

Panamá, 5 de octubre de 2001.

H.R. JUAN IRENE OJO ESPINOSA

Presidente del Consejo Municipal de Macaracas

Macaracas, Provincia de Los Santos

E.

S.

D.

Señor Presidente del Consejo:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesora y Consejera de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la Consulta que tuvo a bien elevar a esta Procuraduría de la Administración en los siguientes términos: **“Es Legal que el Municipio efectúe operaciones Contractuales con la Empresa UNION FENOSA, por ofrecer el servicio de Recepción de Pagos de clientes de dicha Empresa”**.

El artículo 17, numerales 4, 10 y 11 de la Ley N°.106 de 1979, reformada por la Ley N°.52 de 1984, establece lo siguiente:

“Artículo 17. Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

1.

2.

3.

4. Promover la celebración de contratos con entidades públicas o privadas, para la creación de empresas municipales o mixtas, cuya finalidad sea la explotación bienes o servicios.

...

10. Crear y mantener empresas y servicios de utilidad pública en especial, agua, luz, teléfono, gas, transporte, alcantarillado, y drenaje; prestar éstos, ya sea directamente o en forma de concesión y en este último caso preferentemente mediante licitación pública o

mediante acuerdo con otras entidades estatales. También podrá municipalizar los servicios públicos para prestarlos directamente.

11. Autorizar y aprobar la celebración de contratos sobre concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos municipales y lo relativo a la construcción y ejecución de obras públicas municipales.
..."

Bajo este prisma, se deduce la capacidad y competencia que logran los Municipios, para ejecutar este tipo de actos; es decir, que el Consejo Municipal de Macaracas, si está plenamente facultado para ello; pues todas estas acciones van encaminadas a brindar un mejor servicio para la comunidad en general y, corresponde al Municipio velar por ello.

Aunado a lo anterior, si el Municipio lograr brindar dichos servicios, éste, podrá cobrar a la empresa UNIÓN FENOSA, un porcentaje por la prestación de los mismos.

Ahora bien, lo medular de su Consulta, radica en saber si es Legal que el Municipio efectúe operaciones Contractuales con la Empresa UNIÓN FENOSA.

Con respecto al tema de la legalidad debemos indicarle lo siguiente: las presunciones jurídicas son producto de razonamientos especulativos con los que se asumen conclusiones y soluciones generales para muchas situaciones. Se definen como un razonamiento que admite como verdadero lo que no es más que probable. Es decir, que convierten en derecho meras suposiciones, con base en lo que generalmente ocurre.

La presunción legal (**iuris tantum**), viene a ser aquella que permite presentar prueba en contra de lo que se presume; su fundamento lógico reside en que la dificultad de la prueba podría hacer perder muchas veces un derecho, de tal manera que la obligación de demostrar el hecho que desvirtúa la presunción recae sobre quien lo alega y no sobre quien invoca la norma que lo ampara.

Esto quiere decir, que las Resoluciones que en un momento dado haya emitido la Administración anterior, se presumen válidas mientras no sean declaradas ilegales.

Por la importancia que reviste el tema, nos permitimos esbozar algunos conceptos doctrinales sobre la Presunción de Legalidad y de la Buena Fe, que amparan los actos de la Administración Pública. Veamos:

Legitimidad del Acto Administrativo:

Es la calidad de lo que es legítimo, es decir, de lo que es conforme a las leyes, de los que es conforme a la justicia y razón.

El concepto legalidad de un acto es más extenso que el de 'legitimidad', ya que se integra con ésta más al mérito. De aquí que un acto administrativo es legal cuando cumple con las condiciones de legitimidad más la del mérito.

Las condiciones de legitimidad del acto administrativo son competencia, voluntad, objeto y forma en el sentido de que: el acto administrativo dentro de las atribuciones inherentes a su función; tiene que consistir en una acción voluntaria del órgano; debe perseguirse con esta acción un resultado práctico; y por último debe exteriorizarse para que se pueda visualizar su contenido, en una forma determinada (el ordenamiento jurídico señala las formas típicas a través de las que se despliega la actividad administrativa; todo acto administrativo debe ajustarse a su normatividad)... (FERNANDEZ VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Administrativo, Constitucional, Fiscal. Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo., Depalma., Buenos Aires., Argentina., 1981., Pág. 463 y 464.)

Por su parte el ilustre jurista Gustavo Penagos, en su libro de Derecho Administrativo sostiene sobre el particular, que la Presunción de Legalidad se predica de todos los actos administrativos, así sean expresos, tácitos, verbales o escritos. Se presume que la decisión de la Administración, siempre está de acuerdo con las normas legales.

Los actos que realiza la Administración Pública presentan características diferenciales a los actos, relaciones o actuaciones de Derecho Privado. Ello se desprende de la manera peculiar como actúa la Administración y el fin público que persigue, incluso cuando contrata con particulares.

Es evidente que el funcionario que actúa dentro de la Administración Pública, debe cumplir estrictamente sus obligaciones, con mayor rigurosidad que con los particulares, ya que se trata de intereses públicos. Por otra parte, también es importante señalar aquí, que al igual que en Derecho Privado, las partes están obligadas a cumplir de buena fe las obligaciones que contratan. Los actos administrativos deben ser ejecutados de buena fe, de allí que la Administración deba responder por el incumplimiento de los mismos.

La regla de que los actos administrativos deben ejecutarse de buena fe es un principio general del Derecho Administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la Administración para adecuar la ejecución de sus actos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de sus procedimientos.

En consecuencia, debemos indicar que una posible relación contractual entre el Municipio de Macaracas y la empresa UNION FENOSA, se debe presumir su legalidad, hasta tanto no sea demandada, por rebasar el orden legal o constitucional; en otras palabras, cualquier Contrato que celebren las partes objeto de la presente Consulta, debe presumirse su legalidad mientras no sea declarada su ilegalidad ante las instancias jurisdiccionales correspondientes; tomando en cuenta la capacidad legal que tienen los Municipios para contraer ese tipo de obligaciones, en virtud de lo establecido en el artículo 17, numeral 4, anteriormente citado.

Esperamos de este modo, haber atendido debidamente su solicitud; nos suscribimos de usted, con la seguridad de nuestro respeto y consideración.

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMdeF/14/jabs