REPÚBLICA DE PANAMÁ

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Vista Número 252

Panamá, 18 de mayo de 2012

Proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción.

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en representación de **Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A. (Sucasa)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la negativa tácita por silencio administrativo del **Municipio de Panamá,** y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

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 artículo 61 de la ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, el cual me permite reiterar lo ya señalado en la contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste razón alguna a la recurrente en lo que respecta a su pretensión, dirigida a que se declare nula, por ilegal, la negativa tácita por silencio administrativo, en la que, según alega la apoderada judicial de la Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A., incurrió el Municipio de Panamá al no responderle dentro del término previsto por la ley, una nota recibida el 1 de marzo de 2011, a través de la cual el representante legal de la sociedad le comunicó a ese ente municipal que le adeudaba y se mantenía moroso en el pago de B/.1,123,495.71, como producto de la falta de cumplimiento de lo pactado en el contrato 543-2006, adicionado y/o modificado por las adendas número 01-2007, 02-2008, 03-2008 y 04-2009 suscrito el 12 de enero de 2007, de alquiler de equipo pesado; y en el contrato 290-2006, de venta de equipo pesado, utilizado para el

tratamiento de los desechos sólidos depositados en el relleno sanitario de Cerro Patacón (Cfr. fojas 5 a 7, 28 a 30, 33 y 34, 37 a 47 del expediente judicial).

I. Algunas consideraciones en torno a los planteamientos hechos por la accionante en su demanda.

En la Vista número 56 de 24 de enero de 2012, este Despacho se opuso a los argumentos planteados por la apoderada judicial de la actora, puesto que las constancias allegadas al expediente judicial reflejaban que el Municipio de Panamá no podía dar respuesta a la solicitud formulada por la Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A., para la cancelación de cuentas pendientes de pago, generadas por el servicio que, en su momento, recibió la municipalidad producto de la relación contractual ya descrita, cuando evidentemente no tenía bajo su custodia la documentación que se originó a partir del perfeccionamiento de la misma, ya que todos esos documentos reposan en la nueva Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD).

Además señalamos, que la ley 51 de 29 de septiembre de 2010 que crea esa Autoridad, con personería jurídica y autonomía en su régimen interno, derogó la ley 41 de 1999 que, a su vez, había creado la Dirección Metropolitana de Aseo (DIMAUD), misma que le otorgó al Municipio de Panamá la administración, operación y explotación del servicio de aseo urbano y domiciliario en este distrito, la cual dejó de tener existencia jurídica al entrar en vigencia la ley 51, antes mencionada (Cfr. gaceta oficial 26631-A de 29 de septiembre de 2010).

Como consecuencia de la creación de la nueva autoridad de aseo y al llevarse a cabo la transferencia de la administración de estos servicios a la nueva institución, hecho ocurrido el 3 de enero de 2011, todos los documentos, archivos, bienes y funcionarios que pertenecieron a la antigua Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario (DIMAUD), pasaron a control a la misma. Como parte de esta transferencia también le fue trasladado el Departamento de Receptoría de Cuentas y Pagos que mantenía el control y

documentos de las cuentas por pagar, el cual formaba parte de la antigua dependencia municipal; razón por la que la jefa del Departamento de Cuentas y Pagos de la Tesorería Municipal de Panamá, al no tener acceso a esa documentación, no podía determinar si las cuentas cuyo pago reclama la Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A., habían sido o no canceladas (Cfr. fojas 85, 86 y 87 del expediente judicial).

Todo lo anterior sirve para establecer, que la negativa tácita por silencio administrativo a la que recurre la demandante como sustento de su pretensión, obedeció fundamentalmente a la imposibilidad que tenía la administración municipal para dar respuesta oportuna a su petición.

II. Análisis de las pruebas aducidas y practicadas en la etapa probatoria.

Con el objeto de acreditar los hechos de su demanda, la apoderada judicial de la recurrente adujo en la etapa probatoria, los testimonios de Roberto Van Hoorde Van Der Dijs, Eugenio Rodríguez Ríos, Raúl de la Barrera Tristán, José Roberto Quijano Durán y Abdiel Antonio González Jiménez, quienes al momento de darse los hechos trabajaban para la hoy demandante, es decir, la empresa Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A., **por lo que al tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 909 del Código Judicial eran sospechosos para declarar en este proceso** (Cfr. fojas 211 a 215; 223 a 233; 257 a 259 y 270 a 272 del expediente judicial).

De igual manera, la actora adujo los testimonios de Alonso Alsín Filós Avecilla, Juan Luis Anaya, José Alexis Guerrero Bonilla, quienes laboraron en la antigua entidad de aseo y actualmente lo hacen en la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (AAUD); Juan Carlos Navarro Quelquejeu, ex alcalde del distrito de Panamá, y Carlos Alberto Vallarino Rangel, ex contralor de la República de Panamá (Cfr. fojas 236 a 249 y 253 a 255 del expediente judicial).

Con las anteriores declaraciones, la demandante pretendía establecer: a) que el Municipio de Panamá no cumplió con los pagos acordados en los contratos 543-2006 y sus correspondientes adendas, para el alquiler de equipo pesado, y 290-2006, de venta de equipo pesado, aun cuando se llevaron a cabo todas las diligencias tendientes a lograr la cancelación de las sumas pactadas en sus cláusulas; b) que, a su juicio, esa situación era comprobable con los documentos que fueron aportados con la presentación de la demanda; c) que la empresa cumplió a cabalidad con cada una de las obligaciones emanadas de los acuerdos; y d) la entidad municipal se benefició con el uso del equipo pesado dado en arrendamiento y en venta.

En opinión de esta Procuraduría, esas declaraciones testimoniales no han logrado demostrar cuáles son las sumas reales dejadas de pagar frente a las que fueron canceladas oportunamente por el Municipio de Panamá, ya que en autos únicamente constan recibos de presentación de cuentas y las facturas que se adjuntaron con las mismas; documentos que sólo hacen referencia al contrato 543-2006, de arrendamiento de equipo pesado, de ahí que los testimonios aportados sólo pudieran servir para acreditar el hecho de la presentación de las referidas cuentas ante el Municipio de Panamá.

Por otra parte, las letras vencidas correspondiente al contrato 290-2006, de venta de equipo pesado, no fueron incorporadas al proceso, en el que igualmente consta el recibo de presentación de cuenta visible a foja 36 del expediente judicial, de manera que los testimonios recibidos únicamente permitirían dar fe de este hecho, mas no así de la cuantía y validez del cobro efectuado; circunstancia que no es posible determinar a través de este medio probatorio, que resulta ineficaz para este propósito de acuerdo con lo que prevé el artículo 844 del Código Judicial, el cual es claro al indicar que no es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar en documentos.

Con la finalidad de demostrar que la entidad demandada incurrió en mora con respecto a las obligaciones de pago contraídas en los contratos celebrados para el tratamiento de los desechos sólidos depositados en el relleno sanitario de Cerro Patacón, la actora también propuso la práctica de una prueba pericial contable, la cual fue admitida por ese Tribunal mediante el auto de prueba número 76 de 19 de marzo de 2012, y cuyo objeto consistió en determinar a cuánto ascendían los intereses moratorios generados por el saldo deudor, hasta la fecha en que se promovió la demanda, lo que a juicio de esta Procuraduría, tampoco se ha logrado establecer mediante esta experticia (Cfr. fojas 175 a 182 del expediente judicial).

Antes de analizar los resultados del dictamen rendido por el perito de la parte actora con el objeto de dar contestación a la pregunta realizada por ese Tribunal, para que se determinara este último aspecto, este Despacho cree conveniente advertir que los contratos suscritos entre el Municipio de Panamá y la Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A., fueron perfeccionados bajo el amparo de la ley 56 de 21 de diciembre de 1995, que regulaba la contratación pública en la República de Panamá, y que conforme lo que establecía el artículo 80 de la citada ley, *"los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato…"*, por lo que para efectos de este alegato, es necesario hacer mención que en los términos y condiciones de dichos contratos, no se observa cláusula alguna relativa al pago de intereses moratorios; cuya exigibilidad estaba condicionada, según lo ha señalado esa Sala en su fallo de 3 de junio de 2010, al hecho que éstos hubieran sido convenidos contractualmente por las partes (Cfr. fojas 28 a 30, 33, 34, 37 a 47 del expediente judicial).

La sentencia en mención dice así en su parte pertinente:

> "Luego de surtidas las etapas procesales y de expuestas las principales piezas del presente negocio, la Sala procede a resolverlo en el fondo, previo a las siguientes consideraciones.

En el acto demandado, se informó a la empresa recurrente que:

> '...En atención a su memorial de fecha 13 de diciembre de 2006, en el que manifiesta la intención de la empresa que usted representa, de que se le reconozcan y paguen los intereses por pago de cuentas atrasadas, con relación al contrato N° 023-98, teniendo como marco legal lo establecido en el artículo 80 de la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995 (intereses moratorios), tenemos a bien informarle:
>
> Este Ministerio elevó consulta sobre el tema a la Dirección de Contrataciones Públicas, del Ministerio de Economía y Finanzas y ésta es del criterio siguiente: '...si bien es cierto que los artículos 9, numeral 7 y 80, numeral 2 de la Ley N° 56 de 17 de diciembre de 1995, establece el derecho al pago de intereses moratorios luego de transcurrido el plazo de 90 días a partir de la presentación de la cuenta, no se puede desconocer que el primer inciso del mismo artículo 80, establece que los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato y, si en el contrato no se ha pactado el pago de intereses moratorios entonces no corresponde al contratista el reclamo de dicho pago.' (lo subrayado es nuestro).
>
> De lo antes expuesto se desprende que para que se proceda al reconocimiento y pago de los intereses por mora que se causen por el atraso del pago de las cuentas presentadas por los contratistas, debe estar así estipulado dentro del respectivo contrato, tal como lo establece el artículo 80 de la Ley N° 56 de 1995, antes citada. Por lo tanto, esta institución, siguiendo estos lineamientos, reitera que si en el contrato no se estableció el pago de intereses por mora, no procede el reclamo a propósito de intereses moratorios.
>
> ...'

Así las cosas, esta Superioridad y conforme a lo establecido por el artículo 80 de la Ley Nº 56 de 27 de septiembre de 1995, se manifiesta que: '*los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato'*, procedió a la revisión de los términos y condiciones del Acto Público Internacional N° 3-98, el Pliego de Cargos, el Contrato N° 023-98 de 14 de mayo de 1998, y la Addenda N° 1 AL, del Contrato N° 023-98; no encontrando en alguna de sus cláusulas, condiciones o términos de referencia, cláusula alguna que estableciese el pago de intereses moratorios, tal

como lo dispone el artículo 80 de la Ley N° 56, en mención.

Al efectuar el concerniente análisis del presente infolio, la Sala valora que dadas las condiciones bajo las cuales fue expedida la Nota N° AL-771 de 26 de diciembre de 2006 en controversia, la misma se ajustó a lo determinado por el artículo 80 de la Ley de Contrataciones Públicas (Ley Nº 56 de 1995), que a su vez nos remite al numeral 7 del artículo 9 de la misma, en virtud de que 'los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato':

> 'Artículo 80. Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato...'

En referencia a las condiciones previamente estipuladas en las normas transcritas, esta Corporación es del sustento que la vulneraciones invocadas por la parte demandante, son improcedentes, pues la forma para exigir el pago de intereses moratorios referentes a atrasos en el pago acordado en el contrato, debe constar en lo pactado.

Consecuentemente con lo expresado en el párrafo que precede, en diligencia de peritaje, suscrita por el perito Boris Osvaldo Ávila Cosme, manifestó que:

> '...
>
> De acuerdo a la Ley N° 56, del 27 de diciembre de 1995, en el artículo N° 80, establece: 'Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato', por consiguiente, el mismo en ninguna de sus cláusulas contempla pagos de intereses por retrasos en las cuentas presentadas por el contratista.
>
> Basándonos en las normas y lo que establece el contrato N° 023-98, consideramos que no hay compensación en tiempo y dinero porque la Ley 56 de 27 de diciembre de 2006 (sic), en el artículo N° 80, El pago, dice: 'Los pagos se realizarán en la forma prevista en el contrato.'
>
> ...'

En consecuencia, esta Magistratura no puede reconocer el argumento esbozado por la parte actora, si la Ley es clara al momento de reconocer este tipo de retribuciones.

A modo de docencia, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, en su edición número 23 del año 1996, define el término *interés moratorio* de la siguiente manera:'se llama *Interés Moratorio,* cuando se

destina a reparar el perjuicio resultante de la mora en el cumplimiento de una obligación; ...'

Con relación al tema del pago de los intereses moratorios, los juristas Mariela Vega de Herrera y Alejandro Ordóñez, en su libro 'Contratación Estatal' (Editorial Temis, Colombia, 1999, pág. 29) exponen la siguiente observación:

'... Con este propósito se debe recurrir al ajuste y revisión de precios, así como a **los intereses moratorios, en cumplimiento de la respectiva cláusula que así lo estipule**. Se procura, de esta manera, sostener con su valor intrínseco y real las condiciones que determinaron a las partes a celebrar el contrato. Respecto del contratista no solo ha de tenerse en cuenta su carácter de colaborador sino también su legítima aspiración a lograr un provecho, o sea su ánimo de lucro...' (El subrayado y resaltado corresponde a la Sala)

> La Corte reitera que, en vista que dentro del Contrato Nº 023-98 de 14 de mayo de 1998, no se estipula una cláusula que en forma expresa constituya el denominado interés moratorio, para ser efectivo el pago producto del mismo."

De acuerdo a la conclusión a la que arribó el perito contable John Cletus Cheng Backyew, designado por la apoderada judicial de la actora, "a la fecha de la demanda, el Municipio de Panamá, le debía a Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A. (SUCASA) la suma de B/.2,481,410.58, valor éste que incluye recargos e intereses conforme al artículo 1072-A del Código Fiscal, condiciones éstas que fueron pactadas en los respectivos contratos celebrados oportunamente" (La subraya es de este Despacho).

Según se observa, la suma anterior fue desglosada de la siguiente forma en el informe presentado por el perito: la cantidad de B/.103,057.48, correspondiente a recargos generados por el contrato 543-2006, calculados a una rata del 10% mensual; y la suma de B/.1,032,922.25 que representa los intereses calculados al 20% mensual. En cuanto al contrato 290-2006, éste certificó que los recargos calculados al 10% mensual ascienden a la suma de B/.21,298.04 y los intereses calculados al 20% mensual tienen un monto de B/.80,577.58.

Frente a esta informe pericial, es importante anotar que para realizar el cálculo de los intereses moratorios, dicho especialista se basó en lo que establece el **segundo párrafo del artículo 1072-A del Código Fiscal**, de acuerdo con el cual los créditos tributarios por concepto de impuestos y derechos de importación que deberán pagarse con un recargo de 10% y adicionalmente un recargo de 20% después de vencido el término previsto en la norma, **lo que pone en evidencia el error en el que incurre el dictamen, al utilizarse como base para el cálculo efectuado, una norma legal cuyo contenido resulta del todo ajeno a la materia controvertida en este proceso**.

En efecto, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1072-A del Código Fiscal, **aplicable a este proceso por la remisión expresa que hace el numeral 2 del artículo 80 de la ley 56 de 1995,** los créditos a favor del Tesoro Nacional, léase del contratista, devengarán un interés moratorio por mes o fracción, contado desde la fecha en que el crédito debió ser pagado hasta la fecha de su cancelación y, que será de 2 puntos porcentuales sobre la tasa de referencia del mercado que indique anualmente la Superintendencia de Bancos. Por tanto, resulta obvio que las cifras que reflejan este peritaje con respecto a los intereses moratorios que se suponen corren a cargo del Municipio de Panamá, no resultan acordes con la formula prevista por la norma que los regula y, por ende, no deben ser aceptados por ese Tribunal.

Si tomamos en cuenta lo anteriormente señalado por esa Sala, con respecto a la necesidad de que los intereses moratorios estén expresamente pactados en el contrato, como requisito indispensable para su exigibilidad, y que por otra parte, la estimación hecha por el perito con relación a los mismos está sustentada sobre una base legal no pertinente a esta materia, puede concluirse que, de ser tomados en cuenta pese a estos argumentos, se estaría reconociendo judicialmente una suma de dinero cuya cuantía dista mucho de estar acreditada en el proceso**.**

En atención a las consideraciones que preceden, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados que declaren que NO ES ILEGAL, la negativa tácita por silencio administrativo en la que incurrió el Municipio de Panamá al no dar respuesta a la solicitud hecha por la Sociedad Urbanizadora del Caribe, S.A., el 1 de marzo de 2011 y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 307-11