

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 377

Panamá, 8 de mayo de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Indemnización**

**Contestación de la
demanda corregida.**

El licenciado Dionisio De Gracia Guillén, en representación de **Avícola Darimar, S.A.**, para que se condene al Estado, por intermedio de la **Contraloría General de la República y del Fondo de Inversión Social (F.I.S.)**, al pago de B/.110,000.00, más costas, gastos e intereses de ley, en concepto de daños y perjuicios causados por la negativa tácita desde agosto de 2004, en el pago de dos contratos públicos refrendados.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa descrita en el margen superior.

I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 64 y 65 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 66 a 68 del expediente judicial).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 72 y 73 del expediente judicial).

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 74 a 76 del expediente judicial).

Quinto: No es cierto como se expone; por tanto se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto se niega.

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 69 del expediente judicial).

Octavo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 70 del expediente judicial).

Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 77 del expediente judicial).

Décimo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 78 del expediente judicial).

Décimo Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 20 y 21 del expediente judicial).

Décimo Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 20 y vuelta del expediente judicial).

Décimo Tercero: No consta como se expone; por tanto se niega.

Décimo Cuarto: No consta como se expone; por tanto se niega.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto se niega.

Décimo Sexto: No es un hecho; por tanto se niega.

Décimo Séptimo: No es un hecho; por tanto se niega.

Décimo Octavo: No es un hecho; por tanto se niega.

Décimo Noveno: No es un hecho; por tanto se niega.

Vigésimo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 1 a 3 del expediente judicial).

Vigésimo Primero: No es un hecho; por tanto se niega.

Vigésimo Segundo: No es un hecho; por tanto se niega.

Vigésimo Tercero: No consta como se expone; por tanto, se niega.

Vigésimo Cuarto: No es un hecho; por tanto se niega.

II. Disposiciones legales que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones.

1-El apoderado judicial de la demandante aduce como violados en forma directa, por omisión, los artículos 18, 32 y 70 de la ley 56 del 27 de diciembre de 1995 y, en forma directa, por omisión e indebida aplicación, los artículos 73, 75 y 80 de la misma excerta legal; todos según aparece explicado en las fojas 105 a 109 del cuaderno judicial.

2-También estima violados en forma directa, por omisión, los artículos 1107, 1108, 1109, 1129, 1278, 1280, 1282 y 1346 del Código Civil, de acuerdo con las explicaciones visibles en las fojas 109 a 111 del expediente judicial.

3-Por último, aduce que se han violado, por omisión y comisión, los artículos 48 y 62 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre procedimiento administrativo general, tal como lo explica a fojas 111 y 112 del expediente judicial.

III. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Este Despacho contesta seguidamente los cargos de ilegalidad antes mencionados, de manera conjunta, toda vez que los mismos guardan estrecha relación entre si.

Según observamos, el apoderado judicial de la parte actora señala en el libelo de su demanda corregida, que el hecho causante de los daños y perjuicios que supuestamente se le han ocasionado radica en la negativa tácita, desde agosto del 2004, en el pago de las sumas de dinero derivadas de la supuesta cesión de los contratos 463/2004 “apoyo económico para el movimiento de tierra y acceso al cementerio de San Miguelito” y 464/2004, “apoyo económico para el pago de servicios profesionales para la construcción y funcionamiento del Cementerio de San Miguelito”, ambos celebrados entre la Fundación Patronato

del Cementerio de San Miguelito y el Fondo de Inversión Social (F.I.S.), siendo este último el cedente.

Alega en este sentido, que se dieron acciones dilatorias y conductas omisivas hasta el 5 de diciembre de 2006, momento en que las instituciones demandadas convinieron de manera definitiva en el no pago de la mencionada cesión y en la recomendación de que se hiciera efectiva la rescisión de los contratos públicos antes descritos, lo que a su parecer se desprende del contenido de las siguientes notas:

a) Nota 2634-2006/DAG-DAAG de fecha 11 de septiembre de 2006, en la cual se sugiere al Ministro de la Presidencia **“NO ACCEDER** a la solicitud de reconsideración emitida por el representante legal de la empresa Avícola Darimar, S.A., **en vista que el Estado a través del Fondo de Inversión Social, no adquirió ningún compromiso con dicha empresa** y según las inspecciones realizadas por los equipos de ingenieros de la Contraloría General de la República y el Fondo de Inversión Social, no se llevaron a cabo los trabajos estipulados con los referidos contratos”;

b) Nota 4118-2006/DGA-DAAG del 5 de diciembre del 2006, suscrita por Dani Kuzniecky, en ese entonces Contralor General de la República, dirigida a Ubaldo Real, Ministro de la Presidencia, mediante la cual esa institución reitera los conceptos contenidos en la nota 2634-2006/DAG-DAAG de fecha 11 de septiembre de 2006, misma que resulta importante destacar no consta en el expediente judicial; y

c) Nota 4119-2006/DAG-DAAG de fecha 5 de diciembre del 2006, suscrita por el Contralor General de la República, dirigida a Rufino Darío Gómez, en su condición de presidente y representante legal de la sociedad Avícola Darimar, S.A., mediante la cual se le informa, fundamentalmente, que el informe presentado por esa sociedad en relación a la solicitud de pago de los contratos 463/04 y

464/04 no aporta ninguna prueba de valor que permita recomendar al Fondo de Inversión Social que realice desembolsos por B/.110.000.00 por trabajos que no se han efectuado, tal como quedó evidenciado en el informe de auditoría especial Núm. 300-03-2005-DAG-DAAG.

Por otra parte, la Procuraduría de la Administración reitera lo señalado en el escrito de apelación contra la providencia que admitió la demanda, en el sentido que la parte actora **no ha impugnado acto administrativo alguno**; por el contrario, **únicamente se ha limitado a describir las tres notas antes citadas**, de las que, a su juicio, se deriva la responsabilidad del Estado, pero **sin pedir que sean declaradas nulas, por ilegales**, de tal suerte que su demanda no encaja en ninguno de los supuestos de hecho a que se refieren los diferentes numerales del artículo 97 del Código Judicial que fijan la competencia de ese Tribunal, menos aún en el numeral 9 que invoca, puesto que esta disposición precisamente requiere como presupuesto para su utilización, la existencia de **un acto administrativo impugnado**.

En relación con el tema de la indemnización derivada de la comisión de actuaciones administrativas ilegales, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en auto del 5 de mayo de 2006 manifestó lo siguiente:

“En estas circunstancias, el suscrito estima importa (sic) señalar que para enervar las actuaciones en que la Autoridad de Tránsito supuestamente haya incurrido, existen remedios procesales específicos que provee la jurisdicción contencioso administrativa, para salvaguardar el respeto a la legalidad de los actos administrativos, y no la demanda de indemnización, destinada a reparar los daños y perjuicios que ocasione el Estado, en los supuestos previstos en el artículo 97 del Código Judicial.

En esa dirección debemos subrayar, que aunque la parte actora señala que el **hecho generador de la responsabilidad indemnizable** es una prestación deficiente del servicio público, resulta evidente que en este caso dicha ‘prestación deficiente’ se origina en la comisión de actos

alegadamente 'ilegales', que no han sido demandados ante la Sala Tercera, y de los que no consta siquiera su existencia. En tales condiciones, mal podría el Tribunal determinar que efectivamente se ha cometido una actuación ilegal, negligente o deficiente, que amerite la indemnización solicitada.

Por todo lo expresado, nos vemos precisados a concluir que la acción de indemnización promovida no puede recibir curso legal, y así procede a declararlo." (el resaltado es de la Corte).

No obstante lo anterior, tomando en consideración que ese Tribunal en su resolución de 15 de febrero de 2008, mediante la cual resolvió reconsiderar la resolución de 14 de noviembre de 2007, con la que, previa revocatoria de la resolución de 12 de abril de 2007, decidió no admitir la demanda que dio origen al presente proceso; señaló como sustento central de su decisión que, a su juicio, el punto de partida para ocurrir en demanda ante esta esfera está constituido por el acto de notificación al representante legal de la parte hoy recurrente, del contenido de la nota No 4119-2006/DAG-DAAG, mismo que se produjo el 5 de diciembre de 2006.

Este Despacho se permite sostener que, según se observa a fojas 6 y 77 del expediente judicial, nos encontramos realmente ante la figura de una **cesión de crédito** y no ante la subrogación de todos los derechos y obligaciones que emanan de los aludidos contratos 463/04 y 464/04, como de manera errónea interpreta la parte demandante, por lo que debe quedar claro que la contratista, Fundación Patronato del Cementerio de San Miguelito, era la responsable de ejecutar los mismos y que a la demandante, Avícola Darimar, S.A., sólo le **cedió** el derecho a cobrar al Fondo de Inversión Social las sumas que de acuerdo con el contrato se debían cancelar **una vez cumpliera sus obligaciones contractuales**.

Lo anteriormente expuesto, hace evidente para la Procuraduría de la Administración, que para acudir ante ese Tribunal a demandar el pago de una indemnización por los supuestos daños y perjuicios ocasionados por las entidades demandadas, **la actora debió demostrar que la contratista, Fundación**

Patronato del Cementerio de San Miguelito, había cumplido en forma efectiva con las obligaciones establecidas en los contratos 463/2004 y 464/2004, para luego estar en condición de reclamar judicialmente al Fondo de Inversión Social, de ser el caso, el pago objeto de la cesión celebrada a su favor, hecho que evidentemente no ha demostrado.

Lo que sí consta en el expediente judicial, especialmente en el informe de conducta, es que **la contratista, Fundación Patronato del Cementerio de San Miguelito, no cumplió con las obligaciones derivadas de los contratos antes citados**, por lo que mal puede la cesionaria del crédito derivado de esa relación contractual, reclamar pago alguno al Estado y, mucho menos, pretender que exista la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1706 del Código Civil, en concordancia con el artículo 978 del mismo cuerpo legal.

Debido a todo lo antes expuesto, estimamos que no se ha producido la infracción de ninguna de las disposiciones legales que invoca la demandante en su libelo; por el contrario, ha quedado demostrado que las actuaciones administrativas de la Contraloría General de la República y del Fondo de Inversión Social, cuya legalidad se cuestiona, se ajustaron en todo momento al ordenamiento jurídico.

Excepción de Prescripción.

Este Despacho también insiste en alegar que se ha producido la prescripción de la acción de indemnización ejercida por la parte demandante, toda vez que, como expone su apoderado judicial en el acápite referente a “lo que se demanda”, **la negativa tácita de la Administración de pagarle las sumas de dinero a que alega tener derecho en virtud de la cesión de crédito proveniente de los contratos 463/2004 y 464/2004, se originó en agosto del año 2004** (Cfr. f. 90 del expediente judicial).

Lo anterior está confirmado por el hecho que según consta en la página 4 del informe explicativo de conducta presentado al Magistrado Sustanciador por el Contralor General de la República, el director ejecutivo del Fondo de Inversión Social (FIS), mediante nota DE-49-2004 de 22 de septiembre de 2004, le solicitó a dicho funcionario devolver, sin el refrendo solicitado, los cheques 10518 y 10519, por la suma de B/.55,000.00 cada uno; ambos expedidos, el 5 de octubre de 2004 a favor de Avícola Darimar, S.A., los cuales habían sido emitidos en concepto de pago de la asistencia económica para la ejecución de los proyectos 463/2004 y 464/2004, respectivamente. Según indica asimismo el referido informe, el contralor general de la República, por medio de la nota 5290-Leg de 5 de octubre de 2004, le comunicó al director ejecutivo del Fondo de Inversión Social (FIS) la devolución de los cheques 10518 y 10519, debido a **“graves indicios de irregularidades en la ejecución de los contratos”** antes citados, y se le informó que esa entidad fiscalizadora había ordenado que se realizara una auditoria a esos contratos, por conducto de la Dirección General de Auditoria de dicha entidad fiscalizadora.

En este sentido hacemos propia la posición expresada por ese Tribunal en la resolución del 15 de febrero de 2008, previamente citada, en cuanto a que “indistintamente de la vía a través de la cual se va a crear el acto administrativo, se generan dos etapas sucesivas básicas, la primera de ellas es la creación de la voluntad administrativa y luego la notificación a los particulares afectados por el acto, dando ésta, lugar al entendimiento de que es a partir de éste último momento que tendrá eficacia el acto...”

Cabe recordar que **la voluntad administrativa de negar el pago en referencia desde el año 2004, se hizo efectiva de manera tácita, por la figura jurídica del silencio administrativo** a que se refiere el numeral 1 del artículo 200

de la ley 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo general; situación reconocida por la parte demandante en su libelo, así:

“DECIMO QUINTO: Desde agosto del 2004, la sociedad AVÍCOLA DARIMAR, S.A. en calidad de cesionaria ha solicitado a las entidades del Estado, denominada Fondo de Inversión Social (F.I.S.) y Contraloría General de la República, que procedan a iniciar, proceder o ejecutar con el tramite de pago de ambos contratos debidamente refrendado por Contraloría General de la República y cuyos conceptos desarrollados por el cedente o contratista Fundación Patronato del Cementerio de San Miguelito, se desarrollaron producto del dinero que entrego mi representada de buena fue, tal cual se describe en las cláusulas décima segunda y décima tercera, es por lo que se expiden los dos cheques por el monto de cada contrato, los cuales son retenidos y anulados injustificadamente por ambas instituciones.”
(Subrayado de la Procuraduría de la Administración)

A pesar de lo anterior, consta en las fojas 32 a 67 del expediente judicial que el 5 de febrero de 2007 la parte actora acudió ante ese Tribunal de Justicia para reclamar el pago de una indemnización por daños y perjuicios supuestamente causados por el Estado, a través del Fondo de Inversión Social y la Contraloría General de la República, y que, en fecha posterior, el 2 de marzo de 2007, la misma procedió a la corrección de dicha demanda, según se observa en las fojas 85 a 116 del expediente judicial, pero no fue hasta **6 de agosto de 2007, es decir, tres (3) años después de negarse, por silencio administrativo, lo solicitado por la actora, cuando se produjo el acto procesal que hubiese podido interrumpir la prescripción de la acción, esto es, la notificación de dicha demanda al suscrito Procurador de la Administración, en su condición de representante de la parte demandada.**

En este sentido, es pertinente tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 669 del Código Judicial, aplicable en estos casos en virtud del artículo 57c de la ley 135 de 1943, modificada por la ley 33 de 1946, la presentación de la demanda interrumpirá el término para la prescripción de

cualquier pretensión que se intente, **siempre que antes de vencerse el término de la prescripción se haya notificado la demanda a la parte demandada, o se haya publicado en un periódico de circulación nacional diaria o en la Gaceta Oficial un edicto emplazatorio o un certificado del secretario del juzgado en el cual se haga constar dicha presentación.**

En este orden de ideas también debe advertirse, que no hay constancia en el expediente que la demandante haya solicitado hacer alguna de las publicaciones que señala el artículo citado del Código Judicial para interrumpir el término de prescripción de la acción.

Lo expuesto, viene a demostrar que la demanda, ahora corregida por el apoderado judicial de la empresa actora, fue interpuesta de manera **extemporánea**, ya que el artículo 1706 del Código Civil estipula que la acción civil para reclamar indemnización por responsabilidad derivada de la culpa o negligencia **prescribe en el término de un año, contado a partir de que lo supo el agraviado** y, en el caso que nos ocupa, dicho término empezó a contarse desde el momento en que los representantes de la empresa Avícola Darimar, S.A., tuvieron conocimiento de la negativa tácita de la Administración de reconocerle el pago de la suma de dinero a la que alega tener derecho, por lo que resulta incuestionable que como producto de haber transcurrido en exceso el término de prescripción que prevé la citada norma, ésta así debe ser declarada en la sentencia.

Respecto al tema de la prescripción en las acciones de indemnización, ese Tribunal mediante autos de 21 de enero de 2005 y 12 de septiembre de 2006 se pronunció de la siguiente manera:

“Expuestos los argumentos de ambas partes, la Sala procede a dirimir el fondo de la controversia planteada, previa las siguientes consideraciones.

La responsabilidad civil implica la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un acto,

hecho o conducta, indistintamente se trate de un ilícito civil o penal. Esta responsabilidad 'no sólo regula facetas o circunstancias netamente civiles, sino que se aplica a conflictos o coyunturas laborales, comerciales, contencioso administrativas, por extensión o amplia interpretación del concepto, se ha subdividido en contractual y extracontractual...' (MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Octava Edición 1995.)

Conocidos los tipos de responsabilidad civil y las esferas a que se extienden, entre ellas, la contencioso administrativa, advierte la Sala que el día 13 de agosto de 2004, el señor CARLOS ARAUZ recurrió ante esta jurisdicción argumentando que del proceder negligente de los funcionarios públicos del Ministerio de Economía y Finanzas -Victoria de Credidio, Brenda de Rodríguez y Ernesto Chen se derivaron daños y perjuicios contra su persona, porque se suspendió la orden de pago de 72 bonos que fueron reportados como perdidos después que él los hubiese obtenido de buena fe (fs. 168-188)...

En el caso en estudio, quedó claro en la esfera penal que Victoria de Credidio, Brenda de Rodríguez y Ernesto Chen, en su calidad de funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas no velaron por la custodia de 177 bonos que se transfirieron a la Contraloría como lo haría un buen padre de familia, de tal forma que incurrieron en la culpa leve que contempla el artículo 34c del Código Civil...

Ahora bien, el artículo 1706 del Código Civil, dispone el término de prescripción para reclamar la responsabilidad civil a que se refiere el citado artículo...

Así las cosas, nos referimos a la prescripción de la acción intentada por el apoderado Araúz, señalando que la Sentencia Penal de segunda instancia que confirma la Resolución de Condena N° 38 de 25 de junio de 1999, se ejecutorió luego de haberse notificado por Edicto el día 27 de diciembre de 1999 y la demanda contenciosa de indemnización se presentó el 13 de agosto de 2004, es decir, cuando había transcurrido en exceso el término de prescripción a que se refiere el artículo 1706 del Código Civil -1 año.

Por consiguiente, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,... CONFIRMA la resolución de 7 de octubre de 2004, que NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de indemnización..."

.....

“En primer lugar, procedemos a analizar la figura jurídica de la prescripción en materia del contencioso administrativo de indemnización. La doctrina y la jurisprudencia de la Sala, ha sostenido que la misma se produce transcurrido un año a partir en que el sujeto agraviado por la acción del Estado tuvo conocimiento o supo de la afectación.

Para ello, se tiene como base jurídica el contenido del artículo 1706 del Código Civil...

En acuerdo a lo expresado, veamos el asunto de marras; la sentencia que se toma como base para solicitar la indemnización, fue emitida por el Juzgado XII de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá con fecha de 8 de marzo de 2004, y se ejecutorió, según edicto visible a foja 30, el 16 de marzo de 2004; es decir a partir de esa fecha - empezó a transcurrir el término para recurrir vía acción reparadora ante esta Sala Tercera, para entonces culminar o dicho de otro modo, tener como fecha límite para la presentación de la acción contenciosa, el 16 de marzo de 2005; es decir un año después.

Ahora bien, la demanda en examen fue presentada por la parte actora el 25 de agosto y luego de corregida el 21 de noviembre de 2005; todo lo cual hace más que evidente que la acción instaurada con base a los artículo 1644 y 1645 del Código Civil ha sido presentada en tiempo tardío.

Por tales motivos, el resto de los Magistrados, difieren del auto de admisión emitido por el Magistrado Sustanciador, de ahí que conforme al artículo 50 de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, se estima que no puede dársele curso a la demanda contencioso de indemnización en mención... En consecuencia, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,... declaran previa revocatoria de la Resolución de 7 de octubre de 2005, **NO ADMITIDA** la Demanda Contencioso de Indemnización...”.

Por consiguiente, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera, declarar **PRESCRITA LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN** ejercida por el licenciado Dionisio De Gracia Guillén, en representación de Avícola Darimar, S.A., para que se condene al Estado, por

intermedio de la Contraloría General de la República y del Fondo de Inversión Social (F.I.S.), al pago de B/.110,000.00, más costas, gastos e intereses de Ley, en concepto de daños y perjuicios causados por la negativa tácita, desde agosto de 2004, en el pago de dos contratos públicos refrendados ó, en su defecto, declarar **QUE EL ESTADO PANAMEÑO NO ES RESPONSABLE DE LOS MISMOS**, conforme se ha demostrado en este proceso y, en consecuencia, negar las pretensiones de la actora.

IV. Derecho: Negamos el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/10/iv