

, 16 de julio de 1990.

Licenciado
Jerry Salazar
Director General de la
Autoridad Portuaria Nacional
E. S. D.

Señor Director General:

Damos contestación a su Nota D.G. N0546-90-Leg fechada 22 de junio último, en la que tuvo a bien consultar respecto a si "¿Es necesario el requisito de Licitación Pública y Concurso de Precios, para que la Autoridad Portuaria Nacional pueda otorgar en concesión la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias de los bienes del Estado que se encuentran bajo su administración?"

Consideramos que para obtener una respuesta a esta interrogante, es preciso hacer un análisis integral de las normas legales que regulan la materia.

La Constitución Política, al referirse a las concesiones y a las licitaciones públicas, en sus artículos 256 y 263, nos dice:

"Artículo 256: Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público."

- o - o -

"Artículo 263: La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación."

- o - o -

La primera de las normas reproducidas nos señala el principio que toda concesión -incluyendo las que obtienen las empresas de servicio público- inspirarán "en el bienestar social y el interés público", mientras que la segunda instituye como regla el proceso de licitación para la contratación del Estado y de sus entes. Se trata, pues, de normas que se refieren a aspectos distintos, aunque ambas regulan la contratación pública.

A su vez, el artículo 29 del Código Fiscal (que desarrolla la última de las normas constitucionales comentadas) dispone que los contratos que celebra el Estado "para compras, ventas, arrendamientos, prestación de servicios pagados con fondos del Tesoro Nacional y los de ejecución o reparación de obras públicas o nacionales que excedan de \$150,000.00, se celebrarán previa licitación pública".

La norma reproducida exige -de manera general- el proceso de licitación para todo contrato del Estado o de sus instituciones, incluyendo los que tengan por objeto la prestación de servicios, salvo las excepciones instituidas por el artículo 58 de dicho Código. Estas excepciones, excluida la contemplada en el numeral 1 del citado artículo (que se refieren a la cuantía inferior al límite de \$150,000.00), regulan supuestos en los que no es dable la competencia entre postores u oferentes.

La Autoridad Portuaria Nacional tiene un régimen especial en materia de concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias. Dicho sistema debe ser observado y aplicado ya que, por su especialidad, prevalece sobre los procedimientos generales de contratación pública.

En efecto, la Ley Nº42 de 1974 -Orgánica de la Autoridad Portuaria Nacional- en sus artículos 5, numeral 4, 24, 25, 26 y 27, señala:

"Artículo 5: Para el logro de sus objetivos, la AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL, ejercerá las siguientes atribuciones:

-
-
- 4.- Otorgar las concesiones para la explotación de los puertos nacionales

existentes y los que en el futuro se construyan;

....."

- o - o -

"Artículo 24: Corresponderá a la **AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL**, otorgar, mediante contrato con personas naturales o jurídicas, las concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en los siguientes bienes del Estado:

1º Fondos, Playas y riberas del mar; y,
2º Cauces y riberas de los ríos y esteros."

- o - o -

"Artículo 25: Para los efectos de la presente Ley se establecen las siguientes definiciones:

1º Se entiende por fondo de mar, la parte del territorio nacional cubierta por el mar territorial hasta la línea de baja marea;

2º Se entiende por playa, la faja de terreno comprendida entre las líneas de bajas y altas mareas; y.

3º Se entiende por ribera del mar, la faja de terreno comprendida entre la línea de alta marea y una línea paralela a la distancia de diez (10) metros, hacia tierra firme."

- o - o -

"Artículo 26: Cualquier otra institución o dependencia del Estado que otorgue concesiones para otros fines sobre los bienes señalados en el artículo 25 de esta Ley, requerirá el concepto previo favorable de la **AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL** en el sentido que la concesión que se otorga no afectará a las actividades o planes de desarrollo portuario nacionales."

- o - o -

"Artículo 27: La **AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL** fijará las condiciones en que se otorga la concesión de acuerdo al reglamento respectivo, el que será aprobado por el Comité Ejecutivo y recaudará el producto de la concesión que deberá

destinarse primordialmente al financiamiento del presupuesto de inversiones de capital de los puertos."

- o - o -

Las disposiciones transcritas regulan las concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en los siguientes bienes del Estado: fondos, playas, riberas del mar, cauces y riberas de los ríos y esteros.

Por su parte, el Acuerdo N99 de 24 de marzo de 1976, emitido por el Comité Ejecutivo de la Autoridad Portuaria Nacional, se refiere a dichas concesiones. (V. arts. 1, 2, 3, 6, 26, lit. c), 29, 31, 38, lit. a), 43 y 48). Veamos:

a) El artículo 2, dispone que las concesiones podrán solicitarse "para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en los fondos, playas y riberas del mar, cauces y riberas de los ríos y esteros". Se trata, por tanto, de concesiones para la construcción y explotación de los referidos bienes y no para la prestación de servicios diferentes.

b) El artículo 6 dispone que el Estado "mantendrá sobre los bienes objeto de la concesión el dominio de los mismos, y que no otorgará ninguna facultad de dominio sobre el área o bien dado en concesión".

c) En el mismo sentido, el artículo 11 de dicho Acuerdo establece que los concesionarios "deberán iniciar y terminar la construcción de las obras sobre el bien de la concesión, dentro de los plazos que se fijan en el respectivo contrato". Con ello se deja claramente establecido que la concesión tiene por objeto un bien determinado.

Lo expuesto nos lleva a reiterar que -en el campo de las concesiones marítimas y portuarias- existe un régimen especial, distinto de procedimiento general establecido en el Código Fiscal. Por esa razón, es aplicable lo señalado en el artículo 13 del Código Civil; el mismo debe aplicarse con prioridad a las otras normas generales que regulan la contratación pública. Dicho criterio también encuentra fundamento en lo establecido en el artículo 7 del Código Fiscal, según el cual las normas del mismo se aplican con carácter supletorio a las entidades autónomas del Estado, "en cuanto sean aplicables".

Por otro lado, debemos recordar que la naturaleza jurídica de la concesión difiere de la licitación pública. Según ROMERO PÉREZ, "La licitación pública es un procedimiento administrativo, tipificado por una serie de actos cuyo objetivo es la selección

del contratista más idóneo; para lo cual cursa invitación la Administración, en forma pública y general, a los potenciales oferentes, para que éstos hagan llegar sus plicas a las oficinas estatales, con la finalidad de que aquella las estudie, clasifique y adjudique las (o la) que considere 'mejor oferta' o, por el contrario declare desierto el concurso". (ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. La Licitación Pública en Costa Rica, Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio, San José, Costa Rica, 1975, págs. 147 - 148).

En cambio, la concesión, según el Dr. Guillermo Cabanellas, "se aplica a los actos de la autoridad soberana por los cuales se otorga a un particular (llamado concesionario) o a una empresa (concesionaria), determinado derecho o privilegio para la explotación de un territorio o de una fuente de riqueza, la prestación de un servicio o la ejecución de las obras conveⁿidas". (V. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Edit., Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1983, pág. 253).

En el Derecho Administrativo Panameño, se señala que la diferencia más destacada entre la Concesión y la Licitación Pública, consiste en que:

"En la primera, el proceso de contratación se inicia por petición de un particular interesado, motivo por el cual no existe competencia, y la Administración debe resolver accediendo o negando la misma.

En cambio, el proceso de licitación pública se utiliza cuando el Estado necesita adquirir bienes o servicios de acuerdo a lo que establecen los artículos 263 de la Carta Política, 29 y ss. del Código Fiscal (modificado por el Decreto de Gabinete 45 de 1990), debiendo fijar previamente las bases de la contratación en un pliego de cargos o especificaciones. Así, pues, este tipo de contratación se inicia por gestión de la Administración y tomando como base la competencia de los oferentes o proponentes."

- o - o -

En materia de concesiones reguladas por la Autoridad Portuaria Nacional, debemos tener presente lo señalado por el artículo 12 del Reglamento de Concesiones, que en su tenor literal señala:

"Artículo 12: En caso que varios interesados solicitan una concesión sobre el mismo bien, la preferencia se determinará por la que represente mayor interés público."

- o - o -

La norma transcrita nos presenta una excepción para el caso en que varios interesados solicitan una concesión sobre el mismo bien; supuesto en el cual "la preferencia se determina por la que representa mayor interés público". En estos casos, sí sería viable que la concesión se otorgara a través de una licitación pública.

En los demás supuestos, somos del criterio que no se requiere el requisito de Licitación Pública y Concurso de Precios para otorgar concesiones relativas a la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias.

Por último, nos parecen muy atinados los comentarios del señor Contralor General de la República, plasmados en su Nota N0322-Leg de 25 de mayo de 1990, los cuales tienden a que se protejan los intereses del Estado cuando se trata de concesión.

Sin otro particular, nos reiteramos con las seguridades de nuestra consideración y aprecio.

AURA PERAUD
Procuradora de la Administración.

VB:AP/ndex.