

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 231

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 24 de mayo de 2013

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

La firma forense De Obaldía & García De Paredes, actuando en representación de **Bagatrac, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 192 de 22 de agosto de 2012, emitida por la **Alcaldía Municipal de Santiago**, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda.**

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 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 50 a 54 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 57 del expediente judicial).

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 58 a 60 del expediente judicial).

Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 20 a 21 del expediente judicial).

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Undécimo: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Duodécimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: Lo omitió la sociedad demandante.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 23 y 24 del expediente judicial).

Vigésimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 25 a 27 del expediente judicial).

Trigésimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Trigésimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la sociedad demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 46 de la Constitución Política de la República, relativo al principio de irretroactividad de la Ley (Cfr. fojas 11 a 13 del expediente judicial);

B. Los artículos 35, 36, 46 y 47 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que, de manera respectiva, se refieren a: el orden en que deben aplicarse las disposiciones jurídicas en los asuntos municipales; la prohibición de emitir o celebrar un acto administrativo para el cual carezcan de competencia de acuerdo con la Ley y los reglamentos; el requisito de publicar en la gaceta oficial los decretos, las resoluciones, los reglamentos y demás actos de carácter general; la imposibilidad de las autoridades para establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en la Ley o los reglamentos dictados para su debida ejecución (Cfr. fojas 13 a 18, del expediente judicial); y

C. El artículo 39 de la Ley 106 de 1973 que establece, entre otras cosas, el requisito de publicidad en la gaceta oficial de los acuerdos referentes a impuestos, contribuciones, derechos, tasas y adjudicación de bienes municipales (Cfr. fojas 14 y 15 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la entidad demandada.

Según consta en autos, el 27 de enero de 2012, Alberto Jurado Rosales, en su condición de representante legal de Bagatrac, S.A., y Federico Suárez, en su calidad de Ministro de Obras Públicas, suscribieron el Contrato AL-1-22-12, por la suma de B/.1,925,931.52, para la escarificación y conformación de calzada, cunetas pavimentadas, imprimación asfáltica, parcheo profundo y superficial, colocación de hormigón asfáltico caliente, señalamiento vial, en el distrito de Santiago, provincia de Veraguas (Cfr. fojas 50 a 54 del expediente judicial).

Igualmente se desprende del expediente, que mediante la nota DIMS-NOTA 87-2012 de 15 de agosto de 2012, el Departamento de Ingeniería Municipal del Municipio de Santiago le informó a Alberto Jurado Rosales, representante legal de Bagatrag, S.A., que la empresa no había cumplido con el trámite del permiso de construcción, tal como lo establece el Acuerdo número 60 emitido por el Consejo Municipal de ese distrito, por lo que se había tomado la decisión de suspender la construcción de la obra, hasta que se realizaran los trámites respectivos (Cfr. foja 57 del expediente judicial).

Como consecuencia de la negativa de la empresa a pagar el permiso de construcción por la suma de B/.28,888.97, el Alcalde del Distrito de Santiago, emitió la Resolución 192 de 22 de agosto de 2012, mediante la cual se decretó la suspensión provisional de la construcción de la obra que debía efectuar la empresa Bagatrag, S.A., en la ciudad de Santiago. La suma antes indicada fue posteriormente modificada por este mismo funcionario mediante la Providencia de 23 de agosto de 2012, por lo que el monto por dicho permiso se redujo a la suma de B/.26,999.04 (Cfr. fojas 20, 21 y 22 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con este acto administrativo, la afectada interpuso un recurso de reconsideración, con apelación en subsidio, el cual fue decidido mediante la Resolución 201 de 5 de septiembre de 2012, expedida por la Alcaldía Municipal del Distrito de Santiago, en la cual se negó el recurso presentado en virtud de que la empresa no se había presentado a realizar el pago del permiso de construcción (Cfr. fojas 23 a 26 del expediente judicial).

Por otra parte, consta en autos que el Juzgado Ejecutor del Municipio de Santiago emitió el Auto 23 de 23 de agosto de 2012, con el objeto de librar mandamiento de pago hasta la suma de B/.26,999.04, correspondiente al importe del permiso de construcción. Consta igualmente, que mediante Auto 16 de 29 de agosto de 2012, el juzgado executor de ese ente municipal decretó formal

secuestro sobre las cuentas bancarias de la empresa Bagatrac, S.A., hasta el monto de la obligación ya indicada (Cfr. fojas 64 y 65 del expediente judicial).

Como consecuencia de todo lo anterior, la parte actora concurre ante el Tribunal con el objeto que se declare nula, por ilegal, la Resolución 192 de 22 de agosto de 2012 y que, como consecuencia de esta declaratoria, se ordene el levantamiento de la medida de suspensión de la obra y de las medidas cautelares de secuestro decretadas dentro del proceso por cobro coactivo (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

La apoderada judicial de la actora argumenta a favor de su pretensión que tal como se desprende del Contrato AL-1-22-12, éste es un proyecto de índole nacional, de tal suerte que el Acuerdo número 60 de 3 de julio de 2012, no le es aplicable a la empresa Bagatrac, S.A., puesto que la capacidad impositiva de los municipios es derivada de la Constitución Nacional y la Ley, las que no permiten a estos entes gravar obras de carácter público con incidencia fuera de un distrito, por lo que considera que la misma está exenta del pago del permiso de construcción.

En ese mismo orden de ideas, la accionante manifiesta que la publicación en la gaceta oficial del Acuerdo número 60 de 3 de julio de 2012, fue posterior a que se suscribiera el Contrato AL-1-22-12 entre el Ministerio de Obras Públicas y empresa Bagatrac, S.A., razón por la que considera que no le puede ser aplicada una regulación que no se encontraba vigente a la fecha en que se inició el proyecto de construcción.

Finalmente, alega que la Ley 106 de 1973 no le otorga facultades al Alcalde del distrito de Santiago para dar inicio al proceso por cobro coactivo en contra de la empresa Bagatrac, S.A. así como tampoco para secuestrar o embargar las cuentas bancarias de la misma, por no haber tramitado el correspondiente permiso de construcción; situación por la que considera que es un acto ilegal, por lo que debe ser decretado nulo por el Tribunal (Cfr. fojas 11 a 18 del expediente judicial).

Antes de analizar los argumentos expuestos por la parte actora, este Despacho debe destacar que el apoderado judicial de la recurrente confunde el pago del derecho del permiso de construcción con los impuestos que recaen sobre la construcción, tal como se desprende de la redacción de la demanda. A propósito de esa confusión, la Sala en sentencia de 30 de septiembre de 1998, ha manifestado lo siguiente:

“La Sala observa que el demandante confunde el pago del derecho del permiso de construcción con el pago del impuesto municipal por la construcción como una actividad comercial lucrativa, y también confunde el concepto de impuesto de edificación y reedificación.

El permiso de construcción, tal como lo indica su nombre, es la autorización, permiso o licencia que la Alcaldía otorga para que el propietario de un predio y un constructor inicien y ejecuten una construcción. El artículo 76 de la Ley de los Municipios los faculta para cobrar un derecho o una suma de dinero determinada para la expedición de ese permiso.

Por otra parte, el artículo 75 de la Ley 106 de 1973, indica que la actividad de edificar y reedificar es gravable por los Municipios. Este impuesto recae sobre la construcción y se calcula en base al valor de la obra construida. Para ello es necesario que un técnico conecedor de la materia avalúe la obra e informe a las autoridades correspondientes para que sean éstas quienes determinen el impuesto a pagar en este concepto.

Este impuesto sobre la edificación o reedificación no debe confundirse con los impuestos municipales que deben pagar las empresas que se dedican al negocio de la construcción dentro de un determinado Distrito, puesto que este impuesto surge de la actividad comercial lucrativa que realizan estas empresas...”(El subrayado es de la Procuraduría).

Una vez hecha esta aclaración, esta Procuraduría manifiesta que no comparte la afirmación hecha por la recurrente en el sentido de que la obra objeto del Contrato AL-1-22-12 se encuentra exenta de obtener el correspondiente permiso de construcción, opinión sustentada en el hecho de que la obra tiene trascendencia nacional.

Nuestro criterio tiene su base jurídica en que la empresa Bagatrac, S.A., se encontraba obligada a tramitar su permiso o licencia de construcción ante el Municipio de Santiago, a fin de que ésta entidad diera su aprobación o autorización para que iniciara la obra objeto del contrato, en atención a lo que establece el numeral 4 del artículo 76 de la Ley 106 de 1973, que señala lo siguiente:

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

...
4. Licencias para construcciones de obras;...”

De la norma citada, se infiere que el Municipio del distrito de Santiago tiene la facultad de cobrarle derechos a la empresa Bagatrac, S.A., por razón de la licencia emitida para la construcción de la obra; máxime si el Ministerio de Obras Públicas en el Contrato AL-1-22-12 no asumió dicha responsabilidad. A ello se suma el hecho de que entre las obligaciones emanadas del Contrato AL-1-22-12, se encontraba la de cumplir fielmente con todas las leyes, decretos, ordenanzas provinciales, acuerdos municipales, disposiciones legales vigentes y asumir todos los gastos que éstas establezcan, sin ningún costo adicional para el Estado.

Sobre el tema del permiso de construcción la Sala se pronunció en Sentencia de 6 de agosto de 2004, de la siguiente manera:

“La Sala observa que, en el presente caso, la disconformidad de la demandante estriba básicamente en el hecho que, a su juicio, estaban exentos de tramitar el permiso de construcción, en virtud de que la obra a realizar está exonerada del pago del impuesto de construcción.

En ese orden de ideas, esta Superioridad estima que no le asiste razón a quien demanda, pues la normativa legal vigente obliga a todo aquel que pretenda iniciar un proyecto de construcción, a obtener previamente el denominado permiso de construcción. En efecto, el artículo 1 del Acuerdo Municipal N° 116 de 9 de julio de 1996 dispone que ‘para construir, realizar mejoras, adiciones a estructuras, demolición y movimiento de tierra dentro del Distrito de Panamá, por realizarse a través del

sector privado o público, se requiere obtener permiso escrito otorgado por la Alcaldía a través de la Dirección de Obras y Construcciones Municipales, quien lo expedirá con base a las disposiciones señaladas por los artículos 1313, 1316, 1320, 1324 del Código Administrativo, las que dispone el presente Acuerdo y otras disposiciones legales vigentes.’.

La Sala advierte, contrario a lo expuesto por la apoderada judicial de la parte actora, que la norma legal citada en el párrafo precedente exige la tramitación del permiso de construcción para todo tipo de proyecto, sin excepción alguna y sin distinguir si la obra a realizar es o no de trascendencia nacional. En este punto, es necesario aclararle a la demandante que, el hecho que la obra esté exonerada del pago del impuesto de construcción - situación que, en todo caso, no le corresponde deslindar a la Sala en este momento- no significa que asimismo esté exenta de cumplir con el requisito del permiso de construcción, pues son cuestiones distintas y separadas.

En base a lo que se ha expuesto, es claro que CELMEC, S.A. debió tramitar el permiso de construcción respectivo antes de iniciar la ejecución del proyecto de obra, máxime cuando del contenido de la cláusula primera del contrato respectivo se desprende que era responsabilidad de la demandante "... hacer todo lo que sea necesario para completar..." el proyecto licitado. Por ello, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 84 del Acuerdo Municipal N° 116, estima esta Superioridad, que el Alcalde del Distrito Capital procedió conforme a derecho al sancionar a la empresa CELMEC, S.A..." (El subrayado es de la Procuraduría).

De las constancias procesales se desprende que, el Municipio del distrito de Santiago lo que está cobrando a la empresa Bagatrac, S.A., es el derecho por la expedición del permiso de construcción, con la finalidad que este ente municipal diera su aval para que se inicien los trabajos, en atención a lo establece el artículo 1 del Acuerdo número 60 de 3 de julio de 2012, el cual modificó el Acuerdo Municipal 15 de 12 de junio de 2001, que señala lo siguiente:

“Artículo 1. Para construir, realizar mejoras, adiciones a estructuras, cañerías, movimiento de tierra, carreteras, puentes y obras similares dentro del Distrito de Santiago, a realizar a través del sector privado o público, se requiere obtener permiso escrito

otorgado por la Alcaldía a través del Departamento de Ingeniería Municipal, quien lo expedirá con base a las disposiciones señaladas por los artículos 1313, 1314, 1315, 1316, 1317, 1320, 1324 del Código Administrativo y las que dispone el presente Acuerdo.”

En ese mismo sentido, advertimos que en el presente caso la disconformidad de la demandante estriba básicamente en el hecho de que, a su juicio, se le está cobrando un impuesto por la construcción, en relación con el cual sostiene que, como se trata de una obra de carácter nacional, se encuentra exenta de tramitar cualquier permiso de construcción, y por ende, exonerada del pago de cualquier impuesto, tasa o contribución; sin embargo, tal argumento resulta inadmisibles, puesto que la normativa legal vigente obliga a todo aquel que pretenda iniciar un proyecto de construcción, el obtener previamente lo que la Ley 106 de 1973 denomina “licencias para construcciones de obras”, en atención a lo que establece el artículo 1 del acuerdo antes citado; razón por la que carecen de sustento jurídico los cargos de ilegalidad en contra de los artículos 35, 36 y 47 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

En relación a la supuesta infracción del artículo 46 de la Ley 38 de 2000, la sociedad demandante manifiesta que el Acuerdo número 60 de 3 de julio de 2012, el cual establece nuevas disposiciones sobre la construcción, adición de estructuras, mejoras, demolición, cañerías, movimiento de tierras, construcción de carreteras, puentes y otros similares en el distrito de Santiago, fue publicado en la gaceta oficial con posterioridad a que la empresa diera inicio a las obras de construcción; situación por la que considera que el mismo no le puede ser aplicado de manera retroactiva, ya que carecía de existencia jurídica al tiempo en que se suscribió el Contrato AL-1-22-12 con el Ministerio de Obras Públicas. Bajo ese mismo criterio igualmente sustenta la violación del artículo 39 de la Ley 106 de 1973. Sin embargo, este Despacho considera que la justificación utilizada por la recurrente para no dar cumplimiento a lo dispuesto por el Acuerdo número 60

de 3 de julio de 2012, carece de asidero jurídico, ya que lo cierto es, que dicho acuerdo modifica el Acuerdo Municipal 15 de 12 de junio de 2001, cuyo artículo 1 igualmente exigía el requisito de obtener el permiso de construcción antes de que se iniciara una obra, por lo que la situación jurídica que regía en el momento en que se dio inicio al proyecto de construcción era la misma y de obligatorio cumplimiento para todo el distrito de Santiago; de ahí que se estima que las normas invocadas por la actora no infringen ningún derecho subjetivo de la accionante (Cfr. gaceta oficial número 24,491 de 14 de febrero de 2002; y número 27,087 de 27 de julio de 2012)

Para concluir este análisis, esta Procuraduría debe advertir que como parte de las normas que invoca como infringidas la recurrente aduce la violación del artículo 46 de la Constitución Política de la República, materia que no puede ser controvertida en este caso, debido a que a la jurisdicción Contencioso Administrativa sólo le está atribuida el control de la legalidad de los actos, de manera que no pueden invocarse como disposiciones vulneradas normas constitucionales, conforme lo hace la recurrente, ya que su análisis le corresponde privativamente al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en atención a lo que establece el artículo 206 del Estatuto Fundamental, en concordancia con el artículo 97 del Código Judicial; razón por la que nos abstenemos de pronunciarnos en torno a tal norma.

Por otra parte, ponemos de relieve que la recurrente ha invocado en su demanda que la Sala ordene al Juzgado Ejecutor del Municipio de Santiago el levantamiento de la medida cautelar decretada mediante el Auto 16 de 29 de agosto de 2012; no obstante, este Despacho que esta solicitud no es viable, debido a que esta petición debe ser formulada dentro del proceso por cobro coactivo que el Municipio de Santiago le sigue a la sociedad recurrente, tal como lo ha indicado el Tribunal en Auto de 1 de julio de 2008, proferido al decidir una

situación similar a la que nos ocupa. En su parte pertinente dicho auto expresa lo siguiente:

“Los procesos ejecutivos por cobro coactivo se encuentran regulados en los artículos 1777 al 1785 del Código Judicial, y expresamente se menciona que se procederá en estos procesos de conformidad con las disposiciones del Código Judicial y demás normas legales sobre la materia. Es una jurisdicción distinta a la ordinaria y a la contencioso-administrativa, en la cual hay establecido un procedimiento especial para el cobro de créditos vencidos, a favor del Estado.

Los actos proferidos por los funcionarios de la jurisdicción coactiva se califican como actos de naturaleza jurisdiccionales, porque aunque son proferidos por autoridades administrativas, se emiten en ejercicio de la función jurisdiccional que previamente la ley le ha asignado a un organismo público o a un funcionario administrativo determinado, para que, sin la necesidad de recurrir a la autoridad judicial, haga efectiva por la vía ejecutiva, las deudas exigibles a favor de la entidad pública que ejerce dicha jurisdicción.

...

Si bien, dicho artículo 97 del Código Judicial establece en su numeral 4 que la Sala Tercera es competente para conocer de las apelaciones, excepciones, tercerías o cualquier incidente en los procesos por cobro coactivo, la vía para acudir a esta Sala es la vía de la jurisdicción coactiva y no la de la contencioso administrativa, estando obligados los jueces ejecutores a remitir los procesos por cobro coactivo a esta instancia cuando se presenta algún recurso contra las resoluciones que expiden...” (El subrayado es de la Procuraduría).

Debido a las consideraciones que preceden, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados que declaren que NO ES ILEGAL, la Resolución 192 de 22 de agosto de 2012, emitida por la Alcaldía Municipal de Santiago y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas:

A. Con respecto a las pruebas aportadas por la demandante, está Procuraduría objeta, por ineficaces, los documentos visibles en las fojas 28 a 37, 38 a 49 y 55 del expediente judicial, por tratarse de copias simples de sus

originales, que no cumplen con el requisito de autenticidad exigido por el artículo 833 del Código Judicial;

B. Con el propósito que sea solicitado por la Sala e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental, la copia autenticada del expediente que guarda relación con el caso que nos ocupa, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 678-12