

la Resolución AN No.566 de 16 de enero de 2007 y la confirmatoria No.713 de 21 de marzo del mismo año.

- El no haber procedido como lo ordenaba el Decreto Ley No.10 de 2006, configura un claro motivo que compromete la validez legal de las Resoluciones atacadas.
- Es importante anotar que, en este caso, la ASEP pretermite el trámite a sabiendas de que el Decreto Ley No.10 de 2006 tenía casi ocho (8) meses de estar rigiendo, y no obstante eso, sin cumplir el trámite exigible a la situación, dictó en enero y marzo de 2007 los Actos Administrativos censurados.

III. LA CONTRADICCIÓN DEL FALLO MAYORITARIO.

La tesis que plantea el fallo de mayoría en el sentido de que si el proceso de investigación se inició antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley No.10 de 2006, no le es aplicable este último, plantea una visible contradicción con decisiones previas que ha adoptado esta Corporación de Justicia en relación con la interpretación y aplicación del artículo 32 del Código Civil (vgr. 8 de febrero de 2007 y 24 de noviembre de 2006 (ambas bajo la Ponencia del Magistrado WINSTON SPADADORA), 24 de noviembre de 2003, 3 de octubre de 2003, 14 de mayo de 2004, 14 de mayo de 2007, 11 de junio de 2003 y 18 de febrero de 2004, entre otros).

Tal es el grado de contradicción que cita el fallo de 3 de octubre de 2003 proferido por esta Sala en el que a propósito de la aplicación del artículo 32 del Código Civil, reconoce claramente que las gestiones consumadas antes de la nueva norma procesal “...no deben verse afectadas por la variación o cambio de la regulación procesal respectiva”.

Es evidente que el artículo 32 del Código Civil nunca ha pretendido fijar la aplicación retroactiva de la nueva Ley Procesal a los términos, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas al momento de su entrada en vigor.

El trámite ritual de exigir el concepto favorable del Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia tenía que cumplirse en el presente caso, puesto que así lo ordenaba el Decreto Ley No.10 de 2006, con más de ocho (8) meses de vigencia previa a la expedición de las Resoluciones atacadas.

El desventurado criterio hermenéutico que se le da al artículo 32 del Código Civil plantea la insostenible tesis de que los procesos iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley No.10 de 2006 no se rigen por esa normativa, sino por las normas derogadas que regían cuando se promovieron, tesis que contradice en forma palmaria el texto manifiesto de dicho artículo, que establece, precisamente, lo contrario.

En atención a que los criterios expuestos no han sido compartidos por el resto de los integrantes de la Sala, dejo constancia que, SALVO EL VOTO.

Fecha ut supra.

ADAN ARNULFO ARJONA L.

JANINA SMALL (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR EL LCDO. CARLOS CARRILLO EN REPRESENTACIÓN DE JAVA INVERSIONES S. A., A FIN DE QUE LA SALA DECLARE QUE ES NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN EJECUTIVA N°132 DE 29 DE ABRIL DE 2003, DICTADA POR EL FONDO DE INVERSIÓN SOCIAL (FIS), Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: VICTOR L. BENAVIDES P. -PANAMÁ, DOS (2) DE FEBRERO DE DOS MIL NUEVE (2009).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente:	Victor L. Benavides P.
Fecha:	Lunes, 02 de Febrero de 2009
Materia:	Acción contenciosa administrativa Plena Jurisdicción
Expediente:	197-04
VISTOS:	

El Lcdo. Carlos Carrillo, actuando en representación de inversiones JAVA INVERSIONES, S.A., ha presentado demanda contenciosa administrativa para que la Sala declare que es nula, por ilegal, la Resolución Ejecutiva N°132 de 29 de abril de 2003, dictada por el Fondo de Inversión Social (FIS), y para que se hagan otras declaraciones.

La demanda fue admitida en resolución de ocho (8) de julio de dos mil cuatro, en la cual se ordenó correr traslado de la misma al Director Ejecutivo del Fondo de Inversión Social (FIS) y a la Procuradora de la Administración (F.36).

ACTO IMPUGNADO

En esta oportunidad se impugna ante la Sala la Resolución Ejecutiva N°132 de 29 de abril de 2003, cuya parte resolutive dice:

PRIMERO: RESOLVER ADMINISTRATIVAMENTE el Contrato N°23290 JAPAC FIS CONTRATISTA REPARACIÓN DE CARRETERA EL VEINTE NUEVO VIGIA, suscrito entre el Fondo de Inversión Social (FIS), y el Representante Legal de la empresa Java Inversiones, S.A., para llevar a cabo la ejecución del Proyecto N°23290 "Reparación de Carretera El Veinte-Nuevo Vigía", ubicado en el Corregimiento de Nuevo San Juan, Distrito de Colón, Provincia de Colón, por un monto total de Doscientos Sesenta y Nueve Mil Quinientos Cinco Balboas con 60/100 (B/269,505.60) toda vez que ha quedado configurado el incumplimiento de las cláusulas pactadas en el contrato arriba descrito.

SEGUNDO: Ordenar que la presente Resolución sea notificada personalmente a la parte interesada, tal como lo establece el artículo 106, numeral 3 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

CUARTO: Advertir a los interesados que contra la presente resolución no cabe recurso alguno y agotará la vía gubernativa."

Entre las consideraciones que fueron anotadas para su expedición figura:

Que de acuerdo a lo establecido originalmente en el Contrato, la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., se obligaba a entregar la obra terminada en un período de noventa días contados a partir de la Orden de Proceder, lo que indicaba que la obra debía concluir el 20 de abril de 2002, no obstante, la contratista solicita tres extensiones de tiempo, lo que produce una nueva fecha para la entrega de la obra el treinta y uno (31) de marzo de 2003;

Que en el Informe de Inspección de Campo, fechado 14 de marzo de 2003, el Inspector del Proyecto describe que en el sitio de la obra, no se encontraba personal trabajando, y el proyecto sólo presentaba un avance del 30% debiendo entregarse el mismo el 31 de marzo de 2003;

Que a la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., se le informa sobre la necesidad de Resolver Administrativamente el Contrato, a través de la Nota AL-236-06 de 25 de marzo de 2003, que se le notifica personalmente a su Representante Legal, en la medida que ha quedado configurado el incumplimiento por parte del Contratista de las obligaciones contractuales contraídas con el Fondo de Inversión Social (FIS). A la empresa se le concedió un término de cinco días hábiles para que contestara y presentara las pruebas que estimara pertinentes;

Que el Contratista, señor Juan Villarreal en representación de JAVA INVERSIONES S.A., no hizo uso de su derecho a réplica, ni presentó las pruebas en contrario que considerara pertinentes con relación a los hechos antes anotados;

Que el Contratista incumplió con lo establecido en la Cláusula Séptima del Contrato N°23290 JAPAC FIS CONTRATISTA REPARACIÓN DE CARRETERA EL VEINTE NUEVO VIGIA, que dispone mantener siempre un técnico responsable que los represente en su ausencia y reportar a el FIS el nombre de la persona que designe para tal función;

Que igualmente ha incumplido con lo establecido en la Cláusula Décima Sexta, que señala como causales de Resolución Administrativa las siguientes:

"1...

2. El incumplimiento de algunas de las cláusulas estipuladas en el presente contrato, y sin limitarse a las detalladas a continuación .
3. El rehusar a fallar EL CONTRATISTA en llevar a cabo cualquier parte de los trabajos a que se contrae en el presente contrato con la diligencia que garantiza su terminación satisfactoria dentro del período pactado, incluyendo cualquier extensión de tiempo debidamente autorizada.
4. Las acciones de EL CONTRATISTA que tiendan a desvirtuar la intención del presente contrato.
5. El abandono o suspensión de la obra por parte de EL CONTRATISTA sin la debida autorización expedida por parte de EL FIS...”

Que de conformidad a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°189 de 15 de noviembre de 1999, “Por el cual se crea el Fondo de Inversión Social (FIS) y se dictan otras disposiciones”, el Director Ejecutivo de esa Institución tiene entre sus funciones, celebrar contratos y rescindirlos, de acuerdo a los mejores intereses del Fondo de Inversión Social.

FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

En la demanda se formula pretensión consistente en una petición dirigida a la Sala Tercera a fin de que declare que es nulo, por ilegal el acto administrativo identificado como Resolución Ejecutiva N°132 de 29 de abril de 2003, emitido por la Dirección Ejecutiva del Fondo de Asistencia Social (FIS) y se declare responsable a esa entidad de los daños y perjuicios y daño moral, causados a JAVA INVERSIONES, S.A.. También se solicita se orden al fondo de Inversión Social (FIS) a pagar a JAVA INVERSIONES S.A., por la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL BALBOAS (B/6,800,000.00) como daño, perjuicio y daño moral sufrido a su representada.

Entre los hechos u omisiones fundamentales de la demanda, el Lcdo. Carrillo pone de relieve que dentro del primer período otorgado para la culminación del Proyecto N° 23290 Reparación de Carretera El Veinte-Nuevo Vigía, la sociedad JAVA INVERSIONES S.A., tuvo problemas con las constantes fugas de la tubería que lleva líquido a la comunidad, y que la institución no le informó de la existencia de una tubería de agua potable por debajo de la carretera, situación que a su criterio, no sólo viola disposiciones legales vigentes, sino que también provocó la no viabilidad de la obra contratada. Señala que las constantes fugas de agua fue comunicada de inmediato a la entidad contratante, situación que dio como resultado que su mandante presentara dos solicitudes de extensión de período para la terminación del contrato. Afirmo que la sociedad JAVA INVERSIONES S.A., presentó una tercera solicitud de extensión del período de terminación del contrato, que incluía una adición de costos, pues tuvo que realizar trabajos que no estaban contemplados en el contrato para hacer viable la obra, de modo que al no estar contemplados estos gastos, debían ser aprobados por el Fondo de Inversión Social. Alega, que el 17 de marzo de 2003, el Director Ejecutivo del Fondo de Inversión Social, solicitó al Gerente de la Compañía Internacional de Seguros, la ejecución de la Fianza de Cumplimiento, sin siquiera notificar a las partes de la decisión de rescindir el contrato. Destaca la existencia de la Nota N° AL-236-06 del Fondo de Inversión Social dirigida a su representada en la que se le comunica la intención de resolver administrativamente el Contrato, nota que a su juicio de modo alguno puede ser considerada una resolución con la cual se rescindía administrativamente el contrato firmado con su mandante. También afirma que el 24 de abril de 2003, la Compañía Internacional de Seguros S.A. remite nota al Director Ejecutivo del Fondo de Inversión Social donde acepta el reclamo y solicita se le remita copia de la resolución administrativa del Contrato. Sostiene categóricamente entonces que el Fondo de Inversión Social, sin que existiera resolución alguna, solicitó a la Compañía Internacional de Seguros S.A. la ejecución de la Fianza de Cumplimiento, misma que fue acogida por ésta en pleno conocimiento de la inexistencia de la Resolución, pues, el 24 de abril de 2003, solicita se le remita copia de la misma, lo que demuestra que no fueron notificados y la resolución impugnada no está ejecutoriada ni surtiendo los efectos legales correspondientes.

Como disposiciones legales infringidas, la parte aduce en el orden alegado el numeral 1 del artículo 9 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, los artículos 36, 34, 52, 62, 69, 89 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el artículo 16 y 106 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 que dicen:

LEY 56 DE 1995

“ARTICULO 9: Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trate el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes:

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos...”

LEY 38 DE 31 DE JULIO DE 2000

ARTICULO 36: Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque ésta provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.”

“ARTICULO 34: Las actuaciones administrativa en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicas deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada.”

“ARTICULO 52: Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando asó esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Si se dictan por autoridades incompetentes;
3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación al debido proceso legal;
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distinto de aquellos que fueron formulados al interesado.

“ARTICULO 62: Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozca o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. Si fuese emitida sin competencia para ello;
2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;
3. Si el afectado consciente en la revocatoria;
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

En todo caso, antes de la adopción de la medida a que se refiere este artículo, la entidad administrativa correspondiente solicitará opinión del

Personero o Personera Municipal; si aquella es de carácter municipal; del Fiscal o de la Fiscal de Circuito, si es de carácter provincial; y de la Procuradora o del Procurador de la Administración, si es de carácter nacional. Para ello se remitirán todos los elementos de juicio que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos pertinentes.

En contra de la decisión de revocatoria o anulación, puede el interesado interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la Ley.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo, no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla, fundado en causa legal, cuando

el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho.”

“ARTICULO 69: Toda actuación administrativa deberá constar por escrito y deberá agregarse al expediente respectivo, con excepción de aquella de carácter verbal autorizada por la Ley. Lo propio se aplica a las gestiones escritas de las partes y a su intervención en el proceso.

Todo expediente administrativo deberá foliarse con numeración corrida, consignada con tinta u otro medio seguro, por orden cronológico de llegada de los documentos, y deberá registrarse en un libro, computador, tarjetario o mediante cualquier medio de registro seguro, que permita comprobar su existencia y localización, al igual que su fecha de inicio y de archivo.

El cumplimiento de lo establecido en este artículo será responsabilidad solidaria del Jefe o de la Jefa del Despacho y del Secretario o de la Secretaria, o de quien haga sus veces.”

“ARTICULO 89: Las resoluciones que se emitan en un proceso en el que individualmente haya intervenido o deba quedar obligado un particular, deberán ser notificadas a éste.

Las resoluciones de mero trámite o de impulso procesal deberán ser notificadas dentro de los dos días siguientes a la fecha en que fueron proferidas; y las que ponen término a una instancia del proceso o que deciden un recurso, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su expedición.

Cuando se trate de resoluciones que ponen término a una instancia o que decidan un recurso, las diligencias tendientes a la notificación deben iniciarse, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su emisión.”

LEY 56 DE 1995

“ARTICULO 16: Principio de Transparencia.

1...

6. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la Ley; igualmente, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratistas y los demás requisitos previstos en la presente Ley.

ARTICULO 106: Procedimiento de resolución

La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo 105, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad pública adelantará la diligencia de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle al contratista, un plazo para que no corrija lo hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad licitante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará personalmente al afectado o su representante señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles para que conteste y a la vez presente las pruebas que considere pertinente.
3. Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte o de la exoneración de responsabilidad de su caso, y de las disposiciones legales infringidas, resolución que deberá ser comunicada personalmente. Las resoluciones siempre serán motivadas.
4. Contra la Resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía gubernativa.

5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso, ante la jurisdicción, a instancia del afectado, de conformidad con las disposiciones de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial.
6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.
7. Se remitirá, a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, copia autenticada de la resolución administrativa del contrato a los dos (2) días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispone la Ley.
8. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento fiscal del Código Fiscal, o en su defecto del procedimiento del procedimiento civil, del Libro II del Código Judicial.”

El numeral 1 del artículo 9 de la Ley 56 de 1995, para el Lcdo. Carrillo resulta infringido de manera directa por omisión, dado que su representado cumplió en todo momento con las responsabilidades señaladas en el contrato de concesión. Señala que desde que JAVA INVERSIONES, S.A., tuvo problemas con las fugas de agua en la línea que abastece a la comunidad de agua, se le comunicó a la entidad contratante a efecto de que otorgara las prórrogas necesarias hasta que la mismas fueran reparadas; afirma que estas fugas al momento de la interposición de la demanda no han sido reparadas. Como apoyo de lo que en este sentido afirma, hace énfasis en que el día 3 de junio de 2003, la Compañía Internacional de Seguros comunicó a la Dirección de Seguimiento y Control del Fondo de Inversión Social. “...es evidente que se requerirá hacer mejores al proyecto para poder garantizar el buen funcionamiento del sistema de drenaje y por ende la durabilidad de la obra en referencia”, lo que evidencia que la aseguradora se encontró con el mismo problema que su mandante.

Los artículos 36, 34, 52, 62, 69 y 89 de la Ley 38 de 2000, se alegan violados de manera directa por omisión, pues, el Fondo de Inversión Social emitió una resolución en contravención a las normas jurídicas vigentes como lo es el artículo 106 de la Ley 56 de 1995, que establece el procedimiento de resolución de un contrato firmado con el Estado. Como sustento de las indicadas violaciones, quien recurre afirma por un lado, que la entidad contratante sin cumplir con el procedimiento previamente establecido, emitió la Resolución impugnada sin haber solicitado a la Procuraduría General de la Administración que emitiera concepto sobre la decisión que se iba a tomar, y por el otro lado, porque se notificó a la Compañía de Seguros y a su representada a través de una nota sobre la suspensión de la obra a efecto de solicitar la ejecución de la fianza de cumplimiento, pasando por alto que mientras no se de la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, ésta no surge a la vida jurídica, y menos aún puede ser aplicada a los implicados.

Los artículos 16 y 106 de la Ley 56 de 1995, relativos al Principio de Transparencia y Procedimiento de Resolución del Contrato respectivamente, en opinión del Lcdo. Carlos Carrillo son violados por el acto demandado de manera directa por omisión, al eludirse el procedimiento antes indicado y porque se actuó en conocimiento de toda la problemática que existía con la tubería y las fugas que constantemente se producían, lo que conllevó un perjuicio a su mandante quien luego de mantener el equipo por más de dos años en el área, nunca le fueron reconocidos los trabajos realizados y el tiempo que el equipo estuvo en el área.

INFORME DE CONDUCTA

De fojas 38 a 39 del expediente, figura el informe explicativo de conducta rendido por el entonces Director Ejecutivo del Fondo de Inversión Social, mediante nota fechada 20 de julio de 2004.

En el informe el Director plantea que en el Contrato celebrado entre el Fondo de Inversión Social (FIS) y la empresa contratista JAVA INVERSIONES, S.A., de fecha 23 de octubre de 2001, la empresa se obliga a entregar la obra en un período de noventa (90) días contados a partir de la orden de proceder, lo que indicaba que la obra debía concluirse el 20 de abril de 2002; se le concedieron tres extensiones de tiempo, y la última fecha de entrega era para el 31 de marzo de 2003.

Explica que en el Informe de Inspección de fecha 14 de marzo de 2003, se señala que en el sitio de la obra no se encontraba personal trabajando y que el proyecto sólo presentaba un avance del 30%. Mediante Nota AL-236-06 de 25 de marzo de 2003, según el Director del FIS se le comunica al Representante Legal de JAVA

INVERSIONES, S.A., la necesidad de resolver administrativamente el Contrato, al quedar configurado el incumplimiento por parte de la Contratista de las obligaciones contractuales, y se le concedió un término de cinco (5) días hábiles de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 56 de 1995, para que contestara y presentara las pruebas pertinentes, no obstante, el Representante Legal de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., no hizo uso de ese derecho.

Afirma que el Fondo de Inversión Social procedió a presentar en tiempo oportuno el Reclamo de la Fianza de Cumplimiento N°009-30-0503307-00-000, emitida por la Compañía Internacional de Seguros, S.A., para garantizar la ejecución del Proyecto N°23290 denominado "REPARACIÓN DE CARRETERA EL VEINTE-NUEVO VIGIA", misma que fue recibida y aceptada por la Compañía Internacional de Seguros, S.A., que a su vez se indica que se hará cargo de la terminación de la obra.

La Dirección de Seguimiento y Control, comunica al Ingeniero Juan Villareal, representante legal de JAVA INVERSIONES, S.A., la aceptación de la Fianza de Cumplimiento por parte de la Compañía de Seguros, por lo que solicita la suspensión de la suspensión de los trabajos, ya que el Contrato suscrito entre el FIS y la empresa Contratista JAVA INVERSIONES, S.A., ha sido subrogado por la compañía aseguradora.

Finalmente indica que el Fondo de Inversión Social (FIS), procedió a emitir la Resolución Ejecutiva N° 132 de 29 de abril de 2003, en la que se establece que la contratista incumplió con lo dispuesto en la Cláusula Séptima del Contrato de marras, que dispone que el Contratista deberá mantener siempre un técnico responsable que lo represente en su ausencia y reportar a el FIS el nombre de la persona que designe para tal función. También la resolución ahora impugnada establece que se ha incumplido lo dispuesto en la Cláusula Décima Sexta del Contrato, donde figuran previstas las causales de resolución administrativa.

OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Por su parte, el Procurador de la Administración, mediante la Vista Fiscal N° 487 de 13 de septiembre de 2004, se opone a los criterios expuestos por la parte actora, razón por la que solicita a la Sala que desestime sus pretensiones.

En su opinión, el Director Ejecutivo del Fondo de Inversión Social, se ajustó a derecho al emitir la Resolución Ejecutiva N°132 de 29 de abril de 2003, que resuelve administrativamente el Contrato N°23290 a la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., pues, el informe de conducta demuestra por sí solo que la recurrente incumplió con la Cláusula Séptima del Contrato. Destaca que luego de la última prórroga concedida, los inspectores de campo verificaron los avances, y pudo evidenciarse que en el sitio no existía personal responsable que les diera respuesta sobre la situación.

También es de la opinión que el Fondo de Inversión Social respetó el derecho de defensa que tenía la empresa demandante, pues, se le concedió cinco (5) días hábiles para que presentara sus descargos y aportara las pruebas que justificaran las razones de su atraso, pero no hizo uso de ese derecho.

Por tratarse entonces de un procedimiento especial, la Administración se encuentra obligada a aplicar el procedimiento de resolución administrativa del contrato, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de Contratación Pública. Afirma que según el procedimiento previsto en la Ley 38 de 2000, este acto no es susceptible de ser anulado o revocado, pues, el acto administrativo de contratación pública tiene características netamente bilaterales, en donde concurren sujetos que persiguen finalidades jurídicas distintas.

También plantea que si la empresa demandante enfrenta los inconvenientes de fugas de agua en la vía a reparar, debió contestar la notificación de resolución administrativa del contrato y presentar las pruebas que estimara convenientes y que evidenciaran las causas reales del atraso, no obstante, no hizo esfuerzo alguno para justificar su actuación violatoria de la Ley 56 de 1995.

EXAMEN DE LA SALA

Surtidos los trámites legales rigor, procede la Sala a resolver la presente controversia.

El acto administrativo que se demanda ante esta superioridad, está contenido en la Resolución Ejecutiva N°132 de 29 de abril de 2003 dictada por el Fondo de Inversión Social (FIS), en la que como se ha visto, se resuelve administrativamente el Contrato N°23290 JAPAC FIS CONTRATISTA REPARACIÓN DE CARRETERA EL VEINTE - NUEVO VIGÍA, suscrito entre el Fondo de Inversión Social (FIS), y la sociedad JAVA INVERSIONES S.A., para llevar a cabo la ejecución del Proyecto N°23290 "Reparación de Carretera El Veinte-Nuevo Vigía", ubicado en el Corregimiento de Nuevo San Juan, Distrito de Colón, Provincia de Colón, sobre la base de que el Contratista

incumplió lo previsto en la Cláusula Séptima y Décima Quinta del contrato de marras, que disponen mantener siempre un técnico responsable que los represente en su ausencia y las causales de resolución administrativa, respectivamente. Se hace constar en el expediente que el contrato fue refrendado por la Contraloría General de la República y la sociedad JAVA INVERSIONES S.A., presentó para garantizar el cumplimiento del Contrato la Fianza N° 009-30-0503307-00-000, por un monto total de ciento treinta y cuatro mil setecientos cincuenta y dos balboas con ochenta centésimos (B/134,752.80) con vigencia de noventa días contados a partir de la Orden de Proceder, misma que indica que sería a partir del 21 de enero de 2002 y su finalización el 20 de abril de 2002.

La parte actora cuestiona la actuación de la administración, medularmente bajo la tesis de que de la no viabilidad de la obra se debió en gran medida a que el Fondo de Inversión Social (FIS) nunca informó de la existencia de una tubería de agua potable que desde el inicio de la obra presentó fugas de agua, situación que su mandante trató de solventar efectuando trabajos no contemplados en el Contrato. En adición a ello alega que sin que existiera resolución alguna el FIS petitionó la ejecución de la Fianza de Cumplimiento, y que luego de expedida la Resolución 29 de abril de 2003 impugnada, a su mandante no se le notificó hasta el 3 de febrero de 2004.

Luego de analizados los hechos en que se fundamenta la demanda y las violaciones alegadas, la Sala le concede la razón a la parte actora, pues, JAVA INVERSIONES S.A., demuestra de manera fehaciente que la no viabilidad de la obra contratada obedece a causas que no le son imputables, unido a que la Administración igualmente desatendió disposiciones que rigen el procedimiento cuando de resolución administrativa de un contrato se trata.

El expediente revela que el Fondo de Inversión Social no advirtió a la Contratista de la existencia de una tubería debajo de la carretera a reparar ni de las constantes fugas de agua, que hacen del área en exceso húmeda para la compactación necesaria. Esta anómala situación tampoco fue corregida luego de iniciada la obra por parte de la Administración, pese a las notas que le enviara la Contratista y de las que de alguna forma hizo eco cuando solicitó al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales a través de la Nota SEG-433-2002 de 24 de julio de 2002 que reposa en el expediente administrativo (Tomo II) la intervención para tal fin. Asimismo se hace constar este hecho a través de la declaración jurada que fuera rendida por Sabina de Polo y Franklin Chalmers, ambos con el cargo de Oficial de Cuentas en el Banco del Istmo, quienes manifiestan que el problema que presentaba JAVA INVERSIONES S.A., en la ejecución del contrato con la tubería de agua era de conocimiento del Banco y el Fondo de Inversión Social; el Lcdo. Chalmers incluso hizo indicación que la comunicación se dio en todo momento máxime que ello incidía en los intereses de Banco ya que podía afectar la fuente de repago del crédito otorgado para tal fin (fs.84-88).

El deterioro producido por la tubería de agua que pasa por la Carretera el Veinte- Nuevo Vigía, la Sala observa que se evidencia en el proceso a través de las Addendas N°1, N°2, y N°3 al Contrato de marras, en cuyas cláusulas se hace expresa indicación que entre las razones para de la extensión del término para la entrega, figuran: los trabajos que realizaba el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales en el área del proyecto por reparación en las tuberías; y para los efectos de realizar las actividades pertinentes al proyecto, respectivamente. Con las Addendas N°1, N°2, N°3 al Contrato N°23290, se modifica la Cláusula Tercera del mismo, en el sentido de que se obliga al Contratista a ejecutar y entregar el Proyecto, primero a los 165 días contados a partir del la Orden de Proceder, luego a los 260 días a partir de la Orden de Proceder, y, finalmente, a los 435 días calendarios contados a partir de la Orden de Proceder (véase de fojas 226 a 230 del expediente).

Lo anterior también se infiere de los informes periciales de ingeniería y de las declaraciones de los peritos responsables que adujo tanto la parte actora, Ing. NORBERTO MORAN VEGA, como la Procuraduría de la Administración VICTOR YOUNG que son visibles de fojas 118 a 138 del expediente, que coinciden en indicar que el deterioro que presenta la Carretera el Veinte - Nuevo Vigía, en principio, se debe a la humedad y que a la fecha de los dictámenes efectuados la carretera se encontraba afectada por esta razón en un 70%. Vale indicar que en el informe del perito designado por la parte actora y en las declaraciones del perito designado por la Procuraduría de la Administración se afirma:

Perito de la Parte Actora

“Después de haber revisado el expediente en su totalidad nos enteramos que durante la realización del proyecto por el contratista (JAVA INVERSIONES S.A.) se dieron aproximadamente una 20 fugas de agua que constan en el expediente de una tubería que pasa por debajo de la carretera que tiene 25 años según planos del IDAAN de esta construidas.

El fondo de inversión social (FIS) (Sic), nunca la comunicó al contratista la existencia de la tubería y que la misma pudiera ocasionar en su entrega.

El contratista reparó todas la fugas de agua, previa notificación mediante notas, a pesar de las constantes fugas de agua que continuaban el (FIS), no hizo lo indicado o necesario para que se retirara el tubería de la carretera.

...

Los altos niveles de humedad (agua), que muestran las pruebas son el resultado contundente de la inestabilidad del sub-suelo y es la causante de las deformaciones, agrietamientos, desplazamiento y hundimiento que presenta la carretera.”

Declaración del Perito de la Procuraduría de la Administración.

“Los deterioros es por humedades por tuberías de aguas potables mal instaladas y defectos en la ejecución del trabajo y en los materiales...”.

También figura de fojas 271 a 276 la declaración del Ing. Rubén Darío Méndez, perito designado por la Procuraduría de la Administración, que a pregunta formulada en relación a este punto manifestó:

“PREGUNTADO: Diga el perito, qué deterioro produce en la Carretera El Veinte, Nuevo Vigía, la tubería de agua que pasa por debajo de la misma. CONTESTO: El deterioro que se consigue en la carretera el Veinte de Vigía, por efecto de la tubería es que en esta tubería hay agua potable y al se preparado la sub-base y en vista que esta tubería es de PVC, no tiene la resistencia suficiente para soportar la energía de compactaciones que se le dan al suelo y llegan en un momento a romperse y sufre un derramamiento de agua, tanto es así, que se excede el porcentaje de humedad en la sub-base. Al excederse la humedad, se debilita y por la cual ya no es el mismo suelo o material existente que tenga la consistencia para soportar carga y es de allí que comienzan las deformaciones, por no cubrir la tubería o cambiarla de dirección.”

De lo anteriormente indicado la Sala aprecia que, en efecto, la Administración no sólo faltó al deber de dar a conocer a la Contratista el problema existente en el suelo donde se ejecutaría el proyecto, sino que igualmente incumplió con su obligación de adoptar medidas para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas necesarias. Ello no hace más que demostrar que la Administración no se ajustó a la Ley del Contrato que, en principio, debe estar prevista en el Pliego de Cargos. No hay que perder de vista que el Pliego de Cargos además de contener el objeto del contrato prevé los derechos y obligaciones de la Administración y el contratista. Roberto Dromi, define Pliego de Cargos o Pliego de Condiciones así:

“El pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. Las cláusulas especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento).

Las cláusulas del pliego de bases y condiciones constituyen normas de interés general y, por lo tanto, son obligatorias para todos, incluso para la propia Administración; las propuestas deben coincidir con el pliego por ser éste la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes, al que debe acudir para resolver los problemas que se planteen” (Derecho Administrativo, 7 edición actualizada, Buenos Aires, 1998, pág. 374).

En apoyo a lo indicado igualmente importante resulta anotar que en el proceso figura que la Compañía Internacional de Seguros rinde un informe ante esta Sala, en el que reconoce que la empresa JAVA INVERSIONES S.A., y el Fondo de Inversión Social le comunicaron sobre los problemas que tenía JAVA INVERSIONES S.A., con la reparación de la carretera y también reconoce que al momento de aceptar la terminación de la obra, primero con JAVA INVERSIONES, S.A., y luego con CYASA SOCA DE PANAMA tuvieron problemas de fugas de agua (fs.98 y 99) Con relación a este punto hay que igualmente indicar que los informes periciales de ingeniería antes señalados, que corresponden al estado de la carretera al momento del dictamen, es decir, luego de concluidos los trabajos efectuados por CYASA SOCA DE PANAMA, no sólo hacen indicación que la carretera presenta deformaciones, hundimientos y agrietamientos en el pavimento asfáltico debido a la humedad, sino que igualmente presenta esos problemas en corto lapso de entre 2 y 3 años, resultado del que puede inferirse que aún cuando hubiese sido ejecutado el proyecto con todas las especificaciones requeridas y con los materiales correctos, era difícil la correcta culminación del mismo.

En otro orden la Sala ha podido igualmente constatar, que sin existir resolución alguna que resolviera

administrativamente el Contrato N°23290 suscrito entre el Fondo de Inversión Social (FIS) y el Representante Legal de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., el Fondo de Inversión Social petitionó la ejecución de la Fianza de Cumplimiento a la Compañía Internacional de Seguros a través de la nota fechada 17 de marzo de 2003; el reclamo fue aceptado por la Compañía Internacional de Seguros mediante Nota de 24 de abril de 2003, sin embargo solicita copia de la Resolución Administrativa del Contrato. Tal como afirma la parte actora, se aprecia que, ciertamente, la Administración no ajustó su actuación al procedimiento que la Ley prevé para cuando se trate de la resolución administrativa de un contrato, pues en adición a la omisión indicada, el reclamo se solicita sin antes notificar, en este caso, a la parte actora. Puede verse que posterior a la Nota que enviara a la Compañía Internacional de Seguros, el Fondo de Inversión Social envía la Nota N°AL-236-06 de 25 de marzo de 2003, en la que se le hace saber la intención de resolver administrativamente el contrato, acto que de modo alguno reviste la forma de Ley para estos casos y menos aún debe tenerse como un acto de notificación para tal fin. No fue hasta la expedición de la Resolución de 29 de abril de 2003 ahora impugnada, que el Fondo de Inversión Social formalmente resuelve administrativamente el contrato suscrito con JAVA INVERSIONES S.A., y no fue hasta el 3 de febrero de 2004, que se dio el acto de notificación del mismo, hecho que evidencia a todas luces, que para la resolución administrativa del contrato y la ejecución de la fianza de cumplimiento se surtió un trámite distinto al previamente señalado en la Ley.

No cabe duda que lo actuado por el Fondo de Inversión Social contra JAVA INVERSIONES S.A., viola de manera ostensible lo dispuesto en el artículo 9 numeral 6 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, que expresamente prevé que las actuaciones que le sean imputables a la entidad contratante no causen una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y el deber de corregir en el menor tiempo posible los desajustes que pudieran presentarse.

También se demuestra la violación que se alega al artículo 106 de la Ley 56 de 1995 donde está previsto el procedimiento de resolución de un contrato administrativo y del artículo 89 de la Ley 38 de 2000 que claramente dispone que las resoluciones que se emitan en un proceso deben ser notificadas personalmente a las partes interesadas. Como resultado de ello se configura la violación que se alega a los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 2000, de cuyo texto se infiere la aplicación del debido proceso por parte de la entidad contratante al acto que dio lugar a la resolución administrativa del contrato, y del artículo 52 numeral 4 de la misma Ley, que señala entre los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos cuando se dicten con prescindencia u omisión absoluta de los trámites fundamentales que impliquen violación al debido proceso.

En razón de lo antes indicado lo procedente es declarar nulo, por ilegal, el acto administrativo identificado como Resolución Ejecutiva N° 132 de 29 de abril de 2003.

PETICIÓN DE INDEMNIZACIÓN

A. Fundamento de la Responsabilidad indemnizatoria

La Sala observa que como fuente de la obligación que se reclama figura la infracción en que incurrió la entidad respectiva, en este caso, el Fondo de Inversión Social, al expedir el acto administrativo contenido en la Resolución Ejecutiva N° 132 de 29 de abril de 2003 que resuelve administrativamente del contrato suscrito entre JAVA INVERSIONES S.A. y el Fondo de Inversión Social.

Demostradas las infracciones que se señalan al acto en cuestión, la obligación que se reclama ciertamente tiene lugar, pues la responsabilidad del Estado puede concretarse, como dijo la Sala en sentencia de 31 de mayo de 2004, en la medida que en el desarrollo de una función pública se produzca un hecho dañoso en perjuicio de un particular. La Sala pone entonces de manifiesto la responsabilidad extracontractual u objetiva del Estado en esta ocasión, no sin antes dejar sentado, que la misma tiene fundamento legal y Constitucional. Así igualmente lo expuso esta Sala en Sentencia de 2 de junio de 2003, que en la parte pertinente dice:

“Para resolver, claro es que el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en nuestra legislación se deriva de lo que está contenido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil, y con la modificación de la que este último fue objeto mediante la Ley N°18 de 31 de julio de 1992, importante resulta señalar que está expresamente contemplada al prever “la responsabilidad directa del Estado” cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, la Sala ha conceptualizado que tiene claro fundamento en las normas de la Constitución Nacional, que en nuestro medio están previstas en el Título III de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 1°, sobre las Garantías Fundamentales, específicamente los artículos 17 y 18. Así vemos que en el artículo 17 de la Constitución Nacional se instituye la concepción social de los fines del Estado, al preverse que “las autoridades de la República están instituidas

para proteger en su vidas, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción ...". Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Nacional prevé el principio de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos por infracción a la Constitución o de la Ley o por extralimitación de funciones en el ejercicio de ésta. Dicha responsabilidad extracontractual tiene, pues, un fundamento de derecho público, postura que ha sido también la mantenida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia en relación con el artículo 16 de la Constitución de 1886 de ese país, norma que es el antecedente del artículo 17 de nuestra Constitución. (Cfr. Ureta Manuel S., "El Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual del Estado", en La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia, autores varios, Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 163 a 181.)"

En la doctrina vemos autores como Roberto Dromi, que se inclinan en ese sentido y además sostiene que, "la responsabilidad del Estado existe sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo, pues su antijuricidad surgirá de su vulneración a la Constitución...que protege a los habitantes contra cualquier daño injustamente inferidos a sus derechos individuales...con esto se abre el camino a una concepción objetiva de la antijuricidad poniendo de relieve los elementos daños e injusticia por encima del concepto clásico de culpa..." También destaca que la jurisprudencia admite la responsabilidad del Estado, pero siempre tomando en cuenta la relación causal a fin de determinarla. (Derecho Administrativo, 7 Edición actualizada, Buenos Aires, 1998, págs. 816-9817 y 836). En esa misma línea de pensamiento Gilberto Martínez Rave enfatiza que la responsabilidad extracontractual objetiva por parte del Estado tiene por finalidad "restablecer el equilibrio económico roto cuando se lesiona un patrimonio particular por parte de la administración pública..." (La Responsabilidad Civil Extracontractual, 10° Edición, Editorial Temis, S.A., Colombia 1998, Pág. 363).

En la ya citada sentencia de 2 de junio de 2003, la Sala igualmente manifestó que nuestra tradición jurídica contencioso administrativa, particularmente la colombiana y la francesa es reiterada en cuanto a que la responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando concurren tres elementos a saber: 1. La falla del servicio público por irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo; 2. El daño o perjuicio; 3. La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño.

La falla del servicio público en este caso se configura, como ya vimos, en razón de la infracción que cometió la Administración en la expedición de la Resolución Ejecutiva de 29 de abril de 2003, de modo tal que lo procede ahora es determinar si los perjuicios que reclama la parte actora se derivan de esa actuación antijurídica estatal.

B. Los daños y perjuicios reclamados en indemnización.

La jurisprudencia y la doctrina conceptúan el daño resarcible como el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial o material) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones (daño moral).

Tradicionalmente los daños patrimoniales o perjuicios materiales incluyen el daño emergente y el lucro cesante. Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo definen daño emergente como "el empobrecimiento directo del patrimonio del perjudicado, la disminución específica, concreta, real y cierta de su patrimonio...lo conforman las sumas de dinero que salen del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias o efectos de daño". Lucro cesante lo definen como "la frustración, privación o falta de un aumento patrimonial como consecuencia del daño. La falta de rendimiento o productividad de las cosas o el dejar de recibir beneficios económicos, como consecuencia de los hechos dañosos, conforman el lucro cesante".

Los mismos autores manifiestan que por daños morales subjetivos o pretium doloris debe entenderse a "aquellos que lesionan aspectos sentimentales, afectivos o emocionales, que originan angustias, dolores internos, psíquicos, que no son fáciles de describir, de definir y menos de evaluar...Son aspectos íntimos, vinculados a los sentimientos y emociones de la persona y por eso se les conoce, para su mejor comprensión, con el distintivo pretium doloris, o precio del dolor, como lo denominaban los romanos..." (Responsabilidad Civil Extracontractual, Undécima Edición, Editorial Temis, 2003, págs 266 y 267).

1. Informe Pericial de la Parte Actora

Consta que el monto de la indemnización que por daños y perjuicios se solicita a consecuencia de la nulidad del acto asciende a SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL BALBOAS (B/6,800,000.00) en concepto de daño patrimonial o material y daño moral sufrido, de modo tal que lo que procede entonces es examinar el material probatorio que consta en autos para determinar la cuantía a pagar al demandante en los indicados conceptos.

La Sala se remite entonces al informe de la prueba pericial contable presentado por la parte actora, en cumplimiento a lo dispuesto en la resolución de 14 de julio de 2006, que admite la prueba aducida en los términos sugeridos así: a-A cuánto asciende la inversión realizada por la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., para realizar la obra otorgada a esta empresa en licitación pública.; b-Cuáles han sido los daños y perjuicios causados a nuestro mandante desde que el Fondo de Inversión Social decidió cancelar la fianza (17 de marzo de 2003) y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S.A., para que terminara la obra; c-A cuánto asciende el gasto que realizó la sociedad JAVA INVERSIONES S.A., antes de que el fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S.A., para que terminara la obra (f.63).

En el informe en cuestión y cuadros adjuntos, que figuran de fojas 150 a 165 del expediente, se detalla que la inversión realizada por la empresa JAVA INVERSIONES S.A., para realizar la obra otorgada en licitación pública asciende a la suma de trescientos sesenta y ocho mil ochocientos setenta y cuatro balboas con sesenta y dos centésimos (B/368,874.62) de acuerdo a los préstamos identificados con el N° 25807186117, 25807186128, 25807186139 otorgados por BANCOLAT/BANISTMO, mediante cesión del contrato N°23290 "Reparación de la carretera el 20-Nvo. Vigía. A ello se suma que JAVA INVERSIONES S.A., solicitó una línea de crédito o sobre giro autorizado por la suma de noventa y cinco mil trescientos setenta y cuatro balboas con sesenta y dos centésimos (B/95.374.62);se aclara que lo anterior fue con el fin de reforzar la adquisición de nuevos equipos pesados que serían utilizados en ese proyecto. Como sustento de lo indicado se adjuntan el cuadro explicativo N°3 y anexo N°2 y la Escritura N°11,824 de 10 de septiembre de 2002, visibles a fojas 160, 165 y de fojas 166 a 176 del expediente.

En cuanto a los daños y perjuicios causados desde que el Fondo de Inversión Social decidió cancelar la Fianza el 17 de marzo de 2003 y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros S.A., para que terminara la obra, los peritos designados por la parte actora manifiestan que se deben aplicar las normas y procedimientos contables a partir del 16 de enero de 2002, fecha en la que se inician los trabajos según la Orden de Proceder, hasta el 31 de diciembre de 2003, ya que la Resolución Ejecutiva que rescinde el contrato le fue notificada a JAVA INVERSIONES S.A., el 3 de febrero de 2004. También toman en consideración los períodos 2004-2005 y de enero de septiembre de 2006, en la medida que la empresa JAVA INVERSIONES S.A., fue afectada totalmente en sus operaciones comerciales y bancarias producto de la cancelación de la fianza por parte del FIS así:

- "1. Ha perdido toda credibilidad, ante las entidades financieras y compañías aseguradoras.
2. La imagen de la Empresa Java Inversiones, S.A., ha sido afectada en un 100% ya que los proveedores y clientes, a raíz de esta situación le han negado toda solicitud de crédito, para así poder participar en algún tipo de contratación pública.
3. La Empresa Java Inversiones, S.A., a pesar de la situación, contaba antes de ser cancelada la fianza, con una infraestructura y equipo de construcción sólido y estable, capaz de llevar a cabo cualquier tipo de proyecto. Sin embargo, hoy día, dicha empresa se ha visto afectada en el volumen de sus ingresos, ya que han disminuido de manera considerable, pero que no ha sido obstáculo, para que la empresa siga cumpliendo con sus compromisos adquiridos con las entidades financieras (Bancos, Proveedores y otros, etc). Lo que demuestra que Java Inversiones, S.A., a pesar de la situación en la que estaba, contaba con solvencia de cumplir con sus obligaciones financieras igualmente con una rentabilidad para ganar un rendimiento de sus activos igualmente, con una estabilidad solvente y rentable a largo plazo afectado producto de la cancelación de la fianza. Estos elementos arriba descritos representan el punto de equilibrio de toda empresa en marcha.
4. Las deudas que fueron generadas a raíz del proyecto 23290 cancelado o ejecutado en la actualidad, se están cumpliendo de manera irregular según documento de la Asociación Panameña de Crédito. (ACP). Adjunto documento original.
5. La posición financiera de la Empresa Java Inversiones S.A., está afectada en su liquidez como en sus activos fijos (maquinarias y equipos de construcción), ya que los mismos ha sufrido el deterioro y obsolescencia producto del poco mantenimiento, debido a la falta de liquidez, que no es más que el desuso o falta de adaptación de un bien a su función propia o inutilidad que

pueda preverse como resultado de un cambio de condiciones o circunstancias físicas o económicas (Artículo 64 del Decreto Ejecutivo 6065) al igual que no cuenta con un capital de trabajo por parte de la Empresa para afrontar algún proyecto que se pueda presentar en la actualidad.cantidad de maquinaria y personal utilizado en el proyecto 23290 son los siguientes:..”.

Los peritos son enfáticos al manifestar que para los períodos 2002-2003 la suma asciende a B/4,183,744.72 que se representan en los cuadros 4-5 y 7, visibles a fojas 161, 162 y 164, que fue calculada en base al costo real del proyecto y tiempo que contemplaba de 90 días (3 meses) e incluye el monto de la licitación más dos adendas económicas, sus costos financieros que abarcan los préstamos bancarios y la línea de crédito; costos y gastos financieros que representa el tiempo total del equipo (23 ½ meses) y personal dentro del proyecto (prestaciones laborales, que incluyen las cuotas patronales y las partidas del décimo tercer mes). Para los años 2004- 2005-2006, se estableció una base promedio según estimación en B/2,654,652.00, dado que conforme a los procedimientos contables, no es posible cuantificar con exactitud ese monto; esa suma se fijó en concepto de ingresos dejados de percibir, según el Cuadro N°7. La suma de las señaladas cifras en los conceptos indicados, arrojan un total de B/6,838,396.72.

Vale indicar que los peritos designados por la parte actora, al establecer las conclusiones de su informe, aclaran que según las normas y procedimientos contables, al existir fallas técnicas dentro del proyecto, inmediatamente empiezan a aumentar los costos, los gastos que se tenían establecido, para terminar el proyecto en el tiempo estipulado de 90 días.

En cuanto al monto que se fija en concepto de indemnización por el daño material ocasionado a la empresa JAVA INVERSIONES S.A., las conclusiones aclaran que se estimó sin considerar la cuenta a plazo fijo que se mantenía a nombre de los miembros de la Junta de Accionistas, cuyo monto fue transferido para cubrir compromisos y obligaciones con el BANCOLAT/BAISTMO por la suma de B/110,000.00, ni los intereses devengados a raíz de la cancelación de la fianza, que fue lo que originó el cierre de la cuenta. A ello se añade que tampoco fueron incluidos los intereses que pudo haber recibido JAVA INVERSIONES S.A., en los años correspondientes 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, sobre el monto total que pudo haber generado, sino se le hubiese cancelado la fianza.

Finalmente, la Sala pone de relieve que en las conclusiones también los peritos sustentan el daño moral que se alega en la demanda, sobre la base de que JAVA INVERSIONES S.A., perdió la imagen que mantuvo desde sus inicios como una empresa seria y responsable con un personal profesional, y ni que decir del descrédito ante las entidades financieras, pues, no goza de ningún tipo de financiamiento para poder desarrollar un proyecto específico y participar en actos públicos.

2. Informe Pericial de la Procuraduría de la Administración.

De fojas 205 a 209 del expediente, figura el informe pericial contable rendido por las peritos designadas por la Procuraduría de la Administración, ELADIA EDITH FERNÁNDEZ C.P.A. 7575 y AMIRELYS TORRES C.P.A. 0167-05. En el informe se hace indicación que JAVA INVERSIONES, S.A., no era administrador del proyecto 23290, mas sí contratista, y como tal, se le pagó de acuerdo al avance de la obra debidamente aprobado por el Fondo de Inversión Social y la Contraloría General. También se afirma que el Fondo de Inversión Social aprobó tres adendas al Contrato N°23290 JAPAC FIS-CONTRATISTA por extensión de tiempo a favor de JAVA INVERSIONES, S.A.. y que a la fecha de la aplicación de la Fianza de Cumplimiento 009-30-0503307-00-000, la obra mostraba un avance de ejecución de 30% solamente de modo que no se le causó daños al contratista. El Informe Pericial también señala que el Fondo de Inversión Social había invertido en la ejecución del Proyecto 23290, el monto de B/46,385.10 que corresponde al pago a JAVA INVERSIONES S.A. de la cuenta N°1 por el avance del 19.12 % de la ejecución del Proyecto. Finalmente, se afirma que en el expediente no consta pendientes de pagos, gastos en que incurrió JAVA INVERSIONES S.A., por la ejecución del Proyecto 23290 en cuentas presentadas y debidamente aprobadas, toda vez que los pagos se daban por avance de la obra.

Vale destacar que en el alegato de conclusión formulado por la Procuraduría de la Administración, mediante la Vista Fiscal N° 848 de 23 de noviembre de 2006 (fs.306 a 309), se indica, en cuanto a las pruebas aportadas por la parte actora para tal efecto, específicamente lo relativo al informe sobre la práctica de la prueba pericial sobre la diligencia del informe contable, que las declaraciones formuladas por las peritos designadas por la Procuraduría de la Administración, “corroboraron el hecho que el Fondo de Inversión Social procedió a ejecutar las fianzas que garantizaban el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por Java Inversiones, S.A., mediante el contrato

23290-JAPAC-FIS, como consecuencia de que la obra solamente mostraba un avance mínimo de ejecución, que a todas luces haría imposible que la misma estuviera en condiciones de ser entregada el 31 de marzo de 2003 a la entidad contratante, según lo acordado en la Addenda 3 del contrato...”.

Decisión de la Sala

Los dictámenes periciales señalados en la parte motiva de esta resolución han resultado abismalmente opuestos, y ante la ausencia de un punto medio que sirva de referencia para examinar tan especial materia, la Sala se vio precisada a dictar un auto para mejor proveer, con la finalidad de aclarar dudas, muy a pesar de la existencia de determinada cantidad de elementos probatorios que en su momento procesal se hubieren adjuntado al expediente contentivo del proceso. Para ello, se designó a un perito contable a quien se le fijó los parámetros sobre los cuales tendría que versar su actuación como tal.

El perito designado a saber, Licdo. ALFREDO CUADRA LOPEZ, puntualizó en su informe de lugar lo siguiente:

...

I. OBJETO DE LA PRUEBA PERICIAL

La presente prueba pericial, tiene como finalidad rendir dictamen como perito contable idóneo, para determinar los siguientes puntos específicos:

1) Señalar sus consideraciones respecto al Informe Pericial Contable presentado por la Procuraduría de la Administración y al Informe Pericial Contable presentado por la parte actora, Java Inversiones, S. A., presentados en el proceso de marras, a fin de determinar lo siguiente:

a. A cuánto asciende la inversión realizada por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., para realizar la obra otorgada a esta empresa en licitación pública;

b. Cuáles han sido los daños y perjuicios causados a nuestro mandante desde que el Fondo de Inversión Social decidió cancelar la fianza (17 de marzo de 2003) y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra;

c. A cuánto asciende el gasto que realizó la sociedad JAVA INVERSIONES, S. A., antes de que el Fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra.

2) Presentar sus recomendaciones.

II. PROCEDIMIENTO PARA EL DICTAMEN PERICIAL

El procedimiento para la confección del presente dictamen, se realizó sobre la base de las Normas Internacionales de Auditoría, las Normas Internacionales de Información Financiera y en concordancia con la legislación vigente que reglamenta la profesión del Contador Público Autorizado, su conducta ética, así como los parámetros legales exigidos por el Código Judicial a los Peritos, en su Artículo 973.

III. METODOLOGÍA UTILIZADA

Con la finalidad de cumplir con lo dispuesto en el objetivo de la Prueba Pericial, luego de la toma de posesión, se procedió a la revisión de la documentación referente al caso.

A partir de la revisión de la documentación que reposa en el expediente del caso, se realizó el análisis de la información obtenida, con la finalidad de cumplir con lo determinado en esta prueba. Luego del análisis y en concordancia con los puntos a determinar, se procede a dar respuesta a los mismos.

Consideraciones sobre el Informe Pericial Contable – Procuraduría de la Administración

Punto 1.

A cuánto asciende la inversión realizada por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., para realizar la obra otorgada a esta empresa en licitación pública.

En primera instancia me permito hacer mención del concepto de inversión utilizado por las peritos de la Procuraduría de la Administración, para dar respuesta al Punto 1, del Informe Pericial Contable, del caso que se menciona a margen superior derecho de este escrito.

Para las Peritos de la Procuraduría de la Administración, la inversión de la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. para realizar la obra otorgada mediante licitación pública, consistió en:

- Compra del pliego del Proyecto 23290
- Certificado del Registro Público
- Fianza de Propuesta
- Fianza de Cumplimiento
- Fianza de Pago
- Timbres del Contrato

Todo lo anterior, ascendió a un monto de B/.4,406.93, según los Peritos.

Se ha realizado esta referencia, ya que en lo personal considero que el concepto de inversión no fue manejado debidamente por las Peritos de la Procuraduría de la Administración.

Ramón Tamames y Santiago Gallego definen el concepto así: ¹

Inversión. Es el gasto de dinero que se realiza en un proyecto, con la intención de que los flujos de caja más que compensen el capital invertido. Existen cuatro métodos básicos de juzgar la bondad de la inversión: rentabilidad media sobre valor en libros, tasa interna de retorno, índice de beneficio y valor actual neto, siendo este último el que mejor mide la creación de valor para los inversionistas.

Considerando la definición anterior, la inversión de la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. definitivamente va más allá del desembolso para adquirir los pliegos del proyecto, los certificados y fianzas respectivas.

Punto 2.

Cuáles han sido los daños y perjuicios causados a nuestro mandante desde que el Fondo de Inversión Social decidió cancelar la fianza (17 de marzo de 2003) y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra.

Si bien es cierto la respuesta a este punto por parte de las Peritos de la Procuraduría de la Administración, cuando manifiestan que: "Por lo antes señalado, consideramos que no se le causó daños al contratista JAVA INVERSIONES, S. A."..., pareciera estar bien sustentada, dado que el Fondo de Inversión Social aprobó tres (3) adendas al Contrato No.23290, por extensión de tiempo a favor de la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. elevando el período para la ejecución de la obra, de 90 días a 435 días, esta respuesta no pareciera contestar la interrogante planteada.

Las Peritos de la Procuraduría de la Administración realizan su aseveración, haciendo referencia al tiempo que duró la ejecución de la obra por parte de la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., mientras que la interrogante está dirigida a determinar cuáles han sido los daños y perjuicios causados a la empresa, a partir de la cancelación de la fianza de cumplimiento y el respectivo otorgamiento a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra, o sea, después de haber transcurrido la extensión de tiempo otorgada mediante las adendas.

Punto 3.

A cuánto asciende el gasto que realizó la sociedad JAVA INVERSIONES, S. A., antes de que el Fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra.

Aunque la interrogante que se genera de este punto, no indica específicamente si el gasto realizado por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., está en función de la ejecución de la obra en litigio, las Peritos de la Procuraduría de la Administración, manifiestan en su informe pericial contable que: "En el expediente no consta pendientes de pagos, gastos en que incurrió JAVA INVERSIONES, S. A. por la ejecución del Proyecto 23290 en cuentas presentadas y debidamente aprobadas, toda vez que los pagos se daban por avance de la obra"...

Si la interrogante planteada se refiere a cuánto asciende el gasto que realizó la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., antes de que el Fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra, la respuesta debió estar dirigida a determinar la sumatoria de los desembolsos que la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. generó a partir del inicio de la actividad por la ejecución del Proyecto 23290, hasta que se le canceló la fianza de cumplimiento, y no sólo la determinación de los desembolsos recibidos por la empresa, por el avance de la obra, que sólo conformaban un porcentaje (%) de los desembolsos efectuados por la empresa para la ejecución de la obra.

¹ Ramón Tamames y Santiago Gallego. Diccionario de Economía y Finanzas. Limusa-Noriega Editores.

Consideraciones sobre el Informe Pericial Contable – Parte Actora

Punto 1.

A cuánto asciende la inversión realizada por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., para realizar la obra otorgada a esta empresa en licitación pública.

En este Informe Pericial Contable de los Peritos de la Parte Actora, hago igualmente referencia al término inversión.

Ramón Tamames y Santiago Gallego, definen el concepto así:²

Inversión. Es el gasto de dinero que se realiza en un proyecto, con la intención de que los flujos de caja más que compensen el capital invertido. Existen cuatro métodos básicos de juzgar la bondad de la inversión: rentabilidad media sobre valor en libros, tasa interna de retorno, índice de beneficio y valor actual neto, siendo este último el que mejor mide la creación de valor para los inversionistas.

En este caso en particular, los Peritos de la Parte Actora realizan una detallada explicación de lo que consideran, ha realizado como inversión la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. en la ejecución del Proyecto 23290 denominado Reparación de la Carretera El Veinte-Nuevo Vigía, en la Provincia de Colón.

En su argumentación, los Peritos de la Parte Actora hacen una relación de la "inversión" realizada por la empresa y concluyen que la misma asciende a B/.368,874.62.

Este monto esta constituido por los siguientes rubros:

Préstamos	B/. 273,500.00
Línea de crédito	B/. 95,374.62

A estos rubros se deberá agregar los intereses que se generan por la adquisición de este efectivo, a través de financiamiento.

Para los Peritos de la Parte Actora, sobre la base de su Informe Pericial Contable, la inversión de JAVA INVERSIONES, S. A. fue por una cantidad superior al valor ofertado por la empresa para adjudicarse el Proyecto (B/.269,505.60), aún sumándole la orden de cambio con fecha 17 de febrero de 2004 (B/.97,477.63), lo que da un total de B/.366,983.23

Según este concepto, no existe una relación costo-utilidad, ya que JAVA INVERSIONES, S. A. ejecuta el Proyecto sin obtener un retorno por la inversión realizada; es más, tendrá que desembolsar más efectivo que lo que recibirá por el trabajo realizado.

Es normal que una empresa adquiera equipo adicional, para la ejecución de un proyecto contratado. Con esta política, se puede asegurar la terminación de la obra en el tiempo estipulado. Pero consecuentemente, se tendrá que realizar el cargo por costos en ese proyecto, bajo la base de la utilización efectiva del equipo en el mismo.

➤ En este caso en particular, el valor total del equipo pesado adquirido, no debiera considerarse como una inversión única en el proyecto, ya que el mismo podrá ser utilizado en otros proyectos simultáneamente. ser utilizado en otros proyectos, posterior a la terminación del proyecto original. si se adquirió para el uso exclusivo de ese proyecto, después de concluido el mismo, se podrá vender.

Punto 2.

Cuáles han sido los daños y perjuicios causados a nuestro mandante desde que el Fondo de Inversión Social decidió cancelar la fianza (17 de marzo de 2003) y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra.

Al igual que las Peritos de la Procuraduría de la Administración, los Peritos de la Parte Actora no dan respuesta adecuada, a la interrogante presentada.

Su respuesta ubica gran parte del análisis y de forma consecuente las cifras que emanan del mismo, a partir del inicio de los trabajos (16 de enero de 2002), cuando se entrega a JAVA INVERSIONES, S. A. la orden de proceder. La interrogante hace referencia a que se establezcan los daños y perjuicios a partir de la cancelación de la fianza (17 de marzo de 2003).

² Ramón Tamames y Santiago Gallego. Diccionario de Economía y Finanzas. Limusa-Noriega. Editores.

Dejando de lado la información y cifras correspondientes al período del 16 de enero de 2002 al 17 de marzo de 2003, los Peritos de la Parte Actora manifiestan una relación de hechos, los cuales pretenden sustentar los daños y perjuicios causados a JAVA INVERSIONES, S. A.

El monto determinado por los Peritos de la Parte Actora, como daños y perjuicios es de B/. 6,838,396.72, sustentados en cuadros en donde la característica es la utilización de maquinaria y personal por ocho (8) horas diarias, seis (6) días a la semana por los periodos: 16 de enero al 31 de diciembre de 2002; 1 de enero al 31 de diciembre de 2003.

La sustentación abarca catorce (14) meses antes de la cancelación de la fianza (17 de marzo de 2003), que es la fecha inicial para determinar los daños y perjuicios causados a la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. , consecuentemente estos meses están fuera de cualquier cálculo, para lo que se solicita en este Punto.

Se hace la salvedad que prácticamente se tratan de sustentar veintitrés (23) meses y diecisiete (17) días, o sea setecientos diecisiete (717) días, mientras que el tiempo extendido para la ejecución del proyecto, fue de cuatrocientos treinta y cinco (435) días. Además, la obra sólo reflejaba un avance del 30% al 14 de marzo de 2003, debiéndose entregar el 31 de marzo del mismo año.

Punto 3.

A cuánto asciende el gasto que realizó la sociedad JAVA INVERSIONES, S. A., antes de que el Fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra.

Si la interrogante planteada se refiere a cuánto asciende el gasto que realizó la empresa, JAVA INVERSIONES, S. A., para terminar la obra, antes de que el Fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., la respuesta debió estar dirigida a determinar la sumatoria de los desembolsos que la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. generó a partir del inicio de la actividad por la ejecución del Proyecto 23290, hasta que se le canceló la fianza de cumplimiento, no deben considerarse desembolsos generados después de la fecha de cancelación de la fianza (17 de marzo de 2003)

Los Peritos de la Parte Actora, incorporan a su Informe Pericial Contable, intereses por los años 2004, 2005 y 2006, que ascienden a un monto de B/.111,584.58, que están fuera del período que desea abarcar la interrogante presentada en este punto.

Además, los Peritos de la Parte Actora realizan sus cálculos considerando el valor total del equipo adquirido sin tomar en cuenta, situaciones como las que se plantean en el Punto 1 de las Consideraciones sobre el Informe Pericial Contable – Parte Actora.

En este Punto puede ser reconocida en su totalidad, la línea de crédito rotativa por un monto de B/.95,374.62, siempre que exista la evidencia de que era utilizada únicamente con la finalidad de proveer al Proyecto 23290 de bienes y servicios.

Antes de manifestar las recomendaciones a las que se ha llegado sobre los tres puntos que se presentan en este escrito, vale la pena resaltar que según nuestro punto de vista, los peritos al tomar posesión como tales, no deben estar sujetos a la parte que representan, deben aportar información adecuada para que el Tribunal de la instancia pueda resolver satisfactoriamente la causa, indistintamente esta información conlleve perjuicios a la parte que representan.

Punto 1

A cuánto asciende la inversión realizada por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., para realizar la obra otorgada a esta empresa en licitación pública.

Recomendación

Para la determinación de la inversión en el proyecto, los Peritos de las partes, debieron solicitar documentos que facilitaran la obtención de cifras relacionadas con la misma. Entre estos documentos se pueden mencionar:

- Facturas originales de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., con cargo al Proyecto No.23290
- Reportes de tiempo horas/hombre trabajadas con cargo al Proyecto No.23290
- Cuentas presentadas al Fondo de Inversión Social por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. por el avance de las obras terminadas.

- Planillas pre-elaboradas de la Caja de Seguro Social, que permitan identificar al personal que trabajaba en el Proyecto No.23290
- Reporte de tiempo horas/máquina trabajadas con cargo al Proyecto No.23290
- Contratos o sub-contratos de personal y maquinaria, utilizados efectivamente en el Proyecto No.23290
- Acta de Junta Directiva de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. en donde se aprueba la obtención de línea de crédito bancaria para financiar el Proyecto No.23290
- Acta de Junta Directiva de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. en donde se aprueba la adquisición de nuevo equipo pesado para el Proyecto No.23290
- Confirmación bancaria en donde se certifique que la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. mantiene una línea de crédito rotativa para el financiamiento del Proyecto No.23290
- Registros contables oficiales, de la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. en donde se determinen los cargos efectuados al Proyecto No.23290
- Facturas o contratos por el mantenimiento y/o reparación del equipo rodante, pesado y liviano, utilizado ciertamente en el Proyecto No.23290

Punto 2

Cuáles han sido los daños y perjuicios causados a nuestro mandante desde que el Fondo de Inversión Social decidió cancelar la fianza (17 de marzo de 2003) y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra.

Recomendación

Los Peritos de las partes, para dar respuesta a esta interrogante, debieron haber solicitado documentos que pudieran sustentar la situación referida. Entre estos documentos están:

- ❖ Certificaciones de entidades bancarias en donde se pudiera corroborar, que a partir de marzo de 2003, la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. no era sujeto de crédito, por sus referencias negativas de pagos.
- ❖ Certificaciones de parte de proveedores de bienes y servicios de la empresa JAVA INVERSIONES, S. A., en donde se constatará la negación de crédito a favor de la empresa.
- ❖ Estados Financieros Auditados (comparativos), por los años 2001, 2002, 2003 y 2004, para verificar la solvencia, rentabilidad y condición de estabilidad financiera de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. antes y después de la fecha 17 de marzo de 2003.
- ❖ Liquidaciones laborales, refrendadas por el Ministerio de Trabajo y la Caja de Seguro Social, del personal que según contrato, laboró en el Proyecto No.23290
- ❖ Copias de las declaraciones juradas de rentas para los años 2001, 2002, 2003 y 2004, como complemento a los Estados Financieros Auditados.
- ❖ Contratos adjudicados a la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. a partir del año 2003, que hayan sido declarados como no viables por la falta de capacidad económica de la empresa, para cumplirlos.
- ❖ Actas refrendadas por un Contador Público, referentes a los descartes por obsolescencia, de la maquinaria y equipo utilizado por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. en el Proyecto No.23290

Punto 3.

A cuánto asciende el gasto que realizó la sociedad JAVA INVERSIONES, S. A., antes de que el Fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza y otorgársela a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., para que terminara la obra.

Recomendación

Para la determinación del gasto en que incurrió la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., en el Proyecto No.23290, antes de que el Fondo de Inversión Social decidiera cancelar la fianza, los Peritos de las partes pudieron solicitar los siguientes documentos:

- Facturas originales de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A., con cargo al Proyecto No.23290, con fecha antes del 17 de marzo de 2003.
- Reportes de tiempo horas/hombre trabajadas con cargo al Proyecto

- No.23290, con fecha antes del 17 de marzo de 2003.
- Cuentas presentadas al Fondo de Inversión Social por la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. por el avance de las obras terminadas, con fecha antes del 17 de marzo de 2003.
- Planillas pre-elaboradas de la Caja de Seguro Social, que permitan identificar al personal que trabajaba en el Proyecto No.23290, antes del 17 de marzo de 2003.
- Reporte de tiempo horas/máquina trabajadas con cargo al Proyecto No.23290, antes del 17 de marzo de 2003.
- Contratos o Sub-contratos de personal y maquinaria, utilizados efectivamente en el Proyecto No.23290, antes del 17 de marzo de 2003
- Acta de Junta Directiva de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. en donde se aprueba la obtención de línea de crédito bancaria para financiar el Proyecto No.23290
- Acta de Junta Directiva de la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. en donde se aprueba la adquisición de nuevo equipo pesado para el Proyecto No.23290
- Confirmación bancaria en donde se certifique que la empresa JAVA INVERSIONES, S.A. mantiene una línea de crédito rotativa para el financiamiento del Proyecto No.23290
- Registros contables oficiales, de la empresa JAVA INVERSIONES, S. A. en donde se determinen los cargos efectuados al Proyecto No.23290, antes del 17 de marzo de 2003.
- Facturas o contratos por el mantenimiento y/o reparación del equipo rodante, pesado y liviano, utilizado ciertamente en el Proyecto No.23290, antes del 17 de marzo de 2003

.../.

Siendo entonces que el principio fundamental del derecho a la indemnización es el resarcimiento económico, pago o compensación por un daño o perjuicio causado, y luego de contrastado el material probatorio contenido en los informes periciales con respecto al dictamen rendido por el perito designado por esta Sala, Licdo. Alfredo Cuadra, se concluye que en el presente caso las pruebas aportadas por la parte actora para acreditar el daño resarcible, específicamente el daño material o patrimonial, no son concluyentes para establecer la cuantía que reclama, máxime que mediante las mismas no es posible detallar el daño emergente y el lucro cesante, incluidos, como antes se indicó, en lo que tradicionalmente se conoce como daño material o patrimonial.

En cuanto al daño moral, se niega, toda vez que es fácil colegir que quien ha ocurrido en demanda es una persona jurídica considerada como ente jurídico abstracto, el cual por sí solo no es susceptible de daño moral. En atención a lo que ya fue expuesto, lo anterior parte del hecho de que estos entes no poseen psiquis, por ende ni se encuentran vinculados los sentimientos, los cuales son inherentes a las personas naturales.

Todo lo anterior lleva a esta Sala a considerar que al daño material, la condena es en abstracto y deberá liquidarse conforme a los trámites establecidos en los artículos 996 y siguientes del Código Judicial, y bajo los parámetros sugeridos por el perito designado por esta Sala, en sus recomendaciones. El trámite de condena en abstracto es aplicable al proceso contencioso administrativo, a tenor de lo previsto en el artículo 57c de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, en concordancia con el artículo 98 del Código Judicial.

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

1. DECLARA QUE ES NULA POR ILEGAL, la Resolución Ejecutiva N°132 de 29 de abril de 2003, dictada por el Fondo de Inversión (FIS).
 2. DECLARA RESPONSABLE al Fondo de Inversión Social por los perjuicios configurados como daño material o patrimonial causados a JAVA INVERSIONES S.A;
- 2B.En atención a que los perjuicios causados configurados como daño material o patrimonial no han podido ser debidamente tasados por el TRIBUNAL, por lo escaso del material probatorio que lo sustenta, la condena es en ABSTRACTO, y deberá liquidarse de acuerdo a los trámites previstos en los artículos 996 y siguientes del Código Judicial. El trámite de condena en abstracto

es aplicable en este caso, a tenor de lo previsto en el artículo 57c de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, en concordancia con el artículo 98 del Código Judicial.

3- NIEGA la reclamación en concepto de daño moral a favor de JAVA INVERSIONES S.A.

Notifíquese Y CUMPLASE

VICTOR L. BENAVIDES P.

WINSTON SPADAFORA FRANCO (Con Salvamento de Voto) -- ADÁN ARNULFO ARJONA L. (Con Explicación de Voto)

JANINA SMALL (Secretaria)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

WINSTON SPADAFORA FRANCO

Con el respeto y consideración acostumbrado planteo los argumentos que me motivan a salvar mi voto dentro de la presente sentencia emitida en virtud del Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, interpuesto por el licenciado Carlos Carrillo, en representación de JAVA INVERSIONES, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución Ejecutiva No.132 del 29 de abril de 2003, dictada por el Fondo de Inversión Social (FIS), y para que se hagan otras declaraciones.

Si bien es cierto comparto la decisión de declarar la ilegalidad del acto acusado, difiero del razonamiento efectuado en lo relativo a la imposibilidad de reconocer daño moral a una persona jurídica. Dicho criterio es desarrollado en la sentencia que nos ocupa de la siguiente forma:

“En cuanto al daño moral, se niega, toda vez que es fácil colegir que quien ha ocurrido en demanda es una persona jurídica considerada como ente jurídico abstracto, el cual por sí solo no es susceptible de daño moral. En atención a lo que ya fue expuesto, lo anterior parte del hecho de que estos entes no poseen psiquis, por ende ni se encuentran vinculados los sentimientos, lo cuales son inherentes a las personas naturales.”.

Con relación a lo anterior, es preciso indicar que el artículo 1644-A del Código Civil, hace referencia a la persona, como objeto de la afectación por una daño moral causado, sin distinción alguna entre natural o jurídica.

Además, las afectaciones que en la norma supracitada se mencionan, no son exclusividad de las personas naturales, por ejemplo una persona jurídica puede verse afectada en su reputación.

El hecho de que la persona jurídica no participe en la totalidad de los derechos de la personalidad citados en la norma invocada, no significa que no pueda ser sujeto agraviado de un daño extrapatrimonial del cual puede ser objeto su imagen y prestigio, los cuales integran parte de la reputación.

Al respecto del tema tratado obsérvese la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil, que citamos a continuación:

“es verdad que es difícil cuantificar el daño moral, el cual, a diferencia del material, sí ofrece problemas acerca de su naturaleza porque no es extraño a la víctima de un delito, o al damnificado por un acto culposo o negligente derivado, por caso, en el ejercicio abusivo del derecho de litigar, el penoso sinsabor que experimenta a las lesiones o, como es este ejemplo, el daño o perturbación que sufre en el goce pacífico de sus bienes, de su normal actividad mercantil y el deterioro de su personalidad de comerciante.

...

Se debe entender, entonces, que la reparación del daño moral causado a una persona jurídica constituye una manera de compensar, mediante una suma de dinero, los perjuicios causados, entre otros, a su buen nombre y prestigio.

Sin embargo, la Sala estima que en el presente caso no se ha probado que el anuncio publicado por ENVASES DEL ISTMO, S. A. haya causado un daño de esta naturaleza a COCA COLA DE PANAMA (CIA. EMBOTELLADORA), S. A.”. (sentencia de 2 de junio de 1999).

"Si se observa la demandante refiere como daño, materiales y morales, la pérdida de imagen, prestigio comercial, cierre de créditos por proveedores, cobros anticipados de los proveedores, cierre de facilidades crediticias por entidades financieras, demandas de terceras personas a raíz de las publicaciones en los periódicos, cancelación y no otorgamiento de póliza de seguro, de lo cual en el expediente no hay un sólo elemento de prueba que genere la convicción necesaria sobre la existencia de los daños a que se refiere el actor.

Además, establecer que dicho daño, nace producto de un falso testimonio como alega el actor, es desconocer las reglas de la lógica y la experiencia, pues resulta dudoso estimar la capacidad que puede tener el falso testimonio dentro de un proceso para causar los daños a que se refiere el actor, o sea, no hay que hacer mayor abstracción para concluir, que no hay una relación de causa o efecto entre el hecho (falso testimonio-causa) y el daño (efecto), o sea no existe un nexo de causalidad." (sentencia de 14 enero de 2005).

Además, en reciente fallo de fecha 19 de agosto de 2008, emitido dentro de la solicitud de liquidación en abstracto interpuesta por la firma Rosas & Rosas en representación de Constructora Uruapan, S.A., se indicó lo siguiente:

"...

En el caso de las personas jurídicas, hoy en día prevalece el criterio de que estas pueden sufrir afectaciones de carácter extra patrimonial que, en una visión integral de la reparación, deben considerarse procedentes. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellas afectaciones que pueden suponer deméritos en el prestigio profesional, comercial o social como el descrédito ante la clientela, la ruptura y pérdida de confianza en las relaciones con proveedores y contratistas de la plaza donde desarrolla sus actividades una persona jurídica.

...

Con respaldo en las anteriores consideraciones, esta Sala considera de justicia reconocer a la empresa CONSTRUCTORA Uruapan, S.A. la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (US\$250,000.00) en concepto de daño moral.

...". (el resaltado es nuestro). (Mgdo. Ponente: Adán Arjona).

En consecuencia resulta claro que tanto la doctrina como la jurisprudencia ha reconocido que a las personas jurídicas se les puede causar daño moral, el cual tienen derecho a demandar para que les sea resarcido.

Por lo tanto, la sentencia que nos ocupa tenía que entrar a considerar forzosamente si el daño moral fue debidamente motivado y acreditado en el proceso, situación que no se ha podido desarrollar en base al criterio externado en la resolución de fondo.

Son por las razones aquí explicadas, por las cuales respetuosamente SALVO EL VOTO.

Fecha, ut supra.

WINSTON SPADAFORA F.

JANINA SMALL (Secretaria)

EXPLICACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ADAN ARNULFO ARJONA L.

Aun cuando comparto esencialmente las tres declaraciones principales que profiere esta sentencia, me veo en la necesidad de expresar mi desacuerdo con las consideraciones que se han formulado en relación con el reconocimiento del daño moral a favor de las personas jurídicas.

1. La sentencia afirma en relación con el reclamo de daño moral que plantea la sociedad JAVA INVERSIONES, S.A., lo siguiente:

"En cuanto al daño moral, se niega, toda vez que es fácil colegir que quien ha ocurrido en demanda es una persona jurídica considerada como ente jurídico abstracto, el cual por si solo no es susceptible de daño moral. En atención a lo que ya fue expuesto, lo anterior parte del hecho de que estos entes no poseen psíquicos, por ende ni se encuentran vinculados los sentimientos, los cuales son inherentes a las personas naturales".

2. Manifiesto mi rotundo desacuerdo con la afirmación que queda transcrita ya que ella no sólo contradice la Ley sino que supone un retroceso en la posición tradicional que han mantenido tanto la Sala Primera como la Sala Tercera de ésta Corporación, en cuanto a la licitud de reconocimiento de daño moral que hayan experimentado las personas jurídicas.
3. En lo que atañe al daño moral el artículo 1644-A del Código Civil es terminante en destacar lo siguiente:
 - Se concibe como daño moral la afectación que una persona experimenta en su decoro, honor, reputación o en la consideración de si misma tienen los demás.
 - La Ley permite el resarcimiento del daño moral que sufra "una persona" sin restringir el alcance de éste concepto únicamente a las personas naturales, por lo que se entiende que donde la Ley no ha distinguido no le es dable al interprete hacerlo.
 - El daño moral puede reconocerse "con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual".
 - El hecho de que una persona jurídica no pueda atribuírsele sentimientos, afectos, creencias, vida privada, configuración y aspecto físico que son propios de las personas naturales, no significa que aquellas no pueden experimentar menoscabos de carácter extrapatrimonial.
 - Es por ello que, la doctrina y la jurisprudencia ha señalado que las personas jurídicas pueden sufrir daños extrapatrimoniales en su reputación o consideración social y comercial los cuales pueden cobijarse como daño indemnizable.
4. La jurisprudencia panameña ha receptado desde hace muchísimo tiempo la noción que permite reconocer a las personas jurídicas indemnización en caso de que hayan sufrido daño extrapatrimonial, como se observa a continuación:

“...

Luego del examen de las consideraciones expuestas en el fallo impugnado sobre los medios de prueba que sirvieron para demostrar el daño moral que sufrió el demandante, a juicio de esta Corporación resulta acertado el análisis y la conclusión a la que arribó al respecto, ya que al haberse acreditado la lesión que sufrió la víctima del accidente, consistente en la pérdida de su ojo derecho, sin lugar a dudas recae en su configuración y aspecto físico, lo que obviamente se traduce en la afectación de sus sentimientos psíquicos, tanto en su yo interno ocasionándole sentimientos desagradables (como tristeza, preocupación, angustia, intranquilidad, desasosiego, fracaso, mal humor, cólera, entre otros), así como también los llamados sentimientos de autovaloración y ex valoración, los primeros a lo referente a la consideración que tiene la persona sobre sí mismo (vergüenza, culpa, etc.), y los segundos relativos a la consideración que tienen los terceros sobre su persona (como repugnancia, respeto, lástima).

En jurisprudencia de esta Sala se ha dicho que en estos casos de lesiones físicas, los medios de prueba que acreditan la severidad y magnitud del tamaño o trauma físico, constituyen al mismo tiempo la prueba del daño moral, ya que constituyen una alteración de su configuración y aspecto físico, por lo que necesariamente tiene que afectarse negativamente sus emociones y sentimientos psíquicos. En este sentido en fallo de 16 de junio de 1999, la Corte dijo:

...

Sobre la prueba de daño moral se dijo en aquella sentencia:

“Pero, encima de lo que hayan dicho los peritos empleados en el esfuerzo de demostrar que se produjo un daño moral en perjuicio de la parte demandante, es mucho más importante dejar sentado el criterio de que, cuando el agravio moral consiste en la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad de un sujeto, la mera demostración de la existencia de dicha transgresión constituirá, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral ocasionado. La prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso...” (ver Registro Judicial de enero de 1998. sentencia fechada 26 de enero de 1998, Demetrio Basilio Lakas contra Diamantis Papadimitri).

....

(Ver registro judicial de junio de 1999, sentencia de 16 de junio de 1999, caso: Tom Scott y Brenda Scott recurrentes en casación en el proceso ordinario que les sigue EUGENE BARNES en representación de su menor hija APRIL BARNES).

...

“ ...

Así las cosas, considerando que la prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso, como se sostuvo en el fallo transcrito, debemos concluir para efectos del caso que nos ocupa que los informes y las declaraciones de los facultativos de la medicina y del Centro Hospitalario que tuvieron a su cargo la curación y el cuidado del demandante lesionado, que obran en autos y que fueron destacados por el Ad Quem, constituyen en plena prueba el daño moral que sufrió el actor, aunado al informe de la trabajadora social que alude específicamente al efecto psicológico la pérdida del ojo en el joven ALBERTO CASTRO WRIGHT.

En atención a lo que se deja expuesto, el cargo que se atribuye al fallo de segunda instancia no prospera, por ello la Corte procederá a no casar dicha sentencia” (Ver en registro judicial de mayo de 2003 sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, fechada 30 de mayo de 2003. caso: Coca Cola de Panamá Compañía Embotelladora, S.A. recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue Alberto Castro Wright).

“...Las personas jurídicas al igual que las personas naturales también pueden sufrir daños morales cuando producto de publicaciones periodísticas se le cause lesión a su buen nombre y reputación en el ámbito comercial y social.

...

Se debe entender, entonces, que la reparación del daño moral causado a una persona jurídica constituye una manera de compensar, mediante una suma de dinero, los perjuicios causados, entre otros, a su buen nombre y prestigio.

....

(ver sentencia de 2 de julio de 1999 proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil. Caso: Envases del Istmo, S.A. –vs- Coca Cola de Panamá, S.A.).

“ ...

Sabemos que en estos casos, cuando de la reparación del daño moral se trata, entran en juego la naturaleza resarcitoria que para la víctima tiene la reparación, con la naturaleza sancionatoria que con respecto al ofensor conduce a que sobre este recaiga la obligación de indemnizar las consecuencias del acto ilícito del cual es responsable. El juez, por su parte, está facultado para fijar, en uso de su prudente discreción, el monto de la indemnización que corresponda. En esta tarea no hay dudas que puede ser de mucha ayuda la asistencia de los peritos, pero nada le impide al juzgador que, en ausencia de los mismos, proceda en forma cuidadosa a fijar la cuantía de dichos daños teniendo como guía los factores mencionado en el artículo 1644-A, las verdades reveladas por el expediente y lo que le aconseja la experiencia” (ver registro judicial de junio de 1999. Sentencia de 16 de junio de 1999 expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. caso: Tom y Brenda Scott –vs- Eugene D. Barnes).

Con apoyo en lo anterior dejo fijada mi posición en lo que respecta al reconocimiento de indemnización por daño moral a las personas jurídicas.

Fecha ut supra.

ADAN ARNULFO ARJONA L.

JANINA SMALL (Secretaria)