

al señor ROBERTO DUTARI MARTINELLI, por parte del Juzgado Ejecutor del Banco Nacional de Panamá.

De lo anteriormente expuesto se deduce con claridad, que el período de 5 años al cual alude el artículo 1650 del Código de Comercio no ha operado en su totalidad, en virtud de que el último reconocimiento de deuda en el cual incurrió el incidentista data del 23 de agosto de 1989. Por lo tanto, se colige diáfananamente que los 5 años con los cuales cuenta el BANCO NACIONAL DE PANAMÁ para hacer efectivo de manera legal el resarcimiento de la obligación del señor ROBERTO DUTARI MARTINELLI, vencerán el próximo 23 de agosto de 1994.

En cuanto a que se haya verificado una consolidación de las deudas particulares de los señores ROBERTO MARCIAL DUTARY y FLORENTINO DUTARY GARCÍA es preciso destacar, que a foja 97 del expediente coactivo, se observa claramente que en lo atinente a ambas deudas el Banco Nacional de Panamá accedió a confeccionar un arreglo de pago a favor de ROBERTO DUTARY MARTINELLI, y a una redocumentación con respecto al saldo de FLORENTINO DUTARY GARCÍA, pero por separado. Todo lo cual indica que dicha flexibilidad en los pagos no se refería a la conversión o unificación de ambas deudas en una sola, o que haya ocurrido la novación de la obligación.

Veamos a continuación el contenido del precitado memorándum de 17 de mayo de 1984 legible a foja 97 del expediente de la ejecución coactiva:

"Para: Licenciada Briseida Guerra Departamento Jurídico
Casa Matriz

De: Licenciado José Concepción Sánchez H. Sucursal de
Santiago.

Asunto: Roberto Marcial Dutari.

Fecha: 17 de mayo de 1984

A fin de que se proceda a confeccionar el arreglo de pago de Roberto Marcial Dutari y Florentino Dutari por un monto de Catorce Mil seiscientos cuarenta y siete con 06/100 (B/.14,647.06), que adeudan a Casa Matriz, le remito el expediente para tal fin.

En cuanto la obligación que mantiene Florentino Dutari con la sucursal de Soná la misma se arreglo mediante una redocumentación."

En mérito de lo expuesto, los Magistrados que integran la Sala Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema, adminis trando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA NO PROBADA la excepción de Prescripción interpuesta por el Licenciado Tomás Cruz en representación de ROBERTO DUTARI MARTINELLI.

Notifíquese.

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA
(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA (fdo.) ARTURO HOYOS
(fdo.) ANAIS DE GERNADO
Secretaria Encargada

==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx=

EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PAGO POR CAUSA SOBREVIVIENTE (FUERZA MAYOR), INTERPUESTA POR LA FIRMA HOMSANY, COHEN Y ASOCIADOS, EN REPRESENTACIÓN DE SERVICIOS DE ALIMENTOS IMPORTADOS, S. A. DENTRO DEL PROCESO EJECUTIVO POR COBRO COACTIVO QUE LE SIGUE EL BANCO NACIONAL DE PANAMÁ. MAGISTRADO PONENTE: EDGARDO MOLINO MOLA. PANAMÁ, VEINTICINCO (25) DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO (1994)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

La firma forense HOMSANY COHEN Y ASOCIADOS en representación de la sociedad SERVICIOS DE ALIMENTOS IMPORTADOS, S. A. ha interpuesto excepción de incumplimiento de pago por causa sobreviviente (fuerza mayor), dentro del juicio ejecutivo que por cobro coactivo le sigue el Banco Nacional de Panamá a su representada. A este negocio de acuerdo al auto de 4 de julio de 1994 se han acumulado además los procesos ejecutivos por cobro coactivo que le sigue la institución crediticia antes citada a las sociedades: VÍA LÁCTEA, S. A. (372/72), ALIMENTOS NATURALES (375/92), IMPORTADORA MACU, S. A. (378/92), ASTERIODE INTERNACIONAL INC. (381/92), BUGALU INTERNACIONAL, S. A. (393/92), COMUNICACIÓN EFECTIVA, S. A. (396/92), SUPER JOUET CORPORATION, S. A. (408/92), precisamente por tratarse de pretensiones y situaciones similares entre las partes intervinientes en el presente litigio, tal como se observa que se verificó a foja 490 del expediente bajo estudio.

Las sociedades precitadas de manera unánime sostienen en el escrito sustentatorio de su petición, que efectivamente habían contraído obligaciones (préstamos) con el Banco Nacional de Panamá, pero que sin embargo, le es imposible cumplir con la obligación contraída, debido a que los hechos sobrevinientes acaecidos al amanecer del 20 de diciembre de 1989 (invasión y saqueo) despojaron, destruyeron o dejaron inservibles los bienes de los deudores de los excepcionantes.

Por su parte el Banco Nacional de Panamá en su libelo oposición al incidente en análisis, esgrimió básicamente el argumento que transcribimos a continuación, para mayor ilustración:

"PRIMERO: La excepción de Incumplimiento de Pago por causa Sobreviviente (Fuerza Mayor), aducida por la Deudora Demanda, es totalmente improcedente, y no tiene cabida en este caso, por las siguientes razones:

a) El Banco Nacional de Panamá concedió un préstamo de dinero a la excepcionante y ésta se obligó a devolver una cantidad de dinero igual a la prestada, más los intereses y comisiones pactados. El contrato de simple préstamo consiste en que una de las partes entrega dinero u otra cosa fungible y la otra se obliga a devolver otra de la misma especie y calidad. En este caso siendo un préstamo comercial y oneroso, la excepcionante se obligó a devolver la cantidad prestada, más los intereses y comisiones pactados.

Siendo la obligación de pagar dinero, no puede decirse que se extinguió, por fuerza mayor, ya que el dinero cosa genérica y fungible y los géneros no perecen y las cosas fungibles son reemplazables por otra de la misma especie y calidad. La fuerza mayor sólo podrá extinguir obligaciones de especie determinada o específica. Si ello no fuera así, se llegaría al absurdo jurídico de que cada vez que ocurriera fuerza mayor la obligación se extinguiría. ...

c) La fuerza mayor sólo podrá ser aducida por quien la sufre, para que se modifiquen las condiciones originales del contrato. No se puede aducir la supuesta fuerza mayor que sufrió una tercera persona que no es parte en la relación contractual que se dio entre el acreedor (Demandante) y deudor Demandado). ..."

Finalmente, la Procuraduría de la Administración al vertir su concepto con respecto a esta contienda, manifestó que no puede alegarse la fuerza mayor, como argumento justificativo y eximente de responsabilidad, debido a que ello es ajeno a la situación que involucra y rige la relación obligacional que se surte a tenor del contrato de préstamo celebrado entre el Banco Nacional de Panamá y las sociedades excepcionantes, por lo que en consecuencia, lo que procede es la cancelación total de la deuda que incluye capital, intereses y comisiones pactadas, acumuladas hasta la fecha de pago. Añade además la citada funcionaria, que de acuerdo al Diccionario Enciclopédico de derecho usual de Guillermo Cabanellas, el dinero no es más que una cosa fungible que en esencia significa "Dícese de las

cosas o bienes en cada uno de ellos, dentro de su especie, equivale a otro de la misma clase; de modo que pueden sustituirse unos por otros, por ser de igual cantidad y calidad."

De lo expuesto concluye el señor Procurador de la Administración, que en este negocio solamente cabe reemplazar el dinero prestado, más intereses y comisiones, para salvar la deuda asumida, en virtud de que los terceros no son partes del antes descrito contrato de préstamo.

En los alegatos de conclusión, el Banco Nacional de Panamá pone de relieve que dichos terceros a quienes las sociedades demandadas esgrimen haberle prestado el dinero recibido a su vez en préstamo del Banco Nacional de Panamá, nunca tuvieron locales comerciales ni Licencias ni efectuaron declaraciones de renta, por lo tanto, las mismas no pudieron ser saqueadas o desmanteladas durante la invasión del 20 de diciembre de 1989.

Igualmente manifiestan que de acuerdo a las declaraciones de los representantes legales de los deudores de las sociedades excepcionantes, dichos préstamos jamás se efectuaron, ya que como dignatarios de estas sociedades únicamente se limitaban a cambiar los cheques obtenidos producto de dicho contrato de préstamo y a entregar el dinero en efectivo a un miembro de la familia Homsany. Cabe destacar que los testigos que efectuaron esas declaraciones fueron aducidos precisamente por la apoderada judicial de las sociedades impugnantes.

En este sentido se observa a foja 115, 116, 285, 286, 354, 355, 413, 414 del expediente bajo estudio, las declaraciones de los señores Moisés Manuel Arenales Cruz y Enrique Juvenal Vergara Castro en las cuales coinciden al aceptar que eran representantes de las empresas ASTERIODE INTERNACIONAL, INC. VÍA LÁCTEA, S. A. ALBERTINI INVESTMENT, INC. ALEZZANDRINI GROUP; BOSSINI INTERNATIONAL; AMSCAM PEOPLE, INC; COMIDAS ESPECIALES; CUSTOM FRANING, INC; y JULIANI ENTERPRISES, así como de COMUNICACIÓN EFECTIVA, S. A. BUGALU INTERNACIONAL, S. A. SUPER JOUET CORPORATION; QUINTA AVENIDA, S. A. L'OFFICIEL, S. A. MULTICHEQUES, S. A. MULTICHEQUES N° 2 respectivamente, sin recibir de las mismas comisiones o bonificaciones adicionales, y sin poseer acciones de las mismas, ya que en conclusión, participaban en su calidad de empleados del Millón de la Quinta Avenida y de Farida Abadi de Homsany, a firmar sin leer, los documentos elaborados por el Banco Nacional de Panamá y otros adicionales tales como poderes, a cobrar los cheques expedidos por la entidad crediticia a favor de la antes mencionadas sociedades, y entregárselos a EZRA HOMSANY quien disponía de estas sumas.

Añade además el señor Moisés Manuel Arenales Cruz, que quien le propuso vincularse a las sociedades que representa fue a la Licenciada MARCELA HOMSANY, con la excusa de que, el producto de los dinero otorgados en préstamos serían utilizados para crear compañías que generarían empleos, y que de esta manera se evitarían los despidos en las empresas del grupo Homsany. Encontrándose el proceso en este estado los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema, entran a resolver el fondo de la controversia planteada.

El negocio sometido a nuestra consideración se refiere al incumplimiento de un contrato de préstamo de dinero y cuya ejecución se trata de enervar a través de la excepción de incumplimiento de pago por causa sobreviviente, (fuerza mayor).

En este orden se observa que la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, se encuentra estatuida en los artículos 666, 675, 687, 688 y 835 del Código de Comercio, a propósito de la regulación del contrato de transporte terrestre y del depósito de numerario.

El Código Civil cuyo ordenamiento rige las causas mercantiles en casos de vacíos de la ley comercial, es decir, supletoriamente, al referirse a la fuerza mayor establece que no es más que "la situación producida por los hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por

funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes", el cual sería en este caso en particular, la invasión y el subsiguiente saqueo del 20 de diciembre y días posteriores.

Fundamentalmente en lo atinente al contrato de préstamo mercantil, la doctrina más autorizada sostiene que debemos partir de la idea básica que el prestatario no ha de utilizar las cosas prestadas para devolverlas después, sino que las consume, contrayendo la obligación de cumplir lo pactado con otros bienes de la misma especie y calidad. El derecho de propiedad del prestamista se convierte en un simple derecho de crédito, y se produce producto de la transmisión de valor al patrimonio del prestatario, una obligación de restitución.

De manera más concreta en el contrato de préstamo de dinero, de acuerdo a Joaquín Garrigues en su obra Derecho Mercantil, T. IV, Editorial Temis, 7ª ed. Bogotá 1987 pág. 147, el dinero funciona siempre como cosa fungible. El dinero es la cosa fungible por excelencia ya que generalmente interesa su cantidad y el valor pecuniario que lleva ínsito su susceptibilidad al tráfico como medio de cambio. Destaca de igual manera este autor en el tomo I de la precitada obra, páginas 181 a la 185, que además el dinero es una cosa esencialmente consumible destinado a la circulación cuyo uso natural consiste en gastarlo, lo cual lo convierte en irrein vindicable por su indeterminación, en el sentido que se imposibilita su plena identificación. Debemos tener claro que la consumibilidad dependerá de la naturaleza de la cosa y no de la mera liberalidad de las partes.

La consumibilidad del dinero que se pone de relieve, a la luz de la Enciclopedia Jurídica Omeba en su tomo IV página 1005 y siguientes, al hacer alusión al destino económico en el tráfico jurídico, puesto que ésta surge del cambio y se valora por el destino normal económico de la cosa. En otras palabras, el dinero es consumible jurídicamente ya que lo cierto es que se pierde la individualidad con que fue apropiado, ya sea porque se utilice en el tráfico diario, o se confunda con el patrimonio del poseedor. Es así como el dinero es la típica cosa genérica que no perece, ya que puede ser sustituido por otra cantidad igual, lo cual excluye la pretensión del demandante que pretende que se reconozca la categoría de cosa específica al dinero. Ahora bien, el autor español Quintus Micius Scaveola en sus Comentarios al Código Civil Español, Editorial Reus, T. XIX, 2ª ed. Madrid 1957, pág. 550 estima que el género en casos extraordinarios podría desaparecer, acarreado la imposibilidad física del deudor del cumplimiento de la obligación contraída, lo cual implicaría en este caso en particular, la desaparición del balboa o del dólar americano, moneda de curso forzoso en nuestro país, con el consiguiente descalabro de la economía panameña o de la economía mundial incluyendo la nuestra de acuerdo al caso.

Para Guillermo Cabanellas, las cosas específicas atienden a su determinación lo cual indica que los mismos son bienes designados, singulares, con carácter propios, como de cuerpos ciertos. (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S. R. L. T II, 16ª ed. Buenos Aires, pág. 395.)

Finalmente debemos añadir, que el dinero es una cosa fungible, lo cual significa que puede ser sustituido por otros de la misma especie, calidad y condición, ya que se determina por su peso número y medida. Cuando el objeto de la obligación es fungible, el deudor se libera entregando al acreedor cualquiera del género convenido. Representantes de la doctrina entre ellos Ugarte, opinan que la fungibilidad de las cosas dependerá de la voluntad de las partes contratantes ya que mientras no se individualice el objeto, el mismo permanece indeterminado, concepto con el cual se muestra en desacuerdo Planiol ya que estima que la intención de las partes no es suficiente para convertir en fungibles o no fungibles cosas que no pueden serlo. (Enciclopedia Jurídica Omeba, Ibidem, (págs. 1024-1025). De lo expuesto, se deduce que la apoderada de las sociedades excepcionantes no puede en el más amplio de los casos que requería el consentimiento de las partes contratantes, otorgarle al dinero, objeto de este préstamo, el carácter de fungible.

Con respecto a la fungibilidad del dinero y a su pérdida como medio de extinguir las obligaciones, Quintus Micius Scaveola en su precitada obra, página 1047 a 1048, esgrime el siguiente argumento que reproduciremos para mayor ilustración:

"Las cosas fungibles, el dinero entre ellas, pueden tener caracteres o signos que eviten su confusión con otros del mismo género, permitiendo probar que el dinero que se tenía en poder del deudor y que ha sido objeto de un robo o de una pérdida cualquiera, era precisamente el propio acreedor.

Cuando así sucede, hipótesis no prevista por los autores, la cosa fungible viene a convertirse en cierta y determinada, puesto que es evidente, por ejemplo y por otros muchos, que no está reñida la cualidad de ser susceptibles las cosas por otras del mismo género con la de revestir caracteres particulares que permitan distinguirlas con precisión. Por lo tanto, deberá seguirse en estos casos la regla general de que la pérdida corresponda al acreedor, salvo la culpa o la morosidad de quien tenía tales cosas en su poder.

En general no ocurre así, sin embargo, sino que suele haber absoluta imposibilidad de demostrar que el dinero que se tenía era precisamente el cobrado en la venta de una cosa del acreedor, o el que de éste se había recibido para un asunto cualquiera. Por consecuencia, el deudor no puede liberarse diciendo que le han sido sustraídas las cosas o el dinero del acreedor, puesto que no sabe si son del acreedor efectivamente, ni hay modo de demostrar que lo sean, desde el momento en que, siendo sustituidos por otras de igual calidad, falta la relación necesaria del dominio con la cosa cierta y determinada sobre que se ejerce.

Procede, pues, que consideremos subsistente, por las razones indicadas, la doctrina de que venimos haciendo mérito, la cual, si no de una disposición especial de la sección presente, se deduce a sensu contrario, en último término, del precepto del artículo 1.182, por cuanto si la obligación de entregar una cosa determinada se extingue por la pérdida de la misma, la de entregar una cosa genérica se encontrará en el caso enteramente opuesto."

Es preciso resaltar que el artículo 1182 del Código Civil Español al cual hace referencia este tratadista, es el antecedente exacto del texto del artículo 1068 de nuestro vigente Código Civil que se observa a continuación:

"Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora."

En cuanto al pago del préstamo de dinero, el Código de Comercio en su artículo 805 contempla que, consistiendo "el préstamo en dinero, si otra cosa no se hubiera estipulado, pagará el deudor, devolviendo una cantidad igual o equivalente a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República en el tiempo en que se hizo el préstamo. ..."Dicho pacto en contrario, mediante el cual se liberarían los incidentistas de la deuda contraída, que debería incluir la fuerza mayor ocurrida a sus deudores, no fue comprobada por HOMSANY COHEN Y ASOCIADOS.

El Código Civil con respecto al tema del contrato de préstamo señala en el texto de los artículos 1431 y 1444, que su objeto consistirá siempre en cosas fungibles en relación a las cuales se transfiriere la propiedad de los mismos ya que de lo contrario, confrontaríamos los rigores del comodato que se celebra a partir de cosas fungibles que deben restituirse a su dueño (el comodante) sin que medie la sustitución. Es decir, al adquirir el prestatario la titularidad del bien objeto de este contrato de préstamo, solamente

está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad, para que, en cumplimiento de la obligación pactada mediante su pago, se libere de la misma y se extinga este compromiso, a la luz de lo preceptuado en el artículo 1043 de la precitada excerta legal. Similar posición adoptó esta Sala de la Corte en reciente jurisprudencia de 20 de junio de 1994 en la contienda surtida entre la Unión de Empleados del Sector Salud y la Caja del Seguro Social, en la cual este Tribunal Colegia do concluyó, con respecto al contrato de préstamo, que solamente se verificará sobre bienes fungibles, sobre los cuales el prestatario adquirirá su propiedad y de cuya obligación se liberará al devolver otra de la misma calidad o especie.

En este orden de ideas, se observa que el artículo 990 del Código Civil contempla el supuesto de fuerza mayor al preceptuar que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. Del contexto de esta disposición se deduce que la situación que se configure como fuerza mayor para que exima de responsabilidad al deudor, debe pactarse o ocurrirle directamente, lo cual indica que no es extensible a dicho deudor como argumento justificativo, los hechos que si bien es cierto conformen casos de fuerza mayor, afecten a terceros de manera directa. En otras palabras, son los deudores de las sociedades excepcionantes los entes legitimados para invocar la fuerza mayor en contra de quienes en este negocio en concreto contrataron con el Banco Nacional de Panamá, pero no pueden éstos aducirlos a su favor, con respecto al saldo que mantienen con la institución crediticia, ejecutante en este litigio. La relación jurídico-obligacional que se surte entre los incidentistas y el Banco Nacional de Panamá, es completamente diferente y ajena a el vínculo jurídico que se verifica entre las sociedades deudoras de los excepcionantes y éstos últimos.

En atención a los argumentos vertidos, se colige que las sociedades excepcionantes no pueden alegar la fuerza mayor de manera extensible para evadir la obligación que mantienen con el Banco Nacional de Panamá producto de los contratos de préstamos que celebraran con esta entidad gubernamental, ya que ésta solo procede en los casos que esta situación le ocurra al deudor de manera directa y sobre cosas específicas, determinadas, no consumibles y no fungibles. Por lo tanto, dada la desaparición del dinero prestado, el cual es una cosa fungible, consumible, genérica e indeterminada, los deudores tienen la obligación de saldar el monto adeudado, requerido por el Banco Nacional de Panamá, no prosperando la excepción incoada por los incidentistas.

En mérito de lo expuesto, los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARAN NO PROBADA la excepción de incumplimiento de pago por causa sobreviniente (FUERZA MAYOR), propuesta por la firma forense HOMSANY COHEN Y ASOCIADOS, en representación de SERVICIOS DE ALIMENTOS IMPORTADOS, S. A. VÍA LÁCTEA, S. A. ALIMENTOS NATURA LES, IMPORTADORA MACU, S. A. ASTERIODE INTERNACIONAL, INC. BUGALU INTERNACIONAL, S. A., COMUNICACIÓN EFECTIVA, S. A. SUPER JOUET CORPORATION, S. A.

Notifíquese.

(fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA
 (fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA (fdo.) ARTURO HOYOS
 (fdo.) ANAIS B. DE GERNADO
 Secretaria Encargada

==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==xx==

JURISDICCIÓN COACTIVA

EXCEPCIONES DE TRANSACCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y DE PAGO DE LO ACORDADO, INTERPUESTO POR LA FIRMA MILLER, VÁSQUEZ, AROSEMENA Y ASOCIADOS, EN REPRESENTACIÓN DE ASERRADERO EL CHAGRES, S. A., DENTRO DEL PROCESO EJECUTIVO POR COBRO COACTIVO QUE LE SIGUE LA CAJA DE AHORROS A ASERRADERO EL CHAGRES, S. A. MAGISTRADO PONENTE: LUIS