

1 de Agosto de 2003

**Proceso Contencioso  
Administrativo de Nulidad.**

El Doctor Luis Alberto Palacios A., apoderado principal y el Licenciado Edgardo Iván Santamaría, como apoderado sustituto, en representación del Licenciado **Alvin Weeden Gamboa, Contralor General de la República**, para que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 1, primera parte; 3, 4 y 7 del Contrato N°001-2001 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.

**Oposición al  
Desistimiento**

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

Concurrimos ante vuestro Despacho con la finalidad de darnos por enterados del Desistimiento presentado por la Contraloría General de la República en el Proceso de Nulidad, propuesto por el Doctor Luis Alberto Palacios A., apoderado principal y el Licenciado Edgardo Iván Santamaría, apoderado sustituto, en representación del Licenciado Alvin Weeden Gamboa, Contralor General de la República, en contra de los numerales 1, primera parte, 3, 4 y 7 de la cláusula N°4 del Contrato N°001-2001 de 18 de enero de 2001.

**Referencia a los hechos de la demanda.**

PRIMERO: Queda establecido en esta causa que el Municipio de San Miguelito, por conducto del señor RUBEN DARÍO CAMPOS G., en su condición de Alcalde y Representante Legal, celebró con la Empresa Recicladora Vida y Salud, - Revisalud- San Miguel, S.A., el Contrato N°001-2001 de

Concesión, para la prestación del Servicio Público de recolección, tratamiento y disposición final de los desechos sólidos (basura) en el Distrito de San Miguelito.

SEGUNDO: También queda establecido en autos que el Contrato de Concesión N°001-2001 fue formalizado entre los sujetos contratantes el 18 de enero de 2001.

TERCERO: Se ha comprobado que el Contrato de Concesión de la referencia fue refrendado por el Contralor General de la República el 26 de abril de 2001. **Sin embargo, la Contraloría ha señalado en la demanda presentada, en esa instancia no se percataron del alcance o contenido de los numerales 1, primera parte, 3, 4 y 7 de la cláusula N°4 del Contrato N°001-2001 y que éstos, rebasaban la letra, el espíritu y el alcance de las leyes vigentes en materia de contratación pública.**

En su oportunidad de emitir concepto, la Procuraduría de la Administración pudo colegir que el Contrato de Concesión N°001-2001 no es el resultado de la celebración de los actos pre-contractuales (redacción de pliego, convocatoria, presentación de propuestas, estudio por una comisión evaluadora y selección de contratistas), y que tampoco se solicitó el Acuerdo o Resolución del Consejo de Gabinete que autorizara la excepción de actos previos de contratación alegando las razones que justificaran por qué se procede a la contratación directa. De manera que el Contrato en mención se había celebrado con la prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, en este caso para la celebración de actos previos de contratación o bien para la contratación directa. Situación que redunda en causal de nulidad que puede ser presentada en cualquier momento y por

cualquier persona, tal como lo contempla el artículo 60 de la Ley 56 de 1995.

CUARTO: En la demanda presentada por la Contraloría se señaló que los numerales 1 primera parte, 3, 4 y 7 de la cláusula N°4 del Contrato de Concesión N°001-2001, son violatorios de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, artículo 17 numeral 7; 44, 76 numeral 9 e inciso final; 98, 134 y 138, Ley 41 de 27 de agosto de 1999, artículos 6 y 17; Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, artículos 74, 75, 97, 99 y 102; Ley 8 de 27 de enero de 1956, artículo 535 numeral 5, 538, 599, 600 y 733; Ley 2 de 22 de agosto de 1916, artículos 1567, y siguientes; así como la Constitución Política, artículo 246. No obstante, tales señalamientos más que hechos, en el sentido procesal, suponen la referencia a las disposiciones violadas, por lo tanto serán analizadas bajo el estudio de los cargos y el análisis de las disposiciones supuestamente violadas.

La Contraloría General de la República ha señalado que 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.

Explica que el concepto de la infracción es **la violación directa por indebida aplicación**, 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, supuestamente violados, son los siguientes:

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

1. ...

2. ...

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."

- o - o -

**"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."

- o - o -

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

1. ...

2. ...

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."

- o - o -

**"Artículo 98:** Todos los Bienes Municipales que no sean necesarios para uso o servicio público, podrán venderse o 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."

- o - o -

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

- o - o -

**"Artículo 138:** La concesión de servicio público municipal deberá ser decretada por el Concejo 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."

- o - o -

Tanto la jurisprudencia como la Doctrina han reconocido que en Panamá, los motivos de ilegalidad del acto administrativo son: 1) La infracción literal de los preceptos

legales, a través de la violación directa, por omisión o por comisión; la interpretación errónea; la indebida aplicación. 2) La falta de competencia o de jurisdicción del funcionario o de la entidad que dictó el acto administrativo. 3) El quebrantamiento de las formalidades legales, y 4) La desviación de poder.

Por lo tanto, se desprende de lo anterior que no existe el motivo de ilegalidad que se identifique como **violación directa por indebida aplicación**.

Lo que se expone corresponde a un híbrido que conjuga la violación directa sin precisar la modalidad, es decir, por omisión o por comisión y la yuxtapone a otro motivo de ilegalidad, tal como lo es la indebida aplicación.

Son evidentes las deficiencias en la formulación de los cargos de ilegalidad, sin embargo, no podemos pasar desapercibido que tanto el Consejo Municipal como el propio Alcalde **tienen límites establecidos por la Ley**, para disponer de los bienes y derechos del Municipio.

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 cuaderno judicial, 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 celebrarán **con sujeción a lo establecido en la Constitución Política y en las leyes vigentes. Es decir, tomando en cuenta la legislación relacionada a la Contratación Pública y la Ley 106 de 1973.**

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.

**Sin embargo, 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.

2. También señala el demandante que se han infringido los artículos 6 y 17 de la Ley 41 de 1999, **mediante la violación directa por indebida aplicación** al incluirse en el Contrato N°001-2001, en la cláusula 4, el numeral 1 que otorga una donación de equipo, el numeral 3 que traspasa la cartera morosa, el numeral 4 la exoneración de impuestos nacionales y municipales y el numeral 7 que permite traspasar, pignorar e hipotecar el Contrato, facilidades éstas que se habían determinado para las Direcciones Municipales de Aseo Urbano y Domiciliario, y no para los particulares.

Las normas de la Ley 41 de 1999, supuestamente violadas, son del contenido siguiente:

**Artículo 6:** Los Alcaldes podrán celebrar contratos y convenios con personas naturales, jurídicas, públicas, privadas, nacionales y extranjeras, con sujeción a lo establecido en la Constitución Política, en las Leyes vigentes y en las Normas dictadas por las autoridades competentes en todo lo relacionado con los servicios de aseo urbano y domiciliario, desde la recolección y barrido, hasta el transporte de lo recolectado al relleno sanitario para su tratamiento y disposición final.

También podrán contratar la prestación de los servicios de aseo, con los municipios o asociaciones de municipios aunque no estén señalados en el artículo 2 de esta Ley.

El Municipio de Panamá tendrá la responsabilidad de la administración del relleno sanitario de Cerro Patacón el cual será utilizado conjuntamente con el Municipio de San Miguelito.”

- o - o -

**Artículo 17:** Las direcciones municipales de aseo urbano y

domiciliario están exentas del pago de impuesto, contribución, tasa, gravamen o derecho de cualquier clase o denominación y gozarán de los mismos privilegios que la Nación en las actuaciones judiciales de que sean parte.”

- o - o -

Revisando las normas supuestamente infringidas cabe señalar que el artículo 6 de la Ley 41 de 1999, confirma, una vez más, que la contratación que celebren los Alcaldes de Panamá, San Miguelito y Colón, con relación a la disposición de la basura debe ceñirse a lo establecido en la Constitución Política y en las Leyes vigentes. **Es decir, someterse a la contratación pública o a la excepción de dicho trámite conforme al Código Fiscal y a la Ley 56 de 1995, como normas supletorias, si no existe disposición específica aplicable.**

La revisión de los antecedentes o la etapa previa al Contrato, permite determinar la carencia de un pliego, la indefinición de los términos de referencia, la confusión entre un formato de contratación privada y una contratación pública, los procedimientos subjetivos aplicados a los distintos proponentes, que a todas luces desconoce los principios de contratación pública consagrados en la Ley.

3. Al señalar la violación de los artículos 74, 75, 99 y 102 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, el demandante, aduce el concepto de **violación directa, por indebida aplicación**, al incluirse en el Contrato N°001-2001, la cláusula 4 que en su numeral 1 primera parte, concede en donación o traspaso gratuito de equipos y derechos; en el numeral 3, la exoneración de tributos municipales y nacionales; el traspaso de la cartera morosa, en el numeral 4, la exoneración del derecho a traspasar, hipotecar y gravar

el Contrato en el numeral 7. Sin embargo, conforme a los artículos 97, 99, 102 de la Ley 56 de 1995, los bienes propiedad del Estado o de los Municipios sólo pueden donarse o traspasarse su propiedad de manera gratuita, previo avalúo oficial del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Contraloría General de la República y sólo a beneficios de otras entidades públicas, asociaciones sin fines de lucro y cumpliendo los requisitos legales señalados.

En cuanto al artículo 75 de la Ley 56 de 1995, solo autoriza la cesión de Créditos de derechos derivados de un Contrato Público, **no así el derecho de hipotecar o grabar el mismo contrato, sin que de esta manera se rebase la letra y espíritu de la Ley panameña haciendo nulo los derechos del Municipio y del Estado.**

En cuanto al artículo 74 de la Ley 56 de 1995, preceptúa claramente que en los contratos que celebren las entidades públicas, como es el caso del Municipio de San Miguelito, **sólo son viables las cláusulas y condiciones usuales de acuerdo a la esencia y naturaleza del contrato, las que jamás pueden oponerse o ir en contra de la Ley o el interés público.**

Las normas contenidas en la Ley 56 de 1995, supuestamente violadas, son las siguientes:

**"Artículo 74: Cláusulas y Condiciones usuales.**

Las entidades públicas podrán incluir, en los contratos que celebre, los pactos, cláusulas y condiciones usuales, dependiendo de la esencia y naturaleza del contrato y aquellas otras que se consideren convenientes, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los privilegios y prerrogativas del Estado, los cuales no podrán ser objeto de limitación,

negociación o renuncia por la entidad pública. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho."

- o - o -

**"Artículo 75.: La cesión de contratos.**

Los contratistas podrán ceder los derechos que nazcan del contrato, previo cumplimiento de las formalidades establecidas por la Ley, el reglamento o por las condiciones consignadas en el pliego de cargos que haya servido de base al procedimiento de selección de contratista. Sin embargo, en todos los casos, será preciso que el cesionario reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al contratista y que el ministerio o entidad respectiva y el garante consienta en la cesión, haciéndolo constar así en el expediente respectivo."

- o - o -

**"Artículo 97: El avalúo.**

Los bienes que el Estado se proponga adquirir conforme a los artículos precedentes, deberán ser avaluados por dos (2) peritos, uno designado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y uno por la Contraloría General de la República, para determinar su valor de mercado.

En caso de permuta, se avaluarán en la misma forma el bien que se entrega y el que se recibe por razón de la permuta. No se podrá pagar sumas mayores que el avalúo de los bienes y, en caso de discrepancias entre ellos, del promedio de dichos avalúos."

- o - o -

**"Artículo 99: Disposiciones de bienes.**

Las dependencias del Órgano Ejecutivo y los otros órganos del Estado podrán disponer de sus bienes, mediante venta, arrendamiento o permuta de bienes, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro. Igualmente podrán disponer de tales bienes las entidades descentralizadas que tengan patrimonio con respecto a sus bienes.

Salvo las excepciones establecidas en la Ley, toda venta de bienes del Estado deberá estar precedida del procedimiento de selección de contratista en atención al valor real del bien, que será determinado mediante

avalúo realizado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y la Contraloría General de la República.

Cuando el valor real de los bienes no excede la suma de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00), de acuerdo con el avalúo de que habla este artículo, el Ministerio de Hacienda y Tesoro hará la venta, lo que informará de inmediato al Presidente de la República.

Tratándose de la venta de bienes cuyo valor esté comprendido entre los Doscientos Cincuenta Mil Balboas (B/.250,000.00) y los Dos Millones de Balboas, (B/.2,000,000.00), corresponde al Consejo Económico Nacional extender la autorización para proceder a ello.

La venta de los bienes cuyo valor exceda de Dos Millones de Balboas, (B/.2,000,000.00), deberá estar precedida de la autorización del Consejo de Gabinete.

Como regla general, la contraprestación por la disposición de bienes se hace mediante pago en moneda de curso legal. No obstante, excepcionalmente, podrá aceptarse por la disposición de bienes o derechos, la permuta u otros medios legalmente idóneos, previo avalúo realizado en la forma prevista en el artículo 97.

Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia."

- o - o -

**"Artículo 102: Donaciones.**

Sólo se podrán enajenar bienes públicos, a título de donación, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, a favor de otras entidades o dependencias públicas o asociaciones sin fines de lucro para, en este último caso, llevar a cabo, con dichos bienes, actividades de comprobado interés general o social.

En caso de donaciones de bienes cuyo valor esté comprendido entre los doscientos cincuenta mil balboas

(B/.250,000.00) y los dos millones de balboas (B/.2,000,000.00) el Consejo Económico Nacional deberá emitir concepto favorable. Si la donación excede de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00) se requerirá el concepto favorable del Consejo de Gabinete."

- o - o -

Es lamentable, que la Contraloría General de la República haya refrendado el Contrato de Concesión N°001-2001, **sin percatarse del contenido de las cláusulas de éste, ya sea por error en el consentimiento u otros, pero mayormente es censurable que no haya advertido la prescindencia absoluta del procedimiento de contrataciones, pues** de haberse sometido al mismo, se hubiese podido percatar de que en efecto los numerales 1, primera parte, numerales 3, 4 y 7 de la cláusula 4 son violatorios de los artículos 74, 75, 97, 99 y 102 de la Ley 56 de 1995.

Lo antes expresado, se agrava cuando la Contraloría General de la República, después de interponer la demanda para corregir la ilegalidad de las actuaciones, hoy presenta un desistimiento, anunciando la celebración de dos addendas que no han sido incorporadas a este expediente, no se ha comprobado que existió la exención del trámite de contratación y sobre todo, a la comunidad no le queda claro la legalidad de lo realizado por el Municipio ni fiscalizado por la Contraloría de la República.

Son evidentes las contradicciones que contempla el Contrato N°001-2001, tales como el derecho a hipotecar el Contrato, cuando conforme a nuestro derecho positivo el contrato no es un bien real o material sujeto a hipoteca, sino un derecho subjetivo.

En todas las actuaciones se hace evidente que las autoridades municipales que realizaron la contratación ignoraron los límites de la facultad discrecional, lo que también pasó desapercibido incluso por la Contraloría.

4. También se menciona que el Contrato N°001-2001, en la cláusula cuarta numeral 4, literales a, b y c; en lo atinente a las exoneraciones de los impuestos nacionales de importación, re-exportación y otras cargas tributarias a nivel nacional y municipal, que exceden la competencia de los Municipios, infringiendo los artículos 535 numeral 5; 598; 599, 600 y 733 de la Ley 8 de 1956, en el concepto de **violación directa por indebida aplicación.**

Las normas contenidas en la Ley 8 de 1956, que se señalan como infringidas, expresan:

**"Artículo 535:** No estarán sujetos al impuesto de importación las mercancías que se hallan, en uno o más de los casos siguientes:

1. ...

2. ...

5. Las que sean importadas por personas naturales o jurídicas que estén exentas del impuesto, en virtud de contrato o de leyes especiales;

6. ..."

- o - o -

**"Artículo 598:** Para los efectos de la devolución de que trata el artículo 592 de este Código, la Aduana autorizará la reexportación una vez haya comprobado, mediante el correspondiente examen, que las mercancías que se van a reexportar son las mismas a que se refiere la declaración de reexportación, la factura comercial y la de reventa y la liquidación con que se pagó el impuesto de importación y siempre que la nave en que se vayan a reexportar las mercancías se dedique al tráfico internacional, y pertenezca o sea operada por una empresa de reconocida

responsabilidad y seriedad a juicio del Órgano Ejecutivo.

La autorización se hará constar en todos los ejemplares de la declaración de reexportación."

- o - o -

**"Artículo 599:** La solicitud de devolución del impuesto de importación deberá acompañarse, por lo menos, de los siguientes documentos:

1. Del comprobante de que la mercadería reexportada fue recibida a bordo de la nave que debía conducirla a su destino y de que esa nave reúne los requisitos de que trata el artículo anterior.
2. Del comprobante del pago del impuesto cuya devolución se solicita;
3. De la cuenta del reexportador debidamente aprobada por la Aduana que autorizó la reexportación, y
4. Que se compruebe mediante certificado expedido por la autoridad competente y autenticado por el funcionario consular de Panamá, que el embarque ha ingresado al país de destino."

- o - o -

**"Artículo 600:** El Ministerio de Hacienda y Tesoro, en vista de la solicitud que formule el re-exportador, ordenará la devolución correspondiente, si procede de conformidad con los documentos que la acompañen.

La Contraloría General de la República fiscalizará las operaciones relativas a esta devolución."

- o - o -

**"Artículo 733:** Con excepción de los dividendos o cuotas de participación de utilidades derivadas de las actividades contempladas en el parágrafo 2 del artículo 702, en los literales e, f, l, m y o del artículo 708 y el 699-A de este Código, las personas jurídicas retendrán el diez por ciento (10%) de las sumas que distribuyan a sus

accionistas o socios como dividendos o cuota de participación en el caso de que no haya distribución de dividendos o de que la suma total distribuida como dividendos o cuota de participación, sea menor del cuarenta por ciento (40%) del monto de las ganancias netas del período fiscal correspondiente, menos los impuestos pagados por la persona jurídica, ésta deberá cubrir el diez por ciento (10%) de la diferencia. Las sumas así retenidas serán remitidas al funcionario recaudador del impuesto dentro de diez (10) días siguientes a la fecha de la retención. Tales deducciones y retenciones serán definitivas.

Las sucursales de personas jurídicas extranjeras pagarán como impuestos el diez por ciento (10%) sobre el ciento por ciento (100%) de su renta gravable obtenida en Panamá, menos los impuestos pagados por esa misma renta en el país. Esta retención tendrá carácter definitivo y se pagará conjuntamente con la presentación de la declaración jurada correspondiente.

Las personas jurídicas no estarán obligadas a hacer la retención de que trata este Artículo, sobre aquella parte de sus rentas que provengan de dividendos, siempre que la sociedad anónima que distribuya tales dividendos haya pagado el impuesto correspondiente y haya hecho la retención de que trata este artículo.

Las personas jurídicas tampoco estarán obligadas a hacer la retención de que trata este artículo, sobre aquella parte de sus rentas que provengan de dividendos, siempre que la persona jurídica que distribuya tales dividendos, haya estado a su vez exenta de la obligación de hacer la retención.

Toda persona natural o jurídica que deba remitir a una persona natural o jurídica no residente en la República de Panamá, sumas provenientes de rentas de cualquier clase producidas en territorio panameño, excepto por dividendos o participaciones, deberá deducir y retener al momento de remitir dichas sumas en cualquier forma, la cantidad que establece el Artículo 699 o el 700 de este Código y entregará lo así retenido al funcionario recaudador

del impuesto, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de retención.

Para calcular el monto de la retención deberán sumarse al monto que se pague, gire o acredite, las sumas que hubiesen pagado, girado, acreditado o abonado al contribuyente durante el año y sobre este total se aplicará la tasa del artículo 699 o el 700 de este Código. Del importe así establecido se deducirán las retenciones ya efectuadas en el año gravable.

**PARÁGRAFO:** No obstante lo dispuesto anteriormente, los tenedores de las acciones al portador, pagarán este impuesto a la tasa de 20%. La persona jurídica que distribuya tales dividendos, practicará la retención, la que tendrá carácter definitivo. En caso de que la sociedad que distribuya dividendos tenga diferentes clases de acciones, el impuesto se pagará de conformidad a las tasas aquí establecidas y según el tipo de acciones.

Cuando la distribución sea menor del cuarenta por ciento (40%) de las ganancias netas, o en el caso de que no haya distribución, se aplicarán las disposiciones del impuesto complementario, con independencia del tipo de acciones que haya emitido la sociedad.

- o - o -

Nuevamente los apoderados judiciales del demandante aducen una causal de ilegalidad no contemplada en la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, ni comprendida en la Ley 38 de 2000. Se está señalando que la causal de ilegalidad es la violación directa por indebida aplicación, figura híbrida desconocida en nuestro derecho positivo. Lo que impide que se pueda examinar el fondo de la causa.

Aunque es evidente que en el Contrato N°001-2001, la cláusula 4, numerales 1, 2, 3, el Municipio se compromete a dar más de lo que puede, tal es el caso de comprometer el uso del vertedero de Cerro Patacón sin costo alguno para la

empresa concesionaria, cuando la Administración del Vertedero de Cerro Patacón está a cargo del Municipio de Panamá; o la gestión de cincuenta hectáreas de terreno ubicadas en el área de Cerro Patacón para el uso de la Empresa concesionaria, la cesión de la cartera morosa que asciende a más de diez millones de dólares y la exención de impuestos nacionales, como la importación de toda la maquinaria y el equipo, la exoneración del impuesto de reexportación y el impuesto de rentas de los accionistas.

**Como podemos observar el Municipio está cediendo derechos en áreas que no son de su competencia.**

Además, el Municipio de San Miguelito ha impuesto a la Empresa REVISALUD cargas económicas ajenas a la naturaleza del servicio público y al interés de lucro de la empresa que serán trasladados a los usuarios del servicio de recolección de la basura, entre ellos, el pago de B/.12,500.00 mensuales o lo que se deduzca del 2% de los cobros reales de la Empresa concesionaria y una **donación mensual a cada Junta Comunal de B/.500.00, lo que representa dos mil quinientos balboas mensuales, hasta el 2004 y en adelante asciende a cuatro mil quinientos balboas al crearse las cuatro nuevas Juntas Comunales. Situación que no se ha incorporado en la fijación de un precio base del servicio pues no se sometió a los estudios financieros correspondientes.**

La confrontación de las normas infringidas y la cláusula 4 del Contrato evidencia que no se han cuidado los intereses públicos, ni los intereses del Municipio de San Miguelito y que se ha actuado improvisando, lo que puede ser lamentable a nivel del Distrito. Y en la cual los representantes o funcionarios de la Contraloría General de la República y del

Ministerio de Economía y Finanzas (contrataciones Públicas) debieron manifestarse. Sin embargo, no consta en el cuaderno judicial, ni en los antecedentes que, la Dirección de Contrataciones Públicas haya sido consultada al respecto, ni que la Contraloría haya advertido nada.

5. En cuanto al quinto y último cargo de ilegalidad, es decir al señalamiento del demandante, de que el Contrato N°001-2001, suscrito entre el Municipio de San Miguelito y la Empresa Recicladora Vida y Salud San Miguel S.A., infringe el artículo 245 de la Constitución Nacional, ha sido jurisprudencia reiterada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, es el Pleno de la Corte quien ejerce el control de la constitucionalidad y no la Sala Tercera.

Es evidente que la actuación del Municipio de San Miguelito, trasciende más allá de su patrimonio y afecta los intereses de los ciudadanos. Porque no podemos olvidar que será la población quien de una manera u otra sufrague los servicios y a quién se le trasladará los costos de producción directos e indirectos del servicio público.

Es necesario leer cuidadosamente este 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.**

Privatizar el servicio es prescindir de cargas que crean los políticos y los burócratas, racionalizando los costos. Es buscar la racionalidad económica y administrativa. Aunque a través de este Contrato no se advierte esto.

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. Y agregamos nosotros, que quizás de la mejor manera. Sin embargo, el asunto no es eficiencia, si no legalidad.

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, sin embargo, prefirió hacerlo a su manera y no como lo dispone la Ley.

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. Es decir, que si se hubiese actuado con apego a la Ley se hubiese corregido lo que hoy es un marasmo legal. Y, hoy que la propia Contraloría pide el desistimiento, nos sobrecoge la duda si están apercebidos del fin que se persigue con la acción contenciosa de nulidad, pues no se han aportado las correcciones o los medios como se subsanaron las ilegalidades señaladas, se ha insistido en que pueden desistir en cualquier momento del proceso, siempre que el Consejo de Gabinete les autorice.

Sin embargo la discrecionalidad mal entendida, permitió la oportunidad de continuar dándole vueltas al asunto, sin someterlo a la Ley como debió procederse.

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, señala las causales de nulidad absoluta y señala entre estas 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 -

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, numeral 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 solicitó la excepción de tal procedimiento, pues la Secretaria del Consejo de Gabinete al preguntársele sobre esto no ha dado respuesta, si no enviando la autorización para desistir de la demanda concedida al Contralor de la República.

En consecuencia, solicitamos a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera **que no admitan el desistimiento presentado** por la Contraloría General de la República, y que por el contrario, se proceda a declarar la nulidad de la cláusula N°4, numerales 1, primera parte, 3, 4 y 7 del Contrato N°001-2001 de 26 de abril de 2001, celebrado entre el Municipio de San Miguelito y la Empresa Recicladora Vida y Salud, San Miguel, S.A., atendiendo a **la prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido y se declare la nulidad total del contrato. Pues, este contrato nació ilegal.**

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

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

AMdeF/9/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General

Materias: oposición al desistimiento, pues no se resuelve sobre la legalidad o no de la concesión administrativa de la recolección, tratamiento y transporte de la basura otorgada a REVISALUD S.A.

BORRADOR REVISADO POR MANUEL BERNAL  
29 DE JULIO DE 2003.