



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 28 de octubre de 2016.

C-112-16

Licenciado

GUSTAVO HIM C.

Administrador General

Autoridad de Turismo de Panamá

E. S. D.

Señor Administrador:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, en especial, como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer respuesta a la consulta elevada a este Despacho mediante Nota No. 110-AG-149-16, calendada 10 de octubre de 2016, la cual guarda concordancia a aspectos relacionados a la aplicación de la Ley No. 5 de 1988, *“Por la cual se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa y se dictan otras disposiciones”*.

Al respecto, nos consulta específicamente lo siguiente: “Deseamos conocer su criterio en cuanto, a si resulta legalmente viable o no que la Autoridad de Turismo de Panamá, perfeccione contratos de concesión administrativa, previa autorización del Consejo de Gabinete y del proceso de selección de contratista respectivo”.

En respuesta a la interrogante planteada, esta Procuraduría de la Administración considera que es viable que la Autoridad de Turismo de Panamá, perfeccione contratos de concesión administrativa, previa autorización del Consejo de Gabinete, quien deberá determinar que la actividad objeto de la concesión sea de interés público, conforme a los parámetros establecidos en la Ley 5 de 15 de abril de 1988, y una vez sea autorizada dicha concesión, la misma deberá atender el procedimiento de selección de concesionario estipulado en el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006.

Una vez señalado nuestro criterio, procede este Despacho a exponer los argumentos y consideraciones que le sirvieron de sustento para llegar a la precedente valoración.

Fundamento del criterio de la Procuraduría de la Administración.

En primer lugar, debemos partir señalando que la concesión administrativa constituye el mecanismo mediante el cual el Estado, en su calidad de titular de un bien o encargado de prestar un servicio público, lo otorga a una persona, denominada concesionario, por un tiempo determinado, para que éste asuma el ejercicio del servicio público o la realización y explotación de una obra por su propia cuenta y riesgo, pero con la permanente vigilancia de la Administración Pública, cuya contraprestación la constituye un incentivo económico, como puede ser derechos o tarifas que dicha persona cobre a los usuarios, por el tiempo determinado en el acto de concesión.

El marco regulatorio que rige las concesiones administrativas en nuestro país es especial y se encuentra contenido en la Ley 5 de 15 de abril de 1988, modificada mediante Ley 31 de 30 de diciembre de 1994, Ley 36 de 6 de julio de 1995, Ley 1 de 6 de enero de 1999, Ley 52 de 28 de diciembre de 2005, Ley 69 de 6 de noviembre de 2009, Ley 76 de 15 de noviembre de 2010 y la Ley 128 de 31 de diciembre de 2013, reglamentada a través del Decreto No. 17 de 29 de noviembre de 1989, modificado por el Decreto 272 de 30 de noviembre de 1994, el Decreto 61 de 17 de septiembre de 1997, el Decreto 22 de 22 de octubre de 1998 y el Decreto Ejecutivo 6 de 3 de mayo de 1999. El artículo 2 del citado cuerpo legal define el sistema de concesión administrativa de la siguiente forma:

“Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga a realizar, por su cuenta y riesgo, o según sea la asignación de riesgos estipulada en el contrato de concesión, cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión, a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la autoridad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del órgano Ejecutivo, la persona jurídica o la entidad cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquier otra forma que se convenga.”

En cuanto a las particularidades de esta figura concesional, la doctora Gladys Vásquez Franco, en su obra titulada “La concesión Administrativa de Servicio Público”, expresa que “por medio de la concesión se trasladan al ámbito de la gestión particular “actividades administrativas”... realizadas por el empresario particular ciñéndose a las reglamentaciones establecidas por la entidad otorgante, la que se reserva la titularidad de la actividad y ejerce permanente control sobre el desempeño del concesionario. Continúa expresando la autora que... “el empresario particular se convierte en un agente público que desarrolla labores público administrativas, por lo que debe además sujetarse a un régimen de derecho público para ejercer actividades de interés general o colectivo”.

Por otra parte, resulta oportuno destacar lo normado en el artículo 1 del referido cuerpo legal, el cual nos señala:

“Artículo 1. Establécese el sistema de concesión administrativa para la ejecución de obras públicas de interés público, aplicable a la construcción, mejora, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas y otras que el Consejo de Gabinete califique como de interés público.”

Tal como queda expuesto, el sistema de concesión administrativa, regulado por la Ley 5 de 15 de abril de 1988, es aplicable solamente a aquellas obras que sean de interés público, es decir, aquellas que redunden en beneficio e interés de la colectividad nacional, que signifiquen una mejora de carácter permanente y de uso público, que vayan a construirse en terrenos de la nación o a ser expropiados o adquiridos por la nación, y que al final de la concesión puedan revertir a la nación libre de costos, gravámenes o reclamaciones y en buen estado de uso y reparación, que garanticen una vida útil y costo de mantenimiento a satisfacción de la entidad concedente, conforme lo establece el artículo 3 de dicha ley.

Ahora bien, a fin de determinar qué entidades públicas poseen la capacidad para realizar concesiones administrativas, debemos traer a colación lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 5, lex cit., que a la letra manifiesta:

“Artículo 26. Para los efectos de esta Ley, se entiende como entidad concedente al Ministerio de Obras Públicas o, en caso de concesiones administrativas para obras calificadas como de interés público que no sean vías públicas, la entidad pública que conforme a su legislación, tenga competencia para realizar o explotar dicha obra de interés público.” El subrayado y resaltado es nuestro”.

Del artículo ut supra citado, se colige que existen dos supuestos que apuntan a identificar a las entidades públicas con capacidad de efectuar dichas concesiones administrativas, a saber:

1. Que sea realizada por el Ministerio de Obras Públicas.
2. Que sea realizada por una entidad pública que conforme a su legislación orgánica, tenga competencia para realizar o explotar dicha obra de interés público.

En el caso que ocupa nuestra atención, luego de una atenta lectura del Decreto Ley No. 4 de 27 de febrero de 2008, mediante el cual se crea la Autoridad de Turismo de Panamá, se infiere que la Autoridad de Turismo de Panamá posee facultad para la ejecución de obras, conforme lo señala el numeral 8 del artículo 17, en concordancia con el numeral 5 del artículo 9, de dicho decreto, razón por la cual, consideramos que esta Entidad Pública, posee suficiente capacidad para efectuar concesiones administrativas.

En este orden de ideas, resulta oportuno señalar que el procedimiento de selección de concesionario de concesión administrativa, en caso que sea autorizada por el Consejo de Gabinete, debe ser realizado conforme a lo normado en el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, “Que regula la contratación pública”.

En consecuencia, esta Procuraduría es del criterio que resulta perfectamente viable que la Autoridad de Turismo de Panamá, perfeccione contratos de concesión administrativa, previa autorización del Consejo de Gabinete, quien deberá determinar que la actividad objeto de la concesión sea de interés público, conforme a los parámetros establecidos en la Ley 5 de 15 de abril de 1988, y una vez sea autorizada dicha concesión, la misma deberá atender el procedimiento de selección de concesionario estipulado en el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/ au



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