

, 30 de septiembre de 1991.

Ingeniero  
Alfredo Arias G.  
Ministro de Obras Públicas  
E. D. S.

Señor Ministro:

Nos referimos a su atenta nota Nº DM-1414 fechada el pasado 13 de agosto, mediante la cual nos consulta: si el Contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980, para el diseño y construcción e instalación de un puente sobre el Canal de Panamá y el diseño y construcción del tramo de la Autopista Arraiján-Panamá, "conserva validez frente a la declaratoria de ilegalidad de la Corte Suprema de Justicia", de los numerales primero y tercero de la parte resolutive de la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1990, expedida por el Consejo de Gabinete.

Gustosamente damos respuesta a su interrogante, previas las consideraciones siguientes:

Con miras a la construcción de un nuevo puente sobre el Canal, el Gobierno Nacional gestionó la consecución de un empréstito para la realización de la obra, lo cual dió como resultado que se recibieron tres (3) ofertas de financiamiento internacional, condicionadas todas a la contratación de los servicios de determinados consorcios constructores, señalados por las propias empresas interesadas en participar en este proyecto. De las mismas la mejor opción de financiamiento la ofreció el Consorcio Venezolano Panameño. En consecuencia, el Consejo de Gabinete explicó las Resoluciones Nº 71 y 72 de 19 de agosto de 1980, mediante las cuales:

a) Se acepto el ofrecimiento hecho por el Gobierno de Venezuela, por conducto del fondo de Financiamiento de las Exportaciones (FINEXPO), organismo dependiente del Banco Central de Venezuela "para financiar la construcción de un nuevo puente de acero sobre el Canal de Panamá y la Autopista Arraiján-Panamá...en el entendimiento de que el puente y la autopista y las obras accesorias, cuyo costo total está incluido en el financiamiento indicado serán construídas por el consorcio formado por la empresa venezolana "Industrias Metalúrgicas Van Dam,

S.A.C.A." y la empresa panameña "Sosa y Barbero Constructores, S.A.", (Numeral primero de la resolución Nº 71).

b) Se autorizó a los Ministros de Relaciones Exteriores y Hacienda y Tesoro para que firmen los documentos a que haya lugar para la aceptación del financiamiento aludido; (Numeral Segundo de la resolución Nº 71).

c) Se exime de los requisitos de la licitación pública dicha contratación (Numeral tercero de la Resolución Nº 71); y

d) Se autoriza al Ministerio de Obras Públicas para firmar el contrato respectivo en nombre de la Nación y el Consorcio "Industrias Metalúrgica Van Dam, S.A.C.A.-Sosa y Barbero, S.A., y para incluir en el Contrato "todos los acuerdos, modalidades, condiciones y convenios que, su juicio fueren necesarios o convenientes incluir, conforme a las normas y prácticas prevalecientes para este tipo de transacciones." (Vease Numerales tercero y cuarto de la Resolución Nº 71 y 72).

Posteriormente, la Nación y el Consorcio Industrias Metalúrgicas Van Dam, S.A.C.A.- Sosa y Barbero Constructores, S.A., celebraron el contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980.

En virtud de lo anterior, el Licenciado Abdiel Algis Abrego en representación de Néstor Gutiérrez interpuso demanda contencioso administrativa de nulidad, para que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declarara nulas, por ilegal, tanto las Resoluciones Nº 71 y 72 de 19 de agosto de 1980, como el Contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980 y el Contrato celebrado entre la Nación y la Ingeniería Lakas, S.A., demanda ésta que fue rechazada de plano por defectos de carácter formal, mediante Auto de 28 de julio de 1983 dictado por la Sala Tercera de la Corte No obstante, el Licenciado Abdiel Algis Abrego volvió a presentar la demanda corregida, dando ello por resultado que en esta ocasión la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se manifestara impedida de conocer y examinar los supuestos cargos de ilegalidad que se le endilgaban a los Contratos en referencia, en virtud de "la naturaleza civil" de los mismos (V. Autos de 15 de diciembre de 1983, de 21 de febrero de 14 de mayo de 1984). Finalmente, el Licenciado Abdiel Algis Abrego, en representación del señor Carlos Augusto Morales Guevara, propuso demanda contencioso-administrativa de nulidad, solamente en contra de la Resolución Nº 71 de 19 de agosto

de 1980, expedida, por el Consejo de Gabinete, a la cual recayó la Sentencia fechada 20 de junio de 1991, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, nos parece que la declaratoria de ilegalidad de la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980 en los numerales primero y tercero de la parte resolutive que expresa lo siguiente: "PRIMERO: ...en el entendimiento de que el puente y la autopista y las obras accesorias cuyo costo total está incluido en el financiamiento indicado serán construidas por el consorcio formado por la empresa venezolana Industrias Metalúrgicas Van Dam, S.A.C.A., y la empresa panameña Sosa y Barbero Constructoras, S.A.... TERCERO: Eximir de los requisitos de la Licitación Pública la adjudicación de la Construcción de la Autopista Arraiján-Panamá y del nuevo puente sobre el Canal de Panamá; y autorizar al Ministro de Obras Públicas para firmar el contrato respectivo en nombre de la Nación"; efectuada mediante Sentencia de 20 de junio de 1991, si afecta la validez del Contrato Nº 97 antes mencionado, puesto que la celebración de éste, es consecuencia directa de la autorización otorgada por el Consejo de Gabinete, mediante la Resolución Nº 71 que fue declarada nula, por ilegal, por la Honorable Corte Suprema de Justicia. Es decir, se trata de un acto de cumplimiento o de ejecución del acto principal, que en este caso lo era la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1990, aunque sus disposiciones se repitieron en forma un poco más precisa en la Resolución Nº 72 de la misma fecha, que sirviera de fundamento al Contrato Nº 97, como bien lo señala el Licenciado Gabriel Martínez, Asesor Jurídico del Ministerio a su digno cargo.

Sin embargo, en el caso bajo estudio se dió la circunstancia que la anterior Sala Tercera de la Corte había dictado los autos fechados el 15 de diciembre de 1983, 21 de febrero y 14 de mayo de 1984, en que se había declarado impedida de conocer los cargos de ilegalidad, que se le imputaban a los referidos contratos, por ser éstos supuestamente de naturaleza "civil"; lo cual en nuestra opinión resulta impropio y constituye un desatino jurídico, ya que no se concibe como la ejecución de una obra pública, cuyo costo asciende a CIEN MILLONES DE BALBOAS (B100,000.00), sea contratada por medio de contratos civiles y no administrativos.

A este respecto el tratadista Bielsa, en su obra "Compendio de Derecho Administrativo", señala que: "Es Contrato Administrativo el que la Administración Pública celebre con otra persona pública o privada, física y jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública."

Por su parte el jurista Colombiano Pareja, en su obra "Curso de Derecho Administrativo", define el Contrato Administrativo así:

"Son Contratos Administrativos aquellos aquellos que la Administración Pública celebre en interés directo de un servicio público, para su organización o para su funcionamiento o en interés de un fin de utilidad pública conforme a normas de Derecho Administrativo y sobre bienes o cosas del dominio público."

En este mismo sentido, se observa que por medio de la Ley Nº 57 de 1946, se declaran obras de utilidad pública: "la apertura y construcción de calles y de vías de toda clase en el territorio de la República; los terrenos para tales obras, así como los destinados para caminos vecinales de cualquier clase que ellos sean, y los ensanches y mejoras de cualesquiera clases en las vías de comunicaciones que se dejan mencionadas; los acueductos, acequias, oleoductos y todas las demás obras análogas para el servicio público; las vías férreas, telegráficas y telefónicas; los parques, estaciones, aeropuertos etc. y cualesquiera de índole similar que sean necesarias para el servicio público"; y que de acuerdo con el artículo 329 del Código Civil, son bienes de uso público, entre otros: "los destinados al uso público, como los caminos... y puentes constituidos por el Estado."

Para mayor ilustración, nos permitimos citar un fallo del extinto Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, emitido en el año de 1948, que precisa cuales son los contratos civiles que celebra el Estado, así:

"Sin embargo debe advertirse al Señor Juez del Circuito de Darién que no todos los contratos celebrados por la Administración (en este caso la municipalidad) adquieren por ese sólo hecho el carácter de contratos administrativos. Contratos hay entre los celebrados por la Administración que caen dentro del dominio del derecho privado, y ello ocurre cuando su motivo determinante es el interés privado de cada cual. No pasa lo mismo con los contratos administrativos, que se definen como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones,

celebradas por la administración, con el fin de proveer directa o inmediatamente la inmediata satisfacción de un interés público, lo que hace que se diferencien de los contratos civiles, en los cuales aparece esa característica esencial de los administrativos; el servicio público.

Cuando 'la Administración, pues, contrata por las vías del derecho privado, prescindiendo de las reglas normales del derecho administrativo, que generalmente obligan y se somete voluntariamente a las del derecho común; cuando la administración procede en esta forma se ve por el nombre y la forma de los actos que ejecuta, que son actos de la vida corriente de los particulares: un arrendamiento, una compraventa una permuta, un transporte, un seguro, etc. Puede que en muchos casos, la administración emplee, para la celebración de esos contratos, fórmulas propias del derecho administrativo, con la licitación pública con pleigo de cargos; frecuentemente ocurre esto en la adquisición de elementos para el Gobierno por la Sección de provisiones, pero tal circunstancia no quita al contrato su verdadero carácter de contrato de derecho civil o comercial, la común intención de las partes de someterse al régimen de ese derecho y la no ingerencia del particular contratante en la actividades del servicio público al cual se destinan aquellos elementos'." (LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN PANAMA, Jurisprudencia de los años: 1947-1948, Díaz E., Manuel Antonio. Imprenta Nacional, Panamá, 1958, Págs. 100-101)."

Los pronunciamientos sobre la incompetencia de la Sala Tercera de la Corte, para conocer de la ilegalidad del Contrato en referencia, fueron esgrimidos como excepción de cosa juzgada por la empresa Sosa y Barbero Constructores, S.A., dando ello por resultado que se declarara no probada la excepción, en la misma sentencia de 20 de junio de 1991 y que se omitiera un pronunciamiento sobre la ilegalidad de éstos.

No obstante, reiteramos nuestra opinión que al declararse nula, por ilegal, la Resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980, queda sin aparente sustento jurídico el Contrato Nº 97 de 2 de octubre de 1980, toda vez que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, conforme lo señala un viejo adagio jurídico, que ha sido recogido por nuestra legislación Contencioso-Administrativa, y que es doctrina sabida en Derecho.

De allí que, lo procedente sea resolver administrativamente el contrato, en vista de lo acontecido en este caso.

Nos encontramos realmente frente a una situación de puro derecho en materia de validez del acto, ya que por un lado se declara NULA por ILEGAL, para los efectos de su consecuencia jurídica, la resolución Nº 71 de 19 de agosto de 1980, en sus Resueltos Primero y Tercero, relacionados con la autorización para la contratación de un empréstito destinado a construir el puente de continuación o enlace de la Autopista Chorrera Arraiján con la ciudad de Panamá, y que favorece en su disposición PRIMERA anulada en la sentencia, la contratación por vía directa de los trabajos de construcción del puente y otros de supervisión y ejecución de la obra, al seleccionar aún sin la licitación los adjudicatarios de dichos contratos, y además cuanto exime del requisito de la Licitación Pública, que es el contenido del punto Tercero de la resolución censurada y anulada en éstos aspectos.

Observada la anterior situación, es de rigor advertir que la Resolución Nº 72 de 19 de agosto de 1980, que aprueba los contratos, ha sido desatendida en la parte resolutive de la sentencia y casi ignorada en el análisis que se hace a lo largo del fallo, al igual que los contratos Nº 97 y 70, que fueron descartados por estimar la Sala que no era de su competencia pronunciarse al respecto. Es cierto que existe nulidad de la Resolución que autoriza la contratación del préstamo bajo las condiciones conocidas, pero es un hecho cierto también, que antes de pronunciarse la Nulidad, de la resolución Nº 71 de 19 de Agosto de 1980, ésta cobró vigencia al materializarse durante su término de vida, tanto el empréstito,

como la iniciación de las obras que fueron convenidas en los contratos celebrados en atención a ésta Resolución.

Se hacía necesario entonces, decretar igualmente la NULIDAD por ilegal de la Resolución que aprobó el Contrato, al igual que los mismos contratos como actos derivados de una Resolución con vicios de ilegalidad, pero se observa que no ocurre así, por cuanto que los contratos no fueron impugnados por la vía indicada por la Sala Tercera, y por otra parte tampoco se decreta la NULIDAD de la Resolución Nº 72 de 19 de agosto de 1980 que los aprueba. Vale la pena mencionar la escasa incidencia que la sentencia tiene sobre éstos actos, que jurídicamente no han sido sometidos al escrutinio de una sentencia judicial, y su ineficacia habría que deducirla de un acto de interpretación extensivo, en cuanto al alcance del fallo pronunciado sobre Resolución distinta, debidamente analizada por la Sala Tercera. Pretender que la Nulidad de la Resolución 71 ya identificada tiene igual efecto en la Resolución Nº 72 de la misma fecha y en los contratos aprobados por ésta última, es imponer el criterio de que ellas no tienen identidad propia, y que los contratos cuya nulidad no se ha decretado, han perdido vigencia en razón de la sentencia comentada.

Es nuestra opinión que el Estado si es de su interés, puede producir por vía de una Resolución, la rescisión del Contrato, fundamentando las razones para ello, pero que mientras no se produzca ese acto, y se identifique plenamente que con ella se procura la ineficacia de los contratos 70 y 97, ellos no han perdido su efecto jurídico, pues no podemos deducir de un fallo que no los menciona, tal afectación.

Dejo así resuelta su consulta sobre la validez del fallo aludido, frente a los actos o contratos a que se refiere su consulta.

En estos términos, esperamos haber absuelto debidamente su solicitud.

Reiteramos al señor Ministro, nuestra consideración aprecio.

Atentamente,

Lic. Donatilo Fallasteros S.  
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.