

Panamá, 26 de noviembre de 2004.

Su Excelencia
Laurentino Cortizo Cohen
Ministro de Desarrollo Agropecuario
E. S. D.

Señor Ministro:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales, de servir de asesores jurídicos a los funcionarios de la administración pública que consultaren nuestro parecer jurídico, tal y como lo establece la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, en su artículo 6, numeral 1, a través de la presente damos contestación a su nota DM-475-2004, fechada 8 de octubre de 2004, y recibida en esta Procuraduría el 13 del mismo mes y año, en la cual consulta nuestro parecer jurídico, con relación a un proceso de arbitraje, surgido de un contrato administrativo.

Antecedentes de su consulta.

El Ministerio de Desarrollo Agropecuario suscribió Contrato de Servicios de Consultoría, N°ALP-040-ADM-2002, con el Consorcio Hidrotec Limitada Ingenieros Consultores-F Icaza y Cia., S.A., para un Estudio de factibilidad y Diseños Finales para la Rehabilitación de un Sistema de Riego, en la Provincia de Chiriquí, contrato que fue debidamente refrendado por el Contralor de la República.

Por incumplimiento de una de las cláusulas contractuales, de parte del contratista, Consorcio Hidrotec, y teniendo como fundamento el artículo 104, numeral 1 de la Ley 56 de 1995, de Contratación Pública, el MIDA, procedió a resolver administrativamente el contrato, mediante Resolución N°ALP-018-ADM-2004 de 14 de junio de 2004.

Una de las cláusulas del contrato, dispone que las controversias y reclamaciones que surgieren con motivo de la interpretación o incumplimiento del contrato, se solucionarían mediante arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en las leyes vigentes para tales efectos, asimismo, que los costos del proceso de arbitraje, serían por cuenta de contra quien se dicte el laudo arbitral. El proceso se ceñiría al tema en conflicto, y pendiente éste de resolver no suspendía ni retardaría el cumplimiento de las cláusulas convenidas.

A través de nota de 2 septiembre de 2004, el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, notificó al MIDA, de la presentación por parte del Consorcio Hidrotec Limitada Ingenieros Consultores-F Icaza y Cia., S.A., de una solicitud de arbitraje en ese Centro, por razón del contrato N°ALP-040-ADM-2002, asimismo, comunicaba que el MIDA contaba con cinco días para manifestar la voluntad de participar en el proceso de arbitraje.

Por lo anterior el MIDA, remitió nota de 8 de septiembre de 2004, al Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, manifestando que al momento no podía participar en el proceso de arbitraje, puesto que no contaba con la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, requisitos exigidos por mandato constitucional. Sin embargo, el Centro de Arbitraje, procedió a elegir un árbitro, propuesto por la empresa contratista, lo cual fue comunicado a la entidad contratante el 22 de septiembre de 2004.

Opinión legal de la entidad contratante

El Ministerio de Desarrollo Agropecuario es del criterio jurídico, que pese haberse pactado una cláusula arbitral, se debe dar cumplimiento a los requerimientos contenidos en la Carta Fundamental, sobre la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación, para poder someterse al procedimiento de arbitraje.

El MIDA, sustenta su criterio en un pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de junio de 2003, el cual declaró inconstitucional el párrafo del artículo 7 del Decreto Ley N° 5 de 1999, sobre que **"el convenio arbitral establecido en un contrato tendrá eficacia por si mismo, y no requerirá la**

aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación”.

De lo anterior se desprende que la cláusula arbitral contenida en el contrato N°ALP-040-ADM-2002, no tiene eficacia por si misma, sino hasta que medien las autorizaciones establecidas en la Carta Política.

De lo explicado, formula a este despacho las siguientes preguntas:

“1. Una institución del Estado que hubiese pactado en un contrato suscrito con una empresa privada una cláusula para someter a arbitraje las diferencias que surjan con relación al contrato celebrado, se encuentra obligada a participar en un proceso arbitral sin que se haya cumplido previamente con las aprobaciones establecidas en el artículo 195 numeral 4 de la Constitución Nacional.

2. Puede el Estado (representado en este caso por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario)solicitar la nulidad ante el Órgano Judicial de un proceso arbitral que realiza actualmente el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá en relación a una solicitud de arbitraje presentada por una empresa privada, en virtud de la cláusula arbitral contenida en el contrato suscrito con dicha empresa (sic) no cuenta con las aprobaciones que señala el artículo 195 numeral 4 de la Constitución nacional y por tanto no puede surtir efecto?”

Opinión Jurídica de la Procuraduría de la Administración

De lo expuesto en su nota consultiva, se desprenden dos situaciones sobre el contrato administrativo objeto de esta consulta, ellas son: a) la resolución administrativa del contrato b) el proceso de arbitraje, convenido en una cláusula arbitral de ese contrato, sobre el cual se pretende resolver un conflicto, posterior a la rescisión del mismo.

En el caso consultado nos encontramos frente a un contrato administrativo, en el cual existe un acuerdo entre la administración pública y un particular, creando derechos y obligaciones.

Los contratos administrativos que celebran las instituciones públicas, están regulados por la Ley 56 de 1995, tal como queda precisado en su artículo 1, del cual se desprende claramente, que aquellos contratos en que sea parte el Estado deben desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en ese instrumento jurídico, salvo que exista una Ley especial.

La Ley 56 establece distintas clases de contratos administrativos, con las formalidades específicas y generales que se deben cumplir, para los mismos.

Con las consideraciones anteriores, queda claro, que en los contratos administrativos como en cualquier otro contrato, surgen sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, que cada una de las partes contratantes está obligada estrictamente, a cumplir con las cláusulas pactadas y se entiende que lo convenido es ley entre las parte. De allí que si ha habido incumplimiento de administración puede proceder a su rescisión.

Sobre la resolución de contratos, el jurista Cabanellas, ha explicado "acto jurídico que deja sin efecto un contrato validamente concertado."

El administrativista Dromí, concretamente sobre la resolución o rescisión administrativa de contrato dispone:

"tiene la Administración atribuciones para disponer unilateralmente la rescisión del contrato. Es una prerrogativa administrativa y no sólo un derecho emergente del contrato ante su incumplimiento. Es una cláusula virtual, pudiendo ejercérsela aunque no esté expresamente prevista en el texto del contrato". (DROMI, Roberto. Licitación Pública. 2ª Edición. Buenos Aires. 1995. pág 509)

Cuando se rescinde o resuelve un contrato administrativo, éste no tiene validez, ni eficacia, por tanto, no surte ningún efecto jurídico, o sea, que se extinguen los derechos y obligaciones pactados por las partes contratantes.

La Ley 56 de 1995, de Contratación Pública en su artículo 104, recoge las causales generales, que le permiten a la Administración rescindir un contrato, entre las cuales está el incumplimiento de lo pactado, en lo que incurrió el contratista, en este caso, Consorcio Hidrotec Limitada Ingenieros Consultores-F Icaza y CIA., S.A.,. Las causales enunciadas en el artículo mencionado, se entienden incorporadas en el contrato por ministerio de la Ley, es decir, que tienen validez y eficacia aunque no estén contenidas en el contrato respectivo.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para la resolución administrativa de los contratos, la Ley 56 de 1995, en su artículo 106, dispone lo siguiente:

“Artículo 106: La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el Artículo 105, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad pública adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.
No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante, podrá otorgarle al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad licitante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles, para que conteste, y a la vez presente las pruebas que considere pertinentes.
3. Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo una exposición de los hechos

comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas, resolución que deberá ser comunicada personalmente. Las resoluciones siempre serán motivadas.

4. Contra la resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía gubernativa.
5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a instancia del afectado, de conformidad con las disposiciones de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial.
6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.
7. Se remitirá, a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, copia autenticada de la resolución del contrato, a los dos días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispone la ley.
8. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento fiscal del Código Fiscal o, en su defecto, del procedimiento civil del Libro Segundo del Código Judicial”.

Si bien es cierto la resolución administrativa de los contratos, es una prerrogativa de la Administración Pública, esta deberá observar las reglas que la Ley de contratación, enuncia de manera precisa, como se mencionado en párrafo anterior.

Sobre esta decisión el contratista podrá accionar directamente, ante la vía judicial en defensa de sus derechos subjetivos, y contra el acto resolutorio del contrato, toda vez que, en estos casos no procede recurrir la vía gubernativa y será la instancia jurisdiccional la que decidirá si el acto es ajustado a derecho.

De todo lo expuesto se desprende que si el contrato administrativo de servicios, objeto de esta consulta, suscrito entre el MIDA y Consorcio Hidrotec Limitada Ingenieros Consultores-F Icaza y Cia.,

S.A., fue resuelto unilateralmente por la Administración, mediante la Resolución N°ALP-018-ADM-2004 de 14 de junio de 2004, y este acto se encuentra en firme, es decir, que ha sido notificado a las partes interesadas, el contrato en si mismo, y por ende sus cláusulas no tienen ningún efecto jurídico.

Sobre el tema, es importante recordar que los actos administrativos se presumen legales, hasta tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, declare su ilegalidad, por tanto la Resolución N°ALP-018-ADM-2004 de 14 de junio de 2004, del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, que resuelve el contrato objeto de esta consulta, de estar en firme, es válida.

De lo anterior, podemos concluir que si el contrato administrativo motivo de su consulta, fue resuelto, mediante un acto administrativo, los derechos y obligaciones pactados quedaron sin efecto, incluyendo el compromiso arbitral, por lo que la cláusula, arbitral establecida en el contrato N°ALP-040-ADM-2002, no tiene sustento jurídico y cabe demandar la nulidad del laudo promovido por el Centro de Arbitraje de Panamá.

Por las consideraciones expuestas, es nuestra opinión que resuelto el contrato administrativo antes aludido, no tiene ninguna viabilidad jurídica, el proceso de arbitraje, en fundamento de una cláusula contractual, que no es válida, ni eficaz, por los efectos que produce el acto administrativo de rescisión del Contrato.

Esperamos de esta forma haber colaborado atinadamente a su solicitud.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/21/cch.