

Panamá, 15 de septiembre de 2000

Licenciado

Jerry Salazar

Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá.

E. S. D.

Señor Administrador:

Del despacho del Sub- Director de Asesoría Legal de la Autoridad Marítima de Panamá, suponemos que por instrucciones de esa superioridad, hemos recibido una interesante e importante consulta administrativa que tiene relación con la forma de decidir sobre los bienes públicos costeros y marítimos portuarios, la cual procedemos a absolver.

La **consulta específica** es: ¿Tiene la Autoridad Marítima de Panamá la potestad de otorgar contratos de concesión a aquellas personas naturales o jurídicas que así la soliciten sin tener que someterse a licitación pública?

Criterio del señor Asesor Legal de la Autoridad:

El Subdirector de la Asesoría Legal es de la opinión que en el primer supuesto fáctico, se requiere la concurrencia de varias ofertas previas, para que luego del procedimiento licitatorio; se adjudique la construcción de dicha obra portuaria. Sin embargo, la situación es distinta para el segundo supuesto, según el distinguido Asesor Legal. Ello habida cuenta de que en este supuesto el particular tendría el derecho de contratar directamente con la Administración la construcción de dicha obra.

Situación de Derecho:

Nuestro punto de vista sobre los temas a tratar para afrontar con éxito la absolución de tan importante consulta administrativa tendría en cuenta varios aspectos:

Como cuestión central, debe dejarse claro que los muelles o puertos, como bienes de dominio público, según se establece en el numeral primero del artículo

255 de la Carta Política y, por regla general, no pueden ser objeto de apropiación particular.

En el caso bajo estudio, no se refiere a cualquier bien, se trata de bienes que por su destino están sujetos a una especial afectación pública. Es decir, son bienes de dominio público o demaniales.

La idea predominante en la descripción de lo que debe entenderse por dominio público, es aquella de origen francés, que con precisión expone ANDRÉ De LAUBADERE, citado por Libardo Rodríguez; en el sentido de que dominio público es "el conjunto de bienes de la colectividad pública y establecimientos públicos que están, ya sea puestos a disposición directa del público usuario, con tal que este caso esté, por naturaleza o por situación especial, adaptado exclusivamente o esencialmente al fin particular de esos servicios" (De Laubadere, André., *Traite de droit administratif*, Tomo II¹)

Lo importante a tener presente de esta clase especial de bienes, es que ellos tienen un aprovechamiento abierto, es decir, su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio. Además, es necesario que pertenezcan a una persona de derecho público, que en este caso, es La Autoridad.

¿La Autoridad puede ser titular de los derechos de propiedad de los muelles o puertos?

La doctrina y jurisprudencia moderna acepta la tesis de que las entidades autónomas como la Autoridad, puedan ejercer derechos sobre bienes demaniales. En la actual organización del Estado, ésta se caracteriza por la descentralización de las actividades, por medio de las diversas entidades con personalidad jurídica propia, capaces de poseer bienes destinados al dominio público. Sobre esto el autor colombiano Libardo Rodríguez Rodríguez, cita el ejemplo de una entidad descentralizada dedicada a la recreación social, que compre un terreno y lo dedique a parque público. Teniendo esta entidad una personalidad y patrimonio propio parece evidente y lógico que dicho parque sea de dominio público y no de la nación" (Rodríguez Rodríguez, Libardo., *Op cit*, página 186)

La calificación del destino público, es sin embargo relativa, pues, por una parte, existen bienes de uso público para los cuales se dirá que la afectación al uso público es de hecho y, no obstante, su utilización puede ser privada por decisión

¹ Rodríguez Rodríguez, Libardo., *Derecho Administrativo General y Colombiano.*, Santa Fe Bogotá, 2000., pagina 185)

de la Autoridad competente². Es el caso de las concesiones sobre playas y riberas de mar, cuyo carácter de uso público resulta en principio de la misma práctica, pero pueden convertirse en bienes de uso privado, en virtud de una concesión pública. Es igualmente el caso de los puertos o muelles, quienes pueden tener un uso privado, pero como excepción a la regla general, de afectación.

En todo y en el mejor de los casos, en que los bienes afectados por destinación al dominio público, pueda tener un uso privado; se requiere, según la disposición constitucional (el artículo 255), expresa reglamentación legal, cimentada sobre el bienestar social y el interés público³. Además, la concesión privada es una figura de excepción al régimen ordinario de uso y disposición de este tipo especial de bienes. Por ello, toda interpretación al ordenamiento jurídico que permite tal posibilidad, debe ser interpretada de forma restrictiva y con sumo celo del interés público general. Ello según el aforismo latino: *Exceptio est strictissimae interpretariionis*. Es decir, la excepción es de interpretación muy restrictiva.

La facultad de contratación pública de la Autoridad Marítima.

En la ley orgánica o de creación de la Autoridad Marítima de Panamá, contenida en el Decreto con valor de Ley, numerado 7 de 10 de febrero de 1998⁴, se define la capacidad contractual de la Autoridad, y los funcionarios facultades para contratar. El artículo 18 del Decreto Ley 7 de 1998 que, la Junta Directiva de la Autoridad puede autorizar y directamente contratar "por sumas mayores a un millón de balboas (B/. 1,000.000.00)".

La asignación de competencias en el campo de la contratación menor al millón de balboas se hace, a favor del Administrador de la Autoridad, así:

"Artículo 27. Son funciones del Administrador:

(...)

9. Celebrar los contratos, convenios, actos u operaciones que deba efectuar la Autoridad y cuyo monto no exceda un millón de balboas (B/.1,000.000.00), con sujeción a lo establecido en la ley y sin perjuicio de que la Junta Directiva ejerza un control previo y posterior, conforme a

² Ello no opta para pensar que, las aguas o riberas de mar, debajo de las cuales se construye el muelle, también puedan pertenecer en concesión por la persona privada. Esto por la sencilla razón de que siempre van a ser de dominio público; si las aguas nacen y mueren en distinto predio del dueño de la concesión del puerto.

³ Ver ultima idea normativa del artículo 256 también constitucional.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial número 23, 484 de 17 de febrero de 1998.

lo establecido en las disposiciones que regulan y reglamentan la contratación pública y los reglamentos de las Autoridades". (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Este precepto es importante al delimitar la competencia del Administrador y ello da contenido práctico al artículo 18 constitucional, según el cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley. En este caso, el Decreto-Ley 7 de 1998, atribuye unas funciones a determinados funcionarios, en el sentido de exigir el cumplimiento de la normativa legal y específicamente relativa a la contratación pública.

Según los artículos 255 y 256 de la Constitución Política, el contrato de concesión, es materia regulada en la Ley 5 de 1988⁵, por medio de la cual se establece el sistema de concesión administrativa.

Corroborar esta afirmación lo establecido en el artículo 31 de la ley de creación de la Autoridad Marítima, en donde se señala lo siguiente:

"Artículo 31. Son funciones de la Dirección General de Puertos e Industrias marítimas Auxiliares⁶:

(...)

3. Construir mejorar, ampliar y conservar los puertos e instalaciones portuarias comerciales de uso público, de acuerdo a las políticas dictadas por la oficina del Administrador. La ejecución de la obra podrá realizarla por sí, o por intermedio de otros organismos especiales del estado, o por particulares.
4. Explotar y operar los servicios portuarios señalados en el ordinal anterior, así como controlar y fiscalizar aquellos puertos e instalaciones que no operen directamente.

⁵ Publicada en la Gaceta Oficial número 21. 030 de 18 de abril de 1988.

⁶ Que es la Dirección de la Autoridad Marítima, directamente encargada del tema portuario.

5. Operar los puertos e instalaciones portuarias nacionales que no sean dados en concesión a empresas privadas y que no sean puertos e instalaciones portuarias de la Fuerza Pública o de la Autoridad del Canal de Panamá.
 6. Tramitar y fiscalizar las concesiones para la explotación de los puertos nacionales existentes y los que en el futuro se construyan.
- (...)" (Subraya la Procuraduría de la Administración)

La Legislación Nacional entiende como concesión administrativa el contrato mediante el cual, una persona jurídica, se obliga por su cuenta y riesgo, a realizar una actividad declarada por el Consejo de Gabinete⁷ como susceptible de concesión, bajo el control y fiscalización del Ente Activo de la Administración: la institución concedente, a cambio de una remuneración o retribución que puede consistir en tarifas que, con aprobación del Poder Ejecutivo, la empresa constructora cobre a los usuarios de tales obras.

Antes de la celebración de los contratos de concesión, ¿se exige el cumplimiento de los trámites de selección de contratista, descritos en la ley de contratación pública?

A tenor de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 5 de 1988, sobre concesiones administrativas, se desprende que a pesar de que se trate de este tipo especial de contratos, la legislación requiere de la concurrencia de varios ofertantes o potenciales contratistas de la Administración. Veamos:

"Artículo 10. La entidad concedente, una vez declarada por el Consejo de Gabinete una obra apta para ejecutarse por el sistema de concesión administrativa, publicará un aviso en dos (2) diarios de circulación nacional, por tres (3) días hábiles, con indicación de la naturaleza de la obra a ejecutarse por el sistema de concesión administrativa, para que en un mínimo de cinco (5) días hábiles siguientes a la última publicación, los posibles proponentes manifiesten su disposición de formular propuestas de concesión administrativa, y suministren información sobre su idoneidad legal, técnica financiera, administrativa y demás circunstancias que se soliciten en el aviso de invitación

⁷ Ver lo dispuesto en el artículo primero (1) de la Ley 5 de 1988.

formulada por la entidad concedente, a efecto de que los interesados sean precalificados".

"Artículo 11. La Entidad licitante invitará a los proponentes que hayan sido precalificados, para que formulen las propuestas dentro del plazo señalado en el aviso correspondiente, el cual en ningún caso podrá ser menor de treinta (30) días calendarios, contados a partir de la comunicación a los proponentes de haber sido precalificados. La entidad licitante, cuando reciba las propuestas y compruebe que la documentación se encuentra en debida forma, adjudicará la concesión. La concesión se adjudicará a quien represente las mejores condiciones técnicas, financieras y administrativas evaluada sobre una base objetiva y sin discriminación, y con sujeción al pliego de cargos. La concesión otorgada requiere para su perfeccionamiento, el concepto favorable del Consejo de Gabinete. (...)".

Las normas son claras, pues la legislación requiere la comparecencia de una libre y real competencia, al momento del otorgamiento del contrato de concesión administrativa.

La concurrencia de varias ofertas garantiza que la administración tenga posibilidad real de escoger, entre varios oferentes al sujeto que ofrezca la mejor propuesta para la administración. Ello se garantiza con la obligación a cargo de la Administración Pública de hacer efectivo el principio de transparencia. Este principio establece como regla general, que la escogencia del contratista debe efectuarse siempre mediante licitación o concurso público.

El principio de transparencia consagrado en la Ley 56 de 1995⁸, y desarrollado en el Decreto número 19 de 25 de enero de 1996⁹ al disponer que la escogencia del contratista debe hacerse de acuerdo con reglas claras, completas, objetivas y públicas, busca garantizar la imparcialidad de la administración y permitir un control más eficaz de los procedimientos.

Otro principio involucrado: El principio de igualdad.

El evidente que las normas relativas a la contratación pública, de manera general persiguen desarrollar el objetivo constitucional de hacer prevalecer el

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial número 22. 939 de 28 de diciembre de 1995.

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial número 22. 972 de 10 de febrero de 1996.

interés general, y que la propia Carta implícitamente avala el procedimiento licitatorio de selección de contratistas. Es por ello que en el derecho público no se permite una escogencia del contratista de acuerdo con "criterios subjetivos", que implican una violación al principio de igualdad de oportunidades que garantiza nuestra Constitución.

En efecto, el Estatuto de Contratación Administrativa está estructurado con base en ciertos principios generales cuales son el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, que están concebidos como una garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines estatales que deben perseguir las autoridades. Ello obliga a que las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar, abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de impugnación.

Conclusión.

Luego del anterior análisis, considero que La Autoridad Marítima de Panamá, si bien tiene la potestad de otorgar contratos de concesión a aquellas personas naturales o jurídicas que así la soliciten, ello no puede darse prescindiendo de los rigores de la licitación pública, como forma de cumplir con el principio de transparencia. Esta conclusión es obligatoria ya que, el principio de transparencia garantiza la imparcialidad y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas.

Con la pretensión de querer ayudarle a la solución de sus dudas, una vez sean solventados los inconvenientes formales aludidos, me suscribo,

Atentamente,

Original }
Firmado } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf