

Panamá, 23 de julio de 1999.

Profesor
CRISTOBAL CAÑIZALES
Alcalde Municipal
del Distrito de Arraiján
E. S. D.

Señor Alcalde:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los servidores de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Oficio s/n, mediante el cual tuvo a bien elevar Consulta a esta Procuraduría, relacionada con el Contrato de Concesión Administrativa en la que son parte la Compañía CARDESA y el Municipio de Arraiján.

Requiere Usted, que este Despacho se pronuncie en lo pertinente, respecto del Contrato, muy específicamente en las cláusulas 9, 14, 16, 17 y en general en su conjunto.

Siendo así, procedemos al análisis de las cláusulas en mención, en su mismo orden.

¿CLÁUSULA NOVENA: EL MUNICIPIO, recibirá por concepto de la Concesión Administrativa otorgada AL CONCESIONARIO B/.1,500.00 mensuales de lo recaudado en la Tarifa de Aseo cobrada a los usuarios conforme a lo probado (sic) mediante Acuerdo Municipal¿.

En lo que respecta a esta primera cláusula, debemos entender que la misma guarda relación con lo establecido en el artículo 76, numeral 9, de la Ley N°.106 de 1973 el cual establece, dispone y faculta a los Municipios para fijar y cobrar derechos y tasas sobre la prestación de los servicios de recolección de basura.

Debemos tener presente que el principio de otorgar en concesión el servicio de recolección de basura, se fundamenta en cuatro (4) aspectos vitales, a saber:

1. Que el objeto por conceder sea un servicio público municipal.
2. Que tal servicio público sea de imposible o muy onerosa prestación por parte del Municipio.
3. Que el Municipio perciba algún interés, pago, rendimiento, derecho y participación sobre las actividades del concesionario y,
4. Para los efectos de contratar con el concesionario, puede seguirse la forma de la licitación pública. (Cfr. Art. 138 de la Ley N°.106 de 1973).

En lo que se refiere al aspecto cuantitativo propiamente (B/.1,500.00), no podríamos señalar, si el cobro es el más exacto, toda vez que es discrecional del Despacho Alcaldicio como ente competente, fijar dicha suma a pagar al Municipio; no obstante, lo que sí podemos sostener, es que dicho cobro que recibirá el Municipio, por concepto de

la Concesión Administrativa otorgada, deberá establecerse en función de la actividad de recolección de desechos sólidos (basura).

En ese sentido, ha de entenderse que la tasa a cobrar no se puede establecer, por ejemplo, en función de cada casa, pues ello no es lo que genera la actividad; es por eso, que se debe establecer una tarifa fija ζ como la establecida en el presente Contrato ζ y se estaría cobrando una tarifa de aseo, en base a la actividad propiamente de recolección de basura.

Luego entonces, podríamos decir que el monto establecido en el Contrato de Concesión, es una suma razonable, tomando en consideración que la empresa CARDESA, brindará el servicio de recolección de basura en forma gratuita, que se produzcan en las Escuelas o Colegios Públicos, Juntas Comunales, Cuerpo de Bomberos, así como en los Parques Públicos y cualesquiera otro sitio que utilice el Distrito de Arraiján, para actividades de carácter público. (V. Cláusula Cuarta, numeral $\zeta e \zeta$ del Contrato.).

Podría incluirse dentro de esta cláusula cuarta, a los Centros de Salud y las Policlínicas.

Para concluir, debemos indicar que dos (2) son los aspectos sobresalientes y, que se deben destacar del contenido de la cláusula novena:

1. El establecimiento de una tasa o tarifa fija a cobrar, por el servicio de recolección de la basura.
2. Esta tarifa o tasa, se debe cobrar en función de la actividad de recolección de la basura.

Veamos ahora, la segunda cláusula en análisis:

¿CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: TARIFA Y COBRO DE LAS MISMAS: (1) .-LA CONCESIONARIA, se compromete a cobrar el importe de tres (B/.3.00), cuatro (B/.4.00), y cinco (B/.5.00) Balboas mensuales a cada vivienda particular en la que se preste el servicio. (2).- Tres Balboas (B/.3.00) semanales en adelante según la cantidad de basura, a los locales comerciales y escuelas privadas. (3).- La Concesionaria, podrá cobrar a cualesquiera empresa o industria establecida en el Distrito de Arraiján, que requiera sus servicios, una tarifa convencional, que podrá establecerse de mutuo acuerdo¿.

La redacción del artículo en sí, no es muy clara, toda vez que no se establece en función de qué se están cifrando las cantidades de B/.3.00, B/.4.00 y B/.5.00 mensuales por cada vivienda particular.

Ahora bien, de la documentación adjunta a su Consulta hemos podido observar una serie de cuadros que contienen los listados de precios por barriada, lo que hace suponer, que los costos establecidos en la cláusula bajo análisis, se han establecido de acuerdo al estado socio-económico de cada barriada.

Así, por ejemplo, se observa que dentro del Sector de Vista Alegre como el de Juan Demóstenes Arosemera, existen barriadas con diferentes importes o tasas, lo que indica el nivel socio-económico o grado adquisitivo de las familias, por sector.

Es importante establecer que los importes que se han de fijar por concepto del servicio que se prestará, en cuanto a la recolección de la basura, debe observar la condición socio-económica de las familias en cada barrio, teniendo presente que para muchas familias de bajos recursos o ingresos, en ocasiones no tienen ni pueden pagar lo que sería su canasta básica alimenticia, mucho menos, podrán pagar altos costos por el servicio de recolección de la basura.

Es razón de lo anterior, consideramos que las tarifas a cobrar, deben fijarse de manera razonable y cónsona al poder adquisitivo de las familias por sector y, su verdadero estatus socio-económico que así se lo permita; asegurando con ello, una igualdad y servicio equitativo entre todas las comunidades.

En lo que respecta a la redacción propiamente de la Cláusula Décima Cuarta, debemos indicar que la misma no debe ser ambigua ni prestarse a confusión, máxime cuando se están estableciendo impuestos, tasas o importes a pagar, tanto a las viviendas particulares como a empresas e industrias, de manera permanente.

La CONCESIONARIA, no puede dejar de manera abierta, la posibilidad de cobrar a cualesquiera empresa o industria establecida dentro del Distrito de Arraiján, una tarifa convencional; en virtud que el propio Contrato de Concesión Administrativa, no establece previamente dentro de un glosario, el concepto de ¿tarifa convencional¿. En este sentido, lo que se deberá dejar previamente establecido, es una lista o tabla de importes, los posibles montos o tarifas a cobrar, dentro de un parámetro cónsono y acorde al tipo de empresa o industria, tomando en cuenta el nivel o grado de basura producido por dicha empresa.

No obstante, corresponderá en todo momento durante la vigencia del contrato a las autoridades municipales, velar por el fiel cumplimiento y ejecución de dicha concesión, siempre en el mejor interés de la comunidad y sus asociados.

Corresponde ahora, el análisis de la cláusula décima sexta:

¿CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: TÉRMINO Y DURACIÓN DE LA CONCESIÓN: El presente CONTRATO DE CONCESIÓN, se concede por un término de VEINTE AÑOS (20) ABSOLUTOS. Las partes, pueden negociar la prórroga de este Contrato, dentro del término de noventa (90) días, antes de la finalización del mismo.¿

Debemos iniciar señalando, que somos de la opinión que el tiempo de duración establecido en el presente Contrato de Concesión, pareciera ser largo, pudiendo el mismo bajarse a la mitad, o sea, a diez (10) años prorrogables.

En lo que respecta al término ¿ABSOLUTOS¿, este Despacho desconoce el significado que se le quiere dar al mismo, razón por la cual no podemos calificar su eficacia dentro del contexto global de la norma.

Por último, analizaremos la cláusula décima séptima:

¿CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: FIANZA DE CUMPLIMIENTO: Para garantizar el cumplimiento de cada una de las obligaciones contraídas en el presente Contrato, LA CONCESIONARIA, se obliga a depositar una Fianza de Cumplimiento, conforme a lo

señalado por el Código Fiscal, cuyo monto será de Veinte Mil Dólares (US\$20,000.00), conforme lo que señala la Ley de Contratación Pública. Dicha Fianza, deberá ser renovada, a su vencimiento, por todo el término de duración de la Concesión.

Este aspecto de la Fianza de Cumplimiento, lo debemos entender como la obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero: el deudor o responsable.

La Fianza de Cumplimiento, es la que garantiza el cumplimiento del Contrato, la cual será fijada por el Municipio en coordinación con la Contraloría General de la República de acuerdo a la Ley de Contratación Pública, ésta, deberá ser renovada anualmente por el término de duración de la Concesión.

Luego de analizadas las cuatro cláusulas, que de manera especial nos solicitó el Despacho del señor Alcalde, procedemos a emitir nuestro criterio jurídico de manera general, con respecto al contenido propio, de todo el Contrato.

Varios son los instrumentos jurídicos, que fueron enviados junto con su Consulta, que guardan relación previa y posterior, para poder otorgar en Concesión Administrativa el servicio de recolección de desechos sólidos; Veamos:

1. Acuerdo Municipal N°.88 de 23 de septiembre de 1997, por el cual se decreta la Concesión del Servicio de Recolección, Tratamiento y Disposición de la Basura en el Municipio de Arraiján y se ordena la privatización parcial y temporal del Servicio de recolección de basura.
2. Acuerdo Municipal N°.38 de 2 de junio de 1998, por el cual se crea el mecanismo para la concesión del Servicio Municipal de Aseo, Recolección y Disposición de la Basura.
3. Proyecto de Resolución, por medio de la cual, la Alcaldía Municipal del Distrito de Arraiján, conviene en celebrar con la COMPAÑÍA DE ASEO Y RECOLECCIÓN DE DESECHOS, S.A., (CARDESA), un Contrato de Concesión para la Recolección de Basura y Desechos Sólidos, para su disposición final.
4. La propuesta presentada por la Empresa CARDESA a consideración del Despacho del señor Alcalde y de los Honorables Concejales del Distrito de Arraiján.
5. El Proyecto presentado por la empresa CARDESA para el desarrollo de la Gestión de Recolección de la Basura; el mismo contiene la Disposiciones, Procesamiento y Tratamiento de la basura en el Distrito de Arraiján.
6. Listado de Precios a cobrar por Barrida; por el servicio de recolección de basura.
7. Cuadro contentivo del resumen de datos, de los Recolectores de la Empresa.
8. Contrato de Servicio, de la Empresa CARDESA.
9. Contrato de Concesión Administrativa entre el Municipio de Arraiján y la Empresa CARDESA.

10. Planos (3), que contienen el Proyecto Siglo XXI ¿PRIMERA DAMA DE LA REPÚBLICA¿, Distrito de Arraiján, pertenecientes a la Empresa de Aseo y Recolección de Desechos S.A. (CARDESA).

Hemos analizado todos estos documentos, y los mismos no presentan mayor objeción para esta Procuraduría de la Administración; no obstante, será el Despacho del señor Alcalde del Distrito de Arraiján y el Honorable Consejo Municipal, quienes en su momento, determinarán la conveniencia, seguridad y beneficios óptimos, para la comunidad y todos aquellos lugares donde se prestará el servicio de recolección de basura; pues son éstas instancias, las competentes para otorgar la presente concesión administrativa..

Para finalizar, esta Procuraduría de la Administración sólo le resta señalar, que no encontramos objeción alguna al presente proyecto de Contrato de Concesión Administrativa, que se presentó ante este Despacho para su análisis, sin embargo, en miras de coadyuvar en el ejercicio del presente acto administrativo que hoy realiza el Despacho del señor Alcalde del Distrito de Arraiján, nos permitimos mencionar los aspectos o cláusulas que, a nuestro juicio, deberá contemplar un Contrato de esta naturaleza, sin perjuicio de lo que tengan a bien disponer las autoridades competentes para ello. Veamos:

1. OBJETO DEL CONTRATO: En él, se deberá especificar de manera formal, las obligaciones del CONCESIONARIO, con respecto al Servicio de Aseo, Recolección y Transporte de los Desechos Sólidos; por su parte, el compromiso formal de EL MUNICIPIO, de otorgar en Concesión Administrativa, el Servicio de Aseo, Recolección y Transporte de los Desechos Sólidos.

2. EL GLOSARIO: En este aparte, se especificarán aquellos conceptos, siglas, términos, frases, palabras etc., que se utilizarán dentro del contexto mismo y, propio del Contrato.

3. OBJETO DE LA CONCESIÓN: Constituirá la Cláusula que determine en qué consistirá la Concesión, en el Servicio de Aseo, Recolección y Transporte de los Desechos Sólidos.

4. PERÍODO DE LA CONCESIÓN: Constituye el tiempo o duración que EL MUNICIPIO otorgará al CONCESIONARIO, en términos de años, los cuales empezarán a regir a partir de la aprobación del propio Contrato; por lo general, éste, puede ser prorrogable por el mismo tiempo, o la mitad de su otorgamiento original, anunciándose con un tiempo de antelación a la finalización del mismo.

5. ÁMBITO DE LA CONCESIÓN: Aquí, se identificará el lugar o lugares donde se ejecutará el Contrato, especificando las áreas que comprenderán los diferentes Corregimientos, Barriadas o Sectores. El Municipio, tendrá la potestad de ampliar o reducir el área de Concesión, previa comunicación y coordinación con EL CONCESIONARIO, de acuerdo a los intereses municipales.

6. CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO: Este es un principio que debe establecerse en todo tipo de Contrato de esta naturaleza, pues de él depende el buen funcionamiento y ejecución de la Concesión otorgada; así pues, se deberá dejar plasmado en el Contrato, que éste deberá ser: continuo, regular, uniforme, general, obligatorio, eficiente y participativo con los usuarios del servicio dado en la Concesión.

7. TARIFA DE ASEO: Dentro de esta cláusula, se especificará el monto a pagar por parte de la CONCESIONARIA, al MUNICIPIO, como tasa, por el servicio de recolección de basura que prestará la empresa. Para los efectos del cobro al comercio, industrias o cualquier otra empresa o institución que no se haya establecido previamente dentro del presente contrato, se podrá establecer una tabla de importes, los cuales serán establecidos conjuntamente entre el Municipio y la Concesionaria.

8. MODIFICACIÓN DE TARIFAS: Esta cláusula representa la tabla de importes de la tarifa de aseo y el procedimiento de cobro de la misma, la cual podrá ser modificada, vía Acuerdo Municipal, previa comunicación y coordinación con el CONCESIONARIO, por lo menos cada dos años conforme con los índices económicos proporcionados por la Contraloría General de la República.

9. MODIFICACIÓN DE LAS RUTAS: Se establecerá los días y horas para cada ruta de aseo de las calles (barriada), de recolección y transporte de desechos sólidos del área de la Concesión, según la programación, las cuales podrán ser ajustadas y modificadas, por Acuerdo Municipal, previa comunicación y coordinación con EL CONCESIONARIO.

10. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: Esta cláusula deberá recoger aquellas obligaciones propias del CONCESIONARIO como serían, las de prestar el servicio de aseo de calles (barrios), de recolección y de transporte de los desechos sólidos domiciliarios, industriales, comerciales, de instituciones públicas etc.

- Cobrar la tarifa de aseo a los usuarios del servicio de recolección de desechos sólidos en el área de la Concesión.

- Pagar al Municipio el porcentaje o tarifa previamente establecida.

- Prestar el servicio de aseo de calles (barrio), de recolección, transporte de los desechos sólidos de manera eficiente en los días y horas establecidos para cada ruta del área de la concesión.

- Permitir que EL MUNICIPIO inspeccione en todo momento el cumplimiento del servicio dado en Concesión a fin de garantizar que se cumpla con las normas nacionales y municipales en materia de desechos sólidos.

- Cumplir con las obligaciones tributarias Nacionales y Municipales.

- No introducir modificaciones a las tarifas y a las rutas de aseo (barrio), de recolección y transporte de desechos sólido.

- No ceder ni traspasar a terceros, en su totalidad ni en parte, los servicios dados en Concesión, salvo que media autorización del Consejo Municipal.

- Proteger en todo momento la ecología y el medio ambiente.

- Unificar el servicio de aseo (barrio), de recolección, de transporte de los desechos sólidos y el cobro de la tarifa de aseo con la Política Municipal de Aseo y Medio Ambiente de EL MUNICIPIO.

- Cumplir con todo el ordenamiento jurídico de la República de Panamá, y en particular con la Ley sobre el régimen Municipal, la Ley sobre Contratación Pública, y la Ley de Concesión Administrativa.

11. DERECHOS DEL CONCESIONARIO: También se deberá consignar todos los derechos que tiene el Concesionario.

- Cobrar las tarifas previamente establecidas en el Contrato de Concesión, a los usuarios del servicio de recolección de desechos sólidos en el área de la Concesión de acuerdo a lo establecido.

- Recibir la colaboración de los agentes de policía para preservar el acatamiento a los reglamentos y mantener el orden público y los derechos de terceros contra quienes los perturben en forma contraria a la Ley, los reglamentos y las órdenes o instrucciones de policía sobre la materia.

- Recibir una adecuada indemnización en caso de Rescate Administrativo, pagado por EL MUNICIPIO, debidamente autorizado por el Consejo Municipal.

- Sugerir cambios a EL MUNICIPIO sobre las tarifas de aseo y sobre las rutas de aseo.

12. OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: Se deberá establecer de igual forma las obligaciones que tendrá el Municipio.

- Permitir a EL CONCESIONARIO prestar el servicio de aseo de calles (barrio), de recolección y transporte de desechos sólidos domiciliarios, industriales, comerciales y de instituciones públicas.

- Permitir a EL CONCESIONARIO cobrar la tarifa de aseo a los usuarios del servicio de recolección de los desechos sólidos de manera eficiente en los días y horas establecidas para cada ruta del área de la Concesión.

- Recibir y dar el trámite adecuado y oportuno a las sugerencias y recomendaciones que en materia de tarifas, horarios, rutas de aseo de calles (barrio), de recolección y transporte y demás aspectos técnicos les formule EL CONCESIONARIO.

- Pagar una adecuada indemnización a EL CONCESIONARIO, en caso de Rescate Administrativo, debidamente autorizado por el Consejo Municipal.

13. DERECHOS DEL MUNICIPIO: Al igual que EL CONCESIONARIO, el MUNICIPIO tiene los siguientes derechos:

- Inspeccionar en todo momento el cumplimiento del servicio dado en Concesión a fin de garantizar que se cumplan con las normas nacionales y municipales en materia de manejo de desechos sólidos.

- Decretar el rescate Administrativo del servicio dado en Concesión, previo Acuerdo Municipal y de una adecuada indemnización a EL CONCESIONARIO.

14. RESCATE ADMINISTRATIVO: Esta es una cláusula muy especial, toda vez que la misma consiste en la potestad que tiene EL MUNICIPIO de retomar el servicio público objeto de la Concesión, por razones de interés público, declarado conforme al ordenamiento jurídico y previo Acuerdo Municipal e indemnización adecuada a EL CONCESIONARIO.

Cuando por razones de interés público se produzca el Rescate Administrativo de la Concesión, EL CONCESIONARIO recibirá, a título de indemnización, una suma de dinero consistente en la mitad de la tarifa neta de aseo que se proyectaba recaudar. EL CONCESIONARIO en el período restante del Contrato, entendiéndose por tarifa neta

de aseo, la parte que le correspondía a EL CONCESIONARIO luego de deducir la cuota de EL MUNICIPIO.

15. FIANZA DE CUMPLIMIENTO: Todo Contrato de Concesión, deberá estar garantizado mediante una Fianza de Cumplimiento que será fijada por el Municipio en coordinación con la Contraloría General de la República de acuerdo a la Ley de Contratación Pública y, la Fianza de Cumplimiento deberá ser renovada anualmente por el término de duración de la Concesión.

16. LA NOTIFICACIÓN: Cualquier notificación por EL MUNICIPIO a EL CONCESIONARIO o viceversa, en relación con el Contrato de Concesión, será entregada por correo recomendado, cable, fax o personalmente.

17. CAUSALES DE CADUCIDAD: Serán causales de caducidad, las siguientes:

- Cuando el Concesionario no realice el servicio dado en Concesión en la forma y términos pactados;
- Cuando el Concesionario varíe, sin autorización de El Municipio, el objeto del Contrato;
- Cuando el Concesionario transfiera o ceda, en su totalidad o en parte, el servicio dado en Concesión, salvo lo exceptuado en esta materia en el presente Contrato;
- Cuando ocurra la incapacidad financiera o técnica de El Concesionario, plena y comprobada de llevar a cabo el objeto de la Concesión;
- Por la disolución de El Concesionario, según el régimen legal vigente;
- Por Rescate Administrativo de la Concesión, previa indemnización adecuada a El Concesionario y, mediante Acuerdo Municipal;
- Cuando de común acuerdo ambas partes, El Concesionario y La Municipalidad, dan por terminado anticipadamente el Contrato; y,
- Cualquier otra causal de caducidad o resolución establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

La caducidad deberá ser declarada mediante Acuerdo del Consejo Municipal del respectivo Distrito, debidamente motivado, además de los recursos a que tiene derecho El Concesionario.

Dentro de lo posible, El Municipio comunicará por escrito a El Concesionario la causal y fecha de caducidad o resolución del Contrato con por lo menos 30 días de anticipación.

18. JURISDICCIÓN: En esta cláusula, se determinará, que el Contrato se registrará e interpretará de acuerdo a las leyes de la República de Panamá.

19. SOLUCIÓN DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE: El Concesionario y El Municipio podrán convenir cuando surjan controversias entre ambos sobre la celebración, interpretación o incumplimiento del Contrato, que no puedan ser resueltas, sean sometidas de común acuerdo expreso, en primer término a mediación voluntaria de alguna institución pública o privada de reconocida solvencia, y en segundo lugar, a arbitraje en los términos y medios de acción que puedan emplearse conforme a las leyes panameñas.

Para finalizar, reiteramos al señor Alcalde del Municipio de Arraiján, que esta Procuraduría no encuentra mayor objeción, al Contrato de Concesión Administrativa en el que son parte, la Compañía CARDESA, en calidad de Concesionario y, el Municipio

de Arraiján; siempre y cuando, se incorporen al Contrato, aquellas cláusulas que hemos observado le pueden ser de utilidad a ambas partes.

De usted, con toda consideración y aprecio.

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AmdeF/14/cch

¿1999: AÑO DE LA REVERSIÓN DEL CANAL A PANAM□