

Panamá, 29 de enero de 2004.

Honorable señor
FRANCISCO RUIZ
Alcalde Municipal Encargado del
Distrito de Chitré
Provincia de Herrera
E. S. M.

Señor Alcalde:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales, de servir de asesores jurídicos de la administración pública que consultaren nuestro parecer jurídico, tal y como lo establece la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, en su artículo 6, numeral 1, a través de la presente damos contestación a la nota N°200 calendada, 10 de diciembre de 2003, recibida en esta Procuraduría el 15, del mismo mes y año, referente a una concesión administrativa para la recolección de la basura.

Antes de emitir nuestro criterio de lo consultado, debemos señalarle que las consultas jurídicas llevan inserto legal, de estar acompañadas del criterio legal, del o los asesores jurídicos de la institución consultante, tal y como lo dispone el artículo 347 del Código Judicial, por lo cual le invitamos que para próximas consultas cumplir con lo indicado.

Resumen de los hechos que se exponen:

El Municipio de Chitré, a través de contrato de concesión administrativa con la empresa Transportes Coronado Investment, S.A., le otorga, a ésta prestar el servicio de recolección, transporte, aprovechamiento integral y depósito final de la basura, dentro del distrito, sin embargo a la fecha se están confrontando problemas, toda vez, que dicha empresa no presta debidamente el servicio de recolección de los desechos del Distrito.

El Ministerio de Salud, en su ámbito regional ha remitido nota a la Alcaldía, a fin de que ésta tome las medidas correspondientes, en la problemática, y de esta forma se garantice la salud de la comunidad, considerando que si las autoridades municipales proceden a recoger la basura, se podría estar contraviniendo el contrato administrativo.

Se pregunta a esta Procuraduría qué medida puede adoptar la autoridad local por el incumplimiento de contrato. Por otro lado, también nos plantea la problemática que enfrenta un número de empleados de la empresa concesionaria, que laboraban en el Municipio, a quienes no se les está pagando el sueldo en las fechas prescritas.

Opinión de la Procuraduría de la Administración

Como cuestión previa, a fin de dar respuesta a lo consultado, estimamos conveniente exponer algunas precisiones sobre la figura del contrato, para su mejor comprensión.

En un sentido estricto el contrato es un negocio jurídico, fundamentado esencialmente en un acuerdo de voluntades de quienes lo celebren, el cual recoge los derechos y obligaciones de ambas partes.

En el caso particular de su consulta nos encontramos frente a un contrato de concesión administrativa, suscrito entre una empresa privada y el Municipio, cuyo objeto es prestar el servicio de recolección de basura.

Se entiende, que el principio de otorgar en concesión el servicio público, de recolección de la basura, está fundamentado en el artículo 138, de la Ley 106 de 1973, que dispone cuatro elementos importantes a saber:

1. Que el objeto por conceder sea un servicio público municipal.
2. Que tal servicio sea de imposible o muy onerosa presentación por parte del Municipio.
3. Que el Municipio perciba algún interés, pago rendimiento, derecho y participación sobre las actividades del concesionario.
4. Para los efectos de contratar con el concesionario puede seguirse la forma de licitación pública.

Roberto Dromi, en su obra denominada Licitación Pública, se refiere al contrato de concesión administrativa, así, "es aquél por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y prestación de un servicio público, o la provisión de cosas o bienes directamente afectados al interés público...por indeterminado período de tiempo".

La legislación patria, a través de la Ley 5 de 1988, modificada por la Ley 31 de 1994, establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesiones administrativas, y sobre este concepto en su artículo 2 señala:

"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras por el tiempo que determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquiera otra que se convenga".

La concesión administrativa, constituye un contrato administrativo, en el cual se encuentran elementos como la voluntad, el objeto y forma y por tanto, de éste surgen derechos y obligaciones, por lo cual el concesionario estará sujeto al control y fiscalización de la entidad contratante.

El ámbito de aplicación, de los contratos administrativos que realice el Estado, a través de los Municipio, la Ley de Contratación Pública, establece lo siguiente en su artículo 1:

"Artículo 1:...

PARAGRAFO: 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 de forma supletoria.

De lo expuesto se desprende, que en principio, a los Municipios se aplica la Ley 56 de 1995, de Contratación Pública supletoriamente.

Ahora bien, para responder su consulta, es necesario partir del hecho, de que los contratos

administrativos, como cualquier clase de contrato es ley entre las partes, lo cual quiere decir, que las partes contratantes están obligadas a cumplir con las cláusulas contractuales acordadas o pactadas.

Sobre el punto consultado, también conviene precisar, para mayor comprensión, lo relativo a la resolución de contrato, del cual el jurista Cabanellas, expone:

"acto jurídico que deja sin efecto un contrato validamente concertado. Por otro lado Sagues respecto a rescisión de contratos nos dice " facultad de dejar sin efecto un contrato en virtud del precepto legal que para ello lo autoriza o según cláusula estipulada por las partes".

En efecto, el administrativista Dromi, sobre la resolución administrativa de los contratos dispone:

"Tiene la Administración atribuciones para disponer unilateralmente la rescisión del contrato. Es una prerrogativa administrativa y no sólo un derecho emergente del contrato ante su incumplimiento. Es una cláusula virtual, pudiendo ejercérsela aunque no esté expresamente prevista en el texto del contrato". (DROMI, Roberto. Licitación Pública. 2ª Edición. Buenos Aires. 1995. pág. 509)

Lo anterior, nos lleva a concluir que tanto la resolución como la rescisión de un contrato, pueden darse por terminado aunque haya sido refrendado, siempre y cuando existan causas justificadas, aun sin estar estipuladas en el contrato.

Cuando se rescinde o resuelve un contrato administrativo, éste pierde validez y por tanto, no surte efectos jurídicos, en su lugar se extinguen los derechos y obligaciones pactados por las partes contratantes.

Veamos ahora, la cláusula del contrato de concesión, contenida en la resolución administrativa que motiva su consulta:

"Artículo #17: RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

El Municipio se reserva el derecho de declarar resuelto administrativamente el presente contrato por razón de incumplimiento de las obligaciones de LA CONCESIONARIA bajo cualquiera de las cláusulas señaladas en los artículos 104, 105 y 106 de la Ley 56 de 1995".

Se aprecia de forma precisa, que en el contrato de concesión administrativa suscrito entre el Municipio de Chitré y la Compañía Transporte Coronado Investments, S.A, se acuerda como causal de resolución del contrato las enunciadas en la Ley de Contratación Pública, o sea, que el Municipio como ente administrativo tiene derecho de resolver el contrato de concesión cuando el concesionario incurra en alguna de las causales que dispone el artículo 104 y 105 de la Ley de Contratación Pública.

En cuanto al procedimiento a seguir para la resolución administrativa del contrato también se pactó, el indicado en la Ley 56 de 1995, contenido en el artículo 106, que dispone lo siguiente:

"Artículo 106: La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el Artículo 105, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad pública adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.
No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante, podrá otorgarle al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad licitante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles, para que conteste, y a la vez presente las pruebas que considere pertinentes.
3. Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas, resolución que deberá ser comunicada personalmente. Las resoluciones siempre serán motivadas.
4. Contra la resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía gubernativa.
5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso ante la jurisdicción contencioso-

administrativa, a instancia del afectado, de conformidad con las disposiciones de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial.

6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.
7. Se remitirá, a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, copia autenticada de la resolución del contrato, a los dos días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispone la ley.
8. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento fiscal del Código Fiscal o, en su defecto, del procedimiento civil del Libro Segundo del Código Judicial".

Si bien es cierto la resolución administrativa del contrato, es una prerrogativa para la Administración, la misma debe estar sujeta a requisitos legales específicos, máxime si ha sido previamente acordado por las partes contratantes.

Se observa expresamente que al concesionario se le concede el derecho de accionar contra el acto administrativo resolutivo del contrato ante las instancias jurisdiccionales.

En conclusión, es nuestro criterio que el Municipio está plenamente facultado para rescindir el contrato de concesión administrativa, por incumplimiento de cualesquiera de las cláusulas acordadas, pero para ello deberá cumplir con el procedimiento contenido en la Ley 56 de 1995, tal y como fue acordado en el

respectivo contrato, teniendo presente que los contratos son ley entre las partes.

Es oportuno recordar que la concesión, se decreta a través de Acuerdo por el Consejo Municipal respectivo, tal y como lo dispone el artículo 138 de la Ley 106 de 1973, por lo cual, también se requerirá la aprobación del respectivo acuerdo municipal en el cual se resuelve el contrato.

Respecto a la preocupación manifestada en la consulta, por los empleados de la empresa concesionaria, por el hecho que estos no reciben su salario en el día correspondiente, debemos señalar en primer lugar, que no estamos frente a reclamaciones de funcionarios públicos, toda vez que la remuneración salarial recibida, proviene de fondos de una empresa privada, por tanto, tal irregularidad tendrá que ser puesta en conocimiento de las instancias de la jurisdicción laboral, para las medidas correctivas correspondientes.

Sobre lo anterior, debe recordarse el contenido del artículo 14 de la Ley 5 de 1988, que establece el sistema de las concesiones administrativas, el cual dispone que las relaciones laborales entre el concesionario y sus trabajadores se regirán por el Código de Trabajo.

En esta forma contestamos su solicitud, esperando haber colaborado atinadamente con su despacho.

Atentamente

Original }
Firmado } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
 } Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/21/hf.