

57



República de Panamá
Ministerio Público
Procuraduría de la Administración
Secretaría Provincial de Chiriquí

Chiriquí, 17 de enero de 2023
C-CH-No.001-23

Licenciado
Antonio Adolfo Araúz Avendaño
Alcalde del municipio de David
Provincia de Chiriquí
E. S. D.



Ref.: Potestad de los municipios para otorgar concesiones para un servicio público municipal, sin seguir un acto de licitación pública.

Respetado señor Alcalde:

Me dirijo a usted, con motivo de su nota No. 001-2023 de fecha 6 de enero de 2023, recibida en este despacho el día 17 de enero de 2023, de la cual se adjunta criterio jurídico del departamento de asesoría legal del municipio de David, siendo importante resaltarle que esta secretaría provincial atendiendo a la Resolución DS-070-19 de 27 de mayo de 2019 (*Gaceta Oficial 28,787 de 03 de junio de 2019*) emitida por el Procurador de la Administración, será la encargada de darle respuesta a su escrito de consulta, la cual solicita nuestro opinión jurídica sobre:

Cuál es la potestad jurídica de los municipios conforme a la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, de otorgar mediante Acuerdo Municipal, la concesión de un servicio público municipal, sin seguir un acto de licitación pública.

158

Luego de la atenta lectura de la nota objeto de la consulta, acompañada del criterio legal de la oficina jurídica del municipio de David, y en virtud de la facultad de este despacho mediante el numeral 1 y 5 del artículo 6 y 10 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, nos permitimos indicar lo siguiente:

I. Sobre lo consultado.

Apreciamos que la consulta busca nuestra opinión jurídica respecto a las potestades que tienen los municipios a través del Concejo Municipal para otorgar mediante Acuerdo Municipal concesiones de servicios públicos de carácter puramente municipal, sin seguir un acto de licitación pública.

Antes de darle una respuesta al tema consultado esta secretaría provincial considera de imperiosa necesidad indicarle a su despacho que al hacer una verificación del Acuerdo Municipal No. 25 de fecha 26 de julio de 2022 (*mencionado en la Nota No. 001-2023*), el mismo se encuentra publicado en la *Gaceta Oficial* No. 29,610-A de fecha 30 de agosto de 2022 “*Por medio de la cual el Concejo Municipal del distrito de David, aprueba la concesión administrativa a favor de la entidad GEO CONSULTING SERVICES, INC., para la administración y utilización de la servidumbre pública y espacios de rodadura vial de los estacionamientos de la ciudad de David y autoriza al señor alcalde municipal a celebrar el contrato de concesión administrativa*”. Escenario que nos indica la materialización de un acto administrativo, la cual está revestido de una presunción de legalidad, situación que ya la Corte Suprema de Justicia en un fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, fechado 15 de noviembre de 2018, donde se desarrolló el principio de legalidad, nos orientó al decirnos lo siguiente:

“...En este punto, conviene subrayar, que no debe perderse de vista, con relación a estos hechos, que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de “presunción de legalidad” de los actos administrativos, lo cual significa no sólo que éstos se consideran ajustados al ordenamiento jurídico, sino también que quien alega su ilegalidad debe demostrarla plenamente.

En este sentido, debe recordarse que el acto administrativo es concebido como aquella declaración o acuerdo de voluntad expedida o celebrado por una autoridad y



organismo público con la finalidad de crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica, que por su contenido y alcance queda sometida al Derecho Administrativo (numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000).

De esta forma, los actos administrativos vistos desde la función que están llamados a cumplir, buscan concretar o materializar la actuación que desarrolla la Administración para dar cumplimiento a la satisfacción de los intereses generales y públicos que le han sido confiados.

En virtud de ello, resulta evidente que, esos actos administrativos, por definición, tienen que ajustarse estrictamente a lo dictado en la Constitución y la Ley. Este Principio de legalidad de las actuaciones administrativas está contemplado expresamente en los artículos 34 y 36 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el procedimiento administrativo general, que establecen lo siguiente:

Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán...con apego al principio de estricta legalidad.

Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la Ley o los reglamentos.

De lo anterior se desprende que lo que se busca con el principio de estricta legalidad, es garantizar que la actuación de las autoridades públicas se sujete a un conjunto de reglas y normas previamente establecidas, de forma tal que se evite toda arbitrariedad o abuso de poder que pueda afectar a los administrados.

En ese orden de ideas, y en seguimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el acto administrativo debe atender los siguientes elementos vitales para su formación:

a). Competencia; salvo que ésta sea delegable o procesa la sustitución. b). Objeto; en el cual debe ser lícito y físicamente posible. c). Finalidad; acorde con el ordenamiento jurídico y en ningún momento puede encubrir otros propósitos públicos o privados distintos de la relación jurídica de que se trate. d). Causa; la cual debe ser relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable. e). Motivación; que debe reflejar el conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; f). Procedimiento; ajustado a los trámites jurídicos exigidos para su emisión; y g). Forma; que salvo las excepciones que la Ley indique, la misma debe ser escrita, con la indicación del lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

Las consideraciones anteriores han sido reconocidas por la Sala Tercera en reiteradas oportunidades, indicando que la presunción de legalidad es “la convicción, fundada en la Constitución y en la Ley, en virtud de la cual se estima o asume que un acto emanado de quien ostenta la calidad de funcionario público y dictado en ejercicio de sus funciones, fue expedido con arreglo al orden jurídico, es decir, cumpliendo las condiciones formales y sustanciales necesarias para que dicho acto sea válido y pueda, entonces, llegar a ser eficaz”. (Auto de 31 de julio de 2002).

Así pues, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha indicado igualmente que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos es una presunción iuris



tantum, “es decir, que no es absoluta, sino que puede ser desvinculada mediante prueba en contrario” (Sentencia de 19 de septiembre de 2000)...”.

Siendo importante rescatar que lo expresado y citado por nuestra máxima corporación de justicia, está plenamente alineado con el Artículo 34 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, la cual nos ilustra sobre la temática analizada, al decirnos que:

“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad ...” (Lo resaltado es nuestro).

II. Opinión de la Procuraduría de la Administración por conducto de la Secretaría Provincial de Chiriquí.

Para dar respuesta a su interrogante de manera general, como antecedentes debemos recordar el nacimiento jurídico de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006 *“Que regula la contratación pública y dicta otra disposición”*, publicada en la Gaceta Oficial No. 25,576 de 28 de junio de 2006, dentro del cual en su Capítulo I en cuanto al apartado denominado *“Ámbito de aplicación”*, en su Artículo 1 se planteó que:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la Caja de Seguro Social, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
2. La ejecución de obras públicas.
3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
4. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.



6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial

Parágrafo. A **las contrataciones que realicen los municipios, las juntas comunales y locales** y la Caja del Seguro Social, se les aplicará esta ley en **forma supletoria**; no obstante, estas instituciones deberán someterse a las disposiciones contenidas en el artículo 124 de esta Ley” (el resaltado es nuestro).

Sobre el Artículo 124 de la Ley en comento (*Ahora artículo 172 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley No.153 de 2020*), se hacía referencia a las “*Contrataciones Electrónicas y del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas*”. Ahora bien, debemos indicar que la Ley No. 22 de 2006 (**fue objeto desde su nacimiento jurídico, a varias derogaciones, modificaciones, adiciones, reglamentaciones, declaratorias de inconstitucionalidades y compilación mediante texto único**), mediante la Ley No. 48 de 10 de mayo de 2011, publicada en la Gaceta Oficial No. 26,782 de fecha 11 de mayo de 2011 (*esta Ley ordenó la creación por parte de la Asamblea Nacional de un Texto Único con numeración corrida de la Ley No. 22 de 2006*), se realizó una modificación del Artículo 1 de la Ley No. 22 de 2006, quedando en aquel momento de la siguiente manera:

“Artículo 1. El artículo 1 de la Ley 22 de 2006 queda así:

Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la Caja de Seguro Social, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
2. La ejecución de obras públicas.
3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
4. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.
6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.



A las contrataciones que realicen las juntas comunales y locales, se les aplicará esta Ley en forma supletoria, no obstante, estas instituciones deberán someterse a las disposiciones contenidas en el artículo 124.

La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos, por parte de la Caja de Seguro Social, se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

Las instituciones públicas de carácter educativo y de investigación científica que autorice el Órgano Ejecutivo podrán realizar proyectos, programas y actividades a través de las asociaciones de interés público a que se refiere el numeral 4 del artículo 64 del Código Civil. Las contrataciones que realicen estas asociaciones con fondos públicos podrán someterse a los procedimientos de esta Ley.” (el resaltado es nuestro).

Como se puede observar, en la Ley de contrataciones públicas (Ley No. 22 de 2006) en sus inicios se indicaba que, para los municipios, juntas comunales y locales, la aplicación de la dicha normativa jurídica sería de forma supletoria (*año 2006*). Luego con su modificación el legislador indicó que para los municipios sería de obligatoria observancia y solo para las juntas comunales y locales sería de manera supletoria (*año 2011*).

Este cuerpo normativo a lo largo del tiempo ha quedado de la siguiente manera; veamos el contenido de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, publicada en la Gaceta Oficial No. 28,376-A de fecha 29 de septiembre de 2017, para luego quedar en el Texto Único S/N de fecha 07 de septiembre de 2020, publicado en Gaceta Oficial No. 29,107-A de fecha 07 de septiembre de 2020, ordenado por la Ley No. 153 de 2020:

“Artículo 1. El artículo 1 de la Ley No. 22 de 2006 queda así:

Artículo 1. Ámbito de aplicación. **Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, las juntas comunales, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por**



ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
2. La ejecución de obras públicas.
3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
4. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.
6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.

La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos, por parte de la Caja de Seguro Social, se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

Las instituciones públicas de carácter educativo y de investigación científica que autorice el Órgano Ejecutivo podrán realizar proyectos, programas y actividades a través de las asociaciones de interés público a que se refiere el numeral 4 del artículo 64 del Código Civil. Las contrataciones que realicen estas asociaciones con fondos públicos podrán someterse a los procedimientos de esta Ley.” (el resaltado es nuestro).

Como se puede visualizar la aplicación de la legislación de contrataciones públicas es de obligatoria observancia en la actualidad tanto para los municipios como para las juntas comunales. Situación que a nuestro criterio no entra en un contradictorio ni con la figura de la Autonomía Municipal, ni con el Fallo de fecha 22 de junio de 2005 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (*Demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el licenciado Anselmo Guerra en su propio nombre y representación para que se declare nulo por ilegal, el contrato No. 001-2001 de 18 de enero de 2001, celebrado entre el municipio de San Miguelito y la empresa recicladora vida y salud- revisalud San Miguelito S.A.*) citado por el despacho de asesoría legal del municipio de David, ni con el contenido del Artículo 138 de la Ley No. 106 de 8 de octubre de 1973, publicada en la Gaceta Oficial No. 17,458 de 24 de octubre de 1973, veamos el contenido del Artículo 138 de Ley mencionada:



“Artículo 138: La concesión de servicio público municipal deberá ser decretadas por el Concejo mediante acuerdo adoptado por el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, y la contratación deberá ajustarse a las siguientes normas:

1. Que le objeto por conceder sea un servicio público municipal;
2. Que tal servicio público sea de imposibles muy onerosa prestación por parte del municipio;
3. Que el municipio perciba algún interés, pago, rendimiento, derecho y participación sobre las actividades del concesionario; y
4. **Para los efectos de contratar con el concesionario puede seguirse la forma de la licitación pública.”** (el resaltado es nuestro).

Podemos manifestar que el Fallo traído al análisis fue expedido en el año 2005, antes del nacimiento de las regulaciones normativas que se han venido dando desde el año 2006, en relación con las contrataciones públicas. No obstante, somos de la opinión que la Corte Suprema de Justicia en aquel momento indicaba que, ante la concurrencia de razones de urgencia notoria o premura en la contratación pública, se podía frente al artículo 138 de la Ley No. 106 de 1973 adoptar una formula distinta a la “*Licitación Pública*”, por tratarse de una necesidad que debía suplirse de manera inmediata.

III. Fundamento del Criterio de la Secretaría Provincial de Chiriquí

Ante el análisis a la consulta formulada, debemos hacer referencia que cuando se dio vida jurídica a la Ley No. 106 de 1973 “*Régimen Municipal*”, las normativas especializadas en materia de contrataciones públicas, aún no existían como la vemos desarrolladas en el presente, no obstante, el legislador fue sabio al indicar que los municipios podían seguir la forma de licitación pública. La cual a pesar que podrían surgir algunas excepcionalidades, se guiaba a la autoridad municipal a cumplir con los principios de igualdad de oportunidades, imparcialidad, transparencia y publicidad de actos relacionados a contratos de concesiones netamente municipales.



Por lo antes mencionado, es que ha quedado plasmado (*Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020*) que el ámbito de aplicación en materia de contrataciones públicas es de obligatoria observancia en cuanto a los procedimientos que rigen en temas relacionados a la selección de contratistas y los contratos públicos y en el caso que nos ocupa, los de índole municipal.

Frente a este contexto, podemos hacer mención de algunos elementos jurídicos importantes: **Primero.** Que la contratación directa está regulada bajo un procedimiento excepcional (*en estricto cumplimiento de requisitos fundamentales y no discrecionales por parte de la Entidad*) de la cual se requerirá un análisis previo en cuanto a una concesión administrativa que desea conceder un determinado municipio.

Segundo. Que el Artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, específicamente en el numeral 33, nos dice lo siguiente: "**Licitación pública.** Procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00),". (El resaltado es nuestro).

Tercero. Que el Artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, específicamente en el numeral 32, determina que: "**Licitación por mejor valor.** Procedimiento de selección de contratista que podrá realizar una institución del Estado cuando la complejidad del bien, servicio u obra que va a ser contratado así lo requiera y el monto de la contratación sea superior a los quinientos mil balboas (B/.500,000.00). En este procedimiento, se ponderarán los aspectos solicitados en el pliego de cargos y se adjudicará al proponente que obtenga el mayor puntaje de acuerdo con la metodología de ponderación, siempre que este cumpla con los requisitos mínimos obligatorios exigidos en el pliego de cargos.". (El resaltado es nuestro).

Sobre este último punto, la Corte Suprema de Justicia sobre un tema similar realizó un control de legalidad a fin de determinar si el contrato de Concesión Administrativa No. 001-2013 celebrado entre el municipio de David y la empresa PARKING S.A., para la modernización, administración, operación, mantenimiento, control y recaudación de tasas de espacios de estacionamientos en la ciudad de David, mediante equipos de



estacionómetros individuales en calles y servidumbres municipales, en la ciudad de David, era nulo por ilegal. En aquella ocasión se utilizó la modalidad de licitación por mejor valor para formalizar la concesión, por lo que vale la pena analizar el fallo comentado, ya que se trata de la misma municipalidad; siendo lo anterior, con la finalidad de ver algunos planteamientos mencionados por nuestra máxima corporación de justicia, entre ellos:

“...Tal y como se ha señalado en párrafos anteriores, nos encontramos frente a un Contrato de Concesión Administrativa que nace a la luz de lo preceptuado en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, sobre contrataciones públicas; pues en el artículo 1 de esa excerta legal, el ámbito de aplicación de esa ley, alcanza a los municipios, de allí entonces que el Municipio de David, lleva a cabo su procedimiento conforme a esa ley especial...” (p. 13 G.O. No.28,275).



Sobre la Ley No. 349 de 14 de diciembre de 2022 *“Que reforma la Ley 106 de 1973, Sobre Régimen Municipal, y dicta otras disposiciones, respecto a las contrataciones menores de los municipios, juntas comunales y consejos provinciales y comarcales”* publicado en la Gaceta Oficial No. 29,682-B de fecha 14 de diciembre de 2022, es un cuerpo normativo que llega a la vida jurídica con la finalidad de regular el procedimiento en cuanto a las contrataciones menores de los Municipios y no sobre concesiones administrativas que superan los límites económicos consignados en la norma.

IV. Conclusión

En conclusión, en esta Secretaría Provincial somos del criterio que los municipios tienen la autonomía municipal de decidir la necesidad de someter a concesión un servicio público municipal debido a que el mismo es muy oneroso o resulta imposible para la municipalidad llevarlo a cabo; no obstante, para su materialización se requiere tal como la norma lo indica, someterlo al procedimiento de contrataciones públicas debidamente regulado.

Esperamos de esta manera haberle orientado objetivamente sobre su interrogante, en base a lo que señala el ordenamiento positivo con relación a la potestad de los municipios para

67

otorgar concesiones para un servicio público municipal, sin seguir un acto de licitación pública, indicándole que la orientación vertida por este despacho no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que determine una posición vinculante para la Procuraduría de la Administración. Por lo que lo exhortamos a que en materia de contrataciones públicas (*Concesiones Administrativas Municipales*) pudiese elevar una consulta a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para aclarar algunos puntos que sean de su interés.

Como muestra de mi consideración y respeto,

Dr. Giuliano Mazzanti A.
Secretario Provincial de Chiriquí
Procuraduría de la Administración
gm.



La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, lo sirve a ti.

Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá * Teléfonos: 774-26-22, 774-15-06 * Fax: 774-96-26
* E-mail: procadm@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa *