

Señor Alcalde:

La Procuraduría de la Administración, en cumplimiento a las normas constitucionales y legales, que la facultan para servir de asesora jurídica a los servidores públicos administrativos (Ver Artículos 217, Numeral de la Constitución Política y Artículo 348, Numeral 4 del Código Judicial), analizó desde el punto de vista jurídico, el Contrato de "Concesión para la Prestación del Servicio de Recolección y Disposición final para la basura en el Distrito de la Chorrera", celebrado entre la empresa SUFI INTERNACIONAL (Panamá), S.A. y la Municipalidad de La Chorrera.

A seguidas nos permitimos detallarle las observaciones a dicho Contrato:

1. El Contrato no hace señalamiento alguno en base a que Acto Público (Licitación) se escogió o resultó favorecido la Empresa Contratante;
2. Que si bien los Municipios en principio no se les aplica la Ley N°56 de 1995 sobre Contratación Pública, sino supletoriamente (art. 1), no obstante, en base a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N°32 de 8 de noviembre de 1984), esta entidad le corresponde fiscalizar los Fondos Nacionales en aquellos Municipios subvencionados por el Estado, y de no estar subvencionado (Municipio de Panamá) mantendrá esa supervisión de acuerdo a la Ley de Contratación Pública hasta que no dicten su propia disposición legal sobre esta materia;
3. Que la Contraloría General de la República objetará de nulidad absoluta este Contrato por no cumplir con los procedimientos de los actos públicos contemplados en la Ley de Contratación Pública, por tanto no lo refrendará, hecho que ya objeto dicha institución en el Municipio de Santiago;
4. Que no encontramos la cláusula que señale los derechos que tiene el Municipio de Chorrera, fundamental la contraprestación que recibirá el Municipio a cambio de la Concesión de este servicio público donde la titularidad la mantiene el mismo por orden constitucional, es decir, el canon o porcentaje mensual, anual que debe recibir el Municipio de Chorrera, situación que también objetó la Contraloría General de la República en el Distrito de Santiago;
5. Este Contrato incluye dos tipos de Concesión: Concesión de la Recolección y transporte de los Desechos Sólidos, y la Concesión de la Construcción y Operación de un Relleno Sanitario, que si bien puede darse en un sólo acto público, en un mismo renglón, a un sólo oferente, por la complejidad de ambas Concesiones es aconsejables que se firmen dos Contratos distinguiendo Concesión de otra aunque sea una misma empresa la favorecida con la Concesión (Cláusula 3° del Contrato);
6. Que la cláusula 3° describe parcamente el compromiso de la construcción del relleno sanitario, ni los derechos y obligaciones del Municipio de Chorrera, esta cláusula está relacionada con la cláusula 4° siguiente, B- Segunda Fase, donde señala que queda bajo el criterio de la empresa la adquisición del terreno que ella crea más conveniente para la construcción del relleno sanitario, adquisición que debe ajustarse a un estudio previo que se deberá someter al INRENARE (puede solicitar incluso estudio de impacto ambiental en aquellos aspectos no claros o que requieran mayor estudio) y al Ministerio de Salud para las respectivas autorizaciones de si procede o no en el terreno elegido;
7. Que el Contrato establece el término de vertedero sanitario controlado y en nuestro medio impera el concepto de relleno sanitario para no confundirlo con los vertederos contaminantes;
8. En cuanto a las obligaciones del Municipio de Chorrera (Cláusula 5°) observamos que son muy subjetivas y algunas no les corresponde garantizar al Municipio sino a otras entidades como la Fuerza Pública, Ministerio de Hacienda y Tesoro (Impuestos Nacionales), Dirección Nacional de Registro Público, etc. Otros derechos serían por ejemplo: inspección del servicio, etc.;

9. Que no prevé la cláusula de renuncia diplomática que contempla la Ley de Contratación Pública, exigencia de la Contraloría General de la República, máxime que el contrato es con una empresa extranjera, ni de jurisdicción, de timbres fiscales, etc.;

10. En las cláusulas 8º y 9º se habla de tasa de recolección de los Desechos Sólidos Urbanos (DSU), lo cual es incorrecto puesto que el único que tiene la potestad de imponer, exonerar, recaudar, modificar y eliminar, impuestos, tasas y demás contribuciones municipales es el Consejo Municipal; en estos caso de privatización de los servicios públicos a nivel municipal lo que opera es denominarlo tarifa de DSU, lo cual determinará que de darse el acuerdo con el IDAAN, ésta última pueda recaudarla y entregársela a la empresa concesionaria;

11. En materia de rescisión de Contrato no sigue los para metros establecidos en la Ley de Concesión Públicas (Ley N°5 de 15 de abril de 1988, modificada por la Ley N°31 de 30 de diciembre de 1994) que si bien es de Concesión de Obras, esto no es óbice para que los principios generales aplicables a toda concesión rija este Contrato. Igualmente, esta Ley denomina la resolución o rescisión de contratos como caducidad. Por otra parte, notamos que el Municipio como entidad autónoma del Estado que representa los intereses colectivos de la colectividad de su circunscripción, pierde prerrogativas constitucionales al ponerse en igualdad con el Concesionario al momento de desarrollar esta cláusula de rescisión de Contrato;

12. Sobre el tratamiento de las faltas de la empresa, el Contrato no especifica que ocurre en caso de reincidencia, por ejemplo de una causal grave o una muy grave, es decir, si el

hecho de reincidencia es causal suficiente para que el Municipio declare la caducidad del Contrato, también notamos que las penalidades por faltas graves y muy graves son mínimas si las comparamos con los efectos que produce (hasta B/.500.00 por paralización o no prestación del servicio por culpa o responsabilidad de la empresa), aconsejamos que se introduzca una cláusula penal que sancione por día de paralización hasta determinado monto;

13. Respecto a la Sub-contratación, cláusula 12º, si bien se puede acordar que la empresa Concesionaria puede ceder total o parcialmente sus derechos y obligaciones del Contrato, esta cesión debe ser informada previamente y autorizada por el Consejo Municipal del Distrito de Chorrera;

14. La parte final de la cláusula 13º manifiesta que es el Ente Regulador el que aprobará el aumento de las tarifas, no obstante, no precisa si se trata del Ente Regulador de los Servicios Públicos que de ser así, a esta entidad sólo le compete la regulación de los servicios de electricidad, agua y telecomunicaciones, no así la recolección de los desechos sólidos, y si se trata de otro ente este debe especificarse y sobre todo debe pertenecer al Municipio de Chorrera puesto que al darse el proceso de privatización de un servicio público cambia el papel del Municipio de Ejecutor a fiscalizador por tanto, tiene que reestructurarse y transformar el Departamento de aseo y ornato en una Gerencia Ambiental capaz de afrontar este nuevo rol entre la empresa y la Comunidad;

15. Este Contrato debe incluir la figura de Rescate Administrativo donde el Municipio no necesita el incumplimiento de la empresa concesionario para rescindir el Contrato, sólo basta el interés público, previo Acuerdo Municipal e indemnización al Concesionario;

16. Igualmente, debe incluir la Fianza de Cumplimiento en base a la Ley de Contratación Pública, la cual se fijará en coordinación entre el Municipio de Chorrera y la Contraloría General de la República y debe ser renovada anualmente por el término de duración de la Concesión;

17. Recomendamos incluir una cláusula compromisoria que señale detalladamente el mecanismo previo de resolución de conflictos (negociación, luego mediación, después arbitraje); y,

18. El contrato habla de fuerza mayor y no especifica que se entiende por tal o que normativa la desarrolla (consideramos que debe ser el Código Civil de 1917 de Panamá).

Por último, es nuestro deber el informarle que este Despacho está anuente a brindarle la asesoría jurídica necesaria, para cualquier aclaración o comentario sobre el tema en análisis. Es propicia la ocasión, para expresarle que el interés superior de esta Procuraduría es el de velar por los intereses de la Municipalidad que Usted representa, y por ende la de los habitantes del Distrito de La Chorrera,

Atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/JH/aa