

Posteriormente se sustituyó el poder otorgado a la licenciada **BELFON**, mismo que fue otorgado al licenciado **DIONISIO SÁNCHEZ** para representar al Municipio de Panamá en esta controversia.

Considera el recurrente que el acto administrativo impugnado resulta violatorio de los artículos 75 y 50 del Código Fiscal, así como del artículo 11 de la Ley 106 de 1973.

De la demanda instaurada se corrió traslado a la Señora Alcaldesa del Distrito de Panamá para que rindiese un informe explicativo de actuación en este caso, mismo que reposa a folios 27-29 del expediente (cfr. Nota N° 644-95-DC y J de 26 de junio de 1995).

También se corrió traslado de la demanda presentada a la empresa **PROVEEDORA ATLÁNTICO PACÍFICO, S. A.** por ser parte interesada en la controversia.

De igual forma se dio traslado a la señora Procuradora de la Administración, quien mediante Vista Fiscal N° 482 de 14 de noviembre de 1995 que obra a folios 110-127 del expediente, ha solicitado al Tribunal que se conceda la pretensión de la parte actora, al considerar que la celebración del contrato 232-94 efectivamente se realizó con la pretermisión de requisitos legales, produciéndose las transgresiones invocadas por el demandante.

Una vez surtidos todos los trámites establecidos para este tipo de negocio, procede la Sala Tercera a desatar el litigio.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ACUSADO

Posterior al acto de interposición de la demanda, el recurrente presentó una solicitud especial con el fin de que fueran suspendidos, provisionalmente, los efectos del acto acusado. La parte actora sustentó básicamente la petición de suspensión con fundamento en dos argumentos básicos:

1. Los perjuicios que el acto ocasionaba:

Indicó el actor que el Municipio de Panamá bajo la Administración de la señora Mayín Correa concibió el proyecto Mi Pueblito (constituido por un complejo de tres bloques de edificios con un costo de construcción de B/.470,395.53) como una empresa turística municipal autofinanciable, con el objetivo de servir como Centro Nacional de las distintas expresiones del Folklore Nacional, y que la Administración Municipal a cargo de la señora **Mercedes García de Villaláz**, decidió adjudicar directamente, mediante Resolución Alcaldía N° 43 de 8 de agosto de 1994 a la empresa **Provedora Atlántico Pacífico, S. A.** por espacio de cinco (5) años la concesión de la explotación del restaurante bar de dicho Proyecto, ubicado en el bloque B del Complejo Turístico y Cultural, en perjuicio de los intereses municipales.

Que este perjuicio se debía, a que en el contrato celebrado se estipuló que el concesionario pagaría al Municipio de Panamá la suma de B/.475.00 mensuales, mientras que en avalúo del local del bar y restaurante efectuado más recientemente se determinó que el canon de alquiler real de dicho local oscilaba entre B/.1,000.00 y B/.1,500.00 balboas mensuales, lo que dejaba en evidencia el canon ínfimo que se estableció y el perjuicio económico que se le ha ocasionado al Municipio de Panamá.

2. Ilegalidad de la actuación de la Alcaldía Municipal

Según el actor, se cambió en forma ilegal el término de duración del contrato de concesión de dos (2) años estipulado en el pliego de cargos que sirvió de base para la contratación del arrendamiento a cinco (5) años, y con la autorización concedida por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, por medio de la Resolución N° 944 de 30 de agosto de 1994, la administración municipal de ese momento procedió a suscribir el contrato N° 232-94 con la empresa **Provedora Atlántico Pacífico, S. A.**, para la concesión comercial del bar y restaurante ubicado en el Proyecto Turístico y Cultural, sin haber obtenido dicho contrato

la autorización del Consejo Municipal, tal como lo exige el artículo 17, numeral 11 de la ley 106 de 1973.

Sobre los puntos invocados, la Sala Contencioso Administrativa, en resolución de 31 de agosto de 1995 señaló lo siguiente:

"En primer lugar en lo que respecta a que ha quedado demostrado que el Contrato N° 232-94, acusado de ilegal le está causando perjuicios económicos irreparables al Municipio de Panamá, es importante indicarle al peticionario que no se evidencia de manera palmaria que se esté causando dichos perjuicios tal como lo aduce. Esto lo afirmamos, dado que al encontrarnos frente a una solicitud de suspensión, esta Corporación Judicial sólo puede entrar valorar aquellos elementos que hayan sido presentados y probados por el demandante, situación ésta que no se ha verificado dentro de este caso que nos ocupa.

Efectivamente no basta aseverar que el alquiler actual del local que asciende a B/.475.00 mensuales, es un canon irrisorio en comparación con lo que debía cobrarse que se eleva de B/.1,000.00 a B/.1,500.00 mensuales. Este último avalúo se estimó luego de celebrado el contrato que es motivo de controversia, es decir el 29 de junio del año que decurre, al igual que el que consta en el informe expedido por la Contraloría General de la República que tiene la misma fecha. (Ver fojas 34 y 52 respectivamente).

Dada la especialidad de la medida precautoria solicitada bajo estudio, el **MUNICIPIO DE PANAMÁ** no ha demostrado que el canon de arrendamiento de B/.475.00 le ha causado gravísimos perjuicios económicos; ni siquiera menciona en qué consisten esos perjuicios, por lo que debemos indicar que lo afirmado por el petente carece de fundamento.

...

Por último, ya este Tribunal de lo Contencioso Administrativo en reiteradas ocasiones ha manifestado que al no constatarse fehacientemente el perjuicio alegado, no puede la Sala adoptar una Suspensión Provisional basándose sólo en apreciaciones de la parte recurrente. En este caso, el actor señala que el Contrato N° 232-94 fue adjudicado en abierta arbitrariedad. No está de más mencionarlo, sin que se considere como adelanto de un juicio valorativo del presente caso, que a prima facie y de acuerdo a las normas que se consideran violentadas por el petente, no se observa una transgresión flagrante del ordenamiento jurídico para que proceda por esta causa la suspensión del contrato administrativo como medida precautoria."

De esta manera, la Sala Tercera puntualizó en la resolución pretranscrita, que al menos al momento de presentada la demanda, sin que se contase con el material probatorio necesario y en un análisis muy general de la situación, no se vislumbraba **prima facie** la urgencia de suspender los efectos del acto demandado.

En esta etapa del proceso, una vez cumplidos todos los trámites procesales, este Tribunal está en condiciones de examinar el fondo de la controversia planteada, a lo que se procede de seguido:

ANTECEDENTES A LA EMISIÓN DEL ACTO ACUSADO

Para un mejor entendimiento de la controversia jurídica que subyace en el negocio sometido al conocimiento de esta Sala, es preciso realizar un análisis de las circunstancias que acontecieron previas la emisión del acto de celebración del contrato administrativo cuya ilegalidad se acusa.

Los hechos que condujeron a la celebración del contrato 232-94 pueden subsumirse de la siguiente manera:

1. el Consejo Municipal del distrito de Panamá mediante Acuerdo N° 113 de 5 de noviembre de 1993 autorizó a la Administración del Municipio para que mediante Licitación Pública otorgara en concesión unos bienes municipales, entre ellos, los del Restaurante bar del proyecto "Mi Pueblito".

2. Se efectuaron dos llamados a Concurso de Precios para recibir propuestas para otorgar la Concesión del Restaurante Bar, pero tales llamados fueron declarados desiertos, al haberse presentado sólo una propuesta válida.

3. Al ser declarados desiertos estos actos, la Alcaldía solicitó al Ministerio de Hacienda y Tesoro la autorización para contratar directamente con el señor VERNON SALAZAR, autorización que le fue concedida por dos años, mediante Resolución N° 633 de 1994 (cfr. foja 91 del cuaderno de pruebas). Sin embargo, el prenombrado señor, por razones que tuvo a bien explicar, declaró su desistimiento de la adjudicación de la concesión.

4. En estas circunstancias, la Alcaldesa Mercedes García de Villaláz resuelve adjudicar directamente a una empresa que se mostró interesada en el proyecto: **Provedora Atlántico Pacífico S. A.**, la concesión de la explotación del restaurante bar por el término de cinco años, mediante Resolución Alcaldía N° 43 de 8 de agosto 1994. (Cfr. foja 109 del cuaderno de pruebas).

5. De inmediato la Alcaldía solicitó al Ministerio de Hacienda y Tesoro que se modificara la Resolución N° 633 que había autorizado la contratación por dos años con el señor SALAZAR, para que en su defecto se autorizara contratar directamente con la empresa **Provedora Atlántico Pacífico, S. A.** la concesión de la explotación del restaurante bar por el término de cinco años, lo cual se concede mediante Resolución N° 944 de 30 de agosto de 1994 (visible a foja 113 del cuaderno de pruebas).

5. Posterior a este acto, se celebra el contrato N° 232-94 entre la empresa antes mencionada y la Alcaldía Municipal del Distrito de Panamá., contrato que reposa a folios 1-4 del cuaderno principal.

CARGOS DE ILEGALIDAD ADUCIDOS

Según se desprende de los cargos presentados por el demandante, el contrato N° 232-94 resulta contrario al ordenamiento legal, básicamente, porque nunca quedó perfeccionado, y sin embargo, la Empresa concesionaria ha venido ejerciendo los derechos de concesionaria desde la fecha de celebración del contrato, y lo seguirá haciendo por el término de cinco años que vence en el año 1999.

El actor en este punto sustenta la acusada ilegalidad de la actuación de la administración municipal, invocando dos situaciones medulares:

a. que en las condiciones del Pliego de cargos de la solicitud de precios se establecía un término de duración de la concesión de dos años, mientras que al momento de contratarse directamente con la empresa **Provedora Atlántico Pacífico, S. A.** el tiempo de concesión se aumentó a cinco años; y

b. que el Consejo Municipal nunca autorizó el Contrato N° 232-94, procedimiento legal que es de imperativo cumplimiento para perfeccionar este tipo de actos de la administración municipal, de conformidad con lo establecido en el Código Fiscal y la Ley 106 de 1973 sobre Régimen Municipal.

El primer cargo de ilegalidad aducido por el actor descansa en el texto del artículo 75 del Código Fiscal, cuyo contenido se reproduce de seguido:

"Artículo 75. Son absolutamente nulos los contratos en que tengan interés la Nación y que se hayan celebrado contraviniendo las disposiciones de este Código.

Cualquiera persona podrá demandar ante el Tribunal competente la declaratoria de nulidad de que se trata y el Fiscal respectivo tiene la obligación de hacerlo a requerimiento de persona interesada o del

Órgano Ejecutivo."

El demandante ha señalado que la norma **ut supra** resulta violada, toda vez que en el proceso de contratación entre **Provedora Atlántico Pacífico, S. A.** y el Municipio de Panamá fueron transgredidas las disposiciones que en esta materia contiene el Código Fiscal.

Pese a que el recurrente no conecta la acusada violación del artículo 75 con ninguna otra norma del Código Fiscal de manera específica, la Sala procede a examinar el siguiente cargo de violación que recae en el artículo 50 del referido cuerpo legal en asocio con el artículo 75, dada la estrecha vinculación que existe entre ambas normas.

La actual Administración Municipal considera que el artículo 50 del Código Fiscal ha sido violado por falta de aplicación en este caso, toda vez que el contrato N° 232-94 no contó con la aprobación del organismo o autoridad que debía autorizar dicho contrato: el Consejo Municipal de Panamá.

El texto legal cuya violación se acusa, en su parte pertinente, es del tenor siguiente:

"Artículo 50 ...

Quando la celebración del Contrato está sujeta a autorización o aprobación del Consejo de Gabinete, Consejo Nacional, la Junta Directiva, Comité Ejecutivo o cualquier otro organismo o autoridad, la adjudicación definitiva de la Licitación no se considerará perfeccionada hasta que tales autorizaciones o aprobaciones se hayan obtenido ...

La Sala Tercera deberá determinar en consecuencia, si la normativa de Régimen Municipal efectivamente compele a la administración Municipal para que todo contrato celebrado cuente con la aprobación de la Cámara Edilicia en vías de que la contratación quede perfeccionada.

El artículo 17 de la Ley 106 de 1973, en su numeral 11, fija entre la competencia del Consejo Municipal **"autorizar y aprobar la celebración de contratos sobre Concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos municipales y lo relativo a la construcción y ejecución de obras públicas."**

El demandante acusa la violación directa por falta de aplicación del texto citado, toda vez que la Administración Municipal no presentó ante el Consejo Municipal el Contrato N° 232-94 suscrito entre **Provedora Atlántico Pacífico, S. A. y la Administración Municipal.**

INFORME DE CONDUCTA DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL

Si bien fue la señora Alcaldesa MAYÍN CORREA quien en representación del Municipio instauró la demanda que nos ocupa, se le solicitó el informe de actuación que por exigencia de la Ley debe rendir el funcionario que representa a la entidad demandada.

La actual Alcaldesa del Distrito Capital, en el referido informe, realiza una sinopsis de los hechos que antecedieron a la suscripción del contrato N° 232-94, manifestando que ante las irregularidades en el proceso de contratación, y habida cuenta de que tal como el propio Consejo Municipal ha certificado no se sometió a su aprobación dicho contrato, se autorizó a la Alcaldesa para que ejerciera las acciones legales en lo relativo a la nulidad del contrato.

En efecto, la Alcaldesa Municipal, autorizada por el Consejo Municipal mediante Resolución N° 38 de 24 de abril de 1995 ejerce la acción legal que nos ocupa, con el fin de que se anule la contratación administrativa, que según los estudios de la Dirección de Asesoría Legal del Municipio nació viciada, por las razones ampliamente expuestas en la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR LA EMPRESA PROVEEDORA
ATLÁNTICO PACÍFICO, S. A.

La empresa **Proveedora Atlántico Pacífico, S. A.**, mediante su apoderado judicial, licenciado Eusebio Marchosky interviene como parte interesada en el proceso contencioso entablado por la actual Administración Municipal, y en escrito visible a folios 97-108 del expediente principal solicita que se niegue la declaratoria de nulidad pedida, al considerar que dicha petición carece de fundamento legal.

La razón fundamental que soporta jurídicamente la oposición del letrado a la declaratoria de nulidad del contrato N° 232-94 se centra en la circunstancia de que un estudio detenido del numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973 permite inferir que sólo requieren la aprobación de del Consejo Municipal aquellos contratos sobre concesiones de servicios públicos, y no cualesquiera otros que celebre la autoridad ejecutiva de la administración municipal, como acontece en el negocio sub-júdice, en que la naturaleza del contrato suscrito evidencia que se trata de un arrendamiento o concesión de tipo comercial.

Entre los puntos más relevantes del extenso escrito, el apoderado de la empresa concesionaria ha vertido los siguientes conceptos:

"En primer lugar el Contrato N° 232-94, celebrado entre la Alcaldía del Distrito de Panamá y la sociedad anónima Proveedora Atlántico Pacífico, S. A. no se celebró para la construcción ni la ejecución de una obra pública municipal. Luego de esta exclusión, el examen por hacer se reduce al resto de la disposición transcrita, es decir, a la competencia exclusiva de los Consejos Municipales en la función de "Autorizar y aprobar la celebración de Contratos sobre concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos municipales."

Lo que está sujeto a la autorización (en este caso la autorización es previa al otorgamiento de la concesión) y a la aprobación (en este caso la aprobación se hace con posterioridad al acto de otorgamiento), son los contratos mediante los cuales se hacen concesiones para la prestación de servicios públicos y a los otros medios, distintos de los contratos, mediante los cuales se hagan esta misma clase de concesiones, como por ejemplo, la concesión para la prestación de un servicio público municipal que fuese hecha mediante una simple resolución administrativa. ...

La explotación comercial de un restaurante bar no constituye ni puede constituir la prestación de un servicio público municipal, y que por tal motivo, un contrato mediante el cual se hace esa mal llamada concesión, si es que se le quiere llamar así (concesión comercial), requiera tanto autorización previa como aprobación posterior por parte del Consejo Municipal respectivo, cuando ni siquiera requiere de una sola de ellas. ...

Pero aún en el remoto evento de que se pueda considerar que se está en presencia de una verdadera concesión comercial, ésta jamás puede considerarse ni asimilarse a una concesión para la prestación de un servicio público municipal, porque la realización de actividades comerciales, jamás puede considerarse comprendida dentro de la prestación de servicios públicos municipales."

OPINIÓN EMITIDA POR LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La Señora Procuradora de la Administración, al adelantar su examen en relación a la supuesta violación del artículo 17 de la Ley 106 de 1973 coincide con lo expuesto por la parte demandante, indicando:

"Es preciso indicar que el artículo 17, de la Ley 106 de 1973, que señala la Competencia Exclusiva del Consejo Municipal sobre las

funciones que allí se enumeran, exige -en el numeral 11- **la autorización y aprobación** de los contratos sobre concesiones. Señalamos ésto, porque en este caso es importante el papel que juega la conjunción copulativa "y", cuyo oficio es unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo. Ello implica que debe dársele cumplimiento a uno y otro requisito; es decir, a **la autorización y a la aprobación** de los contratos de concesiones.

Observamos que el Lic. Eusebio Marchosky, al contestar la demanda señala que:

... el Contrato N° 232-94, celebrado entre la Alcaldía del Distrito de Panamá y la sociedad anónima Provedora Atlántico-Pacífico, S. A. no se celebró para la construcción ni la ejecución de una obra pública municipal" ...

Sobre ese particular, debemos señalar que el artículo 17, numeral 11, de la Ley 106 de 1973 se refiere a la aprobación y autorización de la celebración de contratos sobre:

1. Concesiones
2. Otros modos de prestación de servicios públicos municipales.
3. Lo relativo a la construcción y ejecución de obras públicas.

Decir que este numeral trata exclusivamente de construcción y ejecución de obra pública municipal, es desconocer el resto del texto que conforma el numeral 11, y que se refiere a los Contratos sobre Concesiones (en general) y de otros modos de prestación de servicios públicos municipales.

No es cierto, que la autorización (primero) y la aprobación (posterior) únicamente deba aplicarse a los contratos mediante los cuales se hacen concesiones para la prestación de servicios públicos, como lo indica el Lic. Marchosky, porque nuevamente omitiría parte del texto del numeral 11, del artículo 17 de la Ley 196 de 1973, al que nos hemos venido refiriendo.

La concesión del Restaurante Bar se fundamenta en esta norma, porque la misma contempla -en principio- la autorización y aprobación de la celebración de contratos de concesiones en términos generales, por lo que una concesión comercial, como lo es ésta no puede ni debe escapar al cumplimiento de los requisitos que en esta norma se señalan."

En estas circunstancias, una vez atendidas las consideraciones de las partes en el proceso, la Sala Tercera entra a decidir la controversia jurídica planteada y a externar lo siguiente:

DECISIÓN DE LA SALA

Esta Superioridad advierte que el punto medular de la controversia que nos ocupa descansa en determinar:

1. Si la Alcaldesa del Distrito de Panamá al momento de suscribir el contrato N° 232-94 tenía la obligación de presentarlo al Consejo Municipal para su aprobación y perfeccionamiento. Para ello, es necesario deslindar:

a) qué tipo de contrato administrativo suscribió la administración Municipal con la empresa Provedora del Atlántico Pacífico, S. A., toda vez que los distinguidos letrados que intervienen en la controversia ponen en tela de duda si se trata de un contrato de arrendamiento, o de concesión;

b) si el contrato suscrito, por su naturaleza y el fin perseguido, se encontraba comprendido entre aquellos mencionados en el numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973 que exigen la aprobación del Consejo Municipal de Panamá.

2. Será preciso para tales fines, realizar un rápido bosquejo de la legislación sobre Régimen Municipal vigente, desarrollado por la Ley 106 de 1973 modificada por la Ley 52 de 1984.

EL MUNICIPIO COMO PERSONA JURÍDICA

La doctrina administrativista más aceptada, representada entre otros por Alberto Elquera señala que "El Municipio es, jurídicamente, una persona de Derecho Público, constituida por una comunidad humana, asentada en un territorio determinado, que administra sus propios y peculiares intereses y que depende siempre, en mayor o menor grado, de una entidad pública superior, el Estado Provincial o Nacional."

En la legislación positiva panameña, el Municipio es la entidad administrativa del distrito y presenta las características propias de un gobierno local tal como lo concibe la Constitución Nacional: con representación popular partidista; flexibilidad para su organización administrativa; patrimonio y poder tributario propios; capacidad de ejecución y la separación de poderes dentro de la misma administración municipal, con lo que sus organismos de gobierno y administración están bien definidos.

Esta separación de poderes significa que el poder de administración está compartido entre el cuerpo deliberante que es el **Consejo Municipal** y el ejecutivo, representado por el **Alcalde Municipal**.

I. EL CONSEJO MUNICIPAL

Esta Corporación o Cámara Edilicia, integrada por los representantes de corregimiento, está facultado, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 106 de 1973 para "regular la vida jurídica de los Municipios por medio de Acuerdos".

Con base a la referida disposición, los Consejos Municipales tienen competencia exclusiva para el cumplimiento de las funciones que le son atribuidas por el artículo 17 de la Ley 106 de 1973.

Entre estas atribuciones se advierte que el Consejo Municipal tiene amplio control sobre el punto medular que constituye la base y finalidad de la administración municipal: la formulación de políticas que contribuyan al desarrollo **integral** del distrito; la creación de empresas municipales para la explotación de bienes y servicios; la promoción de contratos cuya finalidad sea la explotación de bienes y servicios, su autorización y aprobación; la construcción de obras públicas municipales, así como plazas, parques etc.

II. EL ALCALDE MUNICIPAL

Funcionario Jefe de la Administración Municipal desde el punto de vista ejecutivo. (cfr. artículo 239 de la Constitución Nacional). Sus atribuciones se pueden agrupar entre aquellas que le corresponden como Jefe de la Administración Municipal, y las de jefe de Policía en el Distrito.

Las primeras, que son la que nos interesan para los fines de este estudio, se encuentra contenidas en el artículo 45 de la Ley 106 de 1973, y pueden subsumirse de manera muy general en: presentar proyectos de Acuerdo al Consejo Municipal sobre el Presupuesto, planes para el desarrollo del distrito, nombrar y remover funcionarios municipales, promover el progreso de la comunidad municipal, dictar decretos e asuntos de su competencia y otros señalados en las Leyes y Acuerdos Municipales.

Esta apretada síntesis reitera y subraya el carácter ejecutivo de la administración del alcalde municipal.

En párrafos anteriores esta Sala ha hecho referencia a que una de las finalidades básicas de la administración municipal es lograr el desarrollo **integral** de la comunidad.

Este punto de vista es sostenido por las doctrinas de administrativistas y sociólogos eminentes como Adolfo Posada, Eduardo Tamayo, Oldegar Franco Vietera y Adriano Carmona Romay, quienes entienden el Municipio como una comunidad o sociedad local a la que el Estado reconoce autonomía jurídico-política, administrativa y fiscal, que actúa bajo un sentido de solidaridad en la búsqueda del interés común y satisfacción de las necesidades de la vecindad.

Conforme se desprende de los estudios sobre el Proyecto Turístico "Mi Pueblito", esta obra del Municipio de Panamá es un complejo cultural, recreativo y turístico que expone y promueve, para beneficio de nacionales y extranjeros las distintas formas y expresiones del folklora nacional.

Pertenecen al complejo un número plural de locales en que operan, además de las atracciones meramente culturales (pequeña iglesia, etc.), distintos establecimientos comerciales que constituyan la fuente del auto-financiamiento del proyecto (a través de su concesión), tales como la tienda de artesanías, abarrotería, venta de jugos y frutas y **un bar restaurante**.

Según consta en autos, específicamente en el cuadernillo de pruebas que se adjunta, el Consejo Municipal profirió en el año 1993 el Acuerdo N° 113 por el cual se otorgaba en concesión la explotación de ciertos bienes municipales, entre ellos el **bar-restaurante de Mi Pueblito**. (F. 1 del cuaderno de pruebas).

Entre las **condiciones especiales** para la contratación de la concesión de dicho local (f. 36ss) queda claramente consignado que la solicitud incluía la explotación de la actividad del bar restaurante como el arrendamiento del mismo. De hecho, quedó pactado que la entrega física del área o local otorgado en la concesión se haría efectiva sólo cuando estuviese firmada y refrendado el contrato de concesión.

De esta manera se aborda el primer punto sugerido por el apoderado legal de la empresa Proveedora del Atlántico Pacífico S. A. en el sentido de que el contrato que nos ocupa **no era un contrato de concesión, sino de arrendamiento**.

Disiente la Sala de lo expresado por el letrado, toda vez que un estudio pormenorizado del contrato suscrito y de sus antecedentes inmediatos, revelan que el Consejo Municipal autorizó la concesión de **bienes municipales**, lo que incluía no sólo la explotación de la actividad, sino también el arrendamiento del espacio físico donde ésta se desarrollaría. Pero ello no desvirtúa la existencia de la **concesión** que subyace en el contrato.

En efecto, definido por el destacado administrativista JOSÉ ROBERTO DROMI, la concesión es un contrato por el cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica, privada o de derecho público, la organización, funcionamiento de un bien o servicio por un lapso determinado, donde esta persona **concesionario** actúa por su propia costa y riesgo y la responsabilidad que derive de hechos que concreten el "ejercicio" de la concesión corresponde al concesionario. Su labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios o beneficiarios.

La concesión implica en favor del concesionario una delegación por parte de la Administración Pública, que sin embargo conserva la dirección y control. El concesionario actúa bajo la severa y constante vigilancia de la autoridad concedente. Al término del contrato, los bienes afectados a la prestación del servicio pasan al dominio del Estado, con o sin indemnización.

Estas características se encuentran presentasen el contrato cuya nulidad se solicita, a saber:

En la cláusula primera se especifica que se suscribe **contrato de concesión** para la explotación de la actividad comercial del Restaurante Bar para que el particular gestione por **su cuenta y riesgo el servicio**; el concesionario **no puede vender ningún artículo fuera de los específicamente señalados en el contrato**; la renovación del contrato se ajustará a las disposiciones del **Reglamento de Concesiones**; el concesionario aceptó realizar el acondicionamiento de infraestructura necesario para brindar el servicio y las mejoras realizadas

pertenecen al Patrimonio Municipio sin costo o pago por el mismo; corren por cuenta y riesgo del concesionario todos los gastos del local y propios de la explotación del servicio; el concesionario debe tolerar que el Municipio inspeccione cuando a bien lo tenga los espacios objeto del contrato; las causas de terminación del contrato están listada en el contrato e incluyen las causales de resolución administrativa del artículo 68 del Código Judicial; el concesionario no puede ceder ni traspasar el contrato sin el consentimiento del Municipio.

De ello se desprende que concurren en el contrato los principales caracteres del contrato de concesión: **a) bilateralidad** (es sinalagmático porque ambas partes se obligan recíprocamente, el concesionario a prestar el servicio, y el concedente permite que el concesionario perciba de los usuarios el importe del mismo); **b) oneroso y conmutativo**: existe equivalencia de prestaciones; **c) intuito-personae**: la concesión debe ser ejercida personalmente y por cuenta y riesgo del concesionario y no puede ser transferido o cedido el contrato sin autorización del concedente.

Se trata pues de la concesión para la explotación comercial del bar restaurante para venta de comidas típicas panameñas de "Mi Pueblito.", para lo cual se le entregaría un local que debería ser acondicionado por el cocontratante.

No escapa de la percepción de esta Colegiatura que efectivamente se pacta, además de la concesión, un canon de arrendamiento de B/.475 mensuales. Pero ello, como indicáramos previamente, no desnaturaliza la existencia del contrato de concesión para la explotación de la venta de comidas y bebidas en el bien municipal. Lo anterior se desprende sin mayor esfuerzo al examinar las causas de terminación del contrato (cláusula séptima), que por una parte en el ordinal **a)** establece como causa de terminación la morosidad en el pago de la renta por dos meses, mientras que en su ordinal **c)** establece como causa de terminación distinta la suspensión de operaciones en los espacios objeto de concesión por más de dos meses sin causa justificada.

De lo expuesto se colige que podía darse la situación de que el concesionario estuviese ocupando el local sin explotar el servicio hasta por dos meses.

En concepto de este Tribunal, el contrato suscrito efectivamente establece la obligación contractual de arrendamiento, pero sustancial y principalmente, el de **concesión** para la explotación del bar restaurante, contrario a lo esbozado por el apoderado de la empresa cocontratante.

El segundo punto controvertido por el representante de la empresa **PROVEEDORA ATLÁNTICO PACÍFICO, S. A.** se refiere a que de tratarse el contrato de una concesión comercial, tal calidad no requiere al aprobación del Consejo Municipal, puesto que tal requisito formal de perfeccionamiento sólo alcanza a las concesiones que versen sobre prestación de servicios públicos.

La tesis sobre la distinción esgrimida, aunque jurídicamente posible en muchas legislaciones, no se adecúa a la Ley 106 de 1973 sobre Régimen Municipal.

En efecto, el texto del artículo 17 en su numeral 11 es claro al señalar que el Consejo Municipal debe autorizar y aprobar la celebración de contratos sobre **concesiones, sin distinguir que se trate o no de concesiones para la prestación de servicios públicos**. El mismo enunciado señala otros tipo de actuaciones que requieren la aprobación del Consejo Municipal, como los contratos que versen sobre prestación de servicios públicos y la construcción y ejecución de obras públicas municipales. Tendría la Sala Tercera que realizar una labor de hermenéutica legal sumamente restringida para considerar que sólo cierta clase de concesiones deben recibir la aprobación del Consejo Municipal, y tal interpretación no sólo contraría un texto claro, sino que también pudiere ser contrario al espíritu normativo del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, puesto que no puede ignorarse la amplitud ya comentada que tiene el Consejo Municipal como órgano **deliberativo** en el control de la gestión ejecutiva de la administración

municipal.

La experiencia de la Sala Tercera como guardiana del control de la legalidad de los Acuerdos Municipales y Decretos Alcaldicios indica que en el manejo de autorización y aprobación de contratos por parte de la Cámara Edilicia, los Alcaldes Municipales someten a tal aprobación no sólo los contratos de concesiones, sino también otros que revistan importancia para la vida del Municipio.

Por otro lado, esta Corporación Judicial no puede soslayar el hecho de que la doctrina administrativista moderna más aceptada, habla de la "**crisis de la noción de servicio público tradicional**" indicando que si bien los servicios públicos administrativos, entendidos aquellos como "los que consisten en el ejercicio de actividades tradicionalmente propias del Estado porque ostentan el máximo grado de interés general, de manera que la prestación se realiza sin ánimo de lucro" son la generalidad, coexisten los llamados "servicios públicos industriales y comerciales" que corresponden a actividades que tradicionalmente han sido consideradas más propias de los particulares que los ejercen con un ánimo lucrativo, y en ellos persiste el elemento de interés general. (Cfr. RODRÍGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo, Editorial Temis, pág. 393).

En este orden de ideas el tratadista ANDRE DE LAUBADARE habla de las nuevas categorías de servicios públicos sociales definiéndolos como aquellos que tienen por objeto suministrar a sus beneficiarios prestaciones sociales, entre las cuales incluye la **recreación o esparcimiento cultural**. Esto se debe a que para que haya servicio público se requiere ante todo que la actividad tienda a satisfacer necesidades colectivas y no simplemente de uno o varios individuos. Se advierte pues, que el concepto de interés general ha venido ampliándose en forma indefinida, hasta el punto que en muchos casos resulta difícil precisar que un actividad de la administración de un gobierno local no persiga **per se** un interés general.

Dadas las funciones, poderes y el objetivo central de la administración municipal: **el desarrollo integral de un distrito**, la idea del interés general debe encontrarse presente en todas sus actividades públicas, pues su administración debe actuar con miras a éste. De lo anterior se desprende que no es posible aseverar, como lo hace el apoderado de la empresa contratante, que la concesión otorgada no involucra un servicio para quienes disfrutaran del complejo turístico-cultural-recreacional.

Este análisis revela en conclusión, que el contrato de concesión suscrito por la empresa y la Alcaldía de Panamá sí requería, necesariamente, de la aprobación posterior del Consejo Municipal de Panamá.

La Sala Tercera no comparte sin embargo, el punto invocado por el actor en lo referente al perjuicio que se aduce causado a la administración municipal por el canon de arrendamiento que se incluyó en el contrato de concesión, y en cuanto al punto esgrimido por la parte actora en el sentido de que el término de duración del contrato se extendió de dos a cinco años de manera ilegal.

Este Tribunal observa por una parte, que el Ministerio de Hacienda y Tesoro autorizó mediante resolución motivada la extensión del término del contrato, resolución que no fue acusada de ilegal, y que goza de presunción de validez y legitimidad. En lo atinente al canon fijado y los avalúos posteriores realizados al local, cabe indicar que el concesionario, de su pecunio, tenía que realizar mejoras y acondicionar el inmueble para prestar de forma óptima y conforme se lo exigía el contrato de concesión el servicio de venta de comidas típicas y bebidas, por lo que los avalúos posteriores muy probablemente reflejan un incremento en el valor del inmueble que fue causado por las mejoras introducidas por el concesionario.

Reiteramos de igual manera que los perjuicios económicos que se invocaron al momento de solicitar la suspensión de los efectos del acto acusado y como sustento a la pretensión del demandante para requerir la nulidad del contrato N° 232-94 no fueron debidamente comprobados ni en esa etapa previa, ni al momento

de examinar el fondo del litigio. Esta Superioridad ha venido reiterando en este sentido, que no basta con enunciar el supuesto perjuicio ocasionado por el acto que se demanda, sino que éste debe ser debidamente comprobado por quien lo denuncia.

Con lo anterior se advierte que el contrato y sus cláusulas no tienen vicio de validez en cuanto a su formación o contenido, sino en cuanto a su perfeccionamiento, que debió contar con el concepto favorable del Consejo Municipal antes de ejecutarse.

De igual forma debemos indicar que el vicio detectado en la suscripción del contrato N° 232-94 no parece directamente imputable al concesionario, quien aparentemente de buena fe gestionó la adjudicación de la concesión en momentos en que el beneficiario anterior había desistido de la misma.

La rápida intervención y disposición de la empresa **PROVEEDORA ATLÁNTICO PACÍFICO** resultó en la puesta en marcha del funcionamiento del restaurante bar de manera efectiva y pronta, colaboración que evitó mayores dilaciones en el procedimiento de concesión, que había sido declarada desierta dos veces, y desistida por el primer adjudicatario.

NULIDAD DEL CONTRATO N° 232-94

Del amplio análisis adelantado por esta Superioridad pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Que el contrato 232-94 no era un simple contrato de arrendamiento, como sostiene el apoderado de la empresa concesionaria, sino en puridad de verdad, una concesión administrativa.

2. que el numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973 establece la imperatividad de que los contratos de concesiones sean aprobados por el Consejo Municipal.

3. que en contravención al texto legal citado, dicho contrato no fue sometido a la etapa de aprobación ante el Consejo Municipal.

La Corte advierte que el contrato N° 232-94 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.

Esta situación jurídica no podía ser evaluada por el Tribunal al momento de conocer del incidente de suspensión provisional, toda vez que no se contaba con el material probatorio necesario ni con los argumentos jurídicos de todos los interesados en el proceso, lo que habría puesto en estado desventaja procesal a alguna de las partes, dado lo delicado del punto a dirimir. Tampoco correspondía al Tribunal adelantar un examen o juicio valorativo de fondo de la pretensión en aquella etapa, mismo que se satisface en este momento.

Como nuestra legislación no distingue entre las causales de nulidad absoluta y relativa, la falta de perfeccionamiento del contrato acarrea su nulidad, desde el momento de la declaratoria de la misma. La Corte estima sin embargo, que dado que la nulidad deviene de la falta de aprobación posterior, y en atención a que el contratista ha venido cumpliendo la concesión de manera responsable y conforme a lo pactado, nada impide que el contrato sea sometido a la aprobación o no, del Consejo Municipal para cumplir con la formalidad omitida.

Por todo lo expuesto, los cargos de violación denunciadas por el actor en relación al artículo 17 de la Ley 106 de 1973 y el artículo 50 del Código Fiscal prosperan en este caso, por las razones comentadas.

Estas violaciones legales hacen que resulte aplicable el contenido del artículo 75 del Código Fiscal que dispone la nulidad de los contratos en que tenga interés la Nación, que se hayan celebrado contraviniendo las disposiciones

de dicho Código. Cabe subrayar que el término "interés de la Nación" en este caso se encuentra en su sentido o acepción más amplia, siendo por ello sinónimo de los **intereses del Estado**, que lógicamente incluye a los Municipios. La norma resulta también aplicable de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Código Fiscal que establece el carácter supletorio de las normas del Código Fiscal para los Municipios.

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA NULO POR ILEGAL, el Contrato N° 232-94 suscrito por la Alcaldesa Municipal Sra. MERCEDES GARCÍA DE VILLALAZ con la empresa PROVEEDORA ATLÁNTICO PACÍFICO, S. A.

Notifíquese.

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA
(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA (fdo.) ARTURO HOYOS
(fdo.) JANINA SMALL
Secretaria

=====
=====

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR LA FIRMA SOLÍS, ENDARA, DELGADO Y GUEVARA, EN REPRESENTACIÓN DE EXPRESO VERAGÜENSE, S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N° 45 DE 9 DE JUNIO DE 1995, DICTADA POR LA DIRECCION NACIONAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE DEL MINISTERIO DE GOBIERNO Y JUSTICIA. MAGISTRADA PONENTE: MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA. PANAMÁ, DOS (2) DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

La firma Solís, Endara, Delgado y Guevara, actuando en representación de EXPRESO VERAGÜENSE, S. A., ha promovido demanda contencioso administrativa de nulidad, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° 45 de 9 de junio de 1995, dictada por la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre del Ministerio de Gobierno y Justicia, por la cual se regula el uso del Centro Municipal de Tránsito de Transporte, ubicado en el Corregimiento de El Chorrillo.

En la demanda presentada se solicita que se suspenda los efectos de la resolución impugnada, medida cautelar que procede en las demandas contencioso administrativas de nulidad cuando sea necesario para "evitar un perjuicio notoriamente grave".

Por medio de la Resolución N° 45 de 9 de junio de 1995, se resuelve lo siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO: Centralizar en el Centro Municipal de Tránsito de Transporte de El Chorrillo a todas las Organizaciones o Empresas de Transporte Concesionarias de Las Rutas que operan desde la ciudad de Panamá hacia las provincias de Los Santos, Herrera, Coclé, Veraguas y Viceversa.

ARTÍCULO SEGUNDO: Una vez concluido el proceso de privatización las Organizaciones o Empresas de Transporte Concesionarias que operan en las rutas comprendidas en la provincia de Los Santos, Herrera, Coclé, Veraguas y Viceversa deberán utilizar como centro de llegada o salida de sus vehículos, el Centro Municipal de Tránsito de Transporte de El Chorrillo, Por tanto no se autorizará el funcionamiento de otras piqueras en el servicio interurbano desde la ciudad de Panamá hacia las provincias de Los Santos, Herrera, Coclé, Veraguas y Viceversa.

ARTÍCULO TERCERO: Se concede un plazo de treinta días (30) hábiles,