

21 de marzo de 2005

Viabilidad jurídica. El licenciado Alexis Iván Fuentes Bonilla, en representación del **Contralor General de la República**, solicita que la Sala se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del proyecto de Contrato No. 308-03 de 08 de agosto de 2003 celebrado entre la **Autoridad de la Región Interoceánica** (ARI) y la empresa Baac Resources Inc.

Concepto.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante Usted con la finalidad de expresar el criterio de la Procuraduría de la Administración en relación con la solicitud presentada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por el Contralor General de la República para que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del proyecto de Contrato No. 308-03 "De Desarrollo, Arrendamiento e Inversión del Proyecto Turístico Bridge of the Americas Cultural City", celebrado entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la empresa Baac Resources Inc.

I. Antecedentes:

La Autoridad de la Región Interoceánica (ARI), debidamente autorizada por el Consejo Económico Nacional (CENA) y por el Consejo de Gabinete, suscribió el Contrato

No. 308-03 de 8 de agosto de 2003, mediante el cual da en arrendamiento a la empresa Baac Resources Inc., áreas de terreno con una superficie de 108.97 hectáreas, que forman parte de la finca No. 1592 de propiedad de la Nación, ubicadas en Sherman, provincia de Colón, con el propósito de que las utilice exclusivamente para la construcción, promoción, explotación, mantenimiento, reparación, operación y administración del proyecto Turístico Bridge of the Americas Cultural City.

El proyecto de contrato fue remitido por la Autoridad de la Región Interoceánica (ARI) a la Contraloría General de la República para su refrendo.

Mediante la Nota No. 636-Leg de 11 de febrero de 2004, el Contralor General de la República devolvió con objeciones y sin refrendo el proyecto de contrato.

A través de la Nota No. ARI-AG-DAL-1642-04 de 25 de mayo de 2004 el Administrador General de la Autoridad de la Región Interoceánica insistió en el refrendo del proyecto de Contrato No. 308-03 de 08 de agosto de 2003, limitándose, a juicio del apoderado judicial de la Contraloría General de la República, a enmendar una de las cinco objeciones, sin atender las demás.

Dada la insistencia en el refrendo y tomando como fundamento el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, la Contraloría General de la República -a través de su apoderado especial- interpuso una solicitud para que la Sala Tercera de la Corte se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del proyecto de Contrato No. 308-03 de 08 de agosto de 2003.

II. Las objeciones planteadas por el Contralor General de la República se analizan de la siguiente manera:

La **primera objeción** indica que los numerales 1 y 2 de la cláusula 15 son contrarios a los numerales 3 y 4 del artículo 9 de la Ley 56 de 1995. Además, señala que las obligaciones pactadas en los numerales 3, 4 y 5 de la cláusula 15 son exigibles al contratista y no al Estado.

Este Despacho concuerda parcialmente, con los planteamientos expuestos por la Contraloría General de la República, ya que a nuestro juicio, los numerales 1 y 2 de la cláusula 15 del Contrato, en los que se establece el compromiso de las partes a no obstaculizar las construcciones en proceso ni interferir u obstaculizar el disfrute pacífico de las mejoras terminadas, no limitan la facultad de la entidad estatal de revisar periódicamente las obras y exigir el cumplimiento de las normas técnicas relativas a la calidad.

No obstaculizar las construcciones en proceso es una obligación de la entidad contratante, que al tenor de lo establecido por el artículo 82 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, debe garantizar la ejecución ininterrumpida de la obra. Por otra parte, el disfrute pacífico del bien arrendado es un derecho del arrendatario.

Coincidimos con las objeciones presentadas por la Contraloría General de la República en contra de los numerales 3, 4 y 5 de la cláusula 15. Sin embargo, consideramos, que la confusión es producto de la redacción de la cláusula 15, que incluye como COMPROMISOS MUTUOS DE LAS

PARTES DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS, obligaciones que legalmente (numeral 2 del artículo 9 y artículo 11 de la Ley 56) corresponden a la Contratista, como son la reparación de las vías públicas, la remoción de escombros y basura y la ejecución de las obras contratadas, aunque la lectura de los numerales 3 y 4 aclara que estos compromisos son obligación de la ARRENDATARIA INVERSIONISTA.

Respalda nuestro criterio lo establecido en la cláusula 4, que especifica el propósito del contrato y señala que la arrendataria inversionista se obliga al mantenimiento y reparación de las obras.

La **segunda objeción** planteada se refiere a la cláusula 27 del Contrato, relativa a las RENTAS Y FORMAS DE PAGO, ya que considera que el canon de arrendamiento es bajo y que dicho canon no fue fijado a través de avalúos del Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

Este Despacho coincide con el criterio planteado por la Contraloría General de la República ya que en el expediente judicial no existe constancia de la realización de avalúos, de las áreas objeto del contrato, por parte del Ministerio de Economía y Finanzas ni de la Contraloría General de la República.

El contenido de las fojas 32 y 33 del expediente judicial demuestra que el canon pactado en la cláusula 27 se estableció vulnerando lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el artículo

14 del Decreto Ley 7 de 2 de julio de 1997, que a la letra dice:

"Artículo 14. El artículo 100 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, quedará así:

ARTICULO 100.
Arrendamiento de bienes.

Los bienes muebles e inmuebles del Estado no destinados al uso o al servicio público, pueden darse en arrendamiento por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, ...

La determinación del canon se hará previo avalúo del Ministerio de Hacienda y Tesoro y la Contraloría General de la República."

La **tercera objeción** planteada se refiere al numeral 13 de la cláusula 41 que incluye entre las causales de resolución administrativa del contrato No. 308-03, el mutuo acuerdo.

En opinión del abogado de la entidad fiscalizadora de los bienes y fondos públicos, no es factible pactar o incorporar una cláusula basada en el mutuo acuerdo como mecanismo para la resolución administrativa del contrato, ya que para que se pueda invocar esta causal se requiere del consenso de voluntades de la entidad contratante y del contratista.

Concordamos con la objeción expuesta, ya que la Ley 56 de 1995 consagra la resolución administrativa del contrato como la vía legal para dejarlo sin efecto por causas atribuibles al Contratista, como son, el incumplimiento, la quiebra, la incapacidad física y la disolución. De hecho, el

artículo 104 de la Ley 56 de 1995 no incluye el mutuo acuerdo como causal de resolución administrativa.

La **cuarta objeción** se refiere a la cláusula 42 del contrato, que prevé a favor del Contratista (ARRENDATARIA - INVERSIONISTA) una indemnización final y definitiva por daños y perjuicios provocados en caso de incumplimiento de la entidad contratante.

La indemnización pactada es equivalente a la que recibiría la entidad en caso de incumplimiento de la empresa.

A juicio de la Contraloría General de la República esta cláusula es contraria a los artículos 157 (numeral 3) y 273, actuales 163 (numeral 3) y 277 de la Constitución Política.

La Procuraduría de la Administración concuerda con este criterio, puesto que a su juicio, la Autoridad de la Región Interoceánica no está facultada legalmente para reconocer indemnizaciones no previstas por las normas de contratación pública.

El reconocimiento de indemnizaciones en contra del Estado, es una atribución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política desarrollado en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial.

Sin autorización de las autoridades competentes (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), la Autoridad de la Región Interoceánica no puede reconocer ni pagar indemnizaciones.

Sobre el particular, el numeral 3 del artículo 163 de la Constitución Política indica que es prohibido a la Asamblea

Nacional reconocer a cargo del Tesoro Público indemnizaciones que no hayan sido previamente autorizadas por autoridades competentes.

En concordancia con lo anterior, el artículo 277 de la Constitución Política señala que no se podrán efectuar gastos públicos que no estén debidamente autorizados por la Constitución o la Ley, tampoco la transferencia de créditos a un objeto no previsto en el presupuesto correspondiente.

El numeral 7 del artículo 9 de la Ley 56 de 1995, que en su momento invocó la Autoridad de la Región Interoceánica como fundamento para incluir esta cláusula, no se refiere a indemnizaciones a favor de la contratista sino al reconocimiento de intereses moratorios cuando ocurran retrasos en los pagos que sean atribuibles a la entidad contratante.

El numeral 9 del artículo 9 de la Ley 56 de 1995, aducido por la Autoridad de la Región Interoceánica, tampoco fundamenta el contenido de la cláusula 42 del proyecto de contrato, porque la indemnización que allí se establece es el derecho que le asiste a la entidad contratante en el evento en que se causen daños durante la ejecución del contrato o con ocasión del mismo.

El artículo 32 de la Ley 56 de 1995 se refiere a la disponibilidad presupuestaria de toda entidad contratante cuando esté obligada al pago de alguna cantidad. Esta norma no faculta a las instituciones del Estado para establecer cláusulas indemnizatorias, por lo que no puede emplearse como fundamento legal de la cláusula 42 del proyecto de contrato.

Finalmente, la indemnización prevista en el artículo 72 de la Ley 56 de 1995 es la que le corresponde al contratista en aquellos casos en los que se le haya causado perjuicios por la terminación anticipada del contrato, por razones de interés público debidamente comprobados; por consiguiente, tampoco sustenta lo pactado en la cláusula 42 del contrato objetado.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados declarar que el Contrato No. 308-03 de 08 de agosto de 2003 suscrito entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la Sociedad Anónima Bacc Resources, Inc. NO ES JURÍDICAMENTE VIABLE.

Pruebas: Aceptamos las pruebas aducidas por el abogado de la entidad solicitante, porque las mismas cumplen con las formalidades exigidas por el Código Judicial.

Derecho: Aceptamos el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

OC/5

Materias:
Viabilidad Jurídica.
Arrendamiento de bienes estatales.

Indira
Exp. N° 593-04
Entrada: 20-10-04
Magistrado: Hoyos
Asignado: 06-12-04
Proyecto: 28-02-05
Modificaciones: 11-03-05 al 15-03-05