



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 03 de marzo de 2021

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

El **Licenciado Manuel Alonso Succari Halphen**, actuando en su propio nombre solicita que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo 156 de 19 de noviembre de 2019, emitido por el **Concejo Municipal de San Miguelito** y para que se hagan otras declaraciones.

**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, a fin de emitir nuestro concepto en interés de la ley respecto a la acción de nulidad descrita en el margen superior.

I. Disposiciones jurídicas que se aducen infringidas.

A. El artículo 138 de la Ley 106 de 1973, el cual dispone los presupuestos jurídicos para las concesiones del servicio público municipal (Cfr. fojas 8-10 del expediente judicial);

B. El artículo 3 de la Ley 51 de 29 de septiembre de 2010, el cual dispone lo concerniente a la disposición de los residuos sólidos urbanos (Cfr. fojas 10-11 del expediente judicial); y

C. Los artículos 2, 21 y 96 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017; los cuales en su orden refieren los términos (glosario) para los fines de la Ley; al principio de transparencia; y sobre los plazos máximos de los contratos (Cfr. fojas 11-15 del expediente judicial).

**II. Breves antecedentes del caso y concepto de la Procuraduría de la
Administración.**

Según las constancias que reposan en autos, la empresa **Recicladora Vida y Salud - Revisalud San Miguel, S.A.**, y el **Concejo Municipal de San Miguelito**, suscribieron

el Contrato de Concesión Administrativa para el Servicio de Recolección, Tratamiento y Disposición de los Desechos Sólidos en el distrito de San Miguelito (Contrato N° 1-2001) (Cfr. fojas 21-28 del expediente judicial).

Posteriormente, la empresa concesionaria presentó ante el **Concejo Municipal de San Miguelito** una solicitud de prórroga, con fundamento en las cláusulas 16 y 17 del Contrato 001-2001, a fin de ejecutar un plan de inversión intensivo respecto a la renovación y ampliación de la flota automotriz con la que presta el servicio de recolección (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, el **Concejo Municipal de San Miguelito** aprobó el Acuerdo 156 de 19 de noviembre de 2019, acusado de ilegal, a través del cual se autorizó al señor Alcalde de San Miguelito, para suscribir una adenda con el objeto de prorrogar por quince (15) años el contrato de concesión administrativa referido en el párrafo anterior (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial).

En razón de lo antes expuesto, el Licenciado **Manuel Alonso Succari Halphen**, actuando en su propio nombre presentó el 7 de julio de 2020, la acción que nos ocupa, para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo 156 de 19 de noviembre de 2019; sustentando en lo medular, que aún faltan aproximadamente seis (6) años para el vencimiento del contrato, lo que hace prematura dicha petición, máxime cuando el artículo 96 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas establece que las prórrogas se pedirán un año antes de la finalización de la concesión; que la Ley 106 de 1973, sobre régimen municipal establece respecto de las contrataciones entre municipios y concesionarios, que la forma de proceder ha de ser a través de una licitación pública; y además, que se ha vulnerado el principio de transparencia y la participación ciudadana, puesto que el Concejo Municipal debió tomar en cuenta la opinión de los usuarios y residentes del Municipio de San Miguelito (Cfr. fojas 8-14 del expediente judicial).

Visto lo anterior y luego de haber realizado un análisis de las constancias que reposan en autos, esta Procuraduría estima lo que a continuación exponemos:

Como primer punto, analizaremos en conjunto la violación aducida al artículo 138 (numeral 4) de la Ley 106 de 1973 y al artículo 2 (numeral 34) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, puesto que ambas normas tratan sobre la licitación pública. Dichas disposiciones rezan de la siguiente manera:

"Artículo 138. La concesión de servicio público municipal deberá ser decretado por el Concejo mediante acuerdo por la mayoría absoluta de sus miembros y la contratación deberá ajustarse a las siguientes normas:

...
4. Para los efectos de contratar con el concesionario **puede seguirse la forma de licitación pública.**"

"Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los términos siguientes se entenderán así:

...
34. **Licitación Pública**. Procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00)." (La negrita es nuestra).

Tal como puede apreciarse en el artículo 138 (numeral 4) de la Ley 106 de 1973, dicha disposición indica que para los efectos de contrataciones entre Municipio y concesionario, **puede** seguirse las formas establecidas en lo que regule la licitación pública.

En esta línea de pensamiento, esta Procuraduría estima que el texto de la norma antes indicada es fundamentalmente claro, al establecer que es potestativo de los Municipios concesionar la prestación de un servicio público municipal, sea a través de la celebración de un acto público, o mediante otro de los instrumentos que permita celebrar la contratación pública, pues así se desprende diáfananamente de ese texto legal que señala: para los efectos de contratar con el concesionario, "puede" seguirse la forma de licitación pública.

Tal como se observa, no existe duda de que la expresión "puede seguirse la forma de la licitación pública" denota una facultad amplia y especial para los Municipios, de adoptar una fórmula distinta a la licitación pública, si ello fuese pertinente, principalmente cuando concurren razones de urgencia o premura en la contratación.

Lo antes expuesto ya ha sido objeto de análisis por parte de la Sala Tercera, la cual en una situación de muy similar naturaleza, es decir, la alegada violación al artículo 138 de la Ley 106 de 1973, en virtud de un contrato de concesión para la recolección de la basura en el Municipio de San Miguelito, en la Sentencia de 22 de junio de 2005, sostuvo lo siguiente:

“En el negocio sub-júdice, los acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de San Miguelito para recibir propuestas para la prestación del servicio, y finalmente para contratar con la empresa REVISALUD, eran claros al establecer la necesidad de concesionar el servicio por la crisis de salubridad existente en el distrito, que hacía apremiante resolver el tema de la recolección de basura. Dicho lenguaje evidencia, sin margen de duda, la existencia de razones de urgencia claramente consignados en los Acuerdos Municipales expedidos, **para realizar la contratación de manera directa, y no por vía del acto público.**

...

La consecuencia de lo anterior, es que **no se produce la violación endilgada por el actor a este respecto,** toda vez que a tenor de lo dispuesto **en los artículos 107 y 138 de la Ley 106 de 1973, no existía obligación por parte del Municipio de realizar un acto de Licitación Pública, como aducía la parte recurrente.**

...

Todas las circunstancias antes relatadas, llevan al Tribunal a la conclusión de que el procedimiento adelantado para la suscripción del contrato entre el Municipio de San Miguelito y la empresa REVISALUD S.A., **no infringe el artículo 138 numeral 4 la Ley 106 de 1973...** (Lo destacado es nuestro).

Tal como ha quedado demostrado, los Municipios no están obligados a someterse para toda contratación al procedimiento de licitación pública, sino que es una facultad potestativa de éstos, si así lo consideraran pertinente, emplear otras formas de contratación, por lo que este Despacho no considera vulnerado el artículo 138 (numeral 4) de la Ley 106 de 1973.

Así las cosas, puesto que tal como hemos visto no se ha configurado la infracción sobre la potestad o no de los municipios de utilizar la licitación pública como forma de contratación, de igual forma este Despacho estima que no que ha materializado la violación del artículo 2 (numeral 34) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, el cual como hemos visto en párrafos precedentes nos brinda una definición de licitación pública.

Como segundo punto, analizaremos la violación del artículo 96 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, el cual establece los plazos máximos de los contratos públicos. Veamos el contenido de dicha disposición:

“Artículo 96. Plazo máximo de los contratos. Las contrataciones con el Estado se otorgarán por un plazo máximo de veinte años y podrán ser prorrogadas a solicitud del contratista por un plazo que no exceda al señalado originalmente en el contrato. **Para tal efecto, el contratista deberá solicitar dicha prórroga un año antes de su vencimiento.**

Sin perjuicio de lo anterior, no será obligatorio para el Estado convenir en la prórroga de los contratos de concesión en los mismos términos y condiciones previstos en el contrato original.

El Estado no podrá conceder periodos de gracia, entendiéndose que los pagos que deban hacer los contratistas serán exigibles desde el momento que se establezca en el respectivo contrato de conformidad con las reglamentaciones vigentes y en ningún caso podrán ser posteriores a la fecha de inicio de operaciones que impliquen ingresos.” (El énfasis es nuestro).

Al respecto, debemos acotar que de una lectura del acto objeto de reparo y del contrato de concesión es fácil ver que, en efecto, para la finalización del contrato en cuestión hacen falta más de cinco (5) años, periodo en el que la empresa concesionada debe cumplir con todos los compromisos adquiridos.

En la línea de lo señalado, esta Procuraduría observa que el Acuerdo 156 de 19 de noviembre de 2019, mediante el cual se procedió a autorizar al señor Alcalde de San Miguelito a que se prorrogue el término del contrato de concesión, **excede de lo dispuesto en el artículo 96 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, que señala que **las prórrogas de los contratos se deberán solicitar un año antes de su vencimiento.**

Para este Despacho, resulta claro que, si bien es cierto, el Contrato 001-2001 de 18 de enero de 2001 dispone en sus cláusulas 16 y 17 la posibilidad de otorgar una prórroga (ver fojas 21-28 del expediente judicial), tales actuaciones no pueden emitirse al margen del procedimiento de la Ley de Contrataciones Públicas por lo que estimamos que el acto acusado, a saber, el Acuerdo 156 de 19 de noviembre de 2019, emitido por el **Concejo Municipal de San Miguelito**, infringe la norma antes citada.

En ese orden de ideas, es oportuno traer a colación que el actor solicitó a la Sala Tercera, la suspensión provisional del Acuerdo 156 de 19 de noviembre de 2019, sobre lo cual se accede, con fundamento especialmente en **la infracción al artículo 96** ya mencionado:

“Como quiera que el contrato No. 1-2001 suscrito entre el Municipio de San Miguelito y la empresa REVISALUD comenzó a regir el día dieciocho (18) de enero de 2001, y su duración es por veinticinco (25) años; es evidente que su fecha de vencimiento sería **el 18 de enero de 2026**. Sin embargo, el acto administrativo impugnado que es el Acuerdo No. 156 de 19 de noviembre de 2019, mediante el cual procedió al autorizar al señor Alcalde de San Miguelito a que se prorrogue el término del contrato No. 1-2001 por un plazo de quince (15) años más, **excede de lo dispuesto en el artículo 96 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio**, que señala que **las prórrogas de los contratos se deberán solicitar un año antes de su vencimiento**. En pocas palabras, para autorizar la prórroga del contrato No. 1-2001, debe de hacerse a más tardar el día 18 de enero de 2025, y no desde el 19 de noviembre de 2019, que fue la fecha en que se promulgó el Acuerdo No. 156 del Concejo Municipal de San Miguelito.

Por las razones anteriormente expuestas, **y en vista que la solicitud de prórroga del contrato No. 1-2001 autorizada por el Concejo Municipal de San Miguelito a favor del Alcalde del Municipio de San Miguelito resulta a todas luces improcedente, toda vez que no se ha ni siquiera acercado la fecha de un (1) año previo al vencimiento del contrato de concesión administrativo (18 de enero de 2025)**; a simple vista y de conformidad con el fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) dicho acto del Concejo Municipal no parece cumplir con los criterios legales de contratación pública. En virtud de lo anteriormente indicado, lo justo es acceder a la suspensión del Acuerdo No. 156 del 19 de noviembre de 2019 emitido por el Concejo Municipal de San Miguelito, mediante el cual **se procedió a Autorizar al Alcalde de San Miguelito, para suscribir una Addenda al Contrato de Concesión Administrativa No. 001-2001, para la prestación del Servicio de Recolección, Tratamiento y Disposición Final de los Desechos Sólidos (BASURA), suscrito entre el Municipio de San Miguelito y la Sociedad Recicladora Vida y Salud San Miguel REVISALUD SAN MIGUEL, S.A., para prorrogar el término del contrato.**” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. fojas 33-34 del expediente judicial).

Para este Despacho, y en concordancia con lo expuesto por el demandante y por la Sala Tercera en la resolución que accede a la suspensión provisional del acto acusado, resulta palpable la violación a la norma antes referida, puesto que haber aprobado una prórroga para un contrato que aún le faltan más de cinco (5) años para su culminación, excede los lineamientos del artículo 96 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ya que como se ha dicho y estimamos pertinente reiterar, **la prórroga debió haberse**

solicitado un (1) año antes del vencimiento del referido contrato, o bien haber convocado a otra licitación pública, o cualquier de las otras formas de contratación permitidas a los Municipios, tal como ya hemos visto en párrafos precedentes.

Respecto a la violación alegada al artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, el cual trata lo concerniente al principio de transparencia, este Despacho considera que si bien el acto acusado no comprende una contratación pública propiamente tal, sino una prórroga a una concesión ya otorgada, es decir, una adenda al contrato original, de igual forma se hacía necesario e imperante cumplir con todos los principios contemplados en la ley de contrataciones públicas, incluyendo el de transparencia.

Para esta Procuraduría, el actuar del Concejo de Municipal de San Miguelito plasmado en el acto acusado quebranta no solo el principio de transparencia sino también el de publicidad, mediante los cuales se busca además de fortalecer la comunicación existente entre gobernantes y gobernados, permitir la fiscalización ciudadana de los actos públicos.

Como corolario a lo expuesto y a manera de docencia, nos permitimos reproducir el contenido de los artículos 24 y 25 la Ley 6 de 22 de enero de 2002, cuyos textos dicen:

“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 afectar los 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 la construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios.”**

“Artículo 25. Sin perjuicio de las contempladas en otras leyes, se establece como modalidades de participación ciudadana en los actos de la administración pública, las siguientes:

1. Consulta Pública. Consiste en el acto mediante el cual la entidad estatal pone a disposición del público en general información base sobre un tema específico y solicita opiniones, propuestas o sugerencias de los ciudadanos y/o de organizaciones estatales.

2. Audiencia pública. Similar a la consulta pública, excepto que el acto de recibir sugerencias, opiniones o propuestas se realiza en forma personal ante la autoridad que corresponda, de acuerdo con el tema de que se trate.

3. Foros o talleres. Reunión selectiva o pública de actores relevantes o afectados junto con la autoridad competente, que permita el conocimiento profundo sobre un tema o sirva de mecanismo de obtención de consenso o resolución de conflictos.

4. Participación directa en instancias institucionales. Actuación de ciudadanos o representantes de organizaciones sociales en las instituciones públicas de consulta o toma de decisiones específicas.

Parágrafo: Las instituciones de la administración pública están obligadas a publicar, antes de la celebración de cualesquiera de los actos administrativos sujetos a participación ciudadana, la modalidad de participación ciudadana que adoptará en cumplimiento del presente artículo." (El resaltado es nuestro).

Bajo la premisa anterior, es claro que **toda actuación de la autoridad local, que implica intereses y derechos de los ciudadanos, en este caso respecto a la salubridad y aseo de su municipio**, debe cumplir con los presupuestos jurídicos dispuestos en las normas referidas en las líneas que anteceden, lo que no ha ocurrido en esta causa.

Al respecto, resulta importante resaltar la teoría sobre la eficacia y validez de los actos administrativos, según anota el jurista Jaime Orlando Santofimio: *"El fenómeno de la validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento de la elaboración y expedición del acto administrativo, a los requisitos y exigencias consagradas en las normas superiores. En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que éste se adecua perfectamente al molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del derecho."* (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo - Procedimiento, eficacia y validez, 2da. edit. Universidad Externado de Colombia, 1994. pág. 233).

Llegados a este punto, es pertinente acotar que la validez jurídica de todo acto administrativo supone la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico, de allí que, si en este caso el **Concejo Municipal de San Miguelito** no ha cumplido con el procedimiento y las normas de transparencia referidas, se materializa la nulidad del acto demandado, y en tal sentido, la actuación municipal se ha emitido al margen del Derecho.

Finalmente, en cuanto a la violación del artículo 3 de la Ley 51 de 2010, el cual trata sobre el servicio de recolección de residuos sólidos, consideramos que no se configura la violación a dicha disposición con la emisión del acto acusado, puesto que el mismo no es de aplicación al presente caso. Como hemos visto, el acto cuya legalidad se cuestiona trata en lo medular sobre **la prórroga a un contrato de concesión**; y no sobre el servicio de recolección propiamente tal, por lo que la norma citada por el demandante y analizada en este párrafo no guarda relación con el objeto de la discusión.

En conclusión, este Despacho considera que las vulneraciones a los artículos 22 y 96 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, conlleva que la totalidad del acto impugnado devenga en ilegal, por lo que así lo solicitamos al Tribunal.

En atención a las consideraciones antes expuestas, se estima que los cargos de infracción que aduce el recurrente respecto a los artículos antes analizados configuran la nulidad del acto; por consiguiente, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL** el Acuerdo 156 de 19 de noviembre de 2019, emitido por el **Concejo Municipal de San Miguelito**.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General, Encargada

Expediente 367872020