

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 477

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 3 de mayo de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad (Acumulado).**

El Licenciado Raúl Ossa, **actuando en su propio nombre y en representación de Arminda Amparo Alvedas Carrasco y otros**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo Municipal 7 de 3 de abril de 2012, emitido por el **Concejo Municipal del distrito de La Chorrera** y la “Adenda número 2 al 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 en el Distrito de La Chorrera con la Empresa Metropolitana de Aseo, E.S.P.-EMAS.”

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso
Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

El Licenciado Raúl Ossa, actuando en su propio nombre y representación demandó la nulidad del **Acuerdo Municipal 7 de 3 de abril de 2012**, expedido por el Concejo Municipal del distrito de La Chorrera, por medio del cual se aprueba la “*Adenda N° 2 al 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 en el Distrito de La Chorrera con la Empresa Metropolitana de Aseo, E.S.P.-EMAS.*” A dicha acción se le dio entrada mediante el número de expediente 22-13 (Cfr. fojas 21 y 22 reverso del expediente judicial).

Con posterioridad, el Licenciado Raúl Ossa, actuando en nombre y representación de Arminda Amparo Alvendas Carrasco, Zoraida María Fernández, Natividad Ábrego González, María de Lourdes Saavedra de Spina, José Heriberto Herrera Moreno, Carlos Lenín Villa Toribio, Marlín Estela González y Raúl J. Ossa G., interpuso una demanda de nulidad en contra de la **adenda antes descrita**, dicha demanda **corresponde al expediente 25-13** (Cfr. fojas 77 a 96 del expediente judicial).

Al respecto, el 16 de mayo de 2015, el Licenciado Raúl Ossa presenta una corrección a la demanda antes descrita (Cfr. Fojas 209 a 235 del expediente judicial).

En relación con el anterior proceso, la Procuraduría de la Administración emitió la Vista 281 de 22 de mayo de 2015, en la cual expusimos nuestro concepto en relación al Acuerdo Municipal 7 de 3 de abril de 2012 (Cfr. fojas 197 a 203 del expediente judicial).

Con posterioridad, la Sala Tercera mediante Resolución de 8 de junio de 2015, admitió la corrección de la demanda interpuesta por el Licenciado Raúl Ossa, actuando en nombre y representación de Arminda Amparo Alvendas Carrasco, Zoraida María Fernández, Natividad Ábrego González, María de Lourdes Saavedra de Spina, José Heriberto Herrera Moreno, Carlos Lenín Villa Toribio, Marlín Estela González y Raúl J. Ossa G., y también admitió la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el Licenciado Raúl Ossa, actuando en su propio nombre y representación; **en dicha resolución se ordenó igualmente la acumulación del expediente 25-13 al expediente 22-13** (Cfr. fojas 75 y 76 del expediente judicial).

En este contexto igualmente cobra relevancia indicar que el 24 de junio de 2015, el Licenciado Raúl Ossa corrige la demanda contencioso administrativa de nulidad que había presentado en su propio nombre y representación en contra de la referida **adenda número 2** (Cfr. fojas 240 a 266 del expediente judicial).

Al respecto, mediante el **Auto de 2 de julio de 2015**, la Sala Tercera admite la demanda contencioso administrativa de nulidad corregida interpuesta por el Licenciado Raúl J. Ossa de la Cruz, actuando en su propio nombre y representación, para que se declare nula

la adenda antes indicada la cual corresponde al expediente 22/13, el cual como bien se indica en el auto antes indicado “...*se encuentra acumulado con el expediente 25-13...*” (Cfr. foja 274 del expediente judicial).

II. Actos acusados de ilegal.

Luego de la acumulación ordenada por el Tribunal los actos acusados son:

2.1 El Acuerdo Municipal 7 de 3 de abril de 2012, expedido por el Consejo Municipal de Chorrera, mediante el cual aprueba la “*Adenda N° 2 al 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 en el Distrito de La Chorrera con la Empresa Metropolitana de Aseo, E.S.P.-EMA*” (Cfr. fojas 21 y 22 del expediente); y

2.2 La Adenda número 2, antes descrita (Cfr. fojas 98 y reverso del expediente judicial).

III. Disposiciones legales que se consideran infringidas.

En las demandas acumuladas se considera que los actos acusados infringe las siguientes disposiciones legales:

A. Los artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 2002, según los cuales las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación ciudadana en todos los actos de la administración pública que puedan afectar sus intereses y derechos de los ciudadanos mediante las modalidades de participación ciudadana que establece la ley; y la descripción de las modalidades en que se pueda dar dicha participación (Cfr. fojas 225 a 227 y 256 a 258 del expediente judicial);

B. Los artículos 4, 17 (numeral 11) y 41 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, los que, de manera respectiva, guardan relación con la autorización que previamente debe dar el Concejo, a los que legalmente representen a los Municipios, cuando éstos vayan a realizar acciones a nombre de éstos; la atribución que le compete a los Concejos Municipales de autorizar y aprobar la celebración de contratos; el

procedimiento de aprobación de los proyectos de acuerdo o resolución, los que se adoptarán mediante el voto favorable de la mayoría absoluta (Cfr. fojas 227 a 232 y 258 a 262 del expediente judicial); y

C. El artículo 977 del Código Civil, que en realidad corresponde al 976, según el cual las obligaciones nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (Cfr. fojas 231, 232 y 262 a 263 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Los recurrentes estiman que los actos acusados infringen los artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 2002, toda vez que las entidades administrativas y locales, entre estas, los Consejos Municipales, están en la obligación de permitir la participación de ciudadanos en aquellos casos que se adopten medidas que puedan afectar sus intereses como es el caso de la adenda y el acuerdo municipal impugnados, ya que, según indican, a través de los mismos se impone un considerable aumento en la tarifa de aseo a los habitantes del distrito de La Chorrera; sin embargo, el Consejo Municipal del referido distrito omitió dar cumplimiento a las normas antes indicadas al no permitir la opinión de la población a través de alguna de las modalidades de participación ciudadana establecidas en las mismas (Cfr. fojas 225 a 227 y 255 a 258 del expediente judicial).

Los recurrentes también manifiestan que los alcaldes son funcionarios que representan legalmente a los Municipios, por lo que pueden contratar o modificar contratos sobre concesiones de servicios públicos siempre que estén autorizados por el respectivo Concejo Municipal. Sin embargo, a través del Acuerdo Municipal número 7 de 3 de abril de 2012, el Alcalde del distrito de La Chorrera negoció y suscribió una adenda a un contrato sin tener, con antelación, la autorización del Concejo tal como lo establece la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984 (Cfr. fojas 228, 229 y 258 a 261 del expediente judicial).

Agregan los demandantes, que ese mismo servidor municipal tampoco cumplió con el procedimiento de aprobación que establece el Reglamento Interno del Concejo, lo cual,

según su criterio, es un requisito indispensable para su validez legal; de suerte que, a su juicio, al expedirse el acuerdo y la adenda objeto de reparo el Alcalde infringió el contrato original, máxime sí en el mismo se estipuló expresamente que cualquier modificación debía contar con la autorización previa del Concejo Municipal, situación que no operó en el caso bajo análisis (Cfr. fojas 230, 231, 261 y 262 del expediente judicial).

Una vez expuesto lo anterior debemos precisar que según advierte este Despacho, el 21 de marzo de 2006, mediante el Acuerdo número 15, el Concejo Municipal del distrito de La Chorrera autorizó al Alcalde para que suscribiera una contratación para la recolección de los desechos sólidos conforme al procedimiento de Contrataciones Públicas dispuesto en la Ley 56 de 1995 (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

El 14 de noviembre de 2006, el Concejo Municipal de La Chorrera aprobó el **Contrato No.01-2006** con la empresa Metropolitana de Aseo, S.A., E.S.P. -EMAS-, para la 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, que había sido suscrito el 29 de septiembre de 2006 (Cfr. fojas 24 a 31 del expediente judicial).

De acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Vigésima Octava de ese contrato, denominada “Modificación del Contrato”, el mismo podía ser reformado por mutuo acuerdo entre las partes, **previa autorización del Concejo Municipal de La Chorrera** (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

Consta igualmente, que ese **Concejo Municipal mediante el Acuerdo número 57 de 29 de diciembre de 2009, autorizó al Alcalde para que renegociara y suscribiera un nuevo contrato** con la empresa Metropolitana de Aseo, S.A., E.S.P. -EMAS- para la recolección de los desechos sólidos (Cfr. foja 40 del expediente judicial).

Posterior a ese hecho, el mencionado Concejo dictó el Acuerdo número 41 de 20 de octubre de 2010, por medio del cual **aprobó la Adenda número 1** al 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 del distrito de La Chorrera con la sociedad Metropolitana de Aseo, S.A., E.S.P. –EMAS (Cfr. fojas 42-44 del expediente judicial).

Por otra parte, se advierte que **con sustento en la autorización otorgada al Alcalde mediante el citado Acuerdo número 57 de 2009**, para que renegociara y suscribiera un nuevo contrato, **dicho Concejo Municipal a través del Acuerdo 07 de 3 de abril de 2012 aprobó la Adenda número 2 de 27 de marzo de 2012**, , **ambos acusados de ilegal**, por medio del cual reformó la Cláusula Cuarta de la Adenda 1-2010, modificatoria de la Cláusula Octava del Contrato de recolección de los desechos sólidos suscrito con la empresa Metropolitana de Aseo, S.A., E.S.P. –EMAS (Cfr. fojas 21 y reverso del expediente judicial).

Del contexto anterior, se infiere que el Concejo Municipal **no autorizó expresamente al Alcalde del distrito de La Chorrera** para que suscribiera con la sociedad Metropolitana de Aseo, S.A., E.S.P. –EMAS-, la **Adenda 2 al 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, tal como lo exige el artículo 4 de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984; ya que según se desprende del contenido del mencionado **Acuerdo número 57 de 2009**, **el Alcalde únicamente podía renegociar y suscribir un nuevo contrato con dicha sociedad, no así modificarlo**. Esta norma dispone lo siguiente:

“**Artículo 4:** Las corporaciones o personas que legalmente representen a los municipios, **cuando actúen en nombre de éstos y estén autorizados para ello por el respectivo Concejo, tendrán capacidad plena para adquirir, reivindicar, conservar, administrar y gravar bienes del Municipio, o para establecer y explotar obras y servicios públicos dentro de su territorio** para obligarse o en fin para ejercitar toda clase de acciones en el orden judicial-administrativo, fiscal, o contencioso administrativo.” (El destacado es de esta Procuraduría).

En ese mismo sentido, el numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, establece que los Concejos tienen competencia exclusiva

para autorizar y **aprobar la celebración de contratos** de concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos.

Esta disposición legal ha sido desarrollada por el artículo 161 del Reglamento Interno del Concejo Municipal de La Chorrera, al señalar que **todos los contratos que celebren los funcionarios municipales**, en representación del Concejo, **necesitan para su celebración de la autorización previa de esa cámara edilicia.**

De lo anteriormente expuesto, puede establecerse que aunque la Cláusula Vigésima Octava del propio Contrato 01-2006 permite que las partes de común acuerdo puedan modificar el mismo, no puede obviarse el hecho que toda adenda debe cumplir con las aprobaciones y autorizaciones que expresamente establece la ley, en este caso aquella que regula el Régimen Municipal, situación que como hemos visto no ocurrió en el presente proceso.

Además, es necesario destacar que una cosa es que el Concejo Municipal de La Chorrera haya autorizado al Alcalde para que suscribiera un nuevo contrato y otra, es que, bajo ese argumento, éste procediera hacerle modificaciones mediante una Adenda, máxime si en el ámbito contractual ambas figuras poseen fines distintos.

La Sala Tercera en Sentencia de 1 de febrero de 1996, se pronunció en torno a la aprobación previa del Concejo Municipal para la viabilidad de la suscripción de contratos, así:

“El segundo punto controvertido por el representante de la empresa... se refiere a que de tratarse el contrato de una concesión comercial, tal calidad no requiere de la aprobación del Consejo Municipal, puesto que tal requisito formal de perfeccionamiento sólo alcanza a las concesiones que versen sobre prestación de servicios públicos.

La tesis sobre la distinción esgrimida, aunque jurídicamente posible en muchas legislaciones, no se adecúa a la Ley 106 de 1973 sobre Régimen Municipal.

En efecto, **el texto del artículo 17 en su numeral 11 es claro al señalar que el Consejo Municipal debe autorizar y aprobar la celebración de contratos sobre concesiones, sin distinguir que se trate o no de concesiones para la prestación de servicios públicos.** El

mismo enunciado señala otros tipos de actuaciones que requieren la aprobación del Consejo Municipal, como los contratos que versen sobre prestación de servicios públicos y la construcción y ejecución de obras públicas municipales. Tendrá la Sala Tercera que realizar una labor de hermenéutica legal sumamente restringida para considerar que sólo cierta clase de concesiones deben recibir la aprobación del Consejo Municipal, y tal interpretación no sólo contraría un texto claro, sino que también pudiere ser contrario al espíritu normativo del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, puesto que **no puede ignorarse la amplitud ya comentada que tiene el Consejo Municipal como órgano deliberativo en el control de la gestión ejecutiva de la administración municipal.**

La experiencia de la Sala Tercera como guardiana del control de la legalidad de los Acuerdos Municipales y Decretos Alcaldicios indica que **en el manejo de autorización y aprobación de contratos por parte de la Cámara Edilicia, los Alcaldes Municipales someten a tal aprobación no sólo los contratos de concesiones, sino también otros que revistan importancia para la vida del Municipio...**” (Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por la Lcda. Ana Belfon, en representación del Municipio de Panamá, para que se declare nulo, por ilegal, el Contrato No. 232-94 suscrito entre el Municipio de Panamá, y proveedora Atlántico Pacífico, S.A.).

Por otra parte, del propio acuerdo impugnado así como del informe de conducta remitido, se desprende que la Adenda número 2 de 27 de marzo de 2012, mediante la cual se reformó la Cláusula Cuarta de la Adenda 1-2010, modificatoria de la Cláusula Octava del Contrato de recolección de los desechos sólidos suscrito con la empresa Metropolitana de Aseo, S.A., E.S.P. –EMAS, **no fue sometido a ninguna de las modalidades de participación ciudadana, tal como lo exigen los artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 2002, a pesar de implicar una medida que incide sobre el cálculo de las tarifas que deben pagar los usuarios residenciales del distrito de Chorrera**

Dentro del marco de lo expuesto, queda claro que los actos acusados de ilegales infringen las normas aducidas como infringidas, por lo que esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el Acuerdo 07 de 3 de abril de 2012, dictado por el Concejo Municipal del entonces distrito de La Chorrera, así como la Adenda número 2 del 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 en el Distrito de La Chorrera con la Empresa Metropolitana de Aseo, E.S.P.-EMAS.

V. Pruebas: Se aceptan los documentos aportados por los actores; ya que constituyen originales y copias autenticadas que cumplen con el requisito de autenticidad establecido en el artículo 833 del Código Judicial.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 22-13

