

11 de noviembre de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

Interpuesto por el Licdo. Rafael Benavides en representación de **Margarita Pineda, Demetrio Vásquez, Max Rodríguez y Agustín Moreno**, para que se declare nulo, por ilegal, el Contrato N°1 de 28 de febrero de 2000, celebrado entre el **Municipio de Santiago** y la **Compañía Recolectora de Desechos Sólidos, S.A.**

Concepto

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro acostumbrado respeto, concurrimos respetuosamente ante ese alto Tribunal de Justicia con la finalidad de emitir formal concepto, en la demanda contencioso administrativa de nulidad enunciada en el margen superior del presente escrito, conforme lo dispuesto en el artículo 5, numeral 3, de la Ley 38 de 2000, en los siguientes términos:

I. Peticiones de la parte demandante.

El apoderado judicial del demandante, ha solicitado a los Señores Magistrados que integran la Honorable Sala Tercera que declaren nulo, por ilegal, el "contrato de concesión para la prestación del servicio de recolección, tratamiento, transporte y disposición final de desechos sólidos, (Basura) en el distrito de Santiago", suscrito entre el Municipio de Santiago y la Compañía Recolectora de

Desechos Sólidos, S.A. (C.R.E.D.E.S.O.L., S.A.), fechado 28 de febrero de 2000, el cual fue aprobado por el Consejo Municipal del Distrito de Santiago, Provincia de Veraguas, mediante el Acuerdo Municipal N°6 de 15 de febrero de 2000, publicado en la Gaceta Oficial N°24,103 de 26 de julio de 2000.

II. Disposiciones legales infringidas y sus conceptos de violación.

A. La parte demandante considera infringidos los numerales 2 y 3, del artículo 138 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, Sobre Régimen Municipal, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 138: La concesión de servicio 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 ajustar las siguientes normas:

...

2. Que tal servicio público sea de imposible o muy onerosa prestación por parte del municipio;

3. Que el municipio perciba algún interés de pago, rendimiento, derecho y participación sobre las actividades del concesionario;..."

Concepto de la violación.

"Es evidente e indiscutible que el contrato impugnado viole esta norma por omisión específicamente en sus numerales 2 y 3, los cuales establecen el servicio público que se da en concesión, haya sido declarado como servicio 'de imposible o muy onerosa prestación por parte del municipio' y que, en virtud del contrato que otorgue dicha concesión el municipio persiga una retribución económica, es decir,

'Algún interés, pago, derecho y participación sobre las actividades del concesionario', circunstancias que el contrato cuya declaratoria de nulidad estamos demandando no beneficia al municipio e indebidamente se aplica." (Cf. f. 18 y 19).

B. El apoderado judicial de los demandantes estima infringido el numeral 6, del artículo 16 de la Ley 56 de 1995, que dice así:

"Artículo 16. Principio de Transparencia:

En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

...

6. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley; igualmente, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratistas y los demás requisitos previstos en la presente Ley."

Concepto de la violación.

"Al omitir la presentación de la documentación contractual para que fuese aprobada por el Consejo de Gabinete, el Consejo Económico Nacional y el Ministerio de Economía y Finanzas, lo cual vulnera el numeral seis (6) del artículo 16, el Alcalde del Distrito omite sus funciones y con ello violó (sic) el principio de transparencia de los actos administrativos. En este sentido el decreto ejecutivo N ° 18 de 25 de enero de 1996, por el cual se reglamenta la Ley N ° 56 de 27 de diciembre de 1995, que regula la contratación pública y otras disposiciones en esta (sic) materia, es claro e indican (sic) en el párrafo segundo del artículo 57 lo siguiente:

...

Como apreciamos, se omitió este aspecto, toda vez que no se solicitó (sic) por parte del alcalde del

distrito la autorización a las instancias indicadas en la Ley para llevar a cabo esta modalidad de contratación (contratación directa), sin embargo se continuó (sic) adelante con al (sic) contratación, cometiendo con ello la más evidente ilegalidad a nuestra legislación vigente." (Cf. f. 20 y 21)

C. El procurador judicial de los recurrentes, ha señalado como infringido el numeral 7, del artículo 17 de la Ley 56 de 1995, que a la letra expresa:

"Artículo 17. Principio de transparencia:

En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

...

7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato según sea el caso."

Concepto de la violación.

"La norma se viola porque no se siguieron los procedimientos establecidos para la contratación directa al no remitirse para su aprobación a los organismos estatales que tendrían que dar dicha autorización. Tal como lo hemos expresado en líneas anteriores, se omitió por completo aspectos de la Ley N ° 56 del 27 de diciembre de 1995 reformada por la Ley N ° 7 de 2 de julio de 1997, en lo referente a la contratación directa, tal como se indica en el artículo 58 de dicha Ley; así como la omisión del decreto N ° 18 de 25 de enero de 1996 capítulo sexto relacionado al tema que nos ocupa.

Es evidente que no se solicitó (sic) la aprobación y autorización para llevar a efecto el contrato N ° 1 por la vía de la Contratación Directa y si así, lo hicieron, entonces que lo

demuestren en este proceso..." (Cf. f. 22)

D. El representante judicial de los demandantes considera infringidos los numerales 2, 4 y 5 del artículo 18 de la Ley 56 de 1995, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 18. Principio de transparencia:

Los servidores públicos velarán por el cumplimiento de los siguientes puntos:

...

2. Los servidores públicos serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.

...

4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán regidas por conducta ajustada al ordenamiento jurídico (sic), y son responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas.

5. La responsabilidad por la dirección y manejo del proceso de selección y la actividad contractual, será del jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarla en otras personas, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden al Ministerio de Hacienda Y Tesoro."

Concepto de la violación.

"La violación se da porque la tramitación se dio en forma incompleta y porque la conducta de los funcionarios en consecuencia es antijurídica, con lo cual tampoco refleja transparencia; ya que tanto el

consejo municipal, el señor alcalde, el tesorero del municipio y demás funcionarios de esa institución debieron tener más cuidado con lo que estaban aprobando, toda vez que la Ley de contratación pública es exigente y hay que cumplirla, sin embargo queda claro que omitieron y quebrantaron las formalidades de la ley y decretos que regulan al (sic) materia..." (Cf. f. 24)

E. El apoderado judicial de la parte actora estima infringido el artículo 19 de la Ley 56 de 1995, que reza así:

"Artículo 19. Equilibrio contractual:

En los contratos públicos de duración prolongada, tales como los contratos de concesión de servicios públicos, se podrán pactar cláusulas y condiciones encaminadas a mantener, durante la vigencia del contrato, el equilibrio contractual existente al momento de celebrar el contrato de que se trate, con la finalidad de que, si tales condiciones se quiebran o rompan por causas extraordinarias o imprevisibles, este se pueda modificar para mantener tal equilibrio.

Las partes podrán suscribir los acuerdos y pactos que resulten necesarios para restablecer el equilibrio contractual, incluyendo montos, condiciones, formas de pago, de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional si lo hubiere, se realizará en la forma prevista en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones prevista en el presupuesto General del estado, de la vigencia en que se debe hacer dicha erogación."

Concepto de la violación.

"El contrato N ° 1 firmado entre el Municipio de Santiago y la Empresa C. R. E. D. E. S. O. L., S.A.) (sic) es un contrato de duración prolongada porque tiene un término de vigencia de 15

años, tal como lo establece la cláusula seis (6) de dicho contrato, sin embargo no existe cláusula alguna que establezca el equilibrio contractual que permita suscribir acuerdos y pactos en beneficio del municipio, pero si en beneficio de Concesionarias. Ello se desprende del contenido de la cláusula quince (15) del Contrato N ° 1, que establece:

...

Como apreciamos, se habla del equilibrio económico en beneficio de la empresa, no en beneficio del municipio.

En este sentido el contrato suscrito representa para los ciudadanos y pobladores de Santiago una onerosa cargas (sic) que beneficia a una empresa en detrimento del (sic) los más caros intereses del municipio". (Cf. f. 25 y 26)

F. La parte actora considera infringido el artículo 58 de la Ley 56 de 1995, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 58. Contratación directa:

No será necesaria la celebración de procedimiento de selección de contratista, en los siguientes casos:

1. Los de adquisición o disposición de bienes o su arrendamiento, en los cuales no haya más de un oferente o en aquellos que, según informe técnico oficial fundado, no haya sustituto adecuado.
2. Los que se celebren después de verificados dos actos públicos de selección de contratistas, que se hayan declarado desierto.
3. Cuando hubiere urgencia evidente que no permita conceder el tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista.
4. Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con urgencias o desastres naturales, previa declaratoria por el Consejo de Gabinete.

5. Los de colocación de empréstitos debidamente autorizados.

6. Los contratos autorizados o regulados por ley especial.

7. Los que celebre el estado con los municipios o con las asociaciones de municipios.

8. Los contratos que constituyan simples prórrogas de contratos existentes, siempre que así lo autoricen las autoridades competentes.

9. Aquellos cuyo precio es igual para todo un sector de la actividad, en virtud de uso o prácticas comerciales o tarifas precios fijados o aprobados por entidades públicas competentes;

10. Los que celebre el Estado con sus instituciones autónomas o semiautónomas, o de éstas entre sí.

11. Las contrataciones realizadas por los municipios y autoridades de comarcas indígenas para desarrollar obras de inversión pública hasta por la suma de diez mil balboas (B/.10,000.00).

En estos casos, los municipios o autoridades comarcales se sujetarán a los procedimientos administrativos, para la adquisición y disposición de bienes y servicios comunitarios fijados para los consejos municipales y provinciales por la Contraloría General de la República y demás disposiciones que, en materia de control fiscal, le sean aplicables.

12. Los contratos de permuta para adquisición de bienes muebles o inmuebles, previo avalúo correspondiente.

13. Los de arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles.

14. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales o industriales y

comerciales estatales y las sociedades de economía mixta.

15. Los actos o contratos que se refieren a obras de artes o trabajos técnicos cuya ejecución sólo pueda confiarse a artistas reputados o a reconocidos profesionales; o los referentes al suministro de bienes y servicios para los cuales, según dictamen técnico oficial, exista un único proveedor o contratista.

El Órgano Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Tesoro, pedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

La declaratoria de excepción deberá constar en acuerdo del Consejo de Gabinete, cuando se tratara de contratos cuya cuantía exceda a dos millones de balboas (B/.2,000,000.00) la cual indicará la modalidad de la contratación.

La autorización de contratación directa de aquellos contratos que no sobrepasen a los doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00) sin exceder de dos millones de balboas (B/.2,000.000.00) corresponde al Consejo Económico Nacional.

Tratándose de contratos que no excedan los doscientos cincuenta mil balboas (B/.250.000.00), la autorización para contratar directamente le corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro al servidor público de este ministerio en quien se delegue esta facultad.

Los contratos que celebre el Fondo de Emergencia Social estarán exceptuados del trámite de licitación pública, concurso y solicitud de precios, por considerarse de urgente interés nacional y beneficio social. El Órgano Ejecutivo aprobará un reglamento para la selección de contratista, cuyas

disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva, previstos en esta Ley.”

Concepto de la violación.

“Tales omisiones son causales de nulidad absoluta, al tenor de lo establecido en los artículos 60 y 66 de la Ley 56 de 1995, porque el Alcalde carecía de competencia para contratar, puesto que no contaba con autorización previa para ello y porque prescindió de los procedimientos legalmente establecidos. Es decir, que el municipio de Santiago no presentó (sic) la solicitud de excepción que indica la Ley y mucho menos justifica las razones por la cual decidió realizar la modalidad de contratación directa cuando esta sujeta a requisitos que deben cumplirse, de lo contrario se anula lo actuado.” (Cf. f. 28)

III. El Informe de conducta.

Mediante el oficio N°1407 de 17 de septiembre de 2003, la Secretaría de la Sala Tercera diligenció el despacho N°77 de 17 de septiembre de 2003, al Juez Municipal Civil del Distrito de Santiago, para que el Alcalde del Distrito de Santiago rindiera su informe explicativo de conducta, el cual fue respondido por medio de la Nota AMS/112/2003 fechada 16 de octubre de 2003, la cual expresó en su parte medular lo siguiente:

“Le informamos que el Contrato No.1, suscrito entre el Municipio y la Compañía C.R.E.D.E.S.O.L., S.A., cumplió con todos los requisitos que se establece en la Ley 106 del 8 de 1973, sustentada por los siguientes Acuerdos Municipales:

1. Acuerdo Municipal No.74 del veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Por medio del cual se deroga el

Acuerdo Municipal No.5 del veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999), y se toman otras medidas referentes a la concesión del servicio de recolección de la basura en el Distrito de Santiago.

'Este Acuerdo sustenta la urgencia notoria que ordena la contratación directa'.

2. Acuerdo Municipal No.2 del veinticinco (25) de enero de dos mil (2000). Por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal para que suscriba contrato de concesión Administrativa para la recolección, tratamiento, transporte y disposición final de los desechos sólidos del Distrito de Santiago, con la Empresa Compañía Recolectora de Desechos Sólidos, S.A. (C.R.E.D.E.S.O.L., S.A.).

'Este Acuerdo autoriza al Alcalde Municipal para suscribir el Contrato y enviarlo al Consejo Municipal para su discusión y aprobación'.

3. Acuerdo Municipal No.6 del quince (15) de febrero de dos mil (2000). Por el cual se aprueba el contrato de concesión para la prestación del servicio de recolección, tratamiento, transporte y disposición final de la basura en el Distrito de Santiago, entre el Municipio de Santiago, y la Compañía Recolectora de Desechos Sólidos, S.A. (C.R.E.D.E.S.O.L., S.A.).

'Este acuerdo aprueba el Contrato de concesión'. (el resaltado es del Alcalde).

Cumplida estas formalidades durante el proceso se realiza un informe de la comisión evaluadora de las propuestas con la participación del Consejo en pleno y el Alcalde, donde se escoge la mejor propuesta por votación de la comisión. Aprobado mediante Acuerdo No.6 del quince (15) de febrero de dos mil (2000), se envía a la Contraloría General de la República, para su revisión y Refrendo del mismo requisito este que se cumplió a cabalidad.

...

El Artículo 138 de la Ley 106 del 8 de octubre de 1973, es muy claro al señalar los requisitos para la contratación y el Artículo 107 de la misma Ley establece que se exceptúan los Contratos de reconocidas urgencia para prestar un servicio inmediato, tal como se estableció en el Acuerdo Municipal No.74 del veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), y el Acuerdo Municipal No.2 del veinticinco (25) de enero de dos mil (2000).

El Consejo Municipal del Distrito de Santiago, mediante Acuerdo No.74 del veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), ordena la contratación directa para la concesión administrativa de este servicio siendo que la prestación de este era de imposible cumplimiento por el municipio y es urgencia notoria dar el mismo.

Las razones de urgencia notoria fueron debidamente justificadas en los Acuerdos Municipales No.74 del veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), y el Acuerdo No.2 del veinticinco (25) de enero de dos mil (2000).

Es importante mencionar que desde los años 1997, 1998 y 1999, el Municipio de Santiago había dejado de prestar el servicio de recolección ya que lo realizaba (sic) unas Micro Empresas denominas (sic) Santiago Apóstol y Urraca, que no prestaban el servicio como la comunidad lo requería; servicio que había dejado de prestar el Municipio por lo oneroso del servicio que alcanzaba pérdidas alrededor de cien mil balboas (B/.100,000.00) anuales." (Cf. f. 38 a 40)

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

De la lectura del libelo de demanda, observamos que el apoderado judicial de los demandantes está cuestionando el hecho que el contrato N°1 celebrado el 22 de febrero de 2000,

entre el Municipio de Santiago y la empresa C.R.E.D.E.S.O.L., S.A. no fue aprobado por la mayoría absoluta de los miembros del Consejo Municipal de ese distrito, conforme lo dispone el artículo 138 de la Ley 106 de 1973; sin embargo, al examinar el caudal probatorio anexado al caso sub júdice apreciamos que mediante el Acuerdo Municipal N°6 de 15 de febrero de 2000, esa cámara edilicia aprobó el contrato de concesión N°1, para la prestación del servicio de recolección, tratamiento, transporte y disposición final de la basura, en el distrito de Santiago, celebrado entre el Municipio de Santiago y la empresa CREDESOL, S.A.

El hecho que este Acuerdo Municipal, no exprese en su parte final la aprobación de todos sus miembros, no es razón para considerar que el mismo deviene de ilegal; dado que, si el demandante considera que se incumplió con lo establecido en el artículo 138 de la Ley 106 de 1973, debió aportar las actas de reunión celebradas por esa Cámara Edilicia, con la finalidad de poder corroborar sus alegaciones.

Por lo tanto, estimamos que, si el Acuerdo Municipal N°6 de 2000 expresa que fue dictado por el Consejo Municipal, presumimos que el mismo fue aprobado por las dos terceras partes de sus miembros; máxime, existe un informe final de la comisión evaluadora, en el cual firmaron los miembros de ese concejo y que recomendaron aprobar, por mayoría de votos, la propuesta de la empresa CREDESOL, S.A. (V. f. 75 y 76)

En otro orden observamos que, el apoderado judicial de los demandantes alega que el Consejo Municipal del Distrito de Santiago no siguió los procedimientos establecidos en la

ley 56 de 1995, para contratar directamente, sobre la base de una urgencia notoria; pues, no remitieron a los organismos estatales (Consejo Económico Nacional) la documentación, para su autorización y posterior aprobación a esta excepción, tal como lo preceptúa la ley de contratación pública.

Sobre este aspecto, es necesario destacar que el artículo 1 de la Ley N°56 de 1995, establece que en las contrataciones que realicen los municipios, juntas comunales y locales y, en general, en aquellas que se rigen por leyes especiales, se aplicará esta ley en forma supletoria.

La ley que regula la vida jurídica de los municipios es la N°106 de 1973, modificada por la N°52 de 1984, la cual en su artículo 107, segundo párrafo, indica que se exceptúan del procedimiento de licitación pública, los contratos de reconocida urgencia para prestar un servicio inmediato y aquellos en los cuales la licitación sea declarada desierta; la urgencia del contrato, dice la norma, deberá hacerse constar en el mismo Acuerdo que autorice su celebración y el cual debe ser aprobado por no menos de las dos terceras (2/3) partes de los miembros del Concejo respectivo.

De las normas citadas claramente se colige que corresponde a los respectivos Consejos Municipales, no al Consejo de Gabinete, al CENA o al Ministro de Economía y Finanzas, autorizar la contratación directa y la exceptuación del procedimiento de licitación pública, cuando por motivos de urgencia para prestar un servicio inmediato no puedan los Municipios celebrar licitación pública, pues en materia de contrataciones públicas que realicen los municipios, se

aplica preferentemente lo dispuesto en la Ley N°106 de 1973, normativa especial, sobre lo dispuesto en la Ley N°56 de 1995, de carácter general y aplicación supletoria.

Es dable indicar que, a nuestro juicio, el Consejo Municipal dl Distrito de Santiago se ajustó a los parámetros establecidos en su ley especial (Ley 106 de 1973), cuando se celebró el contrato N°1; toda vez que, el caudal probatorio allegado al expediente judicial evidencia que, esa Cámara Edilicia justificó las razones de la contratación directa a través del Acuerdo N°74 de 23 de diciembre de 1999. (V. f. 61 a 63)

Observamos que este Acuerdo se dictó con la finalidad de derogar el Acuerdo Municipal N°5 del 28 de enero de 1999, que aprobaba la creación del programa de manejo integral de los desechos sólidos, que debió llevar a cabo el Consejo Municipal de Santiago, la APROSAC y las microempresas de gestión ambiental Urraca y Santiago Apóstol.

Por otra parte, vemos que el Concejo sustentó la derogatoria en el hecho que esas microempresas no llenaron las expectativas esperadas, por esa cámara edilicia y los residentes del distrito de Santiago, lo que trajo como consecuencia que se agravara el problema de la recolección y disposición final de la basura, situación que podía acarrear falta de aseo a la ciudadanía, brotes de epidemias y problemas graves de salud; por ende, decidieron contratar directamente con una empresa privada, por urgencia notoria.

A su vez, apreciamos que aprobaron la contratación directa de la concesión, de ese servicio público y

autorizaron al Alcalde Municipal, para suscribir contrato con la empresa CREDESOL, mediante el Acuerdo Municipal N°2 de 25 de enero de 2000, previo a un análisis evaluativo de las propuestas presentadas.

Por lo tanto, consideramos que el Consejo Municipal del distrito de Santiago se ajustó a lo establecido en el artículo 138 de la Ley 106 de 1973, cuando contrató directamente con la empresa CREDESOL; pues, acreditó fehacientemente la urgencia notoria y que la municipalidad del distrito de Santiago le era imposible prestar el servicio, tal como lo exige el artículo 107 de ese mismo texto legal.

En cuanto a lo expresado por el apoderado judicial de los demandantes, en torno a las sumas de dinero que dejó de percibir el Municipio de Santiago con esta contratación directa, debemos manifestar que, no existen elementos de prueba que nos permita determinar lo argumentado; pues, debió acreditar que realmente el Municipio dejó de percibir las sumas de dinero, a que hace referencia en su factor de cálculo.

En virtud de las consideraciones expuestas, solicitamos respetuosamente a los señores Magistrados que conforman esa augusta Corporación de Justicia, que denieguen todas las peticiones impetradas por la parte demandante; puesto que, a lo largo del presente escrito hemos demostrado que no le asiste la razón en sus pretensiones.

Pruebas: Aceptamos, solamente, los documentos originales y copias debidamente autenticadas.

Derecho: Negamos el invocado, por la parte demandante.

Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/11/mcs

Mgter. Manuel A. Bernal H.
Secretario General, a. i.