objeto de la concesión, aún cuando no medie la declaratoria de quiebra judicial.
6. Por rescate administrativo de la concesión, previa indemnización calculada conforme lo determine el contrato”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

En cuanto a los numerales 1,2,3, y 5 del artículo 13 de la Ley 5 de 1988 en éstos se establece que el concesionario está obligado a realizar el objeto de la concesión; a conservar, mantener y reparar la obra objeto del contrato de concesión; ampliar la obra e instalaciones previstas en el contrato; y, explotar la obra brindando el servicio en forma ininterrumpida.

“**Artículo 22.** El rescate administrativo de la concesión constituye una potestad de la entidad concedente, que podrá ejercer sólo por razones de interés público, previa autorización del Consejo de Gabinete y en la forma prevista en el contrato de concesión”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

De las normas aplicables a la concesión administrativa, se puede colegir que en el caso específico de las concesiones administrativas, la Administración puede rectificar los contratos de concesión, por medio del llamado “rescate administrativo”.

Por regla general, la propia Administración sólo puede tener la potestad de dejar sin efecto el acto contractual de concesión administrativa, de manera unilateral, sin que medie responsabilidad del concesionario; cuando se cumpla con probar que existe un fin público importante de por medio y además, cuando opere la debida indemnización al cocontratante o concesionario.

En cuanto a las reglas generales de la contratación, la Ley 56 de 1995, regulatoria de este temática establece lo siguiente:

“Artículo 59. Causales de nulidad.

En los procedimientos administrativos de selección de contratistas, solamente se podrán anular los actos por las causales de nulidad taxativamente determinadas por esta Ley. La nulidad de los actos es separable de la nulidad del contrato”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

“Artículo 60. Causales de nulidad absoluta.

Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar la licitación, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona”.(Subraya la Procuraduría de la Administración)

“Artículo 66. Nulidad de los contratos.

Son causales de nulidad absoluta de los contratos públicos:

1. Los celebrados por personas inhabilitadas para contratar en los casos determinados por la ley.
2. Los celebrados por servidores públicos que carezcan de competencia absoluta para contratar.
3. La nulidad de la adjudicación decretada por vía jurisdiccional.

La nulidad de alguna o algunas cláusulas no invalidarán el resto del contrato, salvo cuando no pudiese ser ejecutado sin las cláusulas anuladas.

Se aplicarán a los contratos públicos, además, las disposiciones pertinentes del Código Civil en materia de nulidad contractual”.

“Artículo 71. La modificación unilateral.

Si durante la ejecución del contrato, para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no lleguen al acuerdo respectivo, la entidad, mediante acto administrativo, debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios necesarios”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

“Artículo 72. La terminación unilateral.

Sin perjuicio de la resolución administrativa del contrato, prevista en el Capítulo XVII, la entidad contratante, en acto administrativo debidamente motivado, podrá disponer la terminación anticipada del contrato, cuando circunstancias de interés público debidamente comprobadas lo requieran, en cuyo caso el contratista deberá ser indemnizado por razón de los perjuicios causados con motivo de la terminación unilateral por la entidad contratante.

Para esta terminación excepcional del contrato, se requerirá concepto favorable del Consejo de Gabinete”. (Subraya y resalta la Procuraduría de la Administración)

“Artículo 104. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

Como causales de resolución administrativa, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.
2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.
3. La quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse éste en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.
4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.
5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

Parágrafo. Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a éste por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubiesen incluido expresamente en el contrato”.

“Artículo 105. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del

contratista, la que dispondrá de un término de treinta (30) días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de ésta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.

En estos casos, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el Artículo 12 de la presente Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

En las normas de contratación general se deja ver que se ratifica la misma regla respecto de la anulación o la revocación del contrato administrativo, establecida en las disposiciones especiales de la Ley 5 de 1988, sobre concesiones administrativas. Esto es, que ante el hecho de que la administración quiera dejar sin efecto un contrato, de manera unilateral y sin que haya mediado incumplimiento de parte del contratista, ella debe indemnizar.

¿Se pueden revocar actos precontractuales, antes de la ejecución del contrato?

Con todo y la solución dada sería bueno preguntarnos ¿qué ocurre si se ha formalizado y firmado el contrato de concesión, pero aún no se está ejecutando? ¿Podrá la administración revisar sus actos y ordena la satisfacción de las actuaciones que previamente se incumplieron, antes de la puesta en marcha del contrato?

Si bien no hemos contado con el expediente contentivo de la actuación procesal de la ANAM, se nos ocurre que aún no se esté ejecutando el contrato, en cuyo caso sería oportuno recordar lo establecido en los artículos 61, 62, 63, 64 y 65 de la Ley 56 de contratos públicos:

“Artículo 61. Causales de nulidad relativa.

Las demás infracciones al ordenamiento jurídico serán meramente anulables, a petición de quien tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado, dentro de los términos que, para la impugnación de actos administrativos, establecen las leyes de procedimiento fiscal, transcurridos los cuales se entenderán saneados”.

“Artículo 62. La declaratoria de nulidad.

La nulidad se decretará cuando ello sea absolutamente indispensable para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros, o para establecer el curso normal del proceso. No prosperará si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación”.

“Artículo 63. Actos no afectados por la nulidad.

El Órgano que declare la nulidad de actuaciones dispondrá, siempre, la conservación de aquellos actos y trámites cuyos contenidos no resulten afectados por la nulidad”.

“Artículo 64. Convalidación de los actos anulables.

La administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”.

“Artículo 65. Complementación de los actos anulables.

Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos necesarios, la administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole el plazo de diez (10) días para complementarlo”.

De estas normas se colige que si bien un acto precontractual puede estar viciado de nulidad, esta puede ser de carácter relativa si se pueden corregir los errores y dicha corrección no afecta los derechos sustanciales de las partes involucradas. Es decir, que sí se pueden sanear los actos que irregularmente podían producir una nulidad, esa es una nulidad relativa y la Administración puede anular todos los actos que se haya surtido, hasta poner el procedimiento en la etapa que se cumplió y luego de verificar (sanear) ese vicio, seguir con el trámite regular del procedimiento.

En el caso bajo estudio podría significar el hecho de darle curso a la oposición del tercero que pretende se niegue la adjudicación de la Concesión del recurso hídrico al señor Armando Aguilar Guerrero. Y luego de darle trámite a esta oposición, es decir contestarla; si la administración considera que tiene razón el opositor, podría revocar los actos de concesión. Si por el contrario, se llega a la conclusión de que no tiene razón el opositor, se debería seguir con el trámite ya adelantado de la concesión al mencionado señor Aguilar Guerrero.

Con todo y estas ideas precedentes, ellas no se pueden tomar como la posición de la Procuraduría de la Administración respecto de la posible revocación de

determinados actos precontractuales, ya que para poder pronunciarnos al respecto, requerimos tener todos los elementos de juicio necesario, contenidos en el expediente que no se adjuntó a la consulta.

Conclusión

De lo estudiado, con los elementos aportados, creo que el acto objeto del actual dictamen de viabilidad jurídica, no podría ser revocado, en los términos de la Ley 38 de 2000, por dos razones importantes:

1. La ley 38 de 2000 no es directamente aplicable al caso de la revocación de los contratos públicos y,
2. La norma especialmente aplicable: las disposiciones relativas a los contratos de concesión administrativa, en particular y de contratación pública, en general, no permiten que la Administración activa: la ANAM, de por sí y ante sí, alterar la seguridad jurídica que podría detentar la persona concesionaria, sin que antes haya mediado la respectiva indemnización y el refrendo del Consejo de Gabinete.
3. Si el acto contractual aún no se ha perfeccionado por faltar su implementación o ejecución, tal vez aún se puedan subsanar los defectos formales no sustanciales, dándole trámite regular a la oposición presentada.
4. Si se pensara que el opositor tiene razón, se deberá pasar a formalizar un cuadernillo de anulación, en donde se debe dar traslado a la Procuraduría de la Administración, con toda la documentación necesaria, a fin de que esta casa opine respecto de la viabilidad de dicha anulación.

Nos permitimos hacer la siguiente recomendación final: la Administración, en la vía judicial (contencioso administrativa), inicie un proceso de anulación del acto ya que, desde su expedición se observan algunas irregularidades.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho, quedo de usted,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.