



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 22 de mayo de 2018
C-038-18

Ingeniero
Demóstenes Duclías
Administrador General, Encargado
Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario
Ciudad de Panamá
E. S. D.

Ref.: Exclusividad en los Contratos de Concesión Administrativa

Señor Administrador Encargado:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de dar respuesta a su nota AAUD-AG-266-2018 de 6 de abril de 2018, recibida en esta Procuraduría el 10 de abril de 2018, la cual consulta sobre si en los Municipios en los cuales se cuenta con Contratos de Concesión Administrativa para la prestación del servicio de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos y mantienen dentro de sus cláusulas derechos exclusivos para la prestaciones de los mismos; pueden o no operar prestadores privados a los cuales la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD) les otorgue el permiso de operaciones para las prestaciones de los mismos servicios, o por el tema de la exclusividad no se permite esta actividad en sendos distritos.

Luego de la atenta lectura de la nota objeto de la consulta, y en virtud de la facultad concedida a este Despacho mediante el numeral 1 del artículo 6 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, nos permitimos indicar lo siguiente:

I. Sobre lo consultado.

Apreciamos que la consulta busca nuestro pronunciamiento respecto a las facultades de la AAUD para otorgar el permiso de operaciones para la prestación del servicio de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos en los Municipios en los cuales se cuenta con Contratos de Concesión Administrativa para la prestación de los mismos, y mantienen dentro de sus cláusulas derechos exclusivos para tal fin.

II. Criterio de la Procuraduría de la Administración

En relación a la interrogante planteada, esta Procuraduría es de la opinión que la emisión de un permiso de operación para la prestación del servicio de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos y la exclusividad para el desarrollo de la actividad *per se* son dos situaciones distintas; la primera de ellas es competencia de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD), previo cumplimiento de los requisitos contenidos en el Artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011¹, y la segunda compete al Municipio respectivo, previo cumplimiento de un acto de selección de contratista que debe ceñirse al procedimiento contenido en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 2017, y que debe contemplar el requisito exigido en el Artículo 16 del precitado Decreto Ejecutivo que señala que las personas naturales o jurídicas que se dediquen o pretendan dedicarse a la prestación del servicio de aseo urbano, comercial y domiciliario, deberán contar con un **permiso de operación** que será extendido por la AAUD, previo cumplimiento de los señalados requisitos del Artículo 18.

Una vez señalado nuestro criterio, procede este Despacho a exponer los argumentos y consideraciones que le sirvieron de sustento para llegar a dicha conclusión.

III. Consideraciones previas al fundamento del Criterio.

Para los efectos de esta consulta, haremos uso de la definición vertida por el administrativista JOSÉ ROBERTO DROMI, quien señala que **la concesión** es un contrato por el cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica, privada o de derecho público, la organización, funcionamiento de un bien o servicio por un lapso determinado, donde esta persona concesionario actúa por su propia costa y riesgo y la responsabilidad que derive de hechos que concreten el "ejercicio" de la concesión corresponde al concesionario. Su labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios o beneficiarios. En tanto, **la concesión de un servicio público**, es el contrato por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta concesión "implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas"².

Por su parte, el jurista Jorge Sarmiento García sostiene que **la concesión de servicios públicos** es un contrato en la función administrativa, que se regula fundamentalmente por

¹ Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011, por el cual se reglamenta la Ley 51 de 29 de septiembre de 2010, que crea la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario y adopta disposiciones para la eficacia de su gestión. Publicada en Gaceta Oficial N° 26932-A de 15 de diciembre de 2011.

² Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina e Hispania Libros, Edición 12, Buenos Aires, 2006.

el derecho público, aunque admita en algunos aspectos la aplicación –sobre todo analógica y supletoria- de principios y normas de derecho privado.³

Así, la **concesión** implica en favor del concesionario una delegación por parte de la Administración Pública, que sin embargo conserva la dirección y control. El concesionario actúa bajo la severa y constante vigilancia de la autoridad concedente. Al término del contrato, los bienes afectados a la prestación del servicio pasan al dominio del Estado, con o sin indemnización, tal como lo ha señalado la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en resolución de 1 de febrero de 1996⁴.

En cuanto al **equilibrio económico**, haremos eco de lo señalado por el letrado Libardo Rodríguez quien sostiene que “es un principio que consiste..., en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca.”⁵

IV. Fundamento del Criterio de la Procuraduría de la Administración.

La Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD) fue creada mediante Ley N° 51 de 29 de septiembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial N° 26631-A de la misma fecha, concebida como una entidad pública especializada, con competencia nacional, personería jurídica y autonomía en su régimen interno, sujeta a las políticas del Órgano Ejecutivo. Esta entidad tiene a cargo, de conformidad al artículo 2 de la precitada excerta legal, la administración, dirección, planificación, operación, explotación, aprovechamiento, investigación, inspección y fiscalización de los servicios relacionados con el aseo urbano, comercial y domiciliario y de los rellenos sanitarios.

Atendiendo a la vasta competencia que se le atribuye a la AAUD, el artículo 3 de la Ley N° 51 de 2010 establece que ésta brindará el servicio de recolección de los residuos sólidos **inicialmente** en el Distrito de Panamá y, hasta que se establezca en la región correspondiente, los municipios continuarán prestando los servicios en lo que respecta al manejo y disposición final de los residuos sólidos urbanos, comerciales y domiciliarios. De este modo, los restantes municipios de la República no pierden de forma inmediata la competencia en materia de servicios de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos, toda vez que la AAUD debe ir relevándolos a medida que se cumpla con el Plan Nacional de Gestión Integral de los Residuos Sólidos (PNGIR) de que trata el Artículo 10 del Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011.

³ Sarmiento García, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 104.

⁴ Sentencia de 1° de febrero de 1996. Caso: Municipio de Panamá c/ Contrato N.° 232-94 suscrito entre el Municipio de Panamá y Proveedora Atlántico Pacífico, S.A. Registro Judicial, febrero de 1996, p. 390.

⁵ Rodríguez R., Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2011, 16ª edición, p. 443.

Las facultades de la Autoridad se encuentran contenidas en el artículo 6 de la Ley N° 51 de 2010, que es del tenor siguiente:

“Artículo 6. La Autoridad tendrá las siguientes facultades:

1. Desarrollar políticas, estrategias generales y planes en materia de operación y disposición de residuos sólidos.
2. Diseñar y promover políticas de financiamiento que permitan coadyuvar con el cumplimiento de las metas de calidad y eficiencia en los servicios.
3. Otorgar asistencia técnica y capacitación a los municipios que prestan el servicio para una mejor gestión de los servicios de operación y disposición de los residuos sólidos.
4. Elaborar el Plan Nacional de Gestión Integral de los Residuos Sólidos e implementarlo de manera gradual en los municipios.
5. Coordinar con el Ministerio de Salud la fiscalización de todos los componentes que impliquen la generación, manejo y disposición de los residuos sólidos que se originen en la República de Panamá.
6. Recomendar las acciones orientadas al mejoramiento del servicio de recolección de los residuos sólidos.
7. Imponer multas y sanciones en los casos establecidos en la presente Ley o en los reglamentos.
8. Ejercer cualquier otra facultad que se establezca en esta Ley o su reglamento.”

Aunado a lo anterior, el párrafo 1 del artículo 7 de la misma excerta legal dispone que la Autoridad podrá celebrar contratos de concesión de duración prolongada o convenios de cooperación con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, con sujeción a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico (entiéndase la Constitución Política, Leyes, Decretos y Reglamentos) en lo relacionado con los servicios de aseo urbano, comercial y domiciliario, desde la recolección y el barrido, el cobro, el transporte de lo recolectado al relleno sanitario para su tratamiento y disposición final, así como para el desarrollo y ejecución de programas de reciclaje. Para tales menesteres, el artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 2017 y publicado en la Gaceta Oficial N° 28483-B de 14 de marzo de 2018, dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las normas, las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que **regirán los procedimientos de selección de contratista y los contratos públicos que realicen** el Gobierno Central, **las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios**, las juntas comunales, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. ...
2. ...” (El resaltado es nuestro)

Por tanto, la normativa de contrataciones públicas es clara en señalar su ámbito de aplicación, dentro de la que se encuentran las entidades autónomas, semiautónomas y los municipios, como es el caso que nos ocupa en donde los Municipios realizan contratos públicos en virtud de sus facultades de administración municipal; y toda vez que la Ley N° 51 de 2010, ni los reglamentos de esta, no contempla un procedimiento especial para la concesión administrativa.

Es importante destacar que el párrafo tercero del artículo 5 de la propia Ley N° 51 de 2010, dispone que la AAUD debe respetar las condiciones contractuales negociadas por los diferentes municipios, al señalar lo siguiente:

“Artículo 5.

....

La Autoridad **deberá respetar las condiciones contractuales negociadas por los diferentes municipios** y, cuando asuma la prestación del servicio, no podrá disminuir, modificar o afectar las estipulaciones de tales contratos.

....” (El resaltado es nuestro)

Hay que hacer mención que la AAUD mantiene una facultad de controlar el correcto desempeño de los prestadores privados, en virtud de lo señalado en el artículo 27 del Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011 desarrolla esta facultad enmarcada en el numeral 8 del precitado artículo 6 de la Ley N° 51 de 2010, otorgando a la AAUD competencia para exigir el estricto cumplimiento de los procedimientos operacionales establecidos en la normativa legal vigente; sin que ello represente una facultad extraordinaria de inferir sobre los contratos ya existentes porque ello sería contradictorio a lo dispuesto en el precitado artículo 5 de la Ley N° 51 de 2010.

De esta forma, observamos que la naturaleza de las funciones de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD) la convierte en una entidad obligada a una estrecha colaboración entre diversas entidades como lo son el Ministerio de Salud, el Ministerio de Ambiente, los Municipios, entre otros; y es importante mantener en cuenta que la competencia de cada uno de ellos no traslapa las facultades de la AAUD, sino que están diseñados para interactuar en pro de la ejecución efectiva del Plan Nacional de Gestión Integral de los Residuos Sólidos (PNGIR).

Establecido lo anterior, el Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011 establece y desarrolla la facultad de la AAUD para otorgar permisos de operación a personas naturales o jurídicas, para la prestación del servicio de aseo urbano, comercial o domiciliario. Así, el Capítulo IV del decreto *ut supra* define las generalidades, exigibilidad y excepciones, costos y requisitos para la emisión del permiso de operación; y dispone, en su artículo 16, que el mismo será extendido por la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD), previo cumplimiento de los requisitos que se señalen, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 18 del propio decreto, a saber:

- Solicitud firmada por el representante legal de la empresa
- Copia autenticada de la cédula del representante legal de la persona jurídica o persona natural solicitante
- Copia autenticada del certificado de Registro Público de la empresa
- Listado detallado de los vehículos a utilizarse
- Rutas y horarios de recolección
- Depósito de garantía
- Póliza de seguro
- Copia autenticada de recibo de luz a fin de determinar que el solicitante se encuentra paz y salvo en el pago de la tasa de aseo
- Recibo de pago de la tasa de uso de los rellenos sanitarios.

Del análisis de los requisitos antes expuestos, así como del contenido del artículo 17 del Decreto Ejecutivo N° 1445 de 2011 donde se establece el costo del permiso y su duración, se infiere que la solicitud de permiso de operación constituye un trámite administrativo que debe hacerse durante los primeros treinta (30) días del año, y que no se encuentra sujeto al desarrollo de la actividad en determinado municipio o región.

Por otro lado, en cuanto a la figura del Contrato de Concesión Administrativa que hace mención su consulta, este Despacho procede a referirse al mismo en los términos que fuera expuesto en la Consulta contestada al Alcalde Municipal Encargado del Distrito de Chitré mediante Nota C-19-04 de 29 de enero de 2004⁶, donde señalamos lo siguiente:

⁶ <http://vocc.procuraduria-admon.gob.pa/content/c-019-04>

“En un sentido estricto el contrato es un negocio jurídico, fundamentado esencialmente en un acuerdo de voluntades de quienes lo celebren, el cual recoge los derechos y obligaciones de ambas partes.

En el caso particular de su consulta nos encontramos frente a un contrato de concesión administrativa, suscrito entre una empresa privada y el Municipio, cuyo objeto es prestar el servicio de recolección de basura.

Se entiende, que el principio de otorgar en concesión el servicio público, de recolección de la basura, está fundamentado en el artículo 138, de la Ley 106 de 1973, que dispone cuatro elementos importantes a saber:

1. Que el objeto por conceder sea un servicio público municipal.
2. Que tal servicio sea de imposible o muy onerosa presentación por parte del Municipio.
3. Que el Municipio perciba algún interés, pago rendimiento, derecho y participación sobre las actividades del concesionario.
4. Para los efectos de contratar con el concesionario puede seguirse la forma de licitación pública.”

De esta manera, la concesión administrativa, constituye un contrato administrativo, como hemos señalado anteriormente, y en el cual se encuentran elementos como la voluntad, el objeto y forma y por tanto, de éste surgen derechos y obligaciones bilateralmente. Por tanto, el concesionario estará sujeto al control y fiscalización de la entidad contratante o cualesquiera entidades fiscalizadoras que se establezcan, como es el caso de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD), en virtud de la ya citada facultad enmarcada en el artículo 27 del Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011, que otorga a la AAUD competencia para exigir el estricto cumplimiento de los procedimientos operacionales establecidos en la normativa legal vigente.

Es menester señalar que aquellos Contratos de Concesión Administrativa que cuenten con el refrendo de la Contraloría General de la República y surtan efecto desde su publicación, se encuentran revestidos de la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, así como también del principio de seguridad jurídica que reviste a los contratos. Este principio de presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos (ver sentencias de 11 de marzo de 2014 y 27 de abril de 2009), profesando que los mismos tienen fuerza obligatoria, mientras no sean declarados contrarios a la Constitución Política o a las leyes por autoridad competente.

En conclusión, somos del criterio que la emisión de un permiso de operación para la prestación del servicio de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos y la exclusividad para el desarrollo de la actividad *per se* son dos situaciones distintas; la primera de ellas es competencia de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD), previo cumplimiento de los requisitos contenidos en el Artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011, y la segunda compete al Municipio respectivo, previo cumplimiento de un acto de selección de contratista que debe ceñirse al procedimiento contenido en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 2017, y que debe contemplar el requisito exigido en el Artículo 16 del precitado Decreto Ejecutivo que señala que las personas naturales o jurídicas que se dediquen o pretendan dedicarse a la prestación del servicio de aseo urbano, comercial y domiciliario, deberán contar con un **permiso de operación** que será extendido por la AAUD, previo cumplimiento de los señalados requisitos del Artículo 18.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/mork

