

Panamá, 25 de julio de 2001.

Señores

Dalinda R. de Méndez

Ceferino A. Cárcamo

Presidente del Consejo Municipal y
Alcalde Municipal del Distrito de Taboga,
Provincia de Panamá.

Estimados Señores:

Cumpliendo con nuestra función constitucional y legal de servir de consejeros jurídicos de los funcionarios administrativos, damos respuesta a su Nota de fecha 7 de junio del presente año y recibida en este Despacho el 12 del mismo mes, mediante la cual Consulta nuestra opinión sobre el Contrato de Arrendamiento suscrito por el Municipio de Taboga y la señora Gladys Chu de Correa de fecha 6 de octubre de 1997.

Específicamente nos consultan lo siguiente:

- "1. ¿Si se puede arrendar o vender sobre quebrada?
2. Que si en un contrato de arrendamiento se puede sub-arrendar?
3. Que si el Municipio puede dejar sin efecto el contrato de arrendamiento, ya que las cláusulas favorecen a la arrendataria y estas

cláusulas no son equitativas entre las partes?

4. Si se está cobrando un subarrendamiento por las parcelas que se puede hacer en este caso?

5. Tiene el Municipio que respetar este contrato por los 20 años prorrogables?

6. Son los bienes Municipales para que un particular negocie con ellos?

7. La arrendataria solicitó el pago de B/.200.00 mensuales por el subarrendamiento y dicho cobro no se hizo efectivo, que se puede hacer en este caso?

En cuanto a las interrogantes planteadas, vamos a permitirnos separar la primera interrogante del resto, pues la competencia para disponer de dicho bien no es propia de los gobiernos locales.

Las quebradas como bienes fluviales se consideran bienes de dominio público; es decir, que son de aprovechamiento libre y común de todos los habitantes de la República.

El artículo 255 de la Constitución Política establece cuáles son los bienes de dominio público, cuyo contenido citamos seguidamente:

"Artículo 255. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. El mar territorial y las **aguas lacustres y fluviales**; las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los

puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, **sujeto a la reglamentación que establezca la Ley.**

2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
 3. Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.
 4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
 5. los demás bienes que la Ley defina como de uso público.
- ..."

El Código Civil también hace referencia a los bienes de dominio público en los siguientes términos:

"Artículo 329. **Son bienes de dominio público:**

Los destinados al uso, como los caminos, canales, ríos, **torrentes,** puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas; playas, radas y otros análogos;

..." (las negritas son nuestras)

De los artículos transcritos se infiere lo siguiente:

1. Las aguas fluviales, dentro de las cuales se encuentran las quebradas o torrentes como lo

denomina el Código Civil, son bienes de dominio público.

2. Los bienes de dominio público son los destinados al uso público o común, por tanto no están sujetos a ningún tipo de enajenación.
3. Los bienes de dominio público pertenecen al Estado, por tanto los Municipios no pueden disponer de los mismos.
4. El aprovechamiento de los bienes de dominio público estará sujeto a lo que se establezca en la Ley.
5. A pesar de que los bienes de dominio público están fuera del comercio, los mismos pueden ser dados en Concesión Administrativa cuando los mismos se destinen a la prestación de un servicio público, siendo ejercitada esta facultad por el Estado, a través del Ministerio de Economía y Finanzas con la entidad correspondiente, según el tipo de concesión administrativa solicitada.

Absuelta la primera interrogante, procedemos a analizar el tema de la disposición de los bienes municipales.

La Ley 106 de 1973, modificada por la Ley N°52 de 1984, en el artículo 17, numeral 9, establece que compete a los Consejos Municipales "Reglamentar el uso, arrendamiento, venta y adjudicación de solares o lotes y demás bienes municipales que se encuentren dentro de la áreas y ejidos de las poblaciones, y los demás terrenos municipales".

Como vemos es responsabilidad de los Consejos Municipales dictar un Acuerdo Municipal que recoja normas generales referentes a la disposición de los bienes municipales, ya sea para su uso, arrendamiento, adjudicación o venta de los mismos. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el Municipio de Taboga a la fecha no ha dictado dicha

reglamentación, por lo que sus actos de disposición de bienes deberán estar amparados en las normas que regulan dicha materia de manera supletoria.

Así, pues, la norma en primera instancia por aplicar es la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, "Por la cual se regula la Contratación pública y se dictan otras disposiciones", la cual dispone en el párrafo del artículo 1 que, en aquellas contrataciones que realicen los municipios deberá ser aplicada la Ley en forma supletoria. Contrario sensu, dada la inexistencia de una reglamentación municipal para la disposición de bienes municipales deberá, entonces, aplicarse las disposiciones de la Ley 56 de 1995 como fuente directa.

Veamos qué contempla la Ley 56 de 1995:

La excerta invocada establece que uno de los fines primordiales que persigue la Contratación Pública es "**...Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos...**", responsabilizándose para alcanzar este fin a las entidades contratantes, quienes tienen la obligación de cumplir con las disposiciones de Ley, su reglamento y el pliego de cargos, cuando sea de lugar. (Art.9,num.1)

Esta excerta en su artículo 15, establece que "...las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de transparencia, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo..."

Específicamente, respecto al principio de transferencia, el numeral 6, del artículo 16 señala que "...Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley; igualmente, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratistas y los demás requisitos previstos en la presente Ley..."

Sobre este tema de la desviación de poder, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Fallo de 17 de agosto de 1992, publicado en el Registro Judicial del mes de agosto de 1992 (páginas 76-77), hace referencia al concepto de dicho término, así como a las características del mismo en los siguientes términos:

"...La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se genera, como señalan los tratadistas De Laubadére, Venecia y Gaudemet, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquélla por la cual el acto podía ser legalmente expedido (obra citada, pág.444). En este sentido, debe tenerse presente que tanto el Consejo de Gabinete como la Junta Directiva de la Lotería Nacional y el Ministerio de Hacienda y Tesoro debían actuar única y exclusivamente con una finalidad de interés general en la expedición de las citadas resoluciones y la desviación de ese interés hacia finalidades distintas puede producir el vicio a que aludimos.

La Sala considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por André De Laubadére (Obra citada, pág.445), al menos en los siguientes casos:

1. Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza.
2. Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político y,
3. Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro.

No hay que perder de vista que, como señala Carmen Chinchilla, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Madrid, el vicio de los actos administrativos denominado desviación de poder "surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa -denominada discrecional- que venía escapando del control jurisdiccional". (La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág.58)"

En cuanto al principio de responsabilidad, el numeral 1 del artículo 18 preceptúa que los servidores públicos están obligados, entre otras cosas, a proteger los intereses de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.

Referente a la interpretación de las normas sobre contratos públicos, relativos a procedimientos de selección de contratistas y a las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se deberán tener en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre obligaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos. (art.20)

Más claramente, el artículo 74 de la Ley 56 hace referencia a la facultad que tienen las partes contratantes para incluir en los contratos los pactos, cláusulas y condiciones usuales, dependiendo de la naturaleza de los contratos y aquellas que se consideren convenientes, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los privilegios y prerrogativas del Estado, los cuales no podrán ser objeto de limitación, negociación o renuncia por la entidad pública, ya que cualquier condición contraria a lo aquí establecido será nula de pleno derecho.

Referente a la disposición de bienes, mediante venta o arrendamiento, señala la Ley de Contratación que el mismo se hará por medio del procedimiento de selección de contratista que corresponda, por razón de la cuantía, o por medio de remate, según lo disponga la entidad que realiza el acto de disposición (art.101, Ley 56 de 1995).

En el caso que nos ocupa, se trata de un arrendamiento, cuyo monto anual es de ciento veinte

balboas (B/.120.00), por lo que se encuentra dentro de la clasificación de contratos menores que da la Ley a aquellas contrataciones que celebren las entidades por una cuantía menor de diez mil balboas (B/.10,000.00). Esta clase de contrataciones exigen la observancia previa de un procedimiento sumario de selección de contratista, indicado por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

Sin embargo, para contestar las interrogantes planteadas por Ustedes, se hace necesario referirnos al contenido del Contrato de Arrendamiento suscrito entre el Municipio de Taboga y la señora Gladys Chu de Correa.

- El objeto del Contrato recae sobre dos(2) parcelas de terreno ubicadas dentro del ejido municipal de Taboga, con una superficie total de 81.80 metros cuadrados.
- El Municipio de Taboga reconoce que la arrendataria ha construido dos(2) edificaciones de cemento, según sus necesidades y para los fines que estime convenientes.
- El Municipio de Taboga reconoce y acepta que las edificaciones que construya la arrendataria son de esta última, aún después de terminado el Contrato por cualquier causa.
- El cánón de arrendamiento convenido es de diez balboas (B/.10.00) mensuales; es decir, ciento veinte balboas (B/.120.00) anuales, el cual puede ser pagado por adelantado.
- En cuanto a la mora por parte de la arrendataria, se entiende que la mora es el no pago del cánón de arrendamiento por dos(2) años consecutivos o sea de veinticuatro (24) meses consecutivos.
- El término de duración del Contrato es de veinte(20) años prorrogables por igual término,

siempre que la arrendataria esté al día en sus pagos.

- En cuanto a la terminación del Contrato por parte del Municipio, podrá optarse sólo cuando el arrendatario haya incurrido en mora (dejar de pagar 24 meses consecutivos), siempre y cuando se le avise y notifique personalmente a la arrendataria de la morosidad para que la misma cancele el saldo moroso dentro de los 30 días siguientes a la notificación y de pagar la morosidad no procederá la terminación del Contrato. Sin embargo, procederá la terminación del Contrato por parte de la arrendataria, cuando así lo notifique a la arrendadora con dos(2) meses de antelación.
- Este Contrato también establece que si el Municipio de Taboga termina unilateralmente el Contrato antes de vencerse el término del mismo o sus prórrogas, queda obligado entonces, a indemnizar a la arrendataria por un monto de B/.20,000.00 en concepto de daños y perjuicios, sin la necesidad de comprobarlos, en un término no mayor de 30 días a partir de la cancelación o terminación unilateral del Contrato.

Tal como lo hemos expresado en párrafos precedentes, en aquellos Municipios en los cuales no se ha reglamentado vía Acuerdo Municipal la disposición de los bienes municipales, se deben aplicar obligatoriamente las normas de la Ley 56 de 1995 sobre Contratación Pública.

En el caso que nos ocupa se hace necesario mencionar que las autoridades municipales, entiéndase Consejo Municipal y Alcalde Municipal, tenían el deber de velar por los intereses del Municipio; es decir, que el Contrato de Arrendamiento celebrado debía estar dirigido a obtener el mayor beneficio para el Municipio, así como debió estar enmarcado en la

defensa del interés público, el cual debía prevalecer sobre el interés privado o particular.

Por tanto, para la disposición de las parcelas municipales en arrendamiento debió seguirse el procedimiento sumario que la Ley exige para los contratos menores; el cual exige tres (3) ofertas y escoger la que fuese más favorable a los intereses del Municipio en lo que respecta a un mejor cánon de arrendamiento por mes, etc.

No obstante, en los documentos que Ustedes nos han hecho llegar no existe ninguna evidencia de lo aquí señalado. Es más, llama la atención de este Despacho, según lo expresado por Ustedes, que la beneficiaria del Contrato de Arrendamiento objeto de estudio, guarda parentesco consanguíneo de primer grado(hija) con el Alcalde Municipal de ese entonces, deduciéndose que, aún cuando el mismo no suscribió el Contrato, sí actuó con desviación de poder, pues permitió la celebración del Contrato en los términos que ya conocemos, favoreciendo con ello un interés personal y obviando las obligaciones que como primera autoridad del Distrito le imponía la Ley de velar por el bienestar del Municipio.

En el Contrato de Arrendamiento suscrito entre el Municipio de Taboga y la señora Gladys Chu de Correa es evidente que se violó el equilibrio contractual que debe imperar en todo contrato, pues, un contrato de arrendamiento cuyo cánon mensual es de B/.10.00 no puede tener una causal donde se establezca como mora el dejar de pagar el cánon de arrendamiento durante 24 meses consecutivos. Esto es inaudito, por decir lo menos.

Además, no puede establecerse una indemnización por daños y perjuicios de B/.20,000.00, por razón de la terminación del Contrato por parte del arrendador, en este caso el Municipio, sin la previa

comprobación real de los mismos, y con la agravante de estar obligado el Municipio a pagarlos dentro del término perentorio de treinta días.

Lo anterior es cuestionable, pues, el monto total por recibir en concepto de arrendamiento por el término del contrato (20 años), apenas si alcanza la suma de dos mil cuatrocientos balboas (B/.2,400.00), lo cual a todas luces es totalmente lesivo a los intereses del Municipio.

Tal como lo hemos señalado en párrafos precedentes, la Ley 56 de 1995 es clara al establecer que en los contratos que celebren las entidades públicas, las cláusulas y estipulaciones pactadas en los mismos se deben tener siempre presente los intereses públicos y los principios tales como el de la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre obligaciones y derechos (ver artículo 20).

Es más, las cláusulas de indemnización a que hace referencia el Contrato y de la Mora, a nuestro juicio, se oponen al interés público que debe prevalecer en los Contratos que celebren las entidades del Estado, por lo que según el artículo 74 de la Ley 56 de 1995, serán consideradas nulas de pleno derecho.

Volviendo a las interrogantes planteadas en su Consulta, procedemos a contestarlas en el orden en que fueron formuladas:

En cuanto a su segunda interrogante sobre la posibilidad que se permita el subarrendamiento dentro de un Contrato de Arrendamiento, le recordamos que las normas que deben regular el arrendamiento, entre otras formas de disposición de los solares o lotes y demás bienes municipales, deben estar consignadas en un Acuerdo Municipal, aprobado por el Consejo Municipal, ya que así lo

establece taxativamente el numeral 9 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973.

sin embargo, como el Municipio de Taboga carece de una reglamentación en este sentido, debemos referirnos obligatoriamente a las disposiciones de la Ley 56 de 1995 y normas supletorias.

La Ley 56 de 1995, no contempla la autorización del sub-arrendamiento de los bienes públicos; sin embargo, podemos señalar que en desarrollo a dicha Ley de Contratación, el Ministerio de Economía y Finanzas, como ente rector del sistema de contratación, con la colaboración de la Contraloría General de la República, como ente fiscalizador de los bienes del Estado, ha emitido la Resolución N°115 de 3 de julio de 1998, mediante la cual se aprueba y oficializa la Guía Básica de Modelos de Contratos para el Uso de las Entidades del Sector Público, entre los cuales encontramos el Contrato de Arrendamiento cuando el Estado (entiéndase gobierno central, entidades descentralizadas o Municipales) figura como arrendador.

En este modelo de Contrato se establece la cláusula de "...No sub-arrendar el bien arrendado ni destinarlo a un uso distinto para el cual fue arrendado, sin el permiso previo y expreso de El Estado..." Por tanto, consideramos que el sub-arriendo de un bien público solo puede permitirse cuando así lo haya autorizado previamente la entidad pública, con el propósito de salvaguardar el interés público y evitar que los arrendatarios puedan lucrarse con los bienes del Estado.

En cuanto a su tercera interrogante, respecto a dejar sin efecto el Contrato de Arrendamiento, objeto de la presente Consulta, consideramos que ya hemos contestado esta interrogante al analizar los principios a los cuales deben sujetarse los

contratos que celebren las entidades públicas; sin embargo, ratificaremos nuestra opinión sobre el punto en los siguientes términos:

Consideramos que el Consejo Municipal del Distrito de Taboga, tomando en consideración que el Contrato de Arrendamiento suscrito con la señora Gladys Chu de Correa es lesivo a los intereses del Municipio, ya que en la celebración del mismo se vulneraron los principios de transparencia y del equilibrio contractual respecto a los derechos y obligaciones de las partes, colocando a la arrendadora en franca desventaja frente a la arrendataria, sin preservar el interés público que debió salvaguardarse, etc., puede, mediante Acuerdo Municipal, dar por terminado el susodicho Contrato de Arrendamiento, para lo cual deberá autorizar al Alcalde Municipal para que suscriba la Resolución respectiva.

Adicionalmente, la inclusión de la cláusula de la indemnización es contraria al interés público, entendiéndose que la misma es nula de pleno derecho y, por tanto, el Municipio debe quedar liberado de su cumplimiento.

En cuanto a su cuarta interrogante, de existir un subarrendamiento sobre las parcelas dadas en arrendamiento, el Municipio deberá tomar una decisión al respecto si decide continuar con el Contrato de Arrendamiento, ya que, de lo contrario, al dar por terminado el mismo mediante Resolución Administrativa, desaparecerá la situación del subarriendo sobre el bien inmueble.

Prueba fehaciente y dramática de nuestra aseveración hecha en el curso de esta opinión, consistente en la desviación de poder y vulneración de la defensa de los intereses públicos del Municipio de Taboga es la cláusula del contrato referente a que las edificaciones que la arrendataria construya serán de

su propiedad, independientemente de la causa de terminación del contrato. Esta cláusula, a todas luces es contraria al ordenamiento jurídico, pues desnaturaliza la figura del arrendamiento.

La quinta interrogante ya la hemos contestado en los párrafos anteriores al señalar que el Consejo Municipal puede aprobar dar por terminado el Contrato por ser contrario al interés público del Municipio de Taboga.

Referente a su sexta interrogante: Ha quedado claro que en los Contratos celebrados por las entidades públicas debe prevalecer el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, mas no así para el contratista, en perjuicio del Estado.

En cuanto a su última interrogante, consideramos que la misma ya ha sido absuelta en los párrafos anteriores, cuando hemos hecho referencia a la terminación del Contrato.

Esperando que nuestra opinión le sea de utilidad en la toma de decisión del problema planteado, me suscribo,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/12/hf.