

8 de agosto de 1996,

Su Excelencia,
Carlos A. Soussa-Lennox M.
Ministro de Desarrollo Agropecuario.
E. S. D.

Estimado Señor Ministro:

Pláceme dar respuesta a su atenta Nota NO DMN-169-96, fechada 26 de junio de 1996, y recibida el día 28 del corriente, mediante la cual se sirvió consultarnos nuestro criterio en torno a "la validez del Contrato No.40 del 22 de mayo de 1995, celebrado entre la Empresa PACUMAR, S.A. y el Ministro de Hacienda y Tesoro".

Procedo a absolver su interesante Consulta, previa las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debo señalarle que nuestra facultad como asesores jurídicos de los funcionarios públicos administrativos está limitada a interpretar el sentido y alcance de determinada disposición, así como del procedimiento legal, pero no así en cuanto a su valor legal.

Apreciamos que su consulta se refiere a un acto administrativo amparado por el principio de presunción de legalidad, que a decir del Doctor Libardo Rodríguez, "se traduce en que los actos mencionados deben ser obedecidos, tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento en que comienza su vigencia y mientras no sean declarados inconstitucionales o ilegales por autoridad competente" (Rodríguez, L. Derecho Administrativo General y Colombiano. 6ed. Temis. Bogotá, 1990. p.219).

En consecuencia, debemos señalar que dicho contrato administrativo, sólo puede ser resuelto por declaración de autoridad competente. Corresponde por principio constitucional y legal, a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, pronunciarse privativamente sobre la legalidad de un acto administrativo.

Sin embargo, debido a la importancia que reviste el tema y la necesidad de una orientación clara sobre el mismo, nos permitimos externar nuestro criterio sobre los aspectos formales que rodean el

Contrato objeto de análisis. Veamos:

Señala usted que "La Licenciada Delia Cárdenas, quién(sic) actuaba como Ministra Encargada de Hacienda y Tesoro procedió a su elaboración y dejó firmado el contrato sin fecha y se envía a la Contraloría General de la República para su refrendo, permaneciendo en un limbo administrativo hasta 1995."

Podemos colegir de sus señalamientos, que las irregularidades se relacionan con el problema de la validez de los contratos administrativos y en particular, el perfeccionamiento de los mismos.

En este punto es necesario hacer énfasis, en que la Licenciada Cárdenas procedió a la elaboración y firma del Contrato al tiempo en que actuaba como Ministra Encargada de Hacienda y Tesoro, por lo que su rúbrica es válida, ya que actuó en ejercicio de sus funciones. Firmado el Contrato sin fecha, expresa en su consulta que, se procedió al refrendo del Contralor General. Dicho acto de control es un elemento esencial para la validez de los contratos administrativos (ver Artículo 48 de la Ley 32 de 1984).

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, en reciente Fallo de 1 de febrero de 1996, señaló:

"La Corte advierte que el Contrato NQ232-94 fue suscrito y ejecutado por haber presuntamente cumplido las condiciones esenciales de existencia, pero del estudio realizado se concluye que se encuentra ausente una condición o requisito de validez: su aprobación o refrendo posterior."

La Corte Suprema es clara, al señalar que el refrendo es un requisito de la validez del contrato, sin el cual éste no puede surgir a la vida jurídica.

Esta Procuraduría, mediante Nota NQ58 de 7 de mayo de 1985, dirigida al Director General de la Autoridad Portuaria Nacional de ese entonces sobre ese tópico, señaló:

"A mi juicio, el refrendo de la Contraloría General de la República constituye un presupuesto para el perfeccionamiento de los contratos celebrados por las entidades estatales, que en algún sentido afecten fondos o patrimonios públicos.

El conjunto de estas normas jurídicas indica con toda claridad que mientras no se produzca el referendo de la Contraloría General, en el caso de las entidades descentralizadas, el contrato no se ha perfeccionado, dado que el referendo constituye por mandato legal un requisito para tal efecto, cuando con dichos contratos se afecte un patrimonio público."

En consecuencia, sin el referendo del Contralor General el Contrato NQ40 del 22 de mayo de 1995 (PACUMAR, S.A. y el Ministerio de Hacienda y Tesoro), no surtiría efectos jurídicos, ni generaría obligaciones entre las partes. Sin embargo, dicho Contrato es válido, ya que efectivamente fue refrendado a fecha de 21 de abril de 1995 por el señor Contralor General, y por tanto surtía plenos efectos jurídicos por las partes contratantes.

Vale señalar que en la práctica administrativa se dan situaciones jurídicas como las planteadas, pero debemos tener presente que la Administración Pública debe buscar los mecanismos tendientes a que las mismas no se produzcan, y así evitar problemas de carácter administrativo. Es más, los entes encargados de los aspectos formales de los contratos deben agilizar los trámites pertinentes, y ello sin lugar a dudas en beneficio para las partes contratantes.

Igualmente nos expresa que, "Además de esta anomalía el concesionario ha violado las cláusulas novena y décimo séptima del contrato." Y agrega que "Hasta la fecha el concesionario no ha invertido en el área en la construcción de infraestructura acuícolas; ni ha cancelado el canon de arrendamiento."

Sus observaciones nos llevan a concluir, que el concesionario ha incurrido en incumplimiento del Contrato NQ40 del 22 de mayo de 1995; específicamente, al no haber dado inicio al proyecto, e igualmente, por no haber realizado el pago del arrendamiento mensual sobre los terrenos otorgados en concesión.

Por tal razón, es necesario entrar al análisis de las causales para la Resolución de los Contratos Administrativos.

El Contrato N°40 del 22 de mayo de 1995, señala en su Cláusula DECIMA SEXTA las causas de resolución del mismo:

"DECIMO SEXTA: El Ministerio de Hacienda y Tesoro y/o Consejo de Gabinete cuando sea del caso, podrán declarar terminada la Concesión que se otorga en cualquiera de los casos

siguientes:

- 1) Si se produce alguna de las causales a que se refiere el artículo 68 del Código Fiscal modificado por el Decreto de gabinete(sic) No. 45 de 20 de febrero de 1990.
- 2) Quiebra o disolución del Concesionario.
- 3) Acuerdo mutuo entre LA NACION Y LA CONCESIONARIA."

Al respecto, el Artículo 28° del Decreto de Gabinete N°45 de 20 de febrero de 1990, preceptúa:

"ARTICULO 28°: El Artículo 68° del Código Fiscal quedará así:

"Artículo 68: Salvo disposición expresa en contrario, en todo contrato administrativo que celebre el Estado se estipularán claramente las cláusulas propias o usuales conforme a la naturaleza del mismo y , además, las relativas a la resolución administrativa, fianza de cumplimiento, objeto, cuantía, plazo de ejecución, consignación de timbres fiscales, partida presupuestaria o fuentes de financiamiento con cargo a la cual se pagará la misma, y la renuncia o reclamación diplomática, cuando proceda.

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

- 1. ...
- 6. El incumplimiento del contrato.

En todo caso, las causales de resolución se entienden pactadas en todo contrato administrativo; aún cuando no se consignen expresamente, y podrán incorporarse en aquellos contratos que no tengan dicho carácter."

El Código Fiscal contempla el incumplimiento de los contratos administrativos como causal de su resolución; y es que tal contratación, siendo materia de Derecho Fiscal reviste especial importancia para el interés público, de forma que su incumplimiento por el concesionario debe producir su finalización.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 9 de diciembre de 1994, señaló en torno al artículo 68 del Código Fiscal:

"El artículo 68 del referido Cuerpo Legal contempla en su numeral 6° la obligatoriedad de incluir como una de las causales de resolución administrativa el incumplimiento del contrato, sin perjuicio de otras causales de resolución administrativa que sean estipuladas libremente por las partes contratantes, y de las contenidas en el citado artículo que deben ser incluidas de manera obligatoria."

Señala la Corte, que tanto la violación del numeral 6 del artículo 68 del Código Fiscal, como la de cualquiera otra causal pactada en el contrato, es una violación directa de las obligaciones contraídas por el concesionario con el Estado.

Por lo tanto, la Administración puede proceder a la resolución administrativa del Contrato, por el incumplimiento en que ha incurrido el concesionario.

Debemos añadir, que la resolución del Contrato en estudio, según el texto de la cláusula DECIMO SEXTA, es facultad privativa del Ministerio de Hacienda y Tesoro y/o del Consejo de Gabinete; por lo que a dichas dependencias estatales corresponde el respectivo estudio.

Esperando haber absuelto con la debida claridad sus interrogantes, y con nuestros más sinceros deseos de éxito en sus funciones,

Atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeP/22/rbr.