

, 1 de agosto de 1985.

Señor
Raúl P. Brostella
Director General de la
Autoridad Portuaria Nacional
E. S. D.

Señor Director General:

Doy respuesta a la consulta, contenida en su atenta comunicación D.G.No.1444-85-LEG fechada 18 de julio corriente, en la cual nos pregunta 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".

Explica usted que en su opinión y en la del Dr. Luis M. Adames G., Director de Asesoría Legal de la entidad a su digno cargo, no es necesario el cumplimiento de dicho trámite, debido a que conforme a los artículos 256 y 263 de la Constitución Política, al igual que de acuerdo a los artículos 24 y 27 de la Ley 42 de 1974, no se exige tal requisito. Agregamos que por ello es aplicable el artículo 12 del Acuerdo No.9 de 1976, mejor conocido como Reglamento de Concesiones, según el cual se crea un régimen para el otorgamiento de tales concesiones.

Por último, el Dr. Adames señala que conforme al ordinal 7 del artículo 58 del Código Fiscal, se excluye del procedimiento de licitación los casos en que "por la naturaleza del acto autorizado u ordenado por ley especial no requiera licitación", situación que no se ha variado ni por la Ley 31 de 1984 ni por el Decreto Ejecutivo No.33 de 1985, que reformaron sustancialmente el régimen de contratación.

En la página 3 del memorandum del Dr. Adames se expresa lo siguiente:

"Esta interrogante nuestra ha surgido de la reunión que sostuvimos con los proponentes para la concesión relativa al servicio de remolcadores de los Puertos de Balboa y

Cristóbal, los cuales nos solicitaron que consultáramos sobre la aplicación de los procedimientos de licitación pública en materia de concesiones." (Cfr. pág. 3 Memorandum de 18 de julio de 1985 A.P.N.).

Para enfocar adecuadamente el tema objeto de consulta, estimo oportuno indicar que los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 42 de 1974 establecen lo siguiente:

"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:

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

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

- 1a. Se entiende por fondo de mar, la parte del territorio nacional cubierta por el mar territorial hasta la línea de baja marea;
- 2a. Se entiende por playa, la faja de terreno comprendida entre las líneas de bajas y altas mareas; y
- 3a. Se entiende por ribera de mar, la faja de terreno entre la línea de alta marea y una línea paralela a la distancia de diez (10) metros hacia tierra firme."

"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 portuaria nacionales."

Como es natural, las normas reproducidas 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.

Es a estas concesiones a las que se refiere el Acuerdo No.9 de 24 de marzo de 1976, emitido por el Comité Ejecutivo de la Autoridad Portuaria Nacional. Así se desprende de los artículos 1, 2, 5, 6, 26, lit. c, 29, 31, 38, lit. a, 43 y 48 de este Acuerdo, entre otros. Por ejemplo, el artículo 20. 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, pues, de concesiones para la construcción y explotación de los referidos bienes y no para la prestación de servicios diferentes.

Lo anterior lo confirma, entre otros, el artículo 60. de dicho Acuerdo, que 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." 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 lo cual deja claramente establecido que la concesión tiene por objeto un bien determinado.

Son estas concesiones las que reglamenta el Acuerdo y la ley en referencia, creando un régimen sobre el particular, en forma similar a como lo hace la Ley 35 de 1963 y normas correlativas sobre las concesiones de playas.

Fratándose de un régimen especial, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Código Civil, debe aplicarse con prioridad a las otras normas generales que regulan la contratación pública, lo cual 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."

Este régimen parte de la base de que, al referirse la concesión a un bien determinado, el proceso de contratación se inicia por petición de un particular interesado y, por ello, no es aplicable al régimen de licitación pública, porque no existe competencia entre diversas personas. La excepción la contempla el artículo 12 de dicho reglamento, que prevé el caso en que varios interesados soliciten una concesión sobre el mismo bien, supuesto en el cual "la preferencia se determina por la que represente mayor interés público."

A mi juicio, un supuesto diferente es el contrato o la concesión para la prestación del servicio de remolcadores a que se refiere el Dr. Adames en el memorandum y los términos de referencia que acompaño, porque la misma no tiene por

objeto un bien del Estado sino la prestación de un servicio a los usuarios de los puertos, que es parte de aquellos que la Autoridad Portuaria Nacional debe prestarles, pero mediante pagos que le hace ésta. En mi opinión, este contrato no está regulado por las normas contenidas en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 42 de 1974 y por el Reglamento aprobado mediante el Acuerdo No.9 de 24 de marzo de 1976, que hemos venido analizando.

Por otro lado, si se trata de un servicio cuya prestación puede ser brindada por varias personas o empresas idóneas, tal como se consigna en las "Instrucciones a los Proponentes", que sirven de base a la contratación de dicho servicio, es evidente que tratándose de un servicio público las normas apropiadas a este efecto son las relativas a dicha contratación, contenidas en los artículos 29 y ss. del Código Fiscal, porque no existen otras especiales sobre la materia. Sobre este tema específico se han pronunciado en igual sentido el señor Ministro de Hacienda y Tesoro, a la sazón el Dr. Ernesto Pérez Balladares, en Nota 101-989 de 2 de junio de 1980, y el señor Director General de Proveeduría y Gastos de dicho Ministerio, Dr. Eliécer Almillategui J., en Nota No.301-01-587 de 25 de julio corriente.

En adición a las razones que ellos se sirvieron exponer y a las ya mencionadas con antelación en esta nota, pienso que no existe incompatibilidad entre lo establecido en los artículos 256 y 263 de la Constitución Política. Y es que toda concesión, incluyendo las que obtienen las empresas de servicio público, se inspirará "en el bienestar social y el interés público", mientras que el segundo instituye como regla general 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 regulan ambas 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 toda clase de compras, ventas, arrendamientos, obras y servicios y, en general, todos aquellos que hayan de producir egresos o ingresos en sus fondos que exceden de B/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, con las excepciones que instituye el artículo 58 de dicho Código. Estas excepciones, salvo la contemplada en el numeral 1 del citado artículo (que se refiere a la cuantía inferior al límite de B/150,000.00), regulan

supuestos en los que no es dable la competencia entre postores u oferentes. A mi juicio, el supuesto regulado por el ord. 7, que menciona el Dr. Adames en su memorandum, no es aplicable al contrato para la prestación del servicio de remodeladores, porque el mismo no está regulado por ley especial, por las razones que anotamos con anterioridad.

Siendo lo anterior así y, especialmente, dado que es dable la competencia entre diversas empresas para la celebración del contrato comentado, como la propia Autoridad Portuaria lo reconoce en los documentos que sirven de base a la contratación, muy similares a las especificaciones que se acostumbran en las licitaciones públicas, pienso que el contrato respectivo debe estar precedido de licitación, porque es evidente que el mismo producirá ingresos o erogaciones anuales o globales superiores a los B/150,000.00. Comparto, en consecuencia, la opinión que ha externado a estos efectos el Ministro de Hacienda y Tesoro en dos (2) oportunidades.

Aprovecho la oportunidad para reiterar al señor Director mis aprecio y consideración.

Atentamente,

Olmedo Sanjurjo G.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

/mder.