

disminución de nivel y jerarquía, toda vez que las condiciones económicas y de antigüedad no fueron afectadas.

Como punto final, es un hecho público que debe ser tomado en cuenta, que la Dirección de Reforma Agraria, a la cuál pertenece el Departamento de Mensura, por disposición expresa del artículo 3 de la Ley 59 de 2010, que entró en vigencia el 8 de octubre de 2010, a escasos meses en que se interpuso esta demanda, dejó de ser parte de la estructura del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, para formar parte de la nueva Autoridad Nacional de Tierras, hecho que debe ser tomado en consideración para los efectos de la ejecución de este acto.

DECISIÓN DE LA SALA

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE ES NULO, POR ILEGAL, el Oficio N°DINRA-Stgo-009-09 de 16 de julio de 2009, emitido por la Dirección Nacional de Reforma Agraria; y, en consecuencia, ORDENA el reintegro del ingeniero ANDRÉS AGUSTÍN LÓPEZ PÉREZ al cargo que ocupaba en el momento en que fue trasladado, o a otro cargo de igual jerarquía, según la actual estructura de la Dirección de Reforma Agraria.

Notifíquese,

ALEJANDRO MONCADA LUNA

VICTOR L. BENAVIDES P. - EFREN C. TELLO C.
KATIA ROSAS (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO CARLOS E. CARRILLO G., EN REPRESENTACIÓN DE CONSTRUCTORA DEL ISTMO S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN NO. 1 DEL 23 DE ENERO DE 2006, EMITIDA POR EL MINISTRO DE LA PRESIDENCIA Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ALEJANDRO MONCADA LUNA. PANAMA, TRES (3) DE ENERO DE DOS MIL TRECE (2013).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente:	Alejandro Moncada Luna
Fecha:	jueves, 03 de enero de 2013
Materia:	Acción contenciosa administrativa Plena Jurisdicción
Expediente:	046-2006

VISTOS:

El Licenciado Carlos E. Carrillo Gomila, en representación de la sociedad CONSTRUCTORA DEL ISTMO, S.A., ha presentado demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, con el objeto de que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declare que es nula, por ilegal, la Resolución No. 1 de 23 de enero de 2006, emitida por el Ministro de la Presidencia, mediante la cual se rescinde administrativamente el Contrato No. PD-UPC/143-2001 del 20 de marzo de 2001.

I Antecedentes

1. Los hechos y la demanda

Según se sigue de las constancias que integran el presente expediente, los hechos que dan origen a la controversia pueden sintetizarse así:

1. La Constructora del Istmo S.A. y el Ministerio de Economía y Finanzas, organismo ejecutor del Programa de Desarrollo Sostenible, suscribieron el Contrato PD-UPC/143-2001 del 20 de marzo de 2001, para el diseño, construcción y mantenimiento para la pavimentación de la Carretera Panamericana, Tramo: Tortí-Agua Fría No. 1.
2. Al Contrato PD-UPC/143-2001, se le fijó un período de duración de sesenta y nueve (69) meses calendarios, contados a partir de la orden de proceder, autorizada por la Unidad Coordinadora de Programa.
3. La ejecución de la obra consta de dos etapas diferenciadas en el proyecto, desglosado de la siguiente forma: a partir de la orden de proceder debe terminarse en nueve (9) meses calendario, el diseño y la construcción de la pavimentación de la carretera, y un período de sesenta (60) meses calendario, deberá darle mantenimiento a la carretera, a partir de la fecha de recepción provisional, establecida en la terminación de la fase de diseño y construcción.
4. Mediante Decreto Ejecutivo No. 2 de 7 de enero de 2005, se creó la Unidad Coordinadora y Ejecutora de los Programas de Desarrollo Sostenible, adscrita al Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible del Ministerio de la Presidencia
5. El día 23 de enero de 2006, el Ministerio de Economía y Finanzas tomó la decisión de rescindir el Contrato No. PD-UCP/143-2001, a través de la Resolución No. 1, toda vez que el contratista no reparó, ni subsanó los daños que se generaron en la obra contratada.
6. La precitada resolución contempla que el contratista incumplió: “los literales “n”, “i” y “m” de la cláusula tercera del contrato que establece las “Obligaciones del Contratista”.
7. Con apoyo en lo anterior, la parte actora formuló su pretensión encaminada a que se declare nula por ilegal, la Resolución No. 1 del 23 de enero de 2006, toda vez que su representada no tuvo responsabilidad en los hechos que dieron origen a la

rescisión del Contrato PD-UPC/143-2001. Igualmente solicita en su demanda que se restablezca su derecho, se declare al Estado responsable por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato PD-UCP/143-2001, por un monto que ascienden a la suma de TRES MILLONES DE BALBOAS (B/3,000.000.00).

II Normas que se estiman infringidas

La sociedad demandante sostiene que el acto impugnado violó supuestamente un número plural de disposiciones legales, como indica a continuación:

1. Se reputa violado el numeral 7 del artículo 9 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, porque es del criterio que el Ministerio de la Presidencia y el Ministerio de Economía y Finanzas, tenían la obligación de devolverle al contratista el diez por ciento (10%) retenido del valor total del trabajo ejecutado, dentro del término fijado por la Ley, es decir a partir de los noventa (90) días contados a partir de la presentación de la cuenta completa.
2. El numeral 6 del artículo 9 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, porque considera que la entidad contratante tenía la obligación de coordinar que se regulara el peso de los camiones que transitaban por el proyecto. Según la actora, tal omisión generó que el proyecto presentara daños, los cuales no son defectos de la construcción causados por la mala calidad del asfalto utilizado, pues el asfalto aplicado fue aprobado por la entidad.
3. El numeral 1 del artículo 11 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, en virtud de que considera que la Constructora del Istmo S.A., cumplió con lo establecido en los pliegos de cargos y especificaciones del contrato PD-UCP/143-2001, sin embargo no recibió el pago correspondiente por los trabajos realizados.
4. El numeral 6 del artículo 16 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, porque considera que se emitió el acto impugnado, a pesar que el contrato había terminado, y por ende no podía ser rescindido, lo cual genera que la entidad contratante, haya actuado con desviación de poder.
5. El numeral 1, artículo 104 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, porque es del criterio que el contrato suscrito entre su representada y la entidad contratante había terminado, y por ende no se le podía señalar a su representada que había incumplido con el contrato.
6. El artículo 106 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, toda vez que es del criterio, que la entidad contratante dejó a la Constructora del Istmo S.A., en estado de indefensión, toda vez que no se valoraron las pruebas aducidas, ni fueron practicadas antes que se rescindiera el contrato, como lo establece la Ley.

7. El artículo 69 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, porque considera que la entidad contratante hizo caso omiso a las situaciones que se estaban dando en el proyecto, sin embargo posteriormente responsabilizó a su representada.
8. El artículo 1107 del Código Civil, porque considera que la entidad, en forma contraria a derecho, realizó una interpretación subjetiva del contrato sin tener un sustento técnico-pericial, procediendo a la resolución administrativa, a pesar de que existía un acta de inspección final de la obra.
9. El artículo 1133 Código Civil, toda vez que existía un acta de inspección final del proyecto, elaborada el día 3 de junio de 2003, donde se dejó constancia que después de inspeccionada y verificada, se daba por finalizada sin excepción la misma.
10. El artículo 976 del Código Civil, en virtud que la entidad demandada no realizó los pagos correspondientes en la forma como se habían pactado en el contrato, y tampoco tomó las medidas necesarias para evitar el tránsito de camiones con exceso de peso en la obra.

III Posición de la Entidad Demandada

De la demanda instaurada se corrió traslado al Ministerio de la Presidencia, para que rindiera su informe explicativo de conducta, el cual fue aportado mediante Nota No. 101-06-AL de 16 de marzo de 2006, que consta a fojas 49 a 50, en el cual indica que el acto impugnado es consecuencia de una serie de hechos irregulares imputables al contratista durante la ejecución del contrato No. PD-UCP/143-2001 de 20 de marzo de 2001, que se traducen en defectos de construcción visibles en la obra ejecutada por Constructora del Istmo, S.A.

Continúa señalando la entidad demandada que en diversas ocasiones se le puso en conocimiento a la sociedad Constructora del Istmo S.A., sobre los defectos de construcción en la obra, lo que posteriormente generó que la sociedad se comprometiera a subsanar los defectos y daños visibles en el proyecto.

Según el Ministerio de la Presidencia, Constructora del Istmo S.A., hizo caso omiso al compromiso adquirido, por lo cual se procedió a remitirle la nota UCEP-N-1042, en el mes de diciembre de 2005, en la cual se ordenó rescindir el contrato.

Termina señalando, que el contratista presentó sus descargos y solicitó que se realizaran nuevas inspecciones oculares, pruebas que fueron negadas porque habían sido realizadas con anterioridad con la participación del contratista.

IV Opinión de la Procuraduría de la Administración

Mediante Vista No. 625 de 29 de agosto de 2006, el representante del Ministerio Público, solicita a la Sala que se sirva declarar que no es ilegal la Resolución No. 1 de 23

de enero de 2006, dictada por el Ministerio de la Presidencia y, en consecuencia, se denieguen las declaraciones solicitadas por la parte actora.

V. Consideraciones de la Sala

Una vez cumplidos los trámites previstos para estos procesos, corresponde a los integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia pasar a dirimir el fondo del presente litigio.

COMPETENCIA DE LA SALA:

En primer lugar, resulta relevante señalar que esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, es competente para conocer de la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción promovida por Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, en representación de la sociedad Constructora del Istmo S.A., con fundamento en lo que dispone el artículo 206, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Código Judicial y el artículo 42b de la Ley No. 135 de 1943, conforme fue reformado por la Ley No. 33 de 1946.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA:

En el caso que nos ocupa, la demandante, la sociedad Constructora del Istmo S.A., como persona jurídica que comparece en defensa de sus derechos e intereses en contra la Resolución No. 1 de 23 de enero de 2006, dictada por el Ministerio de la Presidencia, que le fue desfavorable, razón por la cual se encuentra legitimada para promover la acción examinada.

Por su lado, el acto demandado fue emitido por el Ministerio de la Presidencia, entidad estatal, con fundamento en el Decreto Ejecutivo No. 2 de 7 de enero de 2005 y la Ley de Contrataciones Públicas, Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, derogada mediante Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, y como sujeto pasivo en el presente proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción.

PROBLEMA JURÍDICO Y DECISIÓN DE LA SALA:

La Sala observa que en este caso, existen dos problemas jurídicos, los cuales consisten en determinar si el contratista incumplió con el Contrato No. PD-UPC/143-2001 y si la entidad demandada cumplió con los requisitos legales para declarar resuelto el mismo.

Para abordar el estudio de tales problemas, la Sala enmarcará su argumentación, analizando el Contrato No. PD-UPC/143-2001, su respectivo pliego de cargos, la Ley de Contrataciones Públicas, Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, que en aquel entonces regulaba las contrataciones públicas al amparo de la cual se emitió el acto impugnado.

Hechas las anteriores precisiones corresponde a la Sala examinar cada uno de los tópicos por separado:

A. Incumplimiento del Contratista

Este problema jurídico, se desprende en atención al numeral 6 del artículo 9 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, toda vez que según el recurrente la precitada disposición normativa ha sido infringida según la entidad demandada de manera directa por omisión, porque los daños que se generaron en el proyecto, no son imputables a su representada, sino a la ineficiencia de la entidad, porque ésta estableció el tipo de asfalto que se debía utilizar en la obra, y no coordinó con las autoridades respectivas para que no transitarán por la carretera, camiones con exceso de carga.

Después de analizar con detenimiento las constancias del expediente, se advierte que la Administración fijó la realización de una obra, consistente en la siguiente descripción: Diseño, construcción, mantenimiento para la pavimentación de la carretera Panamericana, tramo: Puente Tortí-Agua Fría No. 1, la cual tenía que ser terminada por fases, ellas son: a) la fase de diseño y construcción de la pavimentación a partir de la orden de proceder, y b) fase de mantenimiento a la carretera, a partir de la fecha provisional, establecida en la fase de diseño y construcción.

En este marco de referencia, este Tribunal considera preciso señalar, que para determinar que el contratista incumplió con el contrato, es preciso analizar el respectivo pliego de cargos, a los propósitos de establecer cuando se entiende entregada la obra y cuáles son las condiciones para que sea aceptada como satisfactoria.

La Doctrina ha establecido que el principio de integración instrumental del contrato, tiene la finalidad de aclarar si en caso de conflicto, impera el contenido del pliego de cargo o lo pactado contractualmente, a lo cual señala Roberto Dromi, lo siguiente:

“El pliego, como instrumento jurídico integrante del contrato, es fundamental a la hora de ejecución del mismo. De allí que se haya sostenido que la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección, ha dado fundamento para que la doctrina, en feliz expresión, lo haya denominado la ley del contrato, por ser la principal de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato.” (Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, segunda edición actualizada. 1995.Pág. 490).

El criterio que se expone ha sido reconocido por este Sala en la sentencia del 3 de julio de 2008, que reproducimos a continuación:

“.....Como corolario de lo esbozado en los párrafos que anteceden, es menester indicar que la cláusula a la que se ha hecho mención, y que está inserta en el pliego de cargos, constituye Ley entre las partes contratantes, conforme a lo

dispuesto en el numeral 17 del artículo 3 de la Ley No. 56 de 1995, estableciéndose que:

Pliego de Cargos. Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican, el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.

El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y ejecución del contrato y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones...." (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, en representación de Almacenadora Nacional, S. A., para que se declare nula, por ilegal, la nota nº dm-dni-n 0351 del 16 de febrero de 2005, emitida por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones).

De lo anterior, podemos señalar que la línea jurisprudencial y la doctrina han indicado que cuando el contratista acepta el contenido del pliego de cargo y el contrato, lo hace sin condiciones, ni objeciones. El pliego de cargos del Contrato No. PD-UPC/143-2001, establece disposiciones con varios conceptos a saber: recepción provisional; recepción definitiva; período de garantía y suministros de materiales de la obra.

Recepción Provisional de las Obras

La sección V del Pliego de Cargos correspondiente a las "Condiciones Especiales del Contrato", establece en su numeral 31 que la recepción provisional de la obra procede, cuando se ha finalizado con el conjunto de actividades relacionadas al diseño y construcción para la rehabilitación de la vía, sin incluir las actividades de mantenimiento.

Igualmente en el precitado numeral 31 y el numeral 41.8 de la sección IV "Condiciones Generales del Contrato", señala que la recepción provisional de la obra implica que se transfiere al contratante, la propiedad y los riesgos que se puedan generar de ésta, y al igual constituye el inicio de la garantía contractual de la obra, período que debe ser establecido en el acta de recepción provisional.

Ahora bien, la Sala advierte que el pliego de cargos igualmente establece en su numeral 41.2, que el acta de recepción provisional debe ser firmada por el director de obra (Director de la Dirección Nacional de Inspección del MOP/ funge como representante del Ministro) y el contratista en el lugar de la obra.

Recepción Definitiva de las Obras

En cuanto a la recepción definitiva de la obra se establece en el numeral 42.1 del Pliego de Cargos en la Sección IV "Condiciones Generales del Contrato", que tendrá lugar

un año después del acta de recepción provisional, sin perjuicio de que el contratista no realice los trabajos, para remediar los defectos de ejecución dentro de los plazos acordados.

La sección V de “Condiciones Especiales del Contrato” establece en su numeral 31, que tres (3) meses antes de la fecha de vencimiento de la garantía de cumplimiento (fecha que coincide con el término de los cinco (5) años de responsabilidad del mantenimiento de la vía, por parte del contratista), el Ministerio de Obras Públicas (MOP) debe realizar una inspección y evaluación a la obra, con el objeto de establecer que tiene las condiciones al momento de la recepción provisional. De estar conforme el MOP con esta condición, lo comunicará por escrito al contratista, quien podrá solicitar de inmediato que se realice la inspección final para la recepción final de la obra.

Además se contempla en el pliego de cargos en su numeral 31, que cuando se confeccione el acta de inspección final de la obra, ésta deberá estar firmada por el residente, el inspector de la unidad de coordinación, por el inspector de la contraloría y el contratista.

Período de Garantía

Por otro lado, el pliego de cargos del Contrato PD-UPC/143-2001, contempla en su numeral 44.1 de la Sección IV “Condiciones Generales del Contrato”, que salvo que el contrato establezca otra forma, el período de garantía será igual al período comprendido entre la recepción provisional y la recepción definitiva; sin embargo, el contrato No. PD-UPC/143-2001, no señala nada al respecto, por lo cual se aplica lo contenido en este numeral.

La sección V “De las Condiciones Especiales del Contrato” del pliego de cargos, en el numeral 26, establece que el período de garantía o fianza de cumplimiento, será igual a cinco (5) años posteriores a la fecha de recepción provisional establecidos en el certificado de recepción provisional correspondiente, y será igual al período de mantenimiento de la vía.

A este tenor, en el numeral 31 de la Sección V “De las Condiciones Especiales del Contrato” del pliego de cargos, se estipula que el contratista deberá darle mantenimiento a la vía, una vez concedida la recepción provisional, por los próximos cinco (5) años, incluyendo según el numeral 44.1. los “trabajos de completa terminación”, no siendo estos extensivos a los trabajos necesarios para corregir los efectos del uso o desgaste ordinarios de la obra, a menos que sean producto de deficiencias imputables a él.

Igualmente el numeral 44.1 señala que la recepción provisional tiene por objeto controlar la conformidad de las obras con el conjunto de obligaciones establecidas en el contrato, en particular con las condiciones técnicas particulares y los anexos técnicos.

Por otro lado, el numeral 33.1 contempla que el contratista deberá darle mantenimiento a la vía, una vez concedida la recepción provisional de la obra, incluyendo los defectos de construcción y mantenimiento rutinario, periódico y drenajes.

Bajo este marco de ideas, la Sala observa que no consta dentro del expediente las respectivas Actas de Entrega Sustancial y/o Acta de Inspección Final del proyecto de Diseño, Construcción y Mantenimiento para la Pavimentación de la Carretera Panamericana, tramo Tortí-Agua Fría No. 1. No obstante, la Sala es del criterio que basados en las siguientes constancias procesales documentales, periciales y testimoniales aportadas en el expediente, se realizó la entrega sustancial del proyecto a la Administración, a pesar que no se generó la respectiva acta como establecía el pliego.

- Nota DNI-1799-04 del 22 de abril de 2004, suscrita por el Ministerio de Obras Públicas: "..El día 19 de diciembre se realizó la Inspección o Cuenta Final de la obra, que indica que los trabajos de construcción habían sido concluidos; sin embargo, ese día los presentes redactaron una nota la cual anexa y que señala que el pavimento asfáltico ya presentaba síntomas similares a los de Bayano-Tortí por lo cual debía ser monitoreada..." (Visible a fojas 291-294)
- Informe Pericial de Ingeniería elaborado por los peritos de la parte actora Rolando Salazar y Cesar Cruz: "..d. La Vía Tortí- Agua Fría No.1 fue terminada al 100% el 19 de diciembre de 2003. La vía Tortí Agua Fría Metetí están terminándola en el año 2007-2008. En este periodo diferencial de 5 años a la vía Tortí- Agua Fría se le suspendió el Mantenimiento al no pagar el Ministerio de Obras Públicas el 10% retenido, ni aceptar las Cuentas de Mantenimiento por 6 meses". (Visibles a fojas 375-385)
- Informe de Diligencia de Inspección Judicial elaborado por el perito de designado por la Procuraduría de la Administración, Urbano Galvez: "... De acuerdo al pliego de cargos, cuándo iniciaba el período de mantenimiento...El 20 de diciembre de 2003. Esta fecha se establece después de la entrega de la obra...(Visible a fojas 477-479)
- Declaración Jurada rendida por Sión Atencio, Ingeniero Jefe del Departamento de Ensayo y Materiales del MOP: "..Este proyecto fue recibido por el Estado en el entendimiento que el contratista cumplió con todos los requisitos contractuales verificados por el dueño de la obra y por la Contraloría General de la República.." Sin embargo, posterior a la entrega sustancial del proyecto comenzó a generar fallas en el pavimento..." (Visible a fojas 367-370)

En ese sentido, el contrato PD-UPC/143-2001, cuya finalidad era el diseño, construcción, mantenimiento para la pavimentación de la carretera Panamericana, tramo: Tortí- Agua Fría No.1, se encontraba en la etapa de mantenimiento del proyecto, al momento de rescindirse el mismo.

Suministro de Materiales

Ahora bien, dentro del pliego de cargos en la sección IV, denominada “Condiciones Generales del Contrato”, en su numeral 24.1, establece que los materiales, productos y componentes de construcción serán sometidos, a los fines de su verificación cualitativa en conformidad con las estipulaciones del contrato, en caso que no se establezcan deben ser aceptados por el director de obra.

Igualmente el pliego de cargos, en la misma sección señala en su numeral 23.2, que el contratista no podía utilizar materiales, productos o componentes de construcción de calidad diferente a lo que se haya especificado en el contrato, salvo que el director de obra se lo autorice por escrito, y en su numeral 22 en la sección V, denominada “Condiciones Especiales del Contrato”, se establece que el comportamiento y durabilidad de los materiales son absoluta responsabilidad del contratista,

En este sentido la precitada sección V, en su numeral 21, estipula además que el contratista deberá proveer todos los materiales para la terminación completa y satisfactoria de la obra propuesta, y por ende cuando se trate de materiales naturales está en la obligación de obtenerlos de fuentes aprobadas de acuerdo a lo establecido en los Pliegos de Cargos y a la A.S.T.M “AMERICAN SOCIETY FOR TESTING OF MATERIALS” y/o AASHTO “AMERICAN ASSOCIATION OF STATE HIGHWAY AND TRANSPORTATION OFFICIALS”.

Análisis

La sociedad Constructora del Istmo S.A., sostiene que cumplió con lo pactado en el contrato No. PD-UPC/143-2001, toda vez que desarrolló el proyecto de acuerdo al diseño y especificaciones técnicas establecidas en el pliego de cargo.

Señalan que cuando la Administración rescindió el contrato, el proyecto se encontraba en la fase de mantenimiento, cuyas actividades estaban establecidas en el pliego, las cuales no incluían las reparaciones por los daños ocasionados por los camiones con exceso de carga que transitaban por la carretera, como consta del expediente que reposa en los Ministerios de Obras Públicas y de la Presidencia.

Sin embargo, la Administración señala que la sociedad Constructora del Istmo S.A., incumplió con el contrato porque no llevó a cabo sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía.

Al igual, indica que según el pliego de cargos, a pesar que se hubiesen realizado la aprobación de planos y especificaciones de la obra, por parte del Ministerio de Obras Públicas, no eximía al contratista de su responsabilidad por los trabajos diseñados, obras construidas y materiales utilizados en la obra.

Agrega la Administración, que el contratista tenía la responsabilidad de investigar por su cuenta, todo lo referente a la calidad y aceptabilidad del material que iba a utilizar

en la obra, el cual tenía que cumplir con las normas de calidad y especificaciones contenidas en ASTM y AASHTO.

En conclusión, para la Administración, el contratista había incumplido sus obligaciones pactadas en los literales “i”, “n” y “m” de la cláusula tercera del contrato PD-UPC/143-2001, que establecía lo siguiente: i-Deberá realizar prácticas de administración apropiadas, empleará una tecnología adecuada y actualizada y una metodología apropiada y efectiva. n-Se responsabiliza totalmente por la ejecución directa del presente contrato, como del actuar de los subcontratista, y acepta la responsabilidad por casos de negligencia, error u omisión involuntaria en el desempeño, o como resultado de su trabajo. m-Prestará el servicio en los términos y condiciones pactadas.

Ahora bien, este Tribunal considera fundamental observar si se logró determinar dentro del presente proceso, si fueron las propias especificaciones técnicas establecidas por la Administración para el desarrollo del proyecto, la causante de los daños, o son producto del incumplimiento de las obligaciones del contratista.

En este sentido, la doctrina ha señalado que la prueba, es determinante para establecer si el contratista ha incumplido o no los contratos administrativos, por lo cual ha señalado lo siguiente:

“Si la resolución del contrato es la consecuencia prevista por el Derecho para el caso de incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales; si existe culpa cuando se actuó sin la diligencia debida y quien con ello causó un daño ha de responder de él frente a la Administración, si los acontecimientos imprevisibles o previsibles pero inevitables exoneran de responsabilidad, es claro que todo el régimen jurídico sobre la extinción anticipada del contrato por culpa del contratista descansa, en última instancia, en una cuestión de prueba, de acreditación suficiente de cuándo el incumplimiento causante de la ruptura del contrato y del eventual daño que de ella pueda derivar es, efectivamente, imputable al contratista.

...En definitiva, sobre la Administración que acuerda resolver el contrato pesa la carga de probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento de sus obligaciones por el contratista. Al contratista, por su parte, incumbe la cumplida demostración del exacto cumplimiento del contrato o, en su caso, la concurrencia de una causa que le exonere de responsabilidad por el incumplimiento efectivamente constatado.” (La Responsabilidad de los Actos Administrativos por Incumplimiento del Contratista, Concepción Barrero Rodríguez, Editorial Lex Nova, 2007, página 126).

La sociedad demandante incorporó un conjunto de elementos probatorios de carácter documental, testimonial y pericial, con el propósito de sustentar que cumplió con lo establecido en el contrato, y que los daños ocasionados en el proyecto son producto de las propias especificaciones técnicas instituidas por la Administración.

Dentro del acervo probatorio allegado a los autos, Constructora del Istmo S.A., solicitó y practicó un dictamen con intervención de peritos ingenieros a los efectos de determinar su argumento.

Tal dictamen, luego del cumplimiento de las formalidades respectivas, fue practicado con la participación de los ingenieros Rolando Salazar, César N. Cruz y Jhonne Carrera (cfr. fojas 375-385 y 386 a 393 del expediente).

Dichos peritos, después de revisar las correspondientes constancias documentales, expresaron una serie de conclusiones en relación con el diseño y especificaciones técnicas del proyecto, realizado por el Ministerio de Obras Públicas, en dos dictámenes.

De la lectura de ambos dictámenes, la Sala constata que todos los peritos reconocen que el diseño original aprobado por el Ministerio de Obras Públicas para la elaboración de la obra, no soportaba los camiones con exceso de carga. (Lo subrayado por la Sala)

Igualmente, fue practicado la diligencia de inspección judicial a las Oficinas del Ministerio de Economía y Finanzas, específicamente a las Oficinas del Programa de Desarrollo Sostenible de Darién, con la participación de los peritos Alberto Lee, Felipe Alonso designados por la parte actora, y Urbano Gálvez designado por la Procuraduría de la Administración.

Dichos peritos, después de revisar las correspondientes constancias documentales, expresaron una serie de conclusiones en relación con el diseño y especificaciones técnicas del proyecto, realizado por el Ministerio de Obras Públicas, en dos dictámenes.

Ambos dictámenes determinaron “que la entidad encargada de aprobar los materiales utilizados en la ejecución del proyecto era la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Obras Públicas, los cuales aprobaron el tipo de asfalto, como consta en el informe de progreso de cuenta final y cierre del proyecto, el cual fue avalado por el contratista, el Ministerio de Obras Públicas y la Contraloría”. (cfr. fojas 422-424 y 477 a 478 del expediente).

En cuanto a las pruebas testimoniales, la Sala observa que la declaración jurada rendida por el señor Sion Atencio Aponte, quien trabajó como Jefe del Departamento de Ensayo de Materiales del Ministerio de Obras Públicas, señaló que “... posterior a la entrega sustancial del proyecto se comenzó a generar fallas en el pavimento debido a las siguientes causas: La primera, exceso de carga....Este Pavimento en su diseño estaba contemplado para un tránsito liviano. La segunda causa es que el proyecto no contemplaba la construcción de obras colaterales tales como drenaje, cunetas, remoción de los puntos críticos, obras que inciden directamente en la durabilidad del proyecto. Y Tercero, la mala calidad de los asfaltos existentes en ese momento en el país.....”. (Lo subrayado por la Sala) (Visible a fojas 367-370)

De allí entonces que la Sala considera preciso realizar una ponderada valoración de las pruebas, de conformidad con la sana crítica y con sujeción a las pautas consagradas en el artículo 980 del Código Judicial que indica:

“Artículo 980: La fuerza del dictamen pericial será estimada por el Juez teniendo en consideración los principios científicos en que se funde, la relación con el material de hecho, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones y demás pruebas y otros elementos de convicción que ofrezca el proceso”.

En cuanto a las pautas que debe seguir el Tribunal para la apreciación probatoria de los dictámenes periciales con arreglo a las reglas de la sana crítica, la doctrina nacional ha enumerado un elenco de factores que deben ser tomados en cuenta, como se observa a continuación:

“ELEMENTOS CONCRETOS DE VALORACIÓN.

La experiencia demuestra que existen ciertos elementos y criterios relevantes de apreciación probatoria que debe tomar en cuenta el juez en la valoración de la prueba pericial. Son estos, entre otros:

1. Competencia y especialización profesional del perito en relación con la materia que dictamina (como regla, y sin perjuicio de otros elementos, mayor valor probatorio tiene un perito experto e independiente, que varios mediocres).
2. Precisión, coherencia y grado de certeza del dictamen.
3. Método de investigación y exposición.
4. Fuentes y datos que sirven de base al dictamen.
5. Principios técnicos en que se funda el dictamen.
6. Contestación a las repreguntas del opositor.
7. Comportamiento del perito en el proceso.
8. Prestigio, especialmente en los círculos profesionales y en los tribunales.
9. Sana crítica.
10. Concordancia con el resto de las pruebas ”

(Jorge Fábrega P., MEDIOS DE PRUEBA, Editorial Plaza & Janés, Bogotá, 2001, Tomo II, segunda edición, corregida y aumentada, págs533 y 534”.

La apreciación integral de los citados dictámenes técnicos rendidos durante el curso del proceso, arrojan que los peritajes de ingeniería e inspección judicial, luego de

las valoraciones que ordena el artículo 980 del Código Judicial, revelan, a juicio de esta Sala, que merecen fe probatoria respecto del punto en discusión.

Ahora bien, ante tales supuestos esta Sala es del criterio que la Administración no puede ir en contra de su propio acto y reclamarle al contratista las consecuencias que se hayan surgido por el material utilizado en el proyecto, toda vez que ésta cumplió con lo establecido en el pliego.

En ese sentido, este Tribunal considera preciso que en base a la aplicación del principio de buena fe que orienta las actuaciones de la contratación pública, se debe reconocer a Constructora del Istmo S.A., que realizó sus actuaciones encaminadas para cumplir con el contrato suscrito con el Ministerio de Economía y Finanzas.

El principio de buena fe, que es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, es aplicable en este caso, toda vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones públicas se rigen, entre otros, por los principios generales del derecho y particularmente del derecho administrativo, que ha reconocido la vigencia del principio de buena fe en las relaciones con la Administración Pública.

El tratadista español Jesús González Pérez al referirse a la importancia del Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, expresa lo siguiente:

"La aplicación del principio de buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en caso se persiga : Y que no le va ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales u sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando solo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones ..." (EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2004, Pág. 116)".

Igualmente la doctrina ha señalado que la teoría del cumplimiento de los contratos administrativos, señala que los contratistas tienen dos tipos de obligaciones cuando suscriben este tipo de contratos:

"...I Cumplimientos por el contratista.

Los contratos administrativos hacen nacer para el contratista dos obligaciones: a) la de realizar la prestación en el tiempo previsto

b) la de entregar exactamente la prestación pactada. Correlativamente, el contratista puede incurrir en dos tipos de incumplimientos. Puede realizar la prestación de un modo exacto, pero sin respetar el plazo total fijado o los plazos parciales señalados para la ejecución sucesiva o puede que, cumpliendo con los plazos establecidos, entregue una prestación que no coincida exactamente con la pactada” (Hernández, Juan Antonio, Derecho Administrativo Iberoamericano, Tomo III, Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2007, página 2168).

En mérito de lo expuesto, este Tribunal es del criterio que el contratista cumplió con las obligaciones pactadas en el contrato No. PD-UPC/143-2001 y su respectivo pliego de cargos, toda vez que se probó dentro del proceso contencioso, que la obra se realizó de acuerdo a las especificaciones técnicas establecidas.

Ahora bien, durante la ejecución de los contratos pueden ocurrir hechos o situaciones anormales, imprevistas y extrañas a los contratantes, que alteran el cumplimiento del contrato, ha esta situación la doctrina la ha denominado, teoría de la imprevisión.

Más recientemente, la doctrina del derecho administrativo ha definido la teoría de la imprevisión, de la siguiente manera:

“Durante la ejecución, puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del co-contratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución (diferencia con fuerza mayor), aumentando, al menos en proporciones masivas, las cargas del co-contratante y perturbando así profundamente la economía del contrato”. (Rodríguez, Libardo, Derecho Administrativo Iberoamericano, Tomo III, Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2007, página 2168).

Dentro del expediente reposa que en la fase de mantenimiento de la obra, fue cuando la Administración le comunicó al contratista que la obra tenía los siguientes defectos: piel de cocodrilo, ondulaciones transversales, baches, desprendimientos de agregados, porosidades acentuadas.

En este sentido este Tribunal considera que en el presente caso no se puede aplicar la teoría de imprevisión, toda vez que según los dictámenes periciales se determinó que el diseño original aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, estructuralmente no soportaba los camiones con exceso de carga, aunado a las deficiencias del drenaje y a la falta de mantenimiento de la obra, fueron las causantes del daño.

Siendo esto así, el contratista no incumplió con el contrato, porque cuando la Administración tomó la decisión de rescindirlo, el contratista estaba realizando las actividades correspondientes a esta fase de mantenimiento, de acuerdo a las especificaciones técnicas establecidas en el pliego de cargos.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal considera que el numeral 6, artículo 9 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, fue violado de forma directa por omisión, por parte de la Administración, al declarar resuelto administrativamente el contrato No. PD-UPC/143-2001 del 22 de agosto de 2001.

En vista que se violó el numeral 6, artículo 9 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, la Sala se abstiene de efectuar pronunciamientos con respecto al resto de las violaciones señaladas; sin embargo, requiere valorar las demás pretensiones esgrimidas por la sociedad demandante.

b. Proceso de Resolución del Contrato

La resolución de los contratos públicos es un mecanismo mediante el cual la Administración, da por terminada una relación contractual con un contratista, que debe ser adoptada cuando ya sea imposible la ejecución del contrato.

Cabe indicar que la doctrina ha indicado respecto a la rescisión de los contratos administrativos, lo siguiente:

“Dromi, señala al respecto, que lo que importa en vista del interés general, es que el contrato se cumpla, por lo que la administración deberá extremar sus recursos para evitar la rescisión o terminación del contrato. Sostiene de igual modo, el principio de continuidad, se explica también como defensa, conservación o permanencia del contrato, y que la última decisión debe ser la resolución o la rescisión del contrato, porque significa volver a empezar, porque el interés público no se detiene, no se suspende, no se paraliza.” (Dromi, Roberto, Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina 1996, pág 13-14.)

En este sentido, los contratos administrativos le permiten al Estado, ejecutar proyectos en beneficio del interés público, y por ende la Administración debe extremar sus recursos para evitar su terminación, siendo la prueba, como hemos señalado, el instrumento fundamental para determinar si el contratista incumplió con una de las causales pactadas en el contrato.

Ahora bien, como se determinó que el contrato No. PD-UPC/143-2001, fue resuelto de manera ilegal por parte de la Administración, porque el contratista no incumplió el contrato, la Administración entonces es responsable, por aquellos daños y perjuicios causados a éste.

Los daños y perjuicios reclamados

En ese sentido, se observa que la sociedad demandante dentro de las pretensiones realizadas en la demanda de plena jurisdicción, solicitó que se condenara a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, por un monto de TRES MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.3,000,000.00), en virtud que éste es responsable por la rescisión del contrato suscrito con Constructora del Istmo S.A.

Revisadas las piezas procesales incorporadas al proceso, para determinar si los perjuicios que reclama el recurrente, a raíz de los hechos enunciados, han sido debidamente acreditados, este Tribunal ha podido constatar que la parte actora incorporó un conjunto de elementos probatorios que sustentan su pretensión, entre los cuales se encuentra los dictámenes periciales contables confeccionados por Ricardo Valencia y Graciela Valdés, y Urbano González, que determinaron que la terminación abrupta e ilegal del contrato causaron, en forma directa, un conjunto de menoscabos económicos, que ascienden al monto solicitado, por lo que procede el reconocimiento de la pretensión.

Por todo lo anterior, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES NULA POR ILEGAL la Resolución No. 1 de 23 de enero de 2006, emitida por el Ministerio de la Presidencia; DECLARA RESPONSABLE al Estado Panameño por el incumplimiento del Contrato No. UP-UCP/143-2001 del 20 de marzo de 2001; y CONDENA al Estado panameño, por conducto del Ministerio de la Presidencia, a pagar a la Sociedad Constructora del Istmo S.A., conforme consta en autos, la suma de TRES MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.3,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios.

Notifíquese,

ALEJANDRO MONCADA LUNA

VICTOR L. BENAVIDES P. - EFREN C. TELLO C.
KATIA ROSAS (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA GÓMEZ & BELDEN EN REPRESENTACIÓN DE NORIELA EDITH TORRES DE JIMÉNEZ, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN NO. 41 DE 30 DE MARZO DE 2010, EMITIDA POR LA FISCALÍA SUPERIOR DEL SEGUNDO DISTRITO JUDICIAL DE PANAMÁ, EL ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ALEJANDRO MONCADA LUNA. PANAMA, CUATRO (4) DE ENERO DE DOS MIL TRECE (2013).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Alejandro Moncada Luna
Fecha: viernes, 04 de enero de 2013
Materia: Acción contenciosa administrativa
Plena Jurisdicción
Expediente: 659-10

VISTOS:

Encontrándose el presente proceso en etapa de admisión de pruebas, la firma Gómez & Belden en representación de Noriela Edith Torres de Jiménez ha presentado