



REPUBLICA DE PANAMA  
ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, veintiuno (21) de diciembre de dos mil nueve (2009).-

**VISTOS:**

Se presentaron a la Secretaría de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia dos demandas de indemnización o reparación directa distintas, la primera de ella el 26 de octubre de 2004 y la segunda el 16 de noviembre del mismo, identificadas con entrada respectivamente 605/04 y 617/04 las cuales mediante providencia de 30 de junio de 2005, el Sustanciador acumuló por razón de que tienen las mismas causas a pedir con la finalidad de que se sustancien conjuntamente y se fallen en una misma sentencia. A continuación los detalles de dichas demandas, con fundamento en los artículos 720, 721 y 731 del Código Judicial.

La primera de las demandas acumuladas es la Contenciosa Administrativa de Indemnización o Reparación Directa, interpuesta por la firma forense Orobio & Orobio Abogados, en representación de Margarito Córdoba C., Bienvenida Rueda, Alex Antonio González y Mireya González de González, para

que se condene al Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP), al pago de cinco millones de dólares (B/.5,000,000.00) por daños y perjuicios, materiales y morales, causados a los progenitores por la muerte por culpa o negligencia de sus menores hijo Félix Córdoba y Maikol González G.

La segunda, es la Contencioso Administrativa de Indemnización o Reparación Directa, presentada por los licenciados Ramón Quinto Zambrano y Valentín Jiménez Talbot, en representación de los señores Gumercinda Moreno Falcon y Brigida Santos Sanjur, para que se condene al Ministerio de Obras Públicas y/o el Estado Panameño, al pago de dos millones setecientos cincuenta dólares (B/.2,750,000.00), por daños y perjuicios (materiales y morales), causados por la muerte de su menor hijo Eduardo A. Moreno S., y el trauma de Miguel A. Moreno.

#### **I. PRETENSIONES DE LAS PARTES DEMANDANTES**

Dentro de la demanda incoada por la firma Orobio & Orobio Abogados se le pide concretamente lo siguiente:

“PRIMERO: Que se declare que el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS es responsable directo por la muerte de los menores FELIX ISAC CORDOBA RUEDA Y MAIKOL XAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad se condene AL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (EL ESTADO PANAMEÑO), al pago de cinco millones de dólares (\$5,000,000.00) en calidad de indemnización por los daños materiales y morales causados a sus progenitores por la muerte por culpa o negligencia de sus menores hijos, desglosados de la siguiente manera: quinientos mil dólares (\$500.000.00) por el daño material causado y dos millones de dólares (\$ 2,000.000.00) por el daño moral, por cada víctima, más las costas y gastos del presente proceso.”

En cuanto a la demanda presentada por los licenciados Ramón Quinto Zambrano y Valentín Jiménez Talbot se plantea como pretensión lo que sigue:

“INDEMNIZACIÓN POR REPARACIÓN DIRECTA  
CUANTÍA: DOS MILLONES SETECIENTOS  
CINCUENTA MIL BALBOAS (((2,750,000.00))).”

## II. HECHOS FUNDAMENTALES DE LAS DEMANDAS

Como hechos coincidentes en las demandas en comento se señala que el día 14 de diciembre de 2003, fallecieron los menores de edad MAIKOL XAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, FELIX ISAC CORDOBA RUEDA Y EDUARDO ALEJANDRO MORENO SANTOS, al quedar sepultados por las estructuras, tierras u otros objetos contundentes al colapsar el puente en construcción para el Corredor Norte, en Las Palmitas de San Miguelito.

Se señala como hecho también, que previo a que sucediera lo narrado arriba se presentaron reiteradas quejas, advertencias y denuncias públicas por parte de moradores del área cercana a los hechos ante la entidad pública que tiene la potestad legal para inspeccionar y supervisar ese tipo de obras para que subsanara cualquier anomalía.

Se señala como hecho también, que el MOP desatendió advertencias por instituciones como SINAPROC, BOMBEROS, LA SPIA y la DEFENSORIA DEL PUEBLO respecto a la posibilidad de la ocurrencia de un accidente que pudiera cobrar la vida de personas, agregando a ello, que las investigaciones realizadas luego del evento que causo el daño, por parte de una comisión conformada por el referido Ministerio se aceptó que el accidente se debió a la falta de precaución y supervisión de los involucrados en la obra, lo que incluye el Estado Panameño por conducto del Ministerio de Obras Públicas.

## III. DISPOSICIONES LEGALES ADUCIDAS COMO INFRINGIDAS

En la primera de las demandas acumuladas, es decir, la presentada por la firma Orobio & Orobio Abogados, se cita como norma infringida el literal a del artículo 3 de la Ley 35 de 1943, que señala como asunto de competencia del

Ministerio de Obras Públicas, administrar, supervisar e inspeccionar y controlar las obras públicas para su debida construcción o mantenimiento.

La segunda norma invocada como infringida es el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N°656 de 18 de julio de 1990, que dice que la Dirección Nacional de Administración de Contratos compuesta por las Direcciones Ejecutivas de Estudio y Diseño y la de Inspección y los Departamentos de Contratación de Control Fiscal tiene la función administrar el desarrollo e implementación de los proyectos que contrate el Ministerio de Obras Públicas en todo su proceso y la de supervisar las obras viales ejecutadas por los promotores y contratistas privados y las realizadas por la Dirección Ejecutiva de Obras del MOP.

Por otra parte, los apoderados judiciales en la segunda demanda los licenciados Ramón Quinto Zambrano y Valentín Jiménez Talbot, citan como infringida la cláusula sexta del contrato #98 de 29 de diciembre de 1994, suscrito entre el Estado y PYCSA PANAMÁ, S.A., que señala entre las obligaciones y derechos del Estado la de inspeccionar la Construcción de la obra que ejecute el concesionario para garantizar que se cumplan las normas y prácticas usualmente aceptadas en el ejercicio de la ingeniería así como las especificaciones y demás documentos del contrato y coadyuvar con el concesionario para lograr una rápida y satisfactoria solución de los problemas.

También, figura como disposición legal infringida los numerales 1 y 2 del artículo 18 de la Ley 56 de 1995, subrogada por la Ley 22 de 2006, que establece el principio de responsabilidad dentro de las contrataciones públicas, en el cumplimiento del contrato y la correcta ejecución de las obras.

#### **IV. INFORMES DE CONDUCTA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS**

El Ministro de Obras Públicas explica en los informes respectivos fundamentalmente que de conformidad con la adenda n°2 al contrato de concesión administrativa N° 98 de 29 de diciembre de 1994, suscrito con la empresa PYCSA PANAMÁ, S.A., se dio inicio a la construcción de la segunda

Fase del Corredor Norte, correspondiente al tramo Tinajas-Tocumen, dentro de lo cual se incluía la construcción del paso vehicular ubicado en el área La Palmita, Corregimiento de Belisario Porras del Distrito de San Miguelito, contrato que además de estar regido por lo convenido y sus addendas lo está por el pliego de cargos y la ley de contratación pública.

Señala también el Ministro que el día 14 de diciembre de 2003, se desplomó una sección del muro de la tierra armada que constituye el estribo del puente denominado La Palmita, por lo cual designó una Comisión Técnica de Investigación del MOP en su condición de ente supervisor que por distintas pruebas adelantadas como, de laboratorios, análisis de planos de la estructura, inspección ocular definió que fue la saturación del suelo por acumulación de agua al estar el relleno expuesto a la intemperie durante más de cinco meses, sin contar con un drenaje, pese a que en los planes aprobados se estableció la necesidad de efectuar obras de drenaje, advirtiendo que con ello se incumplió con notas constructivistas, en que explica que si bien el diseño utilizado fue el adecuada esto era así siempre que el muro no fuera expuesto a cargas hidrostático, contrario a lo sucedido por cuanto que la concesionaria PYCSA PANAMÁ, S.A.

#### **V. OPINION DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN**

En las vistas fiscales emitidas por la Procuraduría de la Administración dentro de las demandas acumuladas descritas previamente, se solicita a la Sala desestimar las pretensiones de las partes actoras fundamentándose en lo medular que en el desprendimiento de la sección del muro que ocasionó la muerte de los menores que motivó estas demandas, se debió al incumplimiento de las obligaciones contractuales, aunado que dentro de las cláusulas contractuales y las condiciones especiales del pliego de base que forma parte del contrato y en consecuencia, es exigible la responsabilidad de los trabajos realizados recae directamente contra el concesionario.

## **VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 97 del Código Judicial, le está atribuido a la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo conocer de las indemnizaciones de que sea responsable directo el Estado y las restantes entidades públicas.

Desarrollados los trámites legales de rigor corresponde a esta Corporación entrar a decidir el fondo de la controversia, sobre las consideraciones que siguen.

Aprécia este Tribunal que las partes demandantes atribuyen al Estado a través del Ministerio de Obras Públicas responsabilidad directa, surgida por razón de su obligación de supervisar y fiscalizar una obra pública dada en concesión, considerando que su inactividad para ejercitar esa función está asociada al evento que ocasionó el daño, es decir, la muerte de varios menores de edad ya nombrados.

De lo expuesto, en el presente caso considera esta Sala resolver varias circunstancias: (i) ¿ Si el Ministerio de Obras Públicas incumplió con su obligación de supervisión y fiscalización en una obra dada en concesión y con ello el alcance de esa responsabilidad, ii) Si la falta de supervisión y fiscalización viene asociada a un mal funcionamiento del servicio público y en consecuencia puede acarrear algún tipo de responsabilidad para la Administración, iii) Si ante una situación de riesgo que entrañaba dentro de la ejecución de la segunda etapa del Corredor Norte, dentro del Corregimiento Las Palmitas, se le puede atribuir responsabilidad al Estado, iv) Cual es la efectividad de la obligación atribuida al Ministerio de Obra Pública para fiscalizar y supervisar las obras públicas.

No obstante, previo a atender lo anterior es importante referirnos a los hechos que precedieron el evento dañoso.

## **ANTECEDENTES**

El Estado Panameño suscribió el contrato de concesión administrativa N°98 de 23 de diciembre de 1994 con la empresa PYCSA PANAMA, S.A., para el estudio, diseño, construcción, mantenimiento, operación y explotación de la Autopista Panamá-Colón y la Fase Primera del Corredor Norte, contrato al que se le hicieron varias addendas, contenido del respectivo pliego de cargos.

Se aprecia en el expediente, la constancia de publicación de un artículo en un medio de comunicación nacional con fecha del 8 de mayo de 2003, es decir, previo al evento dañoso denominado "moradores del área peligra vidas por derrumbe, por motivo de las lluvias".

Según consta en el expediente administrativo consultable a foja 1 del tomo I, para mayo de 2003 moradores del área de la construcción de la Segunda Etapa del Corredor Norte, en la Comunidad de Torrijos Carter del Corregimiento de Belisario Porras, del Distrito de San Miguelito presentaron queja ante la Dirección de Orientación y Protección de los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo, exponiendo la situación de que temían por sus vidas por cuanto que un talud de esa construcción estaba sostenida por unas barras de hierros y una maya de plástico y cuando llovía, ello no mostraba resistencia porque pese a ello se habían dado desmoronamientos de piedras y tierras al desagüe.

Consecuentemente, se aprecia en el expediente administrativo de fojas 19 a 27 que el Defensor del Pueblo mediante notas todas calendadas 14 de mayo de 2003, solicitó al Director de Obras y Construcciones del Municipio de Panamá, al Ministro de Obras Públicas, al Director General del Sistema de Protección Civil, al representante legal de PYCSA, S.A., a la sociedad Panameña de Ingenieros y Arquitectos (S.P.I.A.), información sobre la

problemática planteada por los moradores del distrito de San Miguelito, dentro de la comunidad antes detallada.

Así, apreciamos a fojas 42 y 43 del expediente que se practicó una inspección ocular el 19 de mayo de 2003, que determinó que el talud estaba intacto, había estado cediendo por las fuertes lluvias y su parte superior cayó en el desagüe de aguas pluviales, lo cual fue reiterado por el Coordinador Técnico del proyecto Corredor Norte.

Consta también, en el expediente un informe técnico de la Comisión de Obras Públicas de la Asamblea Legislativa, fechado 21 de mayo 2003, en que se manifiesta que efectivamente existían varias casas que se encontraban cerca de los taludes que se construían para el Corredor Norte en el Distrito de San Miguelito, además, de dejarse plasmado la preocupación de que con fuertes lluvias esos taludes y sus rellenos se deslizarían limitando con terrenos de varias residencias, por lo cual se recomendó que los moradores del área fueran reubicados e indemnizados y también, que se construyera un zampeado a todos los taludes del relleno y barreras protectoras contra choques o vuelcos en la orilla de ambas direcciones. (Fojas 72 a 78 del expediente administrativo).

A foja 91 y 92 del expediente administrativo consta también un informe identificado SNPC-DT-031- de 26 de mayo de 2003, suscrito por el Director Técnico del Sistema Nacional de Protección Civil, observándose con relación al deslizamiento de tierra (segunda etapa del Corredor Norte) que en un sector se había construido un muro de bloque entre las viviendas y la construcción, **pero lo mismo no se había hecho en el área La Palmita, lugar que ya había sido afectado con deslizamientos por las lluvias.**

Por otro lado, entre los eventos que precedieron el derrumbe también debemos apuntar que consta de fojas 281 a 284 del expediente judicial, un informe del Jefe de la Sección de Investigación de Campo del Ministerio de Obras Públicas, por una inspección realizada en la zona del estribo #2 del

Puente sobre Calle La Palmita. El informe observa lo que nos permitimos transcribir a continuación, para mayor claridad de lo sucedido.

- "1. El suelo utilizado para la construcción de estos muros presenta a simple vista un elevado porcentaje de material fino. Además, se pudo observar que en ciertas áreas especialmente en la parte inferior del muro el mismo no presenta material de Geotextil no tejido el material de suelo no estará completamente confinado y por tanto el material de suelo fino podría mitigarse por efecto de las cargas y presiones hidrostáticas, provocando el reacomodo de las partículas y a su vez un movimiento en masa.
2. En ciertas zonas del muro de tierra armada se pudo observar que el material de Geotextil está roto.
3. En una sola zona de la pared del muro se pudo observar un movimiento relativo (distorsión) en el cuerpo de masa del terraplén (Ver la foto #1 y foto #2). Consideramos que esta distorsión se debió posiblemente a la pérdida de finos en las primeras capas de fundación o probablemente existió una falla por capacidad de soporte provocando el reflejo de esta falla en el cuerpo o masa del terraplén.

...

### **Comentarios**

Nuestros comentarios muy particulares sobre la construcción del Muro Mesa en esta área es la siguiente:

1. Consideramos que el material que se está utilizando como material de relleno debe periódicamente tener un control de calidad con base a los requerimientos de los fabricantes (del Sistema patentizado de tierra armada). En el capítulo 85 de las Especificaciones Técnicas del Ministerio de Obras Públicas en el Punto #2, "Materiales", describe que los materiales requeridos para la construcción de los Muros de tierra armada guardarán armonía con los planos del MOP y los requerimientos de los fabricantes (del Sistema patentizado de tierra armado). Los rellenos serán compactados a una densidad no menor del 95% de la densidad máxima al ser ensayados conforme a AASHTO

- T99, Métodos C y D (Con corrección por tamaños excesivos según lo estipula la Nota 7 ).
2. Consideramos que el ingeniero Geotécnico en su estudio debe garantizar la resistencia y durabilidad de la obra (Revisando la Capacidad de Soporte del área y determinando los máximos asentamiento esperados los cuales deberán ser comparados con valores permisibles).
  3. Consideramos que el contratista deberá seguir estrictamente lo que estipula el pliego de Cargo del Ministerio de Obras Públicas.
  4. Es aconsejable y recomendable que las paredes del muro de tierra armada (GEOTEXTIL REINFORCED WALL) sean cubiertas ya sea con un (SHOTCRETE), asfalto con emulsión o los requerimientos estipulados por el fabricante (del Sistema patentizado de la tierra armada), ver ilustración de la figura 3.3. Nuestra recomendación tiene el objetivo de prevenir el debilitamiento de los materiales Geotextiles expuestos a los rayos ultravioletas y al posible vandalismo.
  5. Nuestros comentarios adicionales sobre este tipo de muro es que los mismos pueden tolerar grandes asentamientos y asentamientos diferenciales sin perder su capacidad de esfuerzos (Relajarse).
  6. Tomar las medidas de seguridad y los procedimientos de construcción necesarios para la construcción de este tipo de muro.
  7. En cuanto al Diseño y Cálculo de los Muros de Accesos para los puentes en mención, nuestra parte no tienen ningún tipo de comentario al respecto”.

Adjunto a lo suscrito, vemos que constan varias fotos sobre las cuales se expresan las frases siguientes: “Observe que el muro no presenta el confirmatorio (geotextil) en la parte inferior del muro”, “Observe el movimiento relativo en el cuerpo del relleno”, “En la ilustración podemos observar cierta deficiencia en la estructura de la madera utilizada”.

Por su parte, la Dirección General de Inspección del MOP mediante nota EEM-005-03 de 26 de mayo de 2003, certifica que los muros mesas y los de tierra armada, fueron construidos sobrepasando el diseño aprobado por la mencionada entidad estatal y que a las envolturas de geomalla se les estaba colocando un recubrimiento de concreto con sus respectivos drenajes, a fin de obtener mayor seguridad.

No obstante, contrario a todo lo expresado posteriormente en una nota CAL-202 de 12 de junio de 2003, suscrita por el Coordinador de Asesores Legales del Ministerio de Obras Públicas y dirigida a la Defensoría del Pueblo se expresa que tanto los muros mesas, como los de armadas son estructuras seguras.

#### **DESPRENDIMIENTO DE UNA SECCIÓN DEL MURO DE ARMADA DEL PASO VEHICULAR LAS PALMITAS.**

El 14 de diciembre de 2003, se desprendió la sección del Muro de tierra armada del paso vehicular La Palmita, ubicado en Cerro Batea, Distrito de San Miguelito, evento que ocasionó la muerte de cuatro menores de edad.

En virtud de lo sucedido, según el informe de conducta de la entidad estatal demandada, el Ministro de Obras Públicas mediante Resolución 045-03 de 15 de diciembre de 2003 designó una Comisión Técnica de Investigación con la finalidad de establecer las causas que ocasionaron el desprendimiento del muro en comento, investigaciones en la cual queda planteado incluyeron pruebas de laboratorio, análisis de los planos de estructura, inspección ocular del sitio, reuniones con el concesionario y con la empresa subcontratista sobre el diseño de la obra, determinándose en síntesis lo siguiente:

“... la causa que provocó en forma directa, la falla del citado muro, fue la saturación del suelo por acumulación de agua, al estar el relleno expuesto a la intemperie durante más de cinco (5) meses. De acuerdo a la Comisión, dicha acumulación de agua se produjo por la ausencia de sistemas de drenaje. Al verificarse los planos

aprobados por el Ministerio de Obras Públicas para la construcción del Puente La Palmita y los métodos constructivos con la empresa Fundaciones S.A., diseñadora del muro en el cual se produjo el accidente, se pudo determinar que los propios planos indican la necesidad de efectuar obras de drenajes por parte del constructor.

...la falta de cumplimiento de las indicaciones contenidas en las notas constructivas del diseñador. Indica, además, que las paredes del muro se desplomaron producto de la excesiva presión hidrostática, efecto lógico y directo de la saturación del suelo, lo cual deterioró ciertas propiedades del material de relleno, entre las que menciona el peso volumétrico, ángulo de fricción interna, cohesión contenido de humedad y otros.

...el diseño utilizado es el adecuado siempre y cuando el muro no sea sometido a cargas hidrostáticas. Advirtió la Comisión que estos mismos muros, diseñados y construidos adecuadamente y sometidos a las cargas especificadas han sido utilizados con anterioridad en la República de Panamá, con comportamientos estructurales satisfactorios. La Comisión descartó fallas en el diseño y reiteró que el derrumbe del muro fue causado por el exceso de agua en el relleno, producto de precipitaciones pluviales propias de la estación lluviosa y el incumplimiento de las notas constructivas referente al drenaje.”

Con fundamento a lo anterior, mediante Resolución 046-03 del 19 de diciembre de 2003, el Ministro de Obras Públicas impuso una sanción administrativa a la empresa PYCSA PANAMÁ, S.A., por una multa de B/.25,000.00 y al mismo tiempo ordenó la demolición de los muros de tierra armada existente tanto en el estribo N°1 como en el N°2, por el riesgo que éstos generaban ante la ocurrencia de otro derrumbe.

Los demandantes consideran que el Estado Panameño es responsable directo del evento dañoso, a consecuencia del ejercicio inefectivo del Ministerio de Obras Públicas, de la facultad atribuida para la fiscalización y supervisión sobre una obra pública dada en concesión, en este caso, la construcción de la segunda etapa del Corredor Norte.

Sobre lo anterior, nos permitimos expresar ciertas consideraciones que nos permitirán tener mayor claridad del tema de la responsabilidad de la administración, asimismo, aquella que puede surgir por daños causados a terceros por contratistas y concesionarios del Estado.

Sobre el particular, debemos partir señalando que el derecho moderno expresado por la doctrina y la jurisprudencia ha aceptado que todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta, lo que se ha instituido como de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

La responsabilidad ha sido concebida como la situación que atañe a un sujeto a quien la ley le establece el resarcimiento de un evento dañoso, que afecta un bien protegido. En el ámbito civil se distinguen dos tipos de responsabilidad, la contractual que es aquella producida cuando la obligación de reparar el perjuicio deriva del incumplimiento de obligaciones contraídas por un contrato celebrado en una relación jurídica y, la responsabilidad extracontractual, cuya obligación de resarcir el daño surge de la acción u omisión que infringe el principio general de no causar daño a otro, es decir, que quien la causa debe repararlo. Cabe anotar, que en el derecho público se ha aceptada también esta división.

Sobre la responsabilidad de la Administración Pública, que es la institución que nos ocupa en este caso, debemos aplicar la extracontractual, toda vez que el resarcimiento del evento dañoso no surge de una relación jurídica contractual. La problemática de este tipo de responsabilidad ha planteado los administrativistas, radica en la responsabilidad objetiva y subjetiva, lo que ha sido debatido mucho por la doctrina por los excesos a que puede llegar este sistema.

La responsabilidad objetiva, está inclinada en que el concesionario responde por los daños causados a terceros como consecuencia de las actividades que requieran el desarrollo del servicio, excepto, cuando el daño o perjuicio se haya dado a consecuencia de una orden inmediata y directa de la

administración pública. Esto aplica directamente a lo establecido en la ley de concesión administrativa el decreto ley 5 de 1988, en cuanto a que los riesgos en las concesiones corren por cuenta del concesionario, lo cual consecuentemente es pactado en el contrato de lo cual resulta que el concesionario responde por los daños ocasionados a terceros en virtud del contrato, sin embargo, esta teoría deja oculta un poco la idea de la responsabilidad a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público que no es más que el actuar o no actuar del Estado y el vínculo de éste con la obra como titular de la misma.

Por su parte, la responsabilidad subjetiva queda sustentada sobre la base de dos perspectivas ellas son: 1) constitucional y 2) legal. La primera se explica en que los ciudadanos tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran sus bienes o derechos, salvo en aquellos casos de fuerza mayor, cuando la lesión sea consecuencia del mal funcionamiento de un servicio público y, la segunda, es decir, la legal se sustenta en lo establecido en la ley de contratos que dice que el contratista será responsable de las consecuencias que surjan a causa de la ejecución del contrato.

La tercera tesis que ha denominado parte de la doctrina responsabilidad de doble plano pretende conectar las dos responsabilidades es decir, la objetiva con la subjetiva en distintos planos, teniendo como punto de partida la perspectiva del sujeto que sufre el daño o lesión en sus bienes o derechos, pero que el evento dañoso se ha producido por una actividad realizada por el concesionario que está conectado al funcionamiento normal o anormal del servicio público, pero sin dejar de pensar que no se pueda condenar al concesionario o contratista, sino que la administración no puede desaparecer de la relación, ya que es el titular de la obra y el concesionario un ejecutor de la misma.

Expresado lo anterior, debemos tener presente que en el caso bajo examen estamos hablando de la responsabilidad de la Administración Pública, no

del concesionario, en la medida de que es esta que mantiene la titularidad de la actividad, lo cual también alcanza los hechos y actos de quien gestiona la obra, y por ende ante una situación de riesgo en el ejercicio de esa actividad no queda del todo al margen de ello.

En ese orden, es importante apuntar el criterio que ha sentado este Tribunal en cuanto que la responsabilidad extracontractual directa del Estado encuentra su fundamento en las garantías fundamentales de los derechos y deberes individuales, específicamente en sus artículos 17 y 18 que constituye la concepción social del Estado, al preverse que las autoridades de la república serán instituidas para proteger en sus vidas, honra, y bienes a los nacionales donde se encuentren y los extranjeros que estén bajo su jurisdicción, y asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y, el artículo 18 prevé el principio de responsabilidad personal de los funcionarios públicos por infracción de la Constitución, la Ley y extralimitación de funciones.

Lo anterior, también implica entonces una obligación del Estado de actuar de forma efectiva a favor de los derechos de los ciudadanos, de lo cual se deduce prevenir aquellos inconvenientes que puedan atentar contra esos derechos constitucionales protegidos, porque de lo contrario se verían vulnerados.

Sentado lo anterior, debemos entrar a examinar el primero las situaciones jurídicas que nos hemos planteado en este caso, respecto a sí el Ministerio de Obras Públicas incumplió con su obligación de supervisión y fiscalización en una obra dada en concesión y con ello cual sería la efectividad de tal responsabilidad.

En primer lugar, importa remitirnos a la normativa que recoge esa facultad de supervisar y fiscalizar del Ministerio de Obras Públicas de supervisar las obras públicas. Veamos.

Ley 35 de 30 de junio de 1978, lo siguiente:

“Artículo 3: El Ministerio de Obras Públicas, para la atención de los asuntos de su competencia, tendrá las siguientes funciones:

**a) Ejercer la administración, supervisión e inspección y control de las obras públicas, para su debida construcción y mantenimiento, según el caso;**

...”

El Decreto Ejecutivo 656 de 18 de julio de 1990, dispone:

“Artículo 11: La Dirección Nacional de Administración de Contratos que estará compuesta por las Direcciones Ejecutivas de Estudio y Diseño y la inspección y los Departamentos de Contratación y Control Fiscal, tendrán las siguientes funciones:

- a. **Administrar el desarrollo e implementación de los proyectos que el Ministerio de Obras Públicas decida contratar de acuerdo al Código Fiscal desde la preparación del pliego de cargos hasta la terminación y entrega de la obra, recomendando al Despacho Superior la adjudicación definitiva de contratos relacionados con la construcción y mantenimiento de obras públicas y transporte terrestre.**
- b. ....
- c. **Supervisar las obras viales ejecutadas por promotores y contratistas privados al igual que, las realizadas por la Dirección Ejecutiva de Obras del Ministerio de Obras Públicas.”**

Las disposiciones citadas dejan claramente establecida la responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas en supervisar y fiscalizar las obras públicas, no obstante, lo que tiene fundamento en que el Estado el titular de la obra y por otro lado en su posición de garante de bienes jurídicos, por tanto no puede interpretarse de forma aislada su deber de inspector o fiscalizador de una obra pública, porque de lo contrario no tendría ninguna efectividad tal función y subsiguientemente, tampoco la posición de garante, pues si la administración pública no inspecciona cuando o como debiera, y esta situación (negligencia) que genera una situación de riesgo a terceros, consideramos que frente a ello no solo puede aplicarse el criterio de que el concesionario responde por los daños que cause a terceros, pues es claro, que ante circunstancias como éstas, si el ejercicio de la función inspectora hubiera funcionado efectivamente, se puede evitar el daño.

Frente a ese escenario, y sobre el criterio de que la responsabilidad extracontractual tiene su fundamento en las garantías fundamentales ante la falta del ejercicio de esa función inspectora del Ministerio de Obras Públicas nos lleva a sintetizar que no puede concebirse una actitud vigilante sin prevención a la protección de tales derechos, en tanto, que la administración debe procurar que dentro del área inspeccionada los trabajos se ejecuten en las debidas condiciones a efecto de evitar que se lesionen derechos y bienes de los ciudadanos, porque de lo contrario estimamos nos encontramos ante una situación de inactividad de la administración o la de una actividad inadecuada.

Ha queda expresado con las constancias procesales anotadas previamente que el Ministerio de Obras Públicas, previo al evento dañoso realizó una inspección en la cual determinó varias irregularidades dentro de la ejecución de la obra, como por ejemplo, la falta de drenaje expresando la posibilidad de mitigación por efectos de la carga lo que podía ocasionar el movimiento de masa y que en ciertas parte del muro ya se mostraba un movimiento. Asimismo, queda constatado que varias instituciones que componen también la Administración tenían pleno conocimiento dentro de un término de tiempo razonable en que ocurrió el evento dañoso, de la situación de riesgo que se mantenía dentro de la obra pública objeto, que motivó la presente acción de indemnización.

Sobre la base de las consideraciones expresadas, consideramos que ante la circunstancia de que el Ministerio de Obras Públicas, no haya cumplido de forma adecuada con su deber legal de inspeccionar y supervisar, se produce un mal funcionamiento del servicio público una de las causas que da lugar a la responsabilidad directa del Estado, así entonces que en el caso de las concesiones se podría estar perfectamente ante un concurso de culpa, en el que cabe exigir la responsabilidad por el mal funcionamiento del servicio público de inspección.

Cabe apuntar, que la responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios que se causen a terceros, derivada de la ejecución de una obra pública

dada en concesión, la doctrina en esta ocasión, el autor Colombiano en su obra denominada Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, expresa: "que éste puede surgir cuando el daño proviene de una obra pública, definiendo el trabajo público y de este dice "...trabajos efectuados por cuenta de una persona pública, con un fin de interés general, concepto que fue ampliado posteriormente a los trabajos efectuados bajo dirección ... de una persona pública, para el cumplimiento de una misión de servicio público."

En el caso que nos ocupa, queda claramente evidenciado de los documentos aportadas al proceso a los que ya hemos hecho referencia previamente, que mucho antes de que se suscitara el evento que ocasionó el daño, había una situación de peligro de la que el Ministerio de Obras Públicas como ente rector, tenían pleno conocimiento, y que si bien se practicó una inspección en el ejercicio de la función legal que se le atribuye, según queda expresado de fojas 281 a 284 del expediente judicial no consta prueba alguna de que se hayan adoptado medidas de prevención ante la situación de riesgo a que estaban los ciudadanos que vivían o transitaban por los alrededores en el área donde ocurrieron los hechos, pues es ello lo que vendría a otorgar efectividad a esa facultad legal vigilante que tiene dicha entidad y, consecuente con la de garante de derechos fundamentales, como autoridad encargada de vigilar las obras públicas, pues, entendido esto la función del MOP en la supervisión no solo tiene fundamento de observador, sino que debe tener una consecuencia preventiva, porque de lo contrario se podrían estar vulnerando derechos fundamentales.

Siendo así, esta Corporación considera que si bien el Ministerio de Obras Públicas realizó una inspección en la obra dada en concesión, ante la situación de que ésta no tuvo efectividad, dicha institución no inspeccionó ni fiscalizó como debiera, incumplió de alguna manera con su obligación legal de inspeccionar y fiscalizar la obra. Pues, como lo hemos expresado ya el ejercicio de esa función debe tener finalidad preventiva, teniendo en cuenta la posición garante del

Estado, lo que quiere decir, que la Administración debe realizar actividades en todas las fases de la actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, lo cual debe ser una de razón de ser del deber de la Administración al desarrollar sus funciones.

En ese sentido, respecto al segundo de las situaciones que nos hemos planteado de que si la falta de supervisión viene asociada a un mal funcionamiento del servicio público, debemos resaltar que ante la falta de actuación ante una situación de peligro se puede asociar perfectamente a la responsabilidad, pues no se actuó diligentemente en aras de prevenir los daños, surgiendo entonces los hechos causantes del evento dañoso, de allí, que surge culpa también de la Administración en el que cabe exigir responsabilidad, porque un servicio público no fue prestado adecuadamente, y en efecto, la culpa es un factor importante en la institución de la responsabilidad, lo que se produjo en este caso.

En el presente caso, analizando la conducta de la Administración y del contratista, se puede apreciar que el Estado no adoptó las medidas de seguridad adecuadas a través de sus facultades de vigilancia y supervisión que le competían y del concesionario por el ejercicio inadecuado de la obra dada en concesión, no obstante, este último no forma parte de este análisis.

Cabe añadir, que ha sido aceptado por esta Corporación, lo externado por la doctrina que la responsabilidad del Estado y en particular, de la administración abarca todas las situaciones en las que se producen daños y perjuicios no derivados del ejercicio de la potestad pública encaminadas directamente al sacrificio de situaciones jurídicas individuales de contenido patrimonial, por lo que la responsabilidad se suele justificar en principio como expresión de la garantía constitucional, y es una consecuencia lógica de la formulación de los fines del Estado y de los fines que persigue la función administrativa, y de ello se deducen los deberes que se le imponen a los servidores públicos. Los elementos de la responsabilidad son la culpa, el daño y el vínculo de causa efecto de ellos.

Sobre la base de que la responsabilidad de la Administración surgida con motivo de sus deberes de inspección suele venir asociado al supuesto de inactividad administrativa, en ocasión de la creación de riegos por omisión, relacionado directamente con la posición de garante de la Administración Pública y titular de una obra pública dada en concesión, pues la circunstancia es la evitabilidad del daño al actuar con prudencia, porque al no tenerse un resultado positivo revela ineficiencia del servicio público, y desprotección a bienes jurídicos que está obligado a proteger.

Así, a criterio de la Sala en el caso que nos ocupa por las consideraciones expresadas arriba, se deduce que han concurrido los tres presupuestos que ha establecido la doctrina y aceptado la jurisprudencia patria para que surja la responsabilidad del Estado, como lo es la culpa, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos. Pues, los hechos suscitados el 14 de diciembre de 2003, causen indemnización o reparación directa contra el Ministerio de Obras Públicas (Estado Panameño).

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- CONDENA AL ESTADO PANAMEÑO a indemnizar a los señores MARGARITO CORDOVA, BIENVENIDA RUEDA ALEX ANTONIO GONZÁLEZ, MIREYA GONZALEZ GONZALEZ, GUMERCINDO MORENO FALCÓN Y BRÍGIDA SANTOS SANJUR por los daños y perjuicios causados a consecuencia del derrumbe de la mesa en el sector La palmita por la construcción de la segunda fase del Corredor Norte, en la que perdieron la vida varios menores de edad hijos de los prenombrados.
- 2- 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

**NOTIFIQUESE,**

*Hipólito Gill Suazo*  
**HIPOLITO GILL SUAZO**

*Victor L. Benavides P.*  
**VICTOR L. BENAVIDES P.**

*Winston Spadafora F.*  
**WINSTON SPADAFORA F.**  
 (CON SALVAMENTO DE VOTO)

*Janina Small*  
**JANINA SMALL**  
 SECRETARIA

362

**SALVAMENTO DE VOTO DEL  
MAGISTRADO WINSTON SPADAFORA**

Con gran respeto, debo manifestar mi disconformidad con el modo de llegar a la decisión mayoritaria, toda vez que a foja 295 del expediente, en la Nota No. AL-212-07, proveniente del departamento de Asesoría Legal del Ministerio de Obras Públicas, dirigida a la Secretaría del Tribunal, se dijo lo siguiente:

“Además, le informamos que en conversación verbal sostenida con representantes de PYCSA, se nos informo (sic) que la Aseguradora Ancón, indemnizo (sic) a los señores MARGARITO CORDOBA, ALEX GONZALEZ, MIREYA GONZALEZ y GUMERSINDO MORENO, incluyendo los servicios profesionales de los apoderados judiciales de los mismos.”

Luego de expresado lo anterior, lo pertinente era decretar pruebas de oficio, mediante auto de mejor proveer, con el fin que se respondiera por parte de la Aseguradora Ancón a la interrogante de si se indemnizaron o no, a los demandantes, de ser así, el monto, las condiciones de este pago y demás circunstancias relevantes del caso, así como nos confirmara si el acuerdo está vigente y si se ha consumado en su totalidad, además de que nos diga si tiene conocimiento de que se ha haya demandado o no, su anulación; aunado a que nos enviaran copia del finiquito respectivo y de ser así, que se ratificarán los firmantes del acuerdo, en caso de que no se hayan notariado las firmas contenidas en él.

Cabe destacar que esta situación fue señalada en la primera lectura del proyecto puesto que el suscrito, remitió el prototipo de sentencia, con las observaciones expuestas.

Lo cierto es que posteriormente, llega a este despacho, el proyecto en limpio, sin las observaciones presentadas, pese a que se anexaron al expediente. Es necesario resaltar que esto fue escrito en la hoja de lectura también, como queda constatado en la foja 340, cuando el observante adiciona a su firma, la expresión, “con obs.”

Señalado lo anterior, es importante fundamentar los motivos y los criterios de admisibilidad cumplidos, nos referimos a la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba necesaria, toda vez que lo que se está deslindando es si el estado es o no, responsable de un hecho generador de obligación, de acuerdo a su mala prestación del servicio público de fiscalización sobre el concesionario y la obra, dada la previsibilidad del

363

daño, por las constantes quejas y noticias referidas de forma previa con tanta antelación al hecho dañoso. Se puede apreciar de forma clara aquí, la pertinencia de la prueba.

La Sala llega a la conclusión que el Estado sí es responsable, empero, el finiquito a ver, nos dará luces del alcance de la protección de éste porque de proteger al Estado también, entonces, los beneficiados estarían cobrando dos veces por un mismo hecho cuando ya se habría acordado que no se interpondrán acciones legales en contra de los protegidos por el Contrato de Seguro. He aquí, lo relativo a la utilidad de la prueba, el hecho de ser confirmada o no, esta situación, es de gran valía para el proceso porque se debe procurar decidir en base a todos los hechos controvertidos de relevancia para el proceso.

La conducencia se entiende ya que frente a los documentos privados, es menester que se celebre la respectiva diligencia de reconocimiento de firma y ratificación del documento (si es que existe) a fin de que sea medio idóneo para crear la convicción en el juzgador.

Debemos resaltar que es muy práctica la diligencia ya que se respeta la oportunidad del contradictorio a las partes a fin que puedan objetar o desconocer, el finiquito. Toda vez que esto tampoco quita la posibilidad de que de existir el documento, hayan sido debidamente notariadas, las firmas de los contractantes, por lo que en esta ocasión, no sería necesaria tal diligencia.

Se debe solicitar este medio probatorio puesto que es necesario conocer el finiquito a fin de dar una solución justa y legal, a una controversia que no sabemos si se llegó a un arreglo extrajudicial, en donde el Estado estuvo protegido o no, por este instrumento. Esta controvertida situación en duda, se configura como un punto oscuro en la causa de marras.

Por lo tanto, sería ilógico, estar condenando al Estado cuando existe un finiquito que tiene alcance de tutela para él y se entiende que esta situación fáctica ya ha sido controvertida en el proceso, mediante la Nota del MOP, ut supra señalada.

Esta decisión estaría tanto distante de la verdad procesal como de la material, de ser el caso, ya que hay indicios o sucedáneos probatorios de la existencia del finiquito dentro del dossier a foja 295, además de que si es la realidad, estaríamos fallando alejados de ella

o sin tenerla en consideración, atentando contra un principio efectivo de motivación que valorará tanto las todas consideraciones fácticas como jurídicas para poder emitir una decisión justa y legal.

Debemos aportar la definición de indicio, del Dr. Jairo Parra Quijano cuando expone que entiende como significado más aceptable del indicio, lo seguido:

“El indicio es todo el proceso.

De acuerdo con esta acepción (sic) el indicio comprende tres elementos: el hecho indicador, el hecho indicado o desconocido y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos” (PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. Tomo IV. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. Colombia, 1990. Página 17).

El hecho indicador es la afirmación de parte del Departamento Legal del Ministerio de Obras Públicas, cuando expresa que la parte actora ha sido indemnizada. El Hecho indicado es que ya fueron indemnizados. La relación de causalidad consiste en que si ya fueron indemnizados, esto se hace mediante finiquito, instrumento que de acuerdo a su propia naturaleza y finalidad, posee una cláusula en donde se libera de responsabilidad a la aseguradora, al asegurado y/o hasta a personas relacionadas con el asegurado, en este caso, el Estado, quien fue el que le dio la concesión, un vínculo sumamente sustancial que se constituye como el acto que le da la legitimación al concesionario, a fin de ejecutar el objeto de la concesión.

En lo alusivo a los llamados problemas técnicos probatorios (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Prueba Judicial -Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal- Universal Books, Primera Edición, Panamá, 2008, fojas 49-51). debemos aclarar los puntos trascendentales de la pruebas que debieron haberse practicado. El objeto de la confirmación estriba en, como dijimos, definir si aún le es exigible responsabilidad al Estado. El tema a probar, es ver si existe un finiquito vigente, el alcance de éste y deslindar su ámbito de protección, es decir, si se extendía hasta el Estado. La fuente probatoria, se constituiría en la Aseguradora Ancón, así como los demandantes que le correspondiera reconocer su firma y ratificar el finiquito, de existir, en el supuesto de que no hayan sido las firmas de los estipulantes, notariadas porque recordemos que de ser así, se presumen

auténticas y haría innecesaria e inútil, la diligencia de reconocimiento, a menos que se tache el documento y se surtan efectivamente, las acciones legales de rigor.

Hay que precisar que los poderes probatorios officiosos del Juzgador, son facultativos según la ley procesal (son poderes que si bien se tienen, se pueden usar o no), porque se decretan las pruebas de oficio, cuando se estiman convenientes, sin embargo, acorde a la ética judicial, son un deber para fallar de la manera más justa, en atención a la realidad de los hechos y afirmaciones.

No podemos dejar de recordar que un gran poder implica una gran responsabilidad y sobre todo, cuando se tiene el privilegio de juzgar y administrar justicia, por lo que debe hacerse de la forma más justa y dentro de los parámetros de la ley; haciendo uso de todos los utensilios y herramientas que nos dé la legislación aplicable para obtener el mejor resultado posible y sea la justicia, elemento edificante de la paz social.

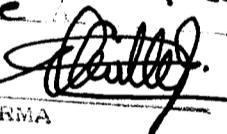
Estas facultades y la opción utilizarlas, están en nuestro ordenamiento, exactamente para ser ejecutadas, toda vez que el caso lo amerita, a todas luces, porque hay una situación controvertida que está oscura y podría incidir sustancialmente en lo dispositivo de esta resolución.

Entendido lo anterior y reiterando mis respetos,

**SALVO EL VOTO**

  
**MGDO. WINSTON SPADAFORA FRANCO**

7349  
AV  
13/01/10

SE III del Corte Suprema de Justicia  
NCTM/RES 007 30 de Diciembre  
DE 2009 4:00  
DE LA Tercera Sala de Instrucción  
  
FIRMA

SE III del Corte Suprema de Justicia  
NCTM/RES 2571 de Agosto de 2009  
DE LA Tercera Sala de Instrucción  
Diciembre 2009  
