



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 8 de junio de 2020
C-SAM-17-2020

Licenciada
Lily Zhang
Legal, Seguros y Reclamos
Panama Ports Company
E. S. D.

Ref. Contrato de concesión administrativa entre el Municipio de Colón y AGUASEO, S.A.

Licenciada Zhang:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión a dar respuesta a su nota fechada 19 de marzo de 2020, recibida en correo electrónico de esta Procuraduría, la cual guarda relación con una consulta que mantiene Panama Ports Company ante la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario respecto a una exclusividad de recolección de desechos que mantienen con la Provincia de Colón con la empresa AGUASEO, S.A; documento en el que nos consulta y solicita nuestra opinión, sobre las siguientes interrogantes y cito el contenido de la misiva:

“Nos dirigimos hacia ustedes ya que, el Departamento de Asesoría Legal de la Autoridad de Aseo nos informaron que esta consulta se elevó a la Procuraduría y dicho esto agradecemos sus comentarios a los siguientes puntos:

- 1. ¿Porque solo se debe usar la empresa AGUASEO?*
- 2. Aclaración si la empresa AGUASEO, S.A., mantiene la exclusividad del servicio de recolección de desecho como se señala en la cláusula No. 2 del contrato de concesión (adjunto):*

CLAUSULA No. 2: AMBITO DE LA CONSECIÓN. El Municipio otorga a LA EMPRESA, por medio de la siguiente concesión administrativa, los derechos exclusivos de recolección, tratamiento, disposición final y comercialización de los DESECHOS urbanos, comerciales, industriales, portuarios, patógenos, que se hallen ubicados o se generen dentro de los límites geográficos-políticos del DISTRITO DE COLÓN en la República de Panamá. Los corregimientos

*La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.
Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370* Fax: 500-3310*

E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa

*rurales de San Juan, Salamanca, Buena Vista, Escobal,
Ciricito, Nueva Providencia, Limón y Santa Rosa,*

*3. Podemos usar otra empresa para la recolección de los
desechos.”*

En relación al contenido de su nota, debo expresarle que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, Orgánica de la Procuraduría de la Administración, el ejercicio de nuestra atribución constitucional y legal de servir de consejero jurídico, está limitado a **los servidores públicos** administrativos que consultaren su parecer respecto a la interpretación determinada de la ley o el procedimiento administrativo a seguir en un caso concreto; haciendo énfasis que las consultas deberán estar acompañadas del criterio jurídico respectivo, salvo aquéllas provenientes de instituciones que no cuenten con un asesor jurídico.

En este sentido y, en un correcto apego legal a lo dispuesto en nuestro Estatuto Orgánico, vemos que este supuesto de ley, en el caso que nos ocupa no se configura, habida cuenta que quien promueve la consulta *no es un servidor público* y que la consulta no va encaminada a que este Despacho exprese su opinión respecto a la interpretación de una determinada ley o el procedimiento administrativo a seguir en un caso concreto.

Adicional a ello, no es dable para esta Procuraduría emitir un pronunciamiento en los términos solicitados respecto a la legalidad de lo actuado por dichas autoridades, pues cualquier pronunciamiento que hiciera este Despacho al respecto sería prejudicial en torno a una materia que correspondería decidir a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en caso de que se interpongan las acciones correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 97 del Código Judicial.

Aunado a lo anterior, debo informarle que, de conformidad con el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, consagrados en los artículos 15 del Código Civil y 46 de la Ley 38 de 2000, los actos administrativos deben presumirse legales y surten efectos jurídicos, mientras no se declaren contrarios a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en atención al objeto de su consulta y en virtud de la misión que mantiene esta Procuraduría a través del numeral 6, del artículo 3 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, que nos insta a brindar orientación a los servidores públicos y al ciudadano en la modalidad de educación informal procedemos a expresar algunas consideraciones generales en los siguientes términos:

En relación a la interrogante planteada, estimamos que la exclusividad para el desarrollo de la actividad o la prestación del servicio de aseo urbano, comercial y domiciliario es competencia del **Municipio** respectivo, previo cumplimiento al procedimiento de selección de contratista contenido en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado

por la Ley N° 61 de 2017, y que debe contemplar el requisito exigido en el Artículo 16 del precitado Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011, que señala que las personas naturales o jurídicas que se dediquen o pretendan dedicarse a la prestación del servicio de aseo urbano, comercial y domiciliario, deberán contar con un permiso de operación que será extendido por la AAUD, previo cumplimiento de los señalados requisitos del Artículo en el Artículo 18 del citado Decreto Ejecutivo.

Cabe agregar, que la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD) fue creada por Ley, como una entidad pública especializada, con competencia nacional, personería jurídica, autonomía en su régimen interno y sujeto a las políticas del Órgano Ejecutivo¹. La misma, a su vez, tiene bajo su cargo la administración, dirección, planificación, operación, explotación, aprovechamiento, investigación, inspección y fiscalización de los servicios relacionados con el aseo urbano, comercial y domiciliarios, así como de los rellenos sanitarios.

En ese contexto, hacemos referencia a lo que establece el tercer párrafo del artículo 5 de la Ley N° 51 de 29 de septiembre de 2010, veamos:

“Artículo 5. ...

...

La Autoridad **deberá respetar las condiciones contractuales negociadas por los diferentes municipios** y, cuando asuma la prestación del servicio, no podrá disminuir, modificar o afectar las estipulaciones de tales contratos.

...” *(Lo resaltado es nuestro)*

Citado el artículo 5 de la Ley 51 de 29 de septiembre de 2010, me permitiré transcribir lo pertinente al Contrato de Concesión Administrativa para la prestación del servicio de recolección, tratamiento y disposición final de los desechos sólidos (Basura) entre el distrito de Colón y la Empresa AGUASEO, S.A.,

“CLAUSULA No. 2: AMBITO DE LA CONSECIÓN. El Municipio otorga a LA EMPRESA, por medio de la siguiente concesión administrativa, los derechos exclusivos de recolección, tratamiento, disposición final y comercialización de los DESECHOS urbanos, comerciales, industriales, portuarios, patógenos, que se hallen ubicados o se generen dentro de los límites geográficos-políticos del DISTRITO DE COLÓN en la República de Panamá. Los corregimientos rurales de San Juan, Salamanca, Buena Vista, Escobal, Ciricito, Nueva Providencia, Limón y Santa Rosa, ...

CLAÚSULA No. 14: VIGENCIAS. Esta concesión administrativa es por el término de veinticinco (25) años a partir de su firma y podrá ser renovada por un periodo igual, de

común acuerdo entre las partes”(Cfr. Gaceta Oficial 24,547-A de 8 de mayo de 2002.)

Como bien se observa y en atención a lo normado en el artículo 5 de la Ley 51 de 2010, la AAUD debe en todo momento, respetar las condiciones contractuales que hayan sido negociadas por los diferentes municipios; ya que, no podemos pasar por alto las competencias que tienen los municipios en relación al servicio de aseo urbano y domiciliario de sus poblaciones.

En ese escenario, es importante destacar que al habersele otorgado la exclusividad de recolección dentro del distrito de Colón a AGUASEO, S.A., obliga a la empresa a asumir el control de la prestación del servicio de aseo dentro de ese distrito y sus áreas estipuladas.

Por otra parte, si bien el artículo 17 de la Ley 51 de 2010, derogó la competencia exclusiva de los Concejos Municipales establecida en el numeral 14 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973; dicha normativa fue restablecida el 1 de julio de 2014, con la entrada en vigencia de la Ley 37 de 2009, específicamente en su artículo 149, concordante con el artículo 1 de la Ley 77 de 2009.

Sin embargo, el artículo 149 de la Ley 37 de 2009, fue subrogado por el artículo 72 de la Ley 66 de 2015, el cual mantiene la competencia exclusiva de los Concejos Municipales en cuanto al establecimiento y reglamentación del servicio de aseo urbano y domiciliario de su población.

No obstante lo anterior, la Autoridad mantiene una facultad de controlar el correcto desempeño de los prestadores privado, en virtud de lo señalado en el artículo 27 del Decreto Ejecutivo N° 1445 de 13 de diciembre de 2011, por el cual se reglamenta la Ley N° 51 de 2010, que crea la AAUD y adopta disposiciones para la eficacia de su gestión, sin que ello represente una facultad extraordinaria de inferir sobre los contratos ya existentes negociados por los municipios. Veamos:

“Artículo 27. La Autoridad tiene la facultad de controlar el correcto desempeño de los prestadores privados, los que deberán cumplir estrictamente con los procedimientos operacionales establecidos en la normativa legal vigente y además prestar la colaboración que se requiera.”

Como complemento, en lo que respecta al Contrato de Concesión Administrativa pactado entre el Municipio de Colón y la empresa AGUASEO, S.A, al cual usted se refiere, tenemos a bien indicarle lo que en su momento le fuera expuesto por este Despacho al Alcalde Municipal Encargado del Distrito de Chitré, con relación a la figura del Contrato de Concesión Administrativa, mediante Nota C-19-04 de 29 de enero de 2004.¹ Veamos:

¹ Cfr. Nota C-038-18 de 22 de mayo de 2018, en respuesta a consulta realizada por la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD) sobre la Exclusividad en los Contratos de Concesión Administrativa.

“Para los efectos de esta consulta, haremos uso de la definición venida por el administrativista JOSÉ ROBERTO DROMI, quien señala que la concesión es un contrato por el cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica, privada o de derecho público, la organización, funcionamiento de un bien o servicio por un lapso determinado, donde esta persona concesionario actúa por su propia costa y riesgo y la responsabilidad que derive de hechos que concreten el “ejercicio” de la concesión corresponde al concesionario. Su labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios o beneficiarios. En tanto, la concesión de un servicio público, es el contrato por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta concesión "implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas.

Por su parte, el jurista Jorge Sarmiento García sostiene que la concesión de servicios públicos es un contrato en la función administrativa, que se regula fundamentalmente por el derecho público, aunque admita en algunos aspectos la aplicación sobre todo analógica y supletoria- de principios y normas de derecho privado.

Así, la concesión implica en favor del concesionario una delegación por parte de la Administración Pública, que sin embargo conserva la dirección y control. El concesionario actúa bajo la severa y constante vigilancia de la autoridad concedente. Al término del contrato, los bienes afectados a la prestación del servicio pasan al dominio del Estado, con o sin indemnización, tal como lo ha señalado la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en resolución de 1 de febrero de 1996.

En cuanto al equilibrio económico, haremos eco de lo señalado por el letrado Libardo Rodríguez quien sostiene que “es un principio que consiste. . . , en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca.”

Así las cosas, se desprende del extracto citado en párrafo que antecede, que la concesión administrativa, constituye un contrato administrativo, que cuenta con los siguientes elementos: voluntad, objeto y forma, por consiguiente, de éste surgen derechos y obligaciones de manera bilateral.

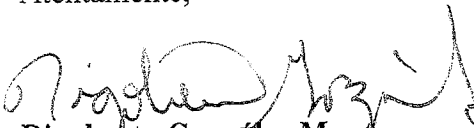
En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar y a su vez destacar, que el Municipio de Colón como entidad contratante está obligado a fiscalizar y exigir el cumplimiento del contrato de concesión administrativa a la empresa prestadora del servicio de aseo urbano y domiciliario, y más aún cuando ésta tiene la exclusividad de recolección, tratamiento, disposición final y comercialización de los desechos urbanos, comerciales, industriales, portuarios, patógenos, que se hallen ubicados o se generen dentro de los límites geográficos-políticos del distrito de Colón y en los corregimientos rurales de San Juan, Salamanca, Buena Vista, Escobal, Ciricito, Nueva Providencia, Limón y Santa Rosa, entre otros.

De lo antes expuesto, resulta claro que el Municipio de Colón debe actuar de forma severa y en constante vigilancia, cumpliendo con ello a la facultad de inspección y supervisión que se deriva del Contrato de Concesión y así evaluar el desempeño de la empresa concesionaria. (Cfr. artículo 72 numerales 14 y 27 de la Ley 66 de 2015).

Por último, nos permitimos poner de relieve que, aquellos Contratos de Concesión Administrativa que cuenten con el refrendo de la Contraloría General de la República y surten efecto desde su publicación, se encuentran revestidos, como hemos mencionado en párrafos anteriores, por el principio de presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, el cual sostiene que los mismos (*los actos*) tiene fuerza obligatoria, mientras no sean declarados contrarios a la Constitución Política o a las leyes por autoridad competente.

Sobre el tema en particular, nos permitimos adjuntar las Consultas C-19 de 29 de enero de 2004, C-038-18 de 22 de mayo de 2018 y la C-SAM-17-19 de 9 de julio de 2019, en las que se explica lo pertinente.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/ap