



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 18 de marzo de 2024
C-SAM-08-24

Señor
Omar Montilla
Presidente del Concejo Municipal
Distrito de San Miguelito
E. S. D.

Ref: Facultades y funciones de los Concejos Municipales.

Señor Presidente del Concejo Municipal:

En atención a la atribución constitucional contenida en el numeral 5 del artículo 220 y lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000 “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”, conforme al cual corresponde a esta Procuraduría, servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos, damos respuesta a su nota No. MSM-CM-R-N-17-24 de 27 de febrero de 2024, recibida en este Despacho el 4 de marzo de 2024, a través de la cual, elevó una consulta relacionada con las reformas, suspensiones o anulaciones de los acuerdos, resoluciones y demás actos de los Concejos Municipales de conformidad con lo que establece la Ley 106 de 1973.

I. Lo que se consulta.

“1. “¿Pueden los Concejos Municipal derogar un acuerdo que en su momento aprobó para darle vida a un contrato de concesión de la prestación de un servicio público?”

II. Consideraciones de la Procuraduría de la Administración.

Respecto a lo consultado, debemos manifestar que a esta Procuraduría no le es dable determinar si pueden o no, los concejos derogar un acuerdo y demás actos municipales que en su momento aprobaron para darle vida a un contrato de concesión de prestación de un servicio público, toda vez que dichos actos gozan de presunción de legalidad; por consiguiente, hacer un pronunciamiento en ese sentido, implicaría ir más allá de los límites que nos impone el artículo 2 de la Ley N.º 38 de 31 de julio de 2000, al ser competencia especial de otro organismo oficial.

A pesar de lo mencionado anteriormente, y a fin de brindarle una orientación objetiva, es pertinente resaltar que los planteamientos y criterios expuestos, no constituyen ni deben interpretarse como pronunciamientos de fondo que determinen una posición vinculante por parte de esta Procuraduría.

Aclarado lo anterior, este despacho considera oportuno precisar que, los acuerdos municipales constituyen un acto reglamentario, entendiéndose por tal “toda disposición jurídica de carácter general dictada por los Concejos Municipales y con valor subordinada a la ley”; y por otro lado, son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia o control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

En cuanto a las funciones que tiene el Concejo Municipal para expedir, modificar, reformar y derogar acuerdos y resoluciones municipales, se deberá observar las disposiciones establecidas en la Constitución Política, en la Ley 106 de 1973, y sus modificaciones, en los acuerdos y decretos municipales.

En ese sentido, la base Constitucional se encuentra en el TITULO VIII “Regímenes Municipales y Provinciales”, veamos.

“ARTICULO 242. Es función del Concejo Municipal, sin perjuicio de otras que la Ley señale, expedir, modificar, reformar y derogar acuerdos y resoluciones municipales, en lo referente a:

1. *La aprobación o el rechazo del Presupuesto de Rentas y Gastos Municipal que formule la Alcaldía.*
2. *La determinación de la estructura de la Administración Municipal que proponga el Alcalde.*
3. *La fiscalización de la Administración Municipal.*
4. ***La aprobación o el rechazo de la celebración de contratos sobre concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos, y lo relativo a la construcción de obras públicas municipales.***
5. *La aprobación o la eliminación de impuestos, contribuciones, derechos y tasas, conforme a la Ley.*
6. *La creación o la eliminación de la prestación de servicios públicos municipales.*
7. *El nombramiento, la suspensión y remoción de los funcionarios municipales que laboran en el Concejo Municipal.*
8. *La ratificación del nombramiento del Tesorero Municipal que haga el Alcalde.*
9. *Las materias vinculadas a las competencias del municipio, según la Ley. Los acuerdos municipales tienen fuerza de Ley dentro del respectivo municipio.”*

En ese mismo orden de ideas, se desarrolla en la Ley 106 de 1973, lo siguiente:

“ARTICULO 15. Los acuerdos, resoluciones y demás actos de los Consejos Municipales y los derechos de los Alcaldes, sólo podrán ser reformados, suspendidos o

formalidad que revistieron los actos originales. También podrán ser suspendidos o anulados por los Tribunales competentes, previo los procedimientos que la Ley establezca.”

En relación con lo anterior, las normas antes citadas son claras al señalar que el Concejo Municipal ostenta competencia de rango constitucional para expedir, modificar, reformar y derogar acuerdos; por lo tanto, la ley de Régimen Municipal, le otorga a esa corporación o cámara edilicia la facultad de regular la vida jurídica del municipio a través de acuerdos, dentro del marco de dicha ley, es decir que estos acuerdos deben limitarse al principio de estricta legalidad.

Por su parte, el Artículo 36 de la Ley 38, desarrolla el principio de estricta legalidad administrativa consagrado en el Artículo 18 de la Constitución Política, el cual en términos generales, dispone que los servidores públicos únicamente pueden hacer lo que la Ley expresamente les faculta, veamos:

“Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.”

A su vez, el Artículo 46 de la Ley 38, establece lo que conocemos como el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, que consiste en la obligatoriedad de la aplicación de estos, salvo que sus efectos hayan sido suspendidos o declarados contrario a la constitución y la ley por autoridad competente, así:

“Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquéllos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior.”

Dicho esto, la presunción de legalidad de los actos administrativos de carácter general o particular no es absoluta, existiendo pronunciamientos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sobre este tema nos permitimos reproducir un extracto de la Sentencia de 30 de diciembre de 2011, cuyo texto es del siguiente tenor:

“Al efecto, la Sala debe manifestar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de "presunción de legalidad" de los actos administrativos, según el cual, éstos se presumen legales o válidos, de modo que, quien afirme su ilegalidad, debe probarla plenamente (Cfr. art. 15 del Código Civil). Sobre este conocido principio, el profesor y tratadista José Roberto Dromi nos ilustra de la siguiente forma:

"La presunción de legalidad no es un medio de prueba; atañe a la carga de la prueba y fija una regla de inversión de la carga de la prueba. Ante actos absolutamente nulos, no hace falta acreditar la ilegitimidad, porque ellos no tienen presunción de legitimidad.

El principio de presunción de legalidad de los actos administrativos no significa un valor absoluto, menos aún indiscutible, pues por eso se la califica como presunción. La presunción de legitimidad es relativa y formalmente aparente. La presunción de legitimidad de que goza el acto administrativo de que fue emitido conforme a derecho, no es absoluta, sino simple, pudiendo ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto controvierte el orden jurídico."

(DROMI, José Roberto. Citado por PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. 5ª Edición. Santa Fe de Bogotá. 1992. pág. 266)."

En ese marco jurídico, el principio de legalidad garantiza que todas las actuaciones de la Administración Pública queden sometidas al derecho y sean controladas por el Poder Judicial a través de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que ejerce el control de la legalidad en relación con los actos administrativos y debe velar por una tutela judicial efectiva que proteja los derechos de los ciudadanos.

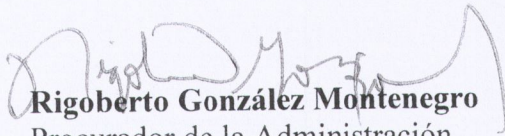
Ahora bien, pese a las facultades que tenga el Concejo Municipal en cuanto a la función que le atribuye la Constitución Política para derogar acuerdos, no debe perderse de vista que con sus actos administrativos dan vida jurídica a otros distintos y autónomos, tal es el caso de un contrato de concesión que nace produciendo el surgimiento de los derechos y obligaciones que correspondan a las partes de acuerdo a lo pactado (en otras palabras, surge la obligación de las partes de dar cumplimiento al contrato); de ello se desprende que concurren en el mismo los principales caracteres del contrato de concesión: a) Bilateralidad (es sinalagmático porque ambas partes se obligan recíprocamente, el concesionario a prestar el servicio, y el concedente permite que el concesionario perciba de los usuarios el importe del mismo); b) Oneroso y conmutativo: existe equivalencia de prestaciones; c) Intuitu-personae: la concesión debe ser ejercida personalmente y por cuenta y riesgo del concesionario y no puede ser transferido o cedido el contrato sin autorización del concedente.

En conclusión, los contratos de concesión producen el efecto jurídico de perfeccionar la relación contractual, haciendo surgir el mismo a la vida jurídica. A partir de este momento, se generan consecuencias que extienden sus efectos en sentido amplio y estricto. Por esa razón, las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que lo suscriben y son de obligatorio cumplimiento entre estas; asimismo, se debe tener presente, que el contrato de concesión se perfecciona con la manifestación de voluntad de los sujetos contratantes que en el supuesto son el municipio y la empresa, con su respectivo representante legal, sin que la voluntad de la cámara edilicia interviniera en su formación. La actuación del Concejo Municipal en este caso se concreta a autorizar o aprobar el contrato como requisito de eficacia del mismo, sin que dicha corporación forme parte del contrato. De allí que las cláusulas que forman parte del contrato de concesión no pueden ser modificadas sin un debido proceso, pues tratándose de un contrato administrativo, le son aplicables las normas de contratación pública vigentes al momento de su celebración, que prevén que las modificaciones las

realicen los sujetos que intervinieron en la formación de la voluntad administrativa mediante formalidades específicas.

De esta manera, damos respuesta a la consulta, señalándoles que la opinión aquí vertida no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que determine una posición vinculante de la Procuraduría de la Administración, en cuanto al tema consultado.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/jgv
CON-05-24



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

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**