



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 21 de mayo de 2018
C-SAM-07-18

Señor
Tomás Velásquez Correa
Alcalde del Distrito de La Chorrera
Provincia de Panamá Oeste
E. S. D.

Ref. Efectos de la Declaratoria de Nulidad de una Adenda y de un Acuerdo Municipal.

Señor Alcalde:

Con fundamento en la Constitución y la ley, me dirijo a usted, en ocasión de dar respuesta a su Nota N° DA/356-18, por medio de la cual formula a esta Procuraduría, algunas interrogantes que guardan relación con la ejecución del Contrato de Concesión N° 01-2006, suscrito entre el Municipio de La Chorrera y la empresa Metropolitana de Aseo, S.A., E. S. P.-EMAS, en cuanto a la determinación de las tarifas que el Contratista puede cobrar, concretamente, consulta lo siguiente:

1. ¿Cuál es según su respetada opinión la remuneración o cobro de tarifa que debe cobrar El Contratista, en vista de que la ADENDA No. 2 ha sido **DECLARADA NULA POR ILEGAL**, por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia?
2. De no ser posible el cobro de las tarifas establecidas en las ADENDAS o en el CONTRATO ORIGINAL; es viable según su opinión que el Municipio de La Chorrera realice una nueva ADENDA al Contrato N° 01-2006, con el objeto de establecer las tarifas que EL CONTRATISTA pueda cobrar en concepto de remuneración.

En atención a las interrogantes planteadas, esta Procuraduría de la Administración advierte que las mismas tienen como fundamento conocer nuestro criterio en torno a determinar la remuneración o cobro de las tarifas aplicables conforme al Contrato de Concesión N° 01-2006, del 29 de septiembre de 2006, denominado: "**CONTRATO DE OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO EN SUS COMPONENTES DE BARRIDO DE CALLES Y ÁREAS PÚBLICAS, RECOLECCIÓN, TRANSPORTE Y DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS EN RELLENO SANITARIO**"; celebrado entre el Municipio de La Chorrera y la empresa Metropolitana de Aseo S.A., E.S.P.-EMAS; además de conocer la viabilidad de establecer una nueva ADENDA, para el establecimiento de nuevas tarifas para el cobro del servicio público a que hace referencia

dicho Contrato; por lo que, no es dable emitir criterio de fondo respecto a lo consultado, ya que de realizarlo, este Despacho incurriría en un análisis que le corresponde determinar a las

partes como resultado de la ejecución del Contrato de Concesión; situación que escapa del ámbito de nuestra competencia, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en concordancia con los numerales 5 y 11 del artículo 97 del Código Judicial, y el artículo 78 de la Ley 56 de 27 de diciembre 1995, ley vigente al momento de la aprobación del Contrato de Concesión.

Ahora bien, en aras de ofrecer una orientación general a su petición, nos permitimos hacer algunas aportaciones legales, doctrinales y jurisprudenciales, relacionadas con la responsabilidad que tiene toda entidad contratante de ejercer la dirección general, el control y la vigilancia de la ejecución de un contrato que ha suscrito, así como de la interpretación de las reglas contractuales. También se abordará los efectos de la declaratoria de nulidad de una adenda de un contrato, así como de un acuerdo municipal.

I. Potestad de la entidad contratante para la dirección, control y manejo del contrato.

En primer término, debemos referirnos al numeral 1 del artículo 70 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, norma vigente al momento de la celebración del contrato, es decir, el **Contrato N° 01-2006 de 29 de septiembre de 2006**; mismo que guarda relación con el numeral 1 del artículo 85 del Texto Único de la Ley 22 de junio de 2006, ordenado por el artículo 103 de la Ley 61 de 2017; cuyo texto dice así:

“Artículo 70. Los medios para el cumplimiento del objeto contractual.

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, la entidad contratante tendrá las siguientes potestades:

1. **Ejercer la dirección general, la responsabilidad del control y la vigilancia de la ejecución del contrato**, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.
2. ...”

Como se desprende de la norma citada, es deber de la entidad contratante, en este caso el Municipio de La Chorrera, tomar las medidas necesarias de control, evaluación, fiscalización y vigilancia en la ejecución del referido Contrato de Concesión, teniendo presente que el mismo fue pactado para el logro de los fines estatales, cumpliendo una función social que lleva obligaciones implícitas. (Ver. Artículo 8 de la Ley 56 de 1995).

II. Interpretación de las reglas contractuales

En atención a su consulta, debemos señalar que estamos ante un contrato administrativo de concesión, el cual podemos definir como “el acto jurídico por el cual la Administración Pública otorga por tiempo determinado, a un particular, el derecho de prestar un servicio público, o de usar, aprovechar y explotar bienes del Estado, de acuerdo a las normas que lo regulan”. (DELGADILLO G. Luis H. Elementos de Derecho Administrativo I, 2ª Edición, pág. 298).

Sobre las normas de interpretación aplicables al referido Contrato de Concesión de que trata su consulta, deberá tenerse presente los artículos 20 y 78 de la Ley 56 de 1995, norma vigente al tiempo de aprobación del mismo, los cuales establecen:

“Artículo 20. Interpretación de las reglas contractuales

En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, relativas a procedimientos de selección de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre obligaciones y derechos que caracterizan los contratos.

Artículo 78. Interpretación y ejecución del contrato

Los contratos celebrados en la República de Panamá se interpretarán y ejecutarán de conformidad con las leyes panameñas. Las controversias que se susciten con ocasión de la interpretación, ejecución o terminación de los contratos, serán de competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia”.

Queda claro que en primera instancia corresponde a la entidad contratante la interpretación de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, pues como enunciáramos es la entidad contratante la que debe ejecutar la dirección general, la responsabilidad del control y la vigilancia de la ejecución del contrato, y en caso de controversia corresponderá a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dirimir el asunto.

III. Efectos de la Declaratoria de Nulidad de una Adenda.

Es importante señalar que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia procedió a **DECLARAR NULA, POR ILEGAL, la Adenda N° 2 de 27 de marzo de 2012**, al Contrato N°1-2006 antes mencionado; además; también procedió a **DECLARAR NULO, POR ILEGAL, el Acuerdo Municipal N°7 de 3 de abril de 2012**, expedido por el Concejo Municipal de La Chorrera, por medio del cual se aprueba la Adenda N°2 al Contrato de Operación de Servicio Público de Aseo y sus componentes de Barrido de Calles y Áreas Públicas, recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos en Relleno Sanitario en el Distrito de La Chorrera, con la Empresa Metropolitana de Aseo, S.A., E.S:P-EMAS.

En tal sentido, en Sentencia de 25 de septiembre de 2017, la Sala Tercera, en relación a la Adenda N° 2, dispuso lo siguiente:

“Verificado el respectivo estudio esta Sala **constata que la Adenda N°2 al Contrato N° 1-2006** de Operación del Servicio Público de Aseo suscrito entre la Empresa Metropolitana de Aseo, S.A., y la Alcaldía de La Chorrera, **constituye un acto administrativo** por el que se **fijan parámetros distintos para el cálculo del cobro por el servicio de aseo, distintos a los ya establecidos**, estableciendo una nueva tarifa para los ciudadanos que se sirven de tal prestación”. (El resaltado es nuestro)

La Adenda es un acto administrativo de naturaleza bilateral y deja claramente sentado que nunca se perfeccionó la misma porque no fue refrendada y por lo tanto, no nació a la vida jurídica.

En cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad de la Adenda No.2 al referido Contrato de Concesión Administrativa, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 66 de la Ley 56 de 1995, sobre Contrataciones Públicas, norma vigente a la firma del Contrato de Concesión N°1-2006, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 66. Son causales de nulidad absoluta, de los contratos públicos:

1. Los celebrados por personas inhabilitadas para contratar en los casos determinados por la ley;
2. Los celebrados por servidores públicos que carezcan de competencia para contratar;
3. La nulidad de la adjudicación decretada por vía jurisdiccional.

La nulidad de algunas o algunas cláusulas no invalidarán el resto del contrato, salvo cuando no pudiesen ser ejecutados sin las cláusulas anuladas.

Se aplicarán a los contratos públicos, además, las disposiciones pertinentes del Código Civil, en materia de nulidad contractual.”

En este sentido, debemos tener claro que antes de la modificación al Contrato de Concesión N°01-2006, a través de la citada Adenda No. 2, se había realizado una modificación al texto original de dicho Contrato, mediante la Adenda No. 1, refrendada por la Contraloría General de la República, y aprobada mediante el Acuerdo 41 de 20 de octubre de 2010, actos jurídicos que gozan de presunción de legalidad, y que deben ser entendidos como parte integral del referido contrato principal, esto en atención a lo establecido en el artículo 68 del texto original de la Ley 22 de 2006, norma vigente al momento de la aprobación de la enunciada Adenda No. 1; el cual señala lo siguiente:

“Artículo 68. Reglas para modificaciones y adiciones al contrato en base al interés público. Para hacer modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público, se atenderán las siguientes reglas:

1. No podrá modificarse la clase y el objeto del contrato.
2. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones o aprobaciones de los entes que conocieron el contrato principal de acuerdo con la cuantía.
3. Las modificaciones que se realicen al contrato principal formaran parte de éste, considerándose el contrato original y sus modificaciones como una sola relación contractual, para todos los efectos legales.
4. ...”

Al respecto de este tema, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la República de Colombia, en Fallo de veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007), enfatizó:

“Un negocio jurídico es válido si se ajusta al ordenamiento jurídico, y observa en su formación los requisitos previstos en la ley. Sin embargo no toda transgresión a la norma afecta de nulidad absoluta el contrato, sino aquellas irregularidades previstas expresamente por el legislador, lo

cual constituye una reserva de ley, es decir, que sólo él puede establecer causales que afecten de nulidad absoluta el contrato”.

Es por lo anterior, que a partir de que se declaró la nulidad de la Adenda No. 2 al Contrato No. 1-2006, y del Acuerdo Municipal No. 7 de 3 de abril de 2012, expedido por el Concejo Municipal de La Chorrera, por medio del cual se aprueba la referida Adenda No. 2 al Contrato de Concesión; aunado a ello, porque esa adenda nunca llegó a perfeccionarse, por lo tanto, somos del criterio que debe entenderse que corresponde aplicar el Contrato de Concesión N° 01-2006, con las cláusulas incorporadas por la Adenda No. 1.

IV Efectos de la declaratoria de nulidad de un Acuerdo Municipal.

En cuanto a la declaratoria de nulidad del Acuerdo N°7 de 3 de abril de 2012, expedido por el Concejo Municipal de La Chorrera, por medio del cual se aprueba la Adenda N° 2, al referido Contrato N° 001-2006, a manera de orientación debemos informarle, que el artículo 15 del Código Civil, es prístino al disponer lo siguiente:

“Artículo 15. Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en el ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes.”

En el caso sub-júdice, se desprende que si la norma reglamentaria, en este caso el Acuerdo N° 7 de 3 de abril de 2012, fue declarado contrario a la Constitución o a las leyes pierde su fuerza obligatoria y sale de la vida jurídica.

Sobre el efecto que implica la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter general, como el presente asunto que nos ocupa, (Acuerdo Municipal), el artículo 53 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, señala lo siguiente:

“Artículo 53. Cuando por sentencia definitiva se decrete la nulidad de un acuerdo municipal, en todo o en parte, **quedará virtualmente sin vigor, en lo pertinente, dicho acuerdo.**”

Es así, que al declararse la nulidad del Acuerdo Municipal N°7 de 3 de abril de 2012, debe entenderse, como consecuencia sin vigor la modificación a la que hacía alusión su contenido.

En cuanto a los **efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos de carácter general**, me permitiré reproducir algunos fragmentos, pertinentes de las resoluciones 14 de junio de 1995, 23 de marzo de 1999 y 13 de mayo de 1999, cuyos textos señalan lo siguiente:

“...la simple declaratoria de nulidad, es decir, las que se decretan dentro de las demandas Contencioso Administrativo de Nulidad como acción popular, **producen efectos ex-nunc, hacia el futuro, más no ex-tunc, hacia el pasado, por lo que sus consecuencias no se retrotraen al período o tiempo anterior a la publicación de la declaratoria de nulidad...**”(Sentencia de 14 de junio de 1995, Citada en sentencia de 13 de mayo de 1999, Registro Judicial Mes de Mayo de 1999, pág. 468)

"Sin embargo las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo tienen efectos hacia el futuro y no hacia el pasado, y como las Resoluciones No. 31 y 31-1 de 20 de abril de 1995 fueron proferidas, fundamentándose en el Resuelto No. 397 de 1993 modificado por el Resuelto No. 153 de 1994, con anterioridad a la sentencia de 7 de mayo de 1998, entonces las situaciones jurídicas surgidas durante la eficacia del acto declarado ilegal, no pueden ser invalidadas por la declaratoria de nulidad" (Sentencia de 23 de marzo de 1999, Registro Judicial Mes de Marzo de 1999, págs. 571-575)

Como podemos observar de la jurisprudencia citada, la declaratoria de nulidad, que se hicieron de los **actos administrativos en comento** producen efectos **ex-nunc, hacia el futuro**, más no **ex-tunc**, hacia el pasado, por lo que, sus consecuencias no se retrotraen al período o tiempo anterior a la publicación de la declaratoria de nulidad.

Sobre el efecto que conlleva la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, el Jurista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su Tratado de Derecho Administrativo ha señalado lo siguiente:

"La pretensión en el proceso civil de nulidad involucra derechos similares a los de la llamada **acción de restablecimiento del derecho en el proceso contencioso administrativo**. Razón esta elemental para que los efectos sean indicados en providencia comentada. **La nulidad en el proceso contencioso administrativo tiene unos efectos diferentes; sólo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, por lo tanto, involucra una pretensión general y no particular**. En este sentido la pretensión no favorece aspiración individual alguna. Desde este punto de vista, el efecto de la nulidad debe respetar sin dudas las situaciones que se han desprendido del acto nulo, constituyéndose decisión independiente." (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez, 4ª Edición, pág. 129).

Del texto citado, se infiere que la declaratoria de nulidad se da por infracción a los requerimientos legales que debe revestir todo acto administrativo, y que al decretar dicha declaratoria se busca preservar el Estado de Derecho; en otras palabras, se busca el restablecimiento del Ordenamiento Jurídico.

En relación a la posibilidad de modificación de la tarifa por el servicio prestado por la concesionaria, la entidad contratante tiene la obligación de ajustarse a los procedimientos establecidos en la ley de contrataciones públicas, así como el permitir la participación ciudadana a la que se refiere el artículo 24 de la Ley 6 de 2002, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 24. Las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos, los actos de la administración pública que puedan afectarlos intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece la presente Ley. Estos actos, son; entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas, de valorización, zonificación y **fijación de tarifas y tasas por servicios**".

Finalmente, cabe citar lo expresado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia de 25 de septiembre de 2017, la cual puntualiza lo siguiente:

“En esa dirección, la Ley No. 6 de 22 de enero que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Habeas Data y otras disposiciones, estipula en su artículo 24 que las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, para el presente caso los Municipios, tienen la obligación de consentir y hacer posible la intervención ciudadana por algunos de los medios dispuestos, listando expresamente cuales actos administrativos deben cumplir con esta garantía de participación.

...
En esa dirección se advierte que la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, en su artículo 17 numeral 11 establece la autorización precedente del Concejo Municipal como requerimiento para la validez y eficacia de las concesiones de servicios públicos municipales, **lo que igualmente aplica para la modificación de tales contratos**”.

En espera de que las orientaciones legales, jurisprudenciales y doctrinales le ofrezcan algunas líneas de acción sobre la temática planteada, me suscribo de usted, con muestras de consideración.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración.



RGM/ea