



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 21 de abril de 2023

Nota C-052-23

Licenciado

Luis Alberto Abrego Guerra

Gerente General de la

Empresa Nacional de Autopistas

Ciudad.

Ref.: Validez de los contratos administrativos celebrados por la Empresa Nacional de Autopista, S.A. (ENA), bajo el amparo del Reglamento de Compras expedido el 23 de septiembre de 2013 por la Junta Directiva de esta sociedad.

Señor Gerente General:

Por este medio, damos respuesta a su Nota No. 406-15-3-2023 GG ENA, de 15 de marzo de 2023, mediante la cual consulta lo siguiente:

“1. ¿Si se consideran válidas las contrataciones realizadas desde el año 2013, a la fecha, por las Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peaje, bajo el principio de la buena fe y el uso y costumbre comercial, ya que los vacíos del presente documento se aplicarán las disposiciones legales que rigen la materia de contratos en el Código Civil y en el Código de Comercio de la República de Panamá?”

2. ¿Si las contrataciones realizadas desde el año 2013, a la fecha, por las Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peaje, enmarcadas en las reglas y principios del presente reglamento, mantienen alguna clase de ilegalidad o irregularidad con relación a su legitimidad?”

Debemos señalar en primera instancia, que las dos interrogantes arriba transcritas, tienen que ver con la validez y eficacia del Reglamento de Compras para las Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peajes, que fue aprobado el 23 de septiembre de 2013, por la Junta Directiva de las Sociedades ENA; ENA NORTE, S.A.; ENA SUR, S.A. y ENA ESTE, S.A., y en base a ello, la opinión de la Procuraduría de la Administración, es que los contratos realizados por esas Sociedades bajo las reglas del citado Reglamento, se consideran válidos mientras que no sean declarados nulos por la autoridad competente; toda vez que se realizaron, bajo los principios de la contratación pública, entre ellos, el de la eficiencia, transparencia y trato igualitario y, además se celebraron bajo el principio cardinal de la buena fe, por lo que está revestido a su vez, del principio de legalidad.

- Fundamentamos esta opinión en las siguientes consideraciones:

La Empresa Nacional de Autopista, S.A., (en adelante la ENA), fue creada mediante la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010, “Que autoriza la creación de la Empresa Nacional de Autopista, S.A., y establece su marco regulatorio y, reforma la Ley 5 de 1988, sobre concesión administrativa para la ejecución de obras públicas”, que entre otras cosas señala, que dicha empresa está constituida como una sociedad anónima y se regirá por la Ley de Sociedades Anónimas, sujeta a las

limitaciones y excepciones constituidas en el marco regulatorio establecido en la citada Ley, en el Reglamento que se dicten en su desarrollo y en las normas del Código de Comercio aplicables a las sociedades anónimas (Cfr. Artículo 1).

Lo anterior significa que la ENA se rige por:

1. la Ley de Sociedades Anónimas;
2. el reglamento que se dicte en su desarrollo, y
3. las normas del Código de Comercio, aplicables a las Sociedades Anónimas; no obstante, para los efectos de los contratos administrativos que ella realice, la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, se le aplica con carácter supletorio.

En este orden de ideas, el artículo 19 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que, toda sociedad anónima que se constituya de acuerdo a esta ley tendrá, además de las facultades que la misma le concede, “*La de adquirir, comprar, tener, usar y traspasar bienes muebles e inmuebles de todas clases*”, “*La de celebrar contratos de todas clases*” y “*La de expedir sin contrariar las leyes vigentes o el pacto social, estatutos para el manejo, reglamentación y gobierno de sus negocios y bienes*” (Cfr. Art. 19 numerales 3, 5 y 6).

Las limitaciones para que la ENA celebre contratos administrativos, se encuentran señaladas en el artículo 19 de la citada Ley 76 de 2010, como las señaladas en el artículo 23 que a la letra dice:

“Artículo 23. La adquisición o contratación de obras, bienes, servicios, consultorías y proveeduría en general que realice la ENA se registrará por lo dispuesto en esta Ley y en el reglamento que para estos efectos aprueba el Consejo de Gabinete, el cual se registrará en su formulación por los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario. La Ley de Contratación Pública se aplicará con carácter supletorio.

Para los propósitos anteriores, el reglamento de contrataciones podrá establecer normas especiales para regular, establecer y modificar los parámetros, reglas, términos, condiciones y plazos de convocatorias; determinar las modalidades y montos de los seguros requeridos...”(Subraya el Despacho).

Como se puede apreciar, los contratos para la adquisición o contratación de obras, bienes, servicios, consultorías y proveeduría en general que realice la ENA, deberán registrarse por lo dispuesto en la citada Ley 76 de 2010 y, en el reglamento que para estos efectos aprueba el Consejo de Gabinete, y en forma supletoria, por la Ley 22 de 2006. De igual forma, el numeral 20 de la cláusula décima cuarta del Pacto Social de la ENA, enumera las funciones de la Junta Directiva, entre las cuales se encuentra lo dispuesto en el citado artículo 23 de la Ley 76 de 2010, es decir, proponer al Consejo de Gabinete el mencionado reglamento.

Ahora bien, el Consejo de Gabinete es la reunión del Presidente de la República, quien lo presidirá, o del Encargado de la Presidencia, con el Vicepresidente de la República y los Ministros de Estado, como lo mandata el artículo 199 de la Constitución Política, y a la fecha no se ha aprobado el Reglamento de compras, como lo establece las citadas normas, es decir, el artículo 23 de la Ley 76 de 2010 y el numeral 20 de la cláusula décimo cuarta del pacto social.

En este escenario, nos encontramos con la presencia de una series de contratos de adquisición de obras, bienes y servicios, realizados por la ENA bajo el amparo del Reglamento de Compras aprobado el 23 de septiembre de 2013, por lo que hay que ver si los mismos se consideran válidos, ya que, según lo refiere la consulta, todos estos contratos se enmarcaron “en los criterios de eficiencia, transparencia y trato igualitario, así como en las reglas de procedimiento de selección de contratista establecidas en el mencionado reglamento, pliego de cargos y en los contratos. Garantizando el cumplimiento de los objetivos y funciones de las sociedades concesionarias de peajes, brindándole a los proponentes un debido procedimiento y normas claras a cada contratación”, o por el contrario, mantienen alguna clase de ilegalidad o irregularidad con relación a su legitimidad.

Con respecto a lo anterior, debemos señalar que los contratos de adquisición o contratación de obras, bienes, servicios, consultorías y proveeduría en general, que haya celebrado cualquiera de las sociedades arriba citadas, bajo las reglas establecidas en el Reglamento aprobado por la Junta Directiva de estas Sociedades, son típicos contratos administrativos, porque tienen por finalidad la prestación de un servicio público (*uso de las autopistas*) y, por lo tanto, son válidos desde el momento de su celebración y mientras no sean declarados nulos o ilegales por la autoridad competente, o no pierdan su vigencia por otra causa, porque se realizaron bajo los principios generales que rigen la contratación pública, a saber: principio de transparencia, eficiencia y trato igualitario, entre otros, y el principio de la buena fe, por lo que se presumen válidos.

El principio de transparencia, consagrado en el artículo 17 del Texto Único de la Ley 22 de 20 de junio de 2011, ordenado por la Ley 48 de 2011, que era ley vigente al momento de la celebración del contrato, señala las reglas de este principio, entre ellas que los contratos administrativos se han de desarrollar mediante los procedimientos de selección de contratista, y que los proponentes tendrán oportunidad de conocer los informes, los conceptos y las decisiones que se rindan o adopten al acceder al Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “Panamá Compra”, o a través de los tableros de información que debe tener la institución gubernamental, y que los actos administrativos que se emitan en la actividad comercial o con ocasión a ella, salvo la de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaración de desierto el acto.

Este principio está recogido de igual manera en el artículo 26 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020¹

Los principios de eficacia y eficiencia, recogidos en los artículos 29 y 31 del Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020, significa que el procedimiento de selección de contratación, así como los que intervienen en la relación contractual, harán prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto de contratación sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen la aspectos importantes de la decisión final, no disminuya las garantías del procedimiento de selección de contratista ni causen indefensión a los interesados; y que deberá utilizarse la capacitación y los medios adecuados para cumplir la tarea y obligaciones de ahorro de tiempo y de gastos, simplificando los procedimientos burocráticos.

El principio de igualdad de oportunidad de los proponentes (*trato igualitario*), establecido en el artículo 33 del Texto Único vigente, tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las sociedades involucradas en el acto de selección de contratista en todas sus etapas, que le permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener la misma posibilidad de resultar adjudicatarios.

¹ Dependiendo la fecha en que se celebró el contrato se aplicará las normas establecidas en el Texto Único ordenado por la Ley 48 de 2011 o el ordenado por la Ley 153 de 2020.

Estos principios, y otros, se encuentran también recogidos en el artículo 3 del reglamento aprobado por las Juntas Directivas de las sociedades ENA, ENA NORTE, S.A., ENA SUR, S.A., y ENA ESTE, S.A., mismos que fueron aplicados a los contratos celebrados por esas sociedades.

En este sentido, si en la fase precontractual se cumplieron con estos principios, tenemos que los proponentes celebraron los contratos de buena fe, principio que se aplica al derecho administrativo, ya que los contratos celebrados por la ENA son de este tipo, porque tienen como finalidad la prestación de un servicio público. Al respecto, el artículo 1109 del Código Civil consagra este principio, que rige las relaciones del Estado con sus administrados, cuando dice que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, serán conforme a la buena fe, al uso y a la ley”.

Sobre el particular, consideramos pertinente traer a colación la sentencia de 31 de octubre de 2014 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando dijo:

“El tratadista español Jesús González Pérez al referirse a la importancia del Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, expresa lo siguiente:

‘La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y en las propias necesidades públicas...confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones...’ (El PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2004, Pág. 116).

...

La Sala Tercera ha recogido el principio de buena fe, en incontables Sentencias, siendo una de ellas, la Sentencia de 16 de diciembre de 2010, en la que se expuso lo siguiente:

‘En este punto, la Sala debe referirse a uno de los principios que rigen las actuaciones administrativas: el principio de buena fe.

En ese sentido, el mismo es uno de los criterios rectores de las actuaciones administrativas, toda vez que las acciones entre los particulares y la Administración deben desarrollarse con apego a los principios de objetividad y buena fe.

La noción de la buena fe como patrón orientador de la conducta de la Administración y los particulares ha recibido y recibe un categórico reconocimiento en la jurisprudencia sentada por ésta Sala, la cual ha reclamado su aplicación al momento de valorar la validez legal de las actuaciones administrativas.

El respeto a éstos valores que deben orientar en todo momento la conducta de las autoridades administrativas, obligan a que éstas ciñan su proceder a la rigurosa observancia de los imperativos de confianza, probidad, decoro y credibilidad, de suerte que los particulares puedan cifrar su confianza en que la Administración no va a defraudarles en su detrimento ora mediante la alteración súbita de las condiciones en que se ha desarrollado la relación, ora dictando decisiones que infrinjan sus propios actos precedentes. (Sentencia de 19 de enero de 2009)”

Luego, si los contratos fueron celebrados de buena fe, están revestido del principio de legalidad, que se encuentra recogido en el artículo 15 del Código Civil según el cual las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno (en su acepción amplia), expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que la carga de la prueba corresponde al que invoque su nulidad.

Al respecto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 16 de mayo de 2016 sustenta este principio de la siguiente manera:

“En este sentido, el autor Rodríguez Santos expresa que la presunción de legalidad consiste en que los actos administrativos deben ser obedecidos, tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento en que comienza su vigencia y mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en (sic) lo contencioso administrativo. Quiere decir lo anterior que, el acto administrativo puede ser expedido viciado por alguna de las causales de nulidad pero se presume legal y conserva su vigencia hasta que no sea declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa. (Rodríguez Santos, Carlos Manuel. Manual de Derecho Administrativo. Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá. 1996. pág. 53).”

Es oportuno aclarar que si la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, declara la nulidad de algunos de los contratos celebrados por la ENA, la misma, produce efectos hacia el futuro, *ex nunc*, por lo que sus consecuencias, no se retrotraen al período o tiempo anterior a la ejecutoriedad de la sentencia.

Lo anterior guarda relación con la validez de los actos en la etapa precontractual, que se presumen válidos, como lo manifiesta el autor Ramón Pais Rodríguez, citado en la sentencia del 4 de febrero de 2011, dictada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando señaló:

“... ”

La validez se refiere a la conformidad del acto al ordenamiento jurídico en los términos ya expuestos. La eficacia se refiere a la producción de efectos del acto administrativo.

La presunción de validez de los actos administrativos significa que aunque el acto sea inválido por incurrir en un vicio determinante de nulidad o de anulabilidad, mientras esa validez no sea declarada el acto debe tenerse por válido. Añádase la regla de eficacia del acto (que es inmediata, "desde la fecha en que se dicte", salvo que en el

acto se disponga otra cosa) y se constatará que un acto puede ser eficaz-producirá efectos-aunque sea invalido." (El resaltado es de nuestro).

Por todo lo expuesto, la opinión de esta Procuraduría de la Administración es que los contratos realizados por las sociedades ENA; ENA SUR, S.A.; ENA NORTE, S.A., y ENA ESTE, S.A., bajo las reglas del Reglamento de Compras aprobado por las Juntas Directivas de estas Sociedades son válidos, mientras no sean declarados nulos por la autoridad competente, porque se realizaron bajo los principios de la contratación pública, entre ellos los de transparencia, eficacia, eficiencia e igualdad de los participantes, y se celebraron de buena fe, por lo que están revestidos del principio de legalidad.

Finalmente, recomendamos que se realicen las gestiones correspondientes para que el Reglamento de Compras para las Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peaje, sea aprobado por el Consejo de Gabinete, como lo establece la Ley 76 de 2010, o bien que se modifique el artículo 23 de esta Ley y el numeral 20, de la cláusula décima cuarta del Pacto Social, dándole facultad a la propia Junta Directiva para que lo apruebe.

En esta forma dejamos expuesta nuestra opinión indicándole que la misma no es vinculante, y en ningún momento debe entenderse como de obligatorio cumplimiento, ya que nuestras atribuciones y asesoría jurídica se circunscribe únicamente a coadyuvar a que la Administración Pública, desarrolle su gestión con estricto apego a los principios de legalidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad en la prestación de los servicios públicos que preste.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/gac
C-036-23

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa*