

Panamá, 20 de abril de 2021
DGCP-DS-DJ-313-2021

Licenciada
MARÍA ELENA SÁNCHEZ
Alcaldesa
Distrito de San Carlos
E. S. D.

Respetada Señora Alcaldesa:

Damos respuesta a su Nota N AMSC/2021-1471 de 6 de abril de 2021, por medio de la cual señala que en el año 2016 se firmó el Acuerdo Municipal No.30 mediante el cual el Consejo Municipal autorizó al Alcalde del Distrito a suscribir el Contrato de Concesión con la empresa LIMASA ENTERPRISE, S.A., para que ésta brindara el servicio de recolección, transporte y disposición final de la basura de los Centros Educativos, Turísticos y Áreas Costeras e Instituciones de Salud del Distrito de San Carlos.

De igual manera señala en su nota que no existe evidencia de la realización de un proceso de selección de contratista, proceso que fue obviado en el Acuerdo Municipal No.30 de 16 de noviembre de 2016, contradiciendo lo establecido por el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 22 de 2006 y su texto único ordenado por Ley 153 de 2020; que el contrato de concesión nunca se confeccionó y que a pesar de ello la empresa LIMASA ENTERPRISE, S.A., inició la prestación del servicio de recolección de basura desde el 2016, prestación de servicios que motivo que el Municipio de San Carlos recibiera ciertos pagos por parte de ésta empresa desde la fecha indicada y señalando por último que ciertas entidades no han podido gestionar el pago de los servicios recibidos por parte de la concesionaria precisamente por la falta de un contrato que le permita a éstas entidades justificar dicho gasto.

Al respecto es menester informarle que, la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, que regula las contrataciones públicas.

Para dar respuesta a su consulta, debemos referirnos en primer lugar que a pesar de que no es nuestra competencia interpretar las normas que regulan a los municipios a nivel nacional, consideramos propicio remitirnos al artículo 17 de la Ley 106 de 24 de octubre de 1973 sobre el Régimen Municipal, adicionado por la Ley 37 de 29 de junio de 2009 y modificado por la ley 66 de 29 de octubre de 2015, específicamente los numerales 10 y 11 que establecen lo siguiente:

RAF

“**Artículo 17.** Los consejos municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las funciones siguientes:

...

10. Crear y mantener empresas y servicios de utilidad pública en especial agua, luz, teléfono, gas, transporte alcantarillado y drenaje; prestarlos, **ya sea directamente o en forma de concesión y, en este último caso, preferentemente mediante licitación pública** o mediante acuerdos con otras entidades estatales...
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....”
(Lo resaltado es nuestro).

Conforme a la norma citada, quedaba clara la facultad atribuida al Consejo Municipal de San Carlos en su momento para la autorización y aprobación del contrato de recolección de basura objeto de la consulta realizada. Así mismo, la norma dirige a las autoridades locales a optar preferentemente por el procedimiento de licitación pública al momento de celebrar un contrato de concesión de servicios públicos.

Con la entrada en vigencia de la Ley 37 de 29 de junio de 2009, modificada por la ley 66 de 29 de octubre de 2015, que descentraliza la administración pública, el artículo 108 de la Ley 106 de 24 de octubre de 1973 quedó de la siguiente manera:

“**Artículo 108.** Los municipios se regirán por las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que rigen las contrataciones públicas para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas, disposición de bienes del Municipio, la prestación de los servicios públicos, la operación o administración de bienes, las concesiones o cualquier otro contrato regulado por el Acuerdo Municipal sobre las contrataciones por lo que será obligatorio para el Municipio comenzar con este instrumento de trabajo antes de iniciar cualquier procedimiento de contratación pública.”
(Lo resaltado es nuestro).

Por lo expuesto podemos concluir, que efectivamente los contratos públicos de concesión que realicen los Municipios deberán ser en primera instancia autorizados y aprobados por el Acuerdo Municipal correspondiente, luego de ello se deberá evaluar cuál de los procedimientos de selección de contratista descritos en el artículo 56 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, se ajusta más a las características del contrato que el Municipio de San Carlos deseaba celebrar, estructurando un Pliego de Cargos donde se desarrollaran todas las condiciones generales, especiales, técnicas y términos de pago, dentro de las cuales se dejarían establecidas las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitieran la mayor participación de los interesados en

RAF

igualdad de condiciones, siendo éste el escenario ideal en su momento para la celebración del acto de selección de contratista.

En el caso bajo análisis es importante señalar que frente a lo comunicado por usted, no podemos pasar por alto que ésta inadecuada práctica de recibir los bienes o servicios con antelación a la formalización de la relación contractual, es decir, sin que la respectiva orden de compra o contrato se haya firmado por la entidad pública contratante, ni por el contratista y sin el refrendo de la Contraloría General de La República, riñe de manera directa con los principios generales que rigen la materia de contrataciones públicas en nuestro país, ya que la regla general tanto para la entidad contratante, como para los proveedores o potenciales contratistas del Estado, es que se tiene que cumplir con los procedimientos de selección de contratista o contratación directa, antes de que cualquier entidad pública reciba bienes o servicios.

No obstante, si bien es cierto que el proceso natural de selección de contratista no se llevó de la forma establecida en la ley, no es menos cierto que en la actualidad la empresa LIMASA ENTERPRISE, S.A., sigue prestando el servicio de recolección de basura en el Municipio de San Carlos y que además dicha entidad incluso recibe pagos por la prestación de dichos servicios en términos que son desconocidos para ésta Dirección.

Teniendo claro que todos los actos administrativos de selección de contratista deben ejecutarse con estricto apego a la Ley 22 de 2006, y que esta acción constituye la generalidad, observamos que la única forma posible y viable para que el Municipio de San Carlos legalice su relación con la empresa LIMASA ENTERPRISE, S.A., es a través del "Procedimiento Excepcional de Contratación", el cual solo se aplicará *"cuando se produzcan hechos o circunstancias por los cuales la celebración de cualesquiera de los procedimientos de selección de contratista, establecidos en el artículo 56, ponga en riesgo la satisfacción de los requerimientos e intereses del Estado"*, tal como lo señala el artículo 79 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Por lo tanto, consideramos viable, que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 79 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, aquellas entidades que advirtiesen de omisiones en la aplicación del procedimiento de selección de contratista como es el caso que nos ocupa, deberán enmendar las omisiones causadas a través del procedimiento excepcional de contratación, el cual deberán someter a consideración de las entidades competentes para su autorización, con el conocimiento de aquellos servicios/obras o bienes que por error se han recibido con anterioridad por la entidad contratante, sin cumplir con los pasos que contempla la Ley y que una vez que se cuente con esa autorización, se pueda proceder a la formalización del contrato respectivo.

RAF

Para concluir, debemos advertir al Municipio de San Carlos que deberá motivar ante la entidad competente las razones por las cuales se adquirió el servicio/obra o bien con pretermisión del procedimiento legal aplicable, para lo cual dichos entes analizarán si corresponde, desde el punto de vista legal, la autorización posterior de esa contratación.

Sin otro particular por el momento, se despide de usted,

Atentamente,

Atentamente,

RAPHAEL FUENTES
DIRECTOR GENERAL

MAP/eb
Map eb