

18 de noviembre de 2003

Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.

Concepto.

Propuesto por el licenciado **Anselmo Guerra** en su propio nombre y representación, para que se declare nulo, por ilegal, **el Contrato N°01-2001 de 18 de enero de 2001 celebrado entre el Municipio de San Miguelito y la empresa Recicladora Vida y Salud-Revisalud San Miguel, S.A.**

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

Con el respeto que nos distingue, concurrimos ante el despacho a su cargo, con la finalidad de emitir nuestro concepto jurídico en relación con la demanda Contencioso Administrativa de Nulidad interpuesta por el licenciado **Anselmo Guerra** en su propio nombre y representación, para que se declare nulo, por ilegal, **el Contrato N°01-2001 de 18 de enero de 2001 celebrado entre el Municipio de San Miguelito y la empresa Recicladora Vida y Salud-Revisalud San Miguel, S.A.**

Nuestra intervención está sustentada en el artículo 5, numeral 3, de la Ley 38 de 2000, según el cual corresponde a este despacho intervenir en interés de la ley.

I. La pretensión.

La sociedad demandante pretende que se declare nulo, por ilegal, el Contrato N°01-2001 de 18 de enero de 2001 celebrado entre el Municipio de San Miguelito y la empresa Recicladora Vida y Salud-Revisalud San Miguel, S.A.

Esta Procuraduría coincide con la petición del demandante, por lo que le solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan acogerla en su oportunidad procesal.

II. Las normas que se dicen infringidas y su concepto son las que a seguidas se analizan:

a. Artículo 19 de la Ley 56 de 1995 relativo a los principios de las actuaciones contractuales de las entidades públicas: transparencia, economía y responsabilidad. Esta norma se dice infringida por omisión; ya que no fue aplicada por las autoridades municipales.

b. Artículo 41 de la Ley 56 de 1995, que regula las reglas para la celebración de los concursos; el cual se dice infringido por omisión al no haber sido aplicado, siendo una norma de obligatorio cumplimiento.

c. Artículo 3 del Decreto Ejecutivo 18 de 25 de enero de 1996 que señala al MEF como organismo responsable de la administración del sistema; organismo central rector del mismo, y al que le corresponde expresar y promulgar las políticas y normas para el desarrollo e interpretación del Decreto que servirán como guía general para el adecuado funcionamiento de los procedimientos de contrataciones públicas; norma que a juicio del demandante fue infringida por omisión.

d. Artículo 138, numeral 4, de la Ley 106 de 1973 que atañe a la concesión del servicio público municipal; mismo que se dice infringido de manera directa por omisión.

Concepto General de la Procuraduría de la Administración.

La Procuraduría de la Administración recoge, confronta y analiza los hechos expuestos por la demandante, aunada a las explicaciones aportadas a través del informe de conducta del Alcalde de San Miguelito y el escrito de la Empresa Recicladora Vida y Salud San Miguel, S.A., contraparte del Municipio de San Miguelito en el Contrato de Concesión Administrativa N°001-2001, para la Prestación del Servicio de Recolección, Tratamiento y Disposición final de los Desechos Sólidos, (Basura), centrada en la comprobación o no de que el acto administrativo demandado entraña violaciones a la integridad del ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio, el Contrato N°001-2001, a través de los numerales 1 primera parte, 3, 4 y 7 de la Cláusula N°4 del mencionado contrato, viola la Ley 106 de 1973, específicamente los artículos 17 numeral 7; 44; 76 numeral 9 e inciso final; 98; 134 y 138, al incluirse en el Contrato N°001-2001, específicamente en la cláusula N°4, numeral 1 primera parte, que se otorga una *donación de equipos y derechos a favor del contratista...* En el numeral 3 de la misma cláusula *se incluye el traspaso de la cartera morosa*, y en el numeral 4 *la exoneración de los tributos y multas municipales y de los impuestos nacionales de importación y reexportación y de dividendos de los accionistas* y en el numeral 7 se concede el derecho a *hipotecar, pignorar o gravar el contrato*.

Los artículos de la Ley 106 de 1973 violados, son los siguientes:

Artículo 17. Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

1...

7 Disponer de los bienes y derechos del Municipio y adquirir los que sean

necesarios para la eficiente prestación de los servicios públicos municipales, con las limitaciones que establezca la Ley.”

“**Artículo 44.** Los Alcaldes tienen el deber de cumplir la Constitución y las Leyes de la República, los Decretos y órdenes del Ejecutivo y las Resoluciones de los Tribunales de Justicia ordinaria y administrativa. Los Alcaldes cuando actúen como agentes del Gobierno, en desempeño de actividades ajenas a la autonomía municipal, quedarán subordinados en tales casos, al Gobernador de la Provincia y a los demás organismos superiores de la jerarquía administrativa.”

“**Artículo 76.** Los Municipios fijarán y cobrarán derechos y tasas sobre la prestación de los servicios siguientes:

1...

9. Recolección de basuras de los domicilios particulares y limpiezas de pozos sépticos.

Estarán exentos de derechos y tasas, la Nación, la Asociación Intermunicipal de la que forma parte el Municipio que la impone y los pobres de solemnidad.”

“**Artículo 98.** Todos los Bienes Municipales que no sean necesarios para uso o servicio público, podrán venderse arrendarse por medio de licitación pública, siguiendo las normas que para los bienes nacionales tiene establecido el Código Fiscal y Leyes que lo reforman.

Se exceptúan los terrenos adquiridos por el Municipio, para áreas y ejidos, los cuales serán vendidos o arrendados de conformidad con lo que establece esta Ley y los Acuerdos Municipales.

PARÁGRAFO: Se excluye del requisito de licitación pública en las transacciones contractuales que celebren los Municipios, ya sea con la Nación o con las instituciones autónomas o semiautónomas del Estado.”

“**Artículo 134.** Las disposiciones del Código Fiscal son aplicables en las cuestiones de Hacienda Municipal en los casos no previstos en esta Ley.”

“**Artículo 138.** La concesión de servicio público municipal deberá ser decretada por el Consejo mediante Acuerdo adoptado por el voto favorable de la mayoría absoluta

de sus miembros y la Contratación deberá ajustarse a las siguientes normas:

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 licitación pública."

A juicio de esta Procuraduría, los artículos 98 y 138 de la Ley 106 de 1973, refieren de manera clara que la disposición de los bienes municipales y los servicios públicos municipales requieren someterse a actos públicos de contratación y para no someterse a tal modalidad debe recurrirse a una dispensación de este trámite y a la autorización de una contratación directa por la autoridad competente, en conformidad con el monto de la contratación.

Sin embargo, como se puede observar en el expediente administrativo, la contratación municipal realizada por el Municipio de San Miguelito se desvió de su marco legal contemplado en la Ley 106 de 1973, o bien de la fuente supletoria referida al Código Fiscal y a la Ley 56 de 1995, en materia de contrataciones públicas, aduciendo una liberalidad o libertad dispuesta por la Ley 41 de 1999, en cuanto señala en el artículo 6, que los contratos y convenios que celebren los Alcaldes de los Distritos de Panamá, Colón y San Miguelito, relacionados a los servicios de aseo urbano y domiciliario, incluyendo la recolección y el transporte de lo recolectado al relleno sanitario, para el tratamiento y su disposición final, se celebraran con sujeción a lo establecido en la Constitución Política y en las leyes

vigentes. Es decir, tomando en cuenta la legislación sobre Contratación Pública y la Ley 106 de 1973.

Ciertamente, el Municipio de San Miguelito incurrió en omisiones y equívocos, al darle un sentido diferente a la Ley 41 de 1999, hasta el punto de realizar una contratación que prescinde de todo procedimiento previo al contrato y que tampoco cuenta con la excepción de celebración de procedimientos de contratación.

La Contraloría General de la República, llamada a fiscalizar los actos de manejo no advirtió la ausencia de tales actuaciones y procedió a refrendar el Contrato N°001-2001 de 18 de enero de 2001, celebrado entre la Empresa Recicladora Vida y Salud San Miguel, S.A., (REVISALUD) y el Municipio de San Miguelito. Actuación que como señala la propia Contraloría, a través de sus apoderados judiciales, se realizó "sin conocer el alcance de las cláusulas", sin reparar en la conveniencia de que el Municipio de San Miguelito **adquiera, mediante préstamo, aproximadamente B/400,000.00, de la empresa REVISALUD,** para cubrir el cincuenta por ciento de las prestaciones adeudadas a los trabajadores de la DIMAUD.

También nos llama la atención la actuación tardía de la Contraloría General, considerando que ésta tiene el ejercicio del control previo inclusive en las actuaciones de los Municipios.

Nos confunde la explicación de que el refrendo del Contrato N°001-2001, obedece a un error en el consentimiento, al no percatarse, en ese momento, que el contenido de los numerales demandados como nulos por ilegales, rebasaban la letra, el espíritu y el alcance de las leyes vigentes. Esta

situación colisiona con el objeto del control previo. Pues el resultado evidencia que el control previo no cumple los cometidos para el cual se dispuso.

También preocupa que se diga que el asunto es un error en el consentimiento y se pretenda manejar como un vicio que produce la nulidad del contrato, cuando la Contraloría no es parte contratante y su labor es de refrendar las actuaciones y el debido procedimiento.

En la fase del refrendo, la Contraloría debió examinar el Contrato a fin de verificar que el mismo se ajustaba a las disposiciones legales respectivas y si además cumplía con todos los requisitos que, de acuerdo a su propia naturaleza, se exigen y al firmar se perfecciona el contrato.

Es inquietante que el acto de refrendo del Contrato N°001-2001, firmado entre el Municipio de San Miguelito y la Empresa Recicladora Vida y Salud, sea explicado, alegando que no se conocía el alcance de las cláusulas del contrato, **pues se supone que el refrendo es posterior a la lectura del contenido, la verificación del procedimiento y la defensa de los intereses del Estado.**

En Derecho, el error en el consentimiento afectaría si proviniera de las partes, pero la Contraloría no es parte. Es el órgano estatal que controla, que verifica, que refiere, que se hayan cumplido los procedimientos, cuidando el interés del Municipio y en última instancia del Estado.

Es evidente que la actuación del Municipio de San Miguelito trasciende más allá de su patrimonio y afecta otros intereses e incluso a la Nación, porque no podemos olvidar a su población que de una manera u otra sufraga los servicios y

a quien se le traslada los gastos que produce el servicio público.

Es lamentable que se haya prescindido del conocimiento técnico administrativo y jurídico de funcionarios con experiencia como la Dirección de Contrataciones del Ministerio de Economía y Finanzas, para ponerse a ensayar fórmulas jurídicas que encierran malabares económicos que no se dominan.

Es necesario leer cuidadosamente ese Contrato, pues no es la gabela monetaria que inyecta al Fisco Municipal o a las Juntas Comunales, la razón por la cual se tomó la decisión de otorgar la concesión de la basura a una empresa privada. El objetivo de la concesión era lograr el mejor servicio y la prestación efectiva a costo razonable.

Señala el Alcalde de San Miguelito, en su Informe explicativo, rendido a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que la Empresa lleva casi un año ejecutando el contrato. Quizás de la mejor manera. Sin embargo, en este país debe imperar la legalidad, la juridicidad, no los actos discrecionales que olvidan que el primer límite del poder discrecional está en la Ley que lo autoriza. Entendemos que el Alcalde conocía la necesidad de someterse al Régimen de Contratación y así consta en el Acta de la Sesión del Consejo Consultivo de 16 de octubre de 2000, página 3.

Entendemos que la Contraloría General de la República recibió el Contrato desde el 18 de enero de 2001 y hasta el 26 de abril de 2001, no lo había refrendado, porque habían advertido deficiencias. **Cuatro meses son suficientes para la lectura de un Contrato y hacer las investigaciones necesarias.**

El refrendo, desconociendo la ausencia de procedimiento legal de contratación e incluso sin el conocimiento del alcance de las cláusulas, más que un vicio en el consentimiento, es un vicio del conocimiento.

La Ley 56 de 1995, en el artículo 60, establece las causales de nulidad absoluta y señala entre éstas la prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Mencionando en su inciso final que estas causales pueden plantearse en cualquier momento y por cualquier persona. El artículo 60 de la Ley 56 de 1995 señala:

"Artículo 60: Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución o la Ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar la licitación, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona."

- o - o -

En consecuencia, solicitamos a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera que se acceda a lo pedido, es decir, a declarar la nulidad del Contrato N°001-2001 celebrado entre el Municipio de San Miguelito y la Empresa Recicladora Vida y Salud, San Miguel, S.A. debido a la prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido y se declare la nulidad total del contrato.

Consideramos que el Contrato N°001-2001, celebrado entre el Municipio de San Miguelito y la Empresa Recicladora Vida y Salud San Miguel, S.A., infringe el artículo 138 N°4 de la Ley 106 de 1973 directamente relacionada con el artículo 15 de la Ley 56 de 1995, en concepto de violación directa, por

omisión o falta de aplicación. Pues conforme a las normas señaladas existe un procedimiento de contratación para efecto de conceder y hacer efectiva la concesión de un servicio público y como se observa en el expediente, la contratación municipal no se sometió a procedimiento administrativo alguno, ni tampoco se solicitó la excepción de tal procedimiento.

Pruebas: De las pruebas aportadas por el demandante aceptamos únicamente los originales y las copias debidamente autenticadas.

Solicitamos que se oficie al Municipio de San Miguelito, para que envíen una copia autenticada del Acta del Consejo Consultivo de 16 de octubre de 2000, y específicamente, la página 3, para probar que el Alcalde Campos tenía conocimiento del procedimiento de contratación, seguido por otros Municipios y él dispone ignorar tales trámites.

Que se oficie a la Secretaría del Consejo de Gabinete, para que se señale si el Municipio de San Miguelito solicitó la exención del trámite de contratación pública, para contratar directamente con la Empresa Recicladora Vida y Salud San Miguel, S.A.

Aducimos como fuente de pruebas, el expediente de contrataciones públicas relacionado con la Concesión de la basura en San Miguelito, su recogida, disposición, transporte y reciclaje, el cual se puede solicitar al Municipio de San Miguelito.

Derecho: Aceptamos el derecho invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/5/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Nota: El proyecto original es de la Licda. Rosenda Sarmiento. A éste se le hicieron algunos ajustes. Se trataba del mismo Contrato y de las mismas deficiencias formales, y otras que consideró la Licda. Sarmiento que no podían omitirse en el concepto que correspondía a este expediente.