

Panamá, 1 de marzo de 2004.

Ingeniero

AUGUSTO ZAMBRANO R.

Administrador General de Autoridad de la
Región Interoceánica a.i.

E. S. D.

Señor Administrador General:

En cumplimiento de nuestras funciones como asesora de los servidores administrativos públicos paso a absolver situación planteada en nota No.ARI-AG-DAL-0402-04 fechada 20 de enero de 2004, recibida en este despacho el 28 del mismo mes, no sin antes advertir que la labor de asesoría que responsablemente desarrolla esta oficina pública versa sobre determinada **interpretación de la Ley o sobre un procedimiento que deba seguirse en un caso concreto.** En el presente se trata de una situación derivada de la celebración de un acto público, lo cual difiere de lo antes expresado. Sin embargo, por tratarse de un tema de interés nacional que involucra la administración y disposición de los bienes revertidos, examinaré la situación en concreto dentro de los parámetros de la Ley y conservando nuestra objetividad institucional.

Primeramente, la Autoridad de la Región Interoceánica, ha sido creada como una entidad autónoma del Estado encargada en forma privativa de la custodia, aprovechamiento y administración de los bienes revertidos, siempre siguiendo las directrices y políticas nacionales fijadas por el Estado panameño. Esta institución tiene una naturaleza sui generis, porque está facultada por mandamiento legal para arrendar, dar en concesión y vender los bienes

revertidos (constituidos por las tierras, edificaciones e instalaciones y demás bienes que han revertido a nuestro país de conformidad a los Tratados Torrijos Carter firmados en 1977 y sus anexos), lo que sin duda alguna le otorga una condición diferente al resto de las instituciones públicas, ya que para efectos jurídicos posee facultades especiales que emanan de la propia ley, pues, para una debida disposición de tales bienes, se debe procurar el mayor beneficio para el Estado, ya que se trata de la disposición de bienes cuyo procedimiento no está debidamente estructurado ni regulado, tomando en consideración la importancia y los costos de los bienes tutelados, esto es los bienes revertidos, los que por su condición tienen una categoría singular; a contrario sensu de lo que sucede en las contrataciones estatales comunes, en donde la generalidad apunta a la adquisición de servicios para el Estado, y en donde la mayoría de las veces se prefiere el precio más bajo, siempre que éste represente eficiencia y calidad en relación con el servicio requerido por el Estado.

El artículo 5, que contiene las atribuciones de la Autoridad de la Región Interoceánica para lograr sus objetivos, en su numeral 9, permite a La Autoridad contratar personal calificado para el cumplimiento de sus fines y el desarrollo de sus funciones. Bajo este postulado, La Autoridad aparte de las contrataciones que efectúa para el funcionamiento operativo de la institución, también mantiene contrataciones con empresas que en términos de colaboradores coadyuvan al logro de sus objetivos institucionales, como es el caso de Inversiones Natasha S.A., promotora de bienes raíces que desarrolla una intensa labor en la venta de los bienes revertidos.

Vale aclarar, que cuando decimos colaboradores, nos referimos al hecho de que quienes contratan con la administración pública no son contratistas ordinarios, sino colaboradores que cooperan en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económico-jurídica. Tales acciones se denominan en la doctrina como contratos de colaboración administrativa o contratos como técnica de transformación del Estado, según sea la colaboración que presta y la variable que se presente.

En el presente, se ha dado una controversia entre uno de los proponentes, licitantes u oferentes, Inmobiliaria P & P. S.A., empresa que aceptó sin condiciones ni objeciones el contenido del Pliego de Cargos elaborado con ocasión de la Licitación Pública 10-ARI-2003, cumpliendo con lo normado en la legislación en materia de régimen de los bienes y procedimientos de

adjudicación, en cuanto a bienes revertidos se refiere, resultando favorecida en el acto celebrado. Aunque no declaró en el formulario de propuesta, a su representante de ventas autorizado, como sí lo hicieron otras empresas dentro del mismo acto de la licitación, lo cual es objetado por la ARI, como violación al Pliego de Cargos.

En este orden de ideas, interesa anotar que el objeto de la Licitación en este caso era otorgar en venta la parcela de terreno No. CL-35 con un área de terreno de 15 Has + 287.24 mts², para uso mixto residencial urbano – alta intensidad, ubicada en Clayton, Corregimiento de Ancón, Distrito y Provincia de Panamá y cuyo valor refrendado era de UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA BALBOAS CON NOVENTA Y DOS CENTÉSIMOS (b/.1.638,130.92), lo que se logró superando las expectativas propuestas, ya que la venta se dio a un precio de tres millones un balboa (B/.3,001.000.00), o sea, un precio muy por encima de lo ofertado.

En cumplimiento del principio de legalidad que rige dentro de la administración pública, importa a este despacho observar lo siguiente:

Primero: Se celebró un acto público, mediante Licitación Pública, atendiendo el valor del bien en venta, lo cual es lo correcto. Puesto que el precio excedía la suma de doscientos cincuenta mil dólares (B/.250.000.00).

Segundo: En dicho acto se dieron los pasos que señala la ley, verbigracia, convocatoria, presentación de propuestas, publicación de avisos, consignación de fianza, etc.

Tercero: El acto se celebró el día, hora y lugar señalados, tal como lo dispone la ley.

Cuarto: La fianza de propuesta presentada, fue por la cantidad que señala la ley, es decir, el diez por ciento (10%) del valor propuesto y en el caso en exámine se consignó a través de la Cía. Internacional de Seguros, S.A.

Asimismo, consta en la documentación adjunta que dentro del acto se presentaron varias propuestas de diferentes empresas, cumpliéndose de este modo con los principios jurídicos esenciales de toda licitación, cuales son: la libre concurrencia y la igualdad entre los oferentes. Entendiéndose, que el

principio jurídico de la libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. Desde la misma óptica, la igualdad entre los oferentes, se traduce en que todos los participantes reciban el mismo tratamiento, contando con iguales facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

Por su parte, el Pliego de Cargos o Pliego de Condiciones como también se le denomina en otros países, es a la luz de la doctrina más autorizada, “la ley del contrato” por la trascendencia jurídica que tiene como elemento o fase imprescindible en los procedimientos licitatorios de selección, en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual,¹ fue aceptado por todos los oferentes en términos de satisfacción, dado que cumplía con las estipulaciones legales establecidas por nuestro derecho positivo, el cual lo concibe como la fuente principal de derechos y de obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, y que en consecuencia es el documento que contiene todas las condiciones que regirán la contratación en igualdad de estipulaciones y que a decir de autores como DROMI, es el documento que en caso de discrepancia, debe acudirse en primer término para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato.²

Bajo estos criterios, se redactó y se presentó por escrito un pliego de cargos en términos sencillos, objetivos y transparentes, indicando las fases a seguir y las condiciones de cada una de ellas, razón por lo que observamos que en cuanto al procedimiento efectuado todo se llevo a efecto según la ley y reglamentaciones vigentes.

En cuanto a lo consultado sobre a la viabilidad jurídica de que la Autoridad de la Región Interoceánica efectúe un pago por la comisión de la venta de la Parcela No.CL-35 ubicada en Clayton, a una promotora de bienes raíces que supuestamente era la representante oficial de la empresa favorecida, es un aspecto del cual desde una perspectiva netamente administrativa no nos compete determinar puesto que en primer lugar nuestros dictámenes no tienen carácter vinculante, pero, sobre todo porque esta es una situación que deriva

¹ Cfr. DROMÍ, Roberto. DERECHO ADMINISTRATIVO 6ta. Edición actualizada. Buenos Aires. 1997. Pág.353.

² *Ibidem*, DROMI, Roberto. Pág. 353

de la celebración y cumplimiento de un contrato administrativo, hecho que norma el Código Judicial, artículo 97 (98), numeral 5.

En el presente estamos frente a una contratación de carácter administrativa, puesto que tal aserto se desprende de los términos en que se encuentra redactado el Contrato No.1135-01 celebrado entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la Empresa Inversiones Natasha, S.A., para la promoción, venta y supervisión del trámite de cierre e inscripción de las ventas de las propiedades en las áreas revertidas en la República de Panamá, y refrendado por la Contraloría General de la República, en donde en primer lugar, una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal. En cuanto a su objeto, lo constituye la satisfacción de un interés público o propio de la administración, la cual tiene como objetivo vender bienes estatales obteniendo el mayor beneficio económico a favor del propio Estado; y, por último, el contener dentro de sus cláusulas condiciones de carácter exorbitantes propias de las contrataciones estatales, como lo es por ejemplo la condición contenida en la cláusula quinta del comentado contrato, en el que el Estado compromete a la promotora a aceptar y a cumplir en todas sus partes el reglamento de ventas dictado por La Autoridad, o como se señala en la Cláusula Décima, en cuanto a obligar a la promotora a depositar los abonos o pagos relacionados con las gestiones efectuadas en la Dirección de Finanzas de La Autoridad.

Asimismo, es de importancia anotar que este contrato ha sido elaborado bajo los parámetros normativos de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, “por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones”.³ Estas y otras razones lo identifican claramente como un contrato administrativo con características particulares diferentes de los contratos civiles.

En relación con los criterios de distinción entre los Contratos Administrativos y los Contratos de Derecho Privado celebrados por la Administración Pública, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha externado ampliamente su opinión contemplando la jurisprudencia nacional, la doctrina y la legislación comparada en sentencia de 28 de enero de 1992, la cual expresa lo siguiente:

1. Jurisprudencia Nacional

“El antiguo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ocupó de

³ Publicada en Gaceta Oficial No.22,939 de 28 de diciembre de 1995.

este tema en el auto de 25 de junio de 1947. En esa resolución se señaló que los contratos administrativos se diferencian de los contratos civiles de la Administración Pública porque en aquellos la Administración actúa con el fin de proveer directa o indirectamente la satisfacción de un interés público, lo que hace que se diferencien de los contratos civiles, en los que no aparece esa característica esencial de los administrativos: el servicio público.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia también trató este tema en la sentencia de 22 de diciembre de 1955 en la cual señaló que la diferencia entre ambos contratos radica en el “objeto de los mismos”. Allí se afirmó que es “requisito esencial de un contrato administrativo que tenga como objeto un servicio público o una obra pública y como fin el interés general”.

Más recientemente la Sala Tercera de la Corte Suprema, en auto de 2 de diciembre de 1991 suscrito por los Magistrados César Quintero y Arturo Hoyos en Sala de Apelación y bajo la ponencia del primero, revisó los criterios tradicionales de nuestra jurisprudencia y señaló que los contratos administrativos pueden ser clasificados como tales si persiguen fines de interés público o si incluyen cláusulas exorbitantes. Ambos criterios no necesariamente deben ser concomitantes, basta uno de ellos para que el contrato pueda ser considerado como administrativo.

2. Doctrina comparada

En Colombia hasta 1964 la jurisdicción contenciosa administrativa carecía de competencia en asuntos relacionados con contratos, pero a partir de ese año se estableció que podía conocer controversias relativas a contratos administrativos. La jurisprudencia se encargó de efectuar la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común de la administración y lo hizo con base en los mismos criterios utilizados en Francia. Finalmente, el Decreto Ley No. 222 de 1983 ha regulado lo concerniente a los contratos de la Administración Pública y en el artículo 16 se señala que son contratos administrativos los de concesión de servicios públicos, los de obras públicas, los de prestaciones de servicios, los de

suministros, los interadministrativos, los de explotación de bienes del Estado, los de empréstitos, los de conducción de correos y los que celebren instituciones financieras internacionales con entidades colombianas cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales (Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1990, págs. 308 a 311)

3. Posición de la Sala.

La Sala considera que son contratos administrativos todos los celebrados por instituciones de Derecho Público entre sí mismas o aquellos celebrados por una entidad de la Administración Pública con un particular siempre que estén relacionados con o impliquen la ejecución o prestación de un servicio público o bien cuando contengan cláusulas exorbitantes o estén sometidos a un régimen jurídico exorbitante.

De esta forma la Sala Tercera tiene competencia para conocer de todos los aspectos relacionados con la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos que según la noción señalada en el párrafo anterior se consideren contratos administrativos”.

Estos conceptos no han variado sustancialmente, y de forma similar se plasman en Sentencia de 3 de mayo de 1994; 11 de enero de 1999; y, 27 de enero de 1999, todos criterios expuestos por la honorable Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, en desarrollo del mandamiento legal ut supra citado.

Es, en tal virtud que lo procedente en este caso es aplicar lo preceptuado en el artículo 97 (98) del Código Judicial, cuyo tenor dispone:

“ARTÍCULO 97 (98). A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales,

municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

1. ...

De las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos;

15. ...”.

Del precepto pretranscrito se infiere tal como ha dejado externado la Sala Tercera en reiteradas ocasiones a través de jurisprudencia dictada, que los actos de la administración que se expidan en ejercicio de una potestad discrecional están sujetos indefectiblemente, al control de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Hecho reafirmado por la propia Ley 56 de 1995, que al referirse a la interpretación y ejecución del contrato señala claramente en su artículo 78: “Los contratos celebrados en la República de Panamá se interpretarán y ejecutarán de conformidad con las leyes panameñas. Las controversias que se susciten con ocasión de la interpretación, ejecución o terminación de los contratos, serán de competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia”. (Subraya este despacho)

Sobre el particular, la doctrina ha sostenido que ...hay contratos administrativos por determinación de la Ley, directamente, porque así los califica, o indirectamente, porque la ley ordene que su contencioso corresponde a la jurisdicción administrativa. Son, entre otros, los contratos de venta de inmuebles del Estado, contratos para la construcción de obras públicas, contratos para la ocupación del dominio público, contratos de empréstitos”⁴

De análisis precedente, se desprende que la viabilidad o no del pago en concepto de comisión por venta de la parcela No.CL-35 ubicada en Clayton, cuyo oferente omitió designar expresamente en su oferta como representante de ventas autorizado a la empresa Inversiones Natasha S.A., corresponde

⁴ VIDAL PERDONO, Jaime. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tercera Edición actualizada. Editorial Temis, Bogotá. 1972, pág.336

privativamente a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por mandato expreso de la Ley y no a esta institución. Dicho cuerpo colegiado decidirá lo pertinente en base al examen del contrato existente y demás documentos afines que ilustren en debida forma el problema sometido a su conocimiento y decisión.

Esperando que el análisis efectuado le sea de utilidad, le expreso la seguridad de mi consideración y respeto,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/16/hf.