

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1006

Panamá, 7 de septiembre de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación
de la demanda**

El licenciado Javier Ernesto Sheffer Tuñón, en representación de **INGENIERÍA QUIRÓZ GARCÍA, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución 141 del 7 septiembre de 2009, emitida por el director ejecutivo del **Fondo de Inversión Social (FIS)** y para que se hagan otras declaraciones.

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 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos u omisiones fundamentales de la demanda se contestan de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta.

Segundo: Es parcialmente cierto; por tanto, así se acepta.

Tercero: No es un hecho, por tanto, se niega.

Cuarto: No consta; por tanto, se niega.

Quinto: Es parcialmente cierto; por tanto, así se acepta.

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

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

Octavo: No consta por tanto, se niega.

Noveno: No consta; por tanto, se niega.

Décimo: Es parcialmente cierto; por lo tanto, así se acepta.

II. Disposiciones que se estiman infringidas y los conceptos de infracción.

El apoderado judicial de la parte actora alega que la resolución demandada infringe los artículos 201 (numeral 37), 155 (numeral 1), 34, 52 (numeral 4 y 5), todos de la ley 38 de 2000; al igual que los artículos 34d y 1109 del Código Civil.

Los respectivos conceptos de infracción pueden consultarse de fojas 28 a 36 del expediente judicial.

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

De acuerdo con lo que consta en autos, el 22 de febrero de 2007 la empresa Ingeniería Quiroz García, S.A., suscribió con el Fondo de Inversión Social el contrato 65/67-FIDECO-FIS-MIVI, para la construcción de las obras de infraestructura del Proyecto Nuevo Arco Iris, ubicadas en Cristóbal, provincia de Colón, por un monto de B/.1,686,667.50, cuya orden de proceder fue emitida el 27 de febrero de 2007.

Mediante resolución 141 de 7 de septiembre de 2009, el director ejecutivo del Fondo de Inversión Social decidió resolver administrativamente el contrato antes mencionado, en

virtud de que la empresa demandante mantenía un atraso de 92 días calendario en la ejecución del proyecto, contados desde la última addenda de extensión de tiempo, refrendada el 27 de marzo de 2009, y además, por encontrarse vencida la fianza de cumplimiento exigida en la cláusula tercera del mencionado contrato; según se hace constar en la parte motiva de la resolución impugnada.

También se indica en la resolución impugnada, que la demandante se obligó a ejecutar y entregar la obra, de manera íntegra y debidamente culminada, en un término de 210 días calendario, contados a partir del 28 de septiembre de 2007, por lo que la culminación de la misma debió ocurrir el 25 de septiembre de 2007, sin que ello ocurriera de la forma pactada, a pesar que a la contratista se le habían aprobado tres addendas de extensión de tiempo y una por aumento de costos.

Según observa este Despacho, la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción presentada a través de apoderado judicial por Ingeniería Quiroz García, S.A., persigue que, previa declaratoria de nulidad, por ilegal, de la resolución 141 de 7 de septiembre de 2009, emitida por el director ejecutivo del Fondo de Inversión Social (FIS), se condene a esta institución estatal a pagarle las cuentas presentadas y justificadas con relación al avance del proyecto 37557, por un monto de B/.366,679.12; el pago de las sumas de B/.230,282.00, más B/.847,007.12, que alega corresponden a los daños y perjuicios materiales y morales que se le han ocasionado; más los intereses legales. También

demandan el restablecimiento de su buen nombre y dignidad, en el sentido de que no ha incumplido el contrato 65/07 para la construcción de dicha obra de infraestructura.

A juicio del apoderado judicial de la accionante, al emitirse la resolución cuya nulidad demanda, se incurrió en abuso de poder, por cuanto que, lejos de tener como límite el interés público para la realización o culminación del proyecto 37557, la entidad demandada hizo uso de el poder de imperio previsto en el contrato, al margen de la legalidad que hay detrás del "bien común", privando a su representada de un contrato válidamente celebrado con la administración anterior, por el solo hecho de haber cambiado el gobierno, ocasionándole daños y perjuicios, por el hecho arbitrario antiguamente conocido como "hecho del príncipe".

Añade, que el acto administrativo impugnado incluye "motivaciones falsas" para cimentar la resolución administrativa del contrato, indicando que en el considerando 14 se deja de estimar la fuerza mayor y el caso fortuito, ya que las autoridades competentes consumieron tiempo en decidir cuál era la mejor manera de salvar el escollo del material rocoso encontrado en la infraestructura, el cual no fue colocado por el ser humano en el área afectada; circunstancia que no puede ser imputable a la demandante por ser un hecho de la naturaleza.

La apoderada judicial de la demandante igualmente considera que se violó el debido proceso dentro del procedimiento administrativo seguido para resolver un contrato público, tras "inventar motivaciones falsas o no

objetivas para impedir la continuación de la construcción de la obra por la contratista", lo cual tenía, tal vez, la intención de lograr la cesación de pago, que ya de hecho existía.

Finalmente considera violados los artículos 34d y 1109 del Código Civil, que se refieren, en su orden, a la fuerza mayor y a la buena fe contractual, ya que los retrasos en la entrega de la obra se debieron a la falta de diligencia de la entidad contratante en decidir cómo habría que salvar el escollo de la existencia del material rocoso o duro en el terreno y, porque a pesar de su buena fe para culminar esos trabajos la entidad demandada invoca la cláusula decimocuarta del contrato, para aducir abandono o suspensión de la obra por el contratista sin su autorización, a pesar de que no había tal abandono o suspensión de la obra y, más aún, cuando todavía permanece en el sitio equipo valioso, lo que le está ocasionando pérdidas económicas.

A juicio de esta Procuraduría, no le asiste razón a la demandante para que esa Sala acceda a sus pretensiones, por las siguientes consideraciones.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 17 de la ley 69 de 6 de noviembre de 2009, los contratos celebrados por el Fondo de Inversión Social se encuentran exceptuados de la aplicación de la ley 22 de 2006 y, para la fecha en que fue emitida la resolución impugnada en este proceso, se encontraba vigente el artículo 7 del decreto ejecutivo 189 de 15 de noviembre de 1999, mediante el cual se creó la mencionada entidad estatal, que le confería a su director

ejecutivo la facultad de celebrar y rescindir los contratos de acuerdo a los mejores intereses de la misma.

Por ello, las causales de resolución de los contratos administrativos establecidas en la ley 22 de 2006, no eran obligatoriamente atendibles por el director ejecutivo del Fondo de Inversión Social para rescindir los contratos celebrados por la entidad, ya que de conformidad con su régimen orgánico la resolución de los mismos operaba en base a la premisa de los mejores intereses de la institución.

Tal como señala el director ejecutivo de la entidad demandada en su informe explicativo de conducta, visible de foja 68 a 71 del expediente judicial, a la demandante se le refrendaron tres addendas de extensión de tiempo, lo que dilató el período de ejecución del proyecto 37557, pactado originalmente en 210 días calendario, a 759 días calendario; tiempo en el cual el avance de las obras fue de un 63.33%. Aunado a esto, la fianza de cumplimiento correspondiente a este contrato venció el 27 de junio de 2009, sin que la contratista cumpliera con su extensión, violando así lo previsto en la cláusula tercera del contrato 65/07.

Indica el director ejecutivo del Fondo que; en virtud de lo anterior, mediante la nota AL-095-1024-09 de 16 de julio de 2009, le comunicó a la empresa Aseguradora Mundial, S.A., y a la demandante su decisión de resolver administrativamente el contrato por incumplimiento de lo establecido en el numeral 5 de su cláusula décima cuarta, que señala como causal de resolución administrativa el abandono o suspensión de la obra por parte del contratista sin la debida

autorización del Fondo; hecho comprobado mediante informe con fecha 13 de julio de 2009, realizado por la oficina regional de Colón, en el cual se indica que la obra se encontraba paralizada desde el mes de mayo de 2009 y que la empresa al hacer sus descargos se había basado en meras alegaciones subjetivas.

Respecto a las aseveraciones hechas por la empresa demandante al referirse a conceptos, como "desviación de poder" y "motivaciones falsas", es importante advertir que tal como lo expresó esa Sala en sentencia de 2 de febrero de 2009, "la determinación de la desviación de poder en la que presuntamente ha incurrido un funcionario público es una tarea que requiere mucho cuidado, pues, en ese proceso valorativo no sólo deben examinarse elementos objetivos o concretos que obran en el proceso, sino también, el elemento subjetivo relativo a la conducta o proceder del funcionario público de que se trate. La valoración conjunta de ambos elementos es lo que puede llevar al juzgador a comprobar si se ha incurrido o no en desviación de poder" (Sentencia de 26 de marzo de 1999).

En lo que respecta a las "motivaciones falsas" que, según la demandante sirvieron de fundamento para la resolución del contrato 65/67-FIDECO-FIS-MIVI, debemos señalar que de los argumentos utilizados por la accionante para demostrar su existencia, no se logra probar en qué consisten las mismas, pues, la fuerza mayor, el caso fortuito, la expiración de la fianza de cumplimiento, el no pago de cuentas presentadas y otras razones expresadas en

este punto por la demandante, no constituyen causales de ilegalidad y, como lo señala el director ejecutivo del Fondo en su informe de conducta, la inspección realizada el 13 de julio de 2009 por la oficina regional de esa institución en Colón, comprobó que la obra se encontraba paralizada desde el mes de mayo de 2009; lo mismo que un número de fases de la obra inconclusas por razones meramente imputables a la contratista que indudablemente afectaban los mejores intereses del Fondo, por lo que la decisión de resolver el contrato se ajustó a lo previsto en el numeral 6 del artículo 7 del decreto ejecutivo 189 de 15 de noviembre de 1999, mediante el cual se creó el Fondo de Inversión Social. (Cf. fojas 103 y 104 del tomo A del expediente administrativo cuya copia autenticada forma parte del expediente judicial)

Tampoco ha demostrado la accionante la supuesta violación del debido proceso dentro del procedimiento administrativo seguido por la resolución del contrato 65/67 FIDECO-FIS-MIVI, ya que como consta en la resolución impugnada, mediante las notas AL-096-1024-09 y AL-095-1024-09, ambas del 16 de julio de 2009, el Fondo le informó a la contratista y a la empresa Aseguradora Mundial, S.A., garante del contrato, la decisión de llevar a cabo la resolución del contrato. En atención a la serie de eventos y circunstancias descritas en párrafos anteriores, luego de lo cual se le concedieron a la contratista cinco días para hacer sus descargos, de los cuales hizo uso; no utilizó el recurso de reconsideración por considerarlo un medio de impugnación graciable, como lo expresa en el apartado de su demanda que

denomina "Cuestión preliminar. Viabilidad de la presente demanda..." y finalmente hizo uso de la presente acción contencioso administrativa de plena jurisdicción para tratar de enervar la decisión del director ejecutivo del Fondo de Inversión Social; lo que demuestra que sí se cumplió el debido proceso.

Sobre dicho concepto ha expresado esa Sala en sentencia de 7 de julio de 2004, entre otras, lo siguiente:

"...

Este Pleno en reiteradas ocasiones ha expresado que la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 32 citado comprende tres derechos, a saber, el derecho a ser juzgado por autoridad competente; el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales pertinentes; y el derecho a no ser juzgado más de una vez por una misma causa penal, policiva o disciplinaria. La garantía del debido proceso que incorpora la Constitución Política en su artículo 32, tiene una consolidada existencia en nuestro Estado de Derecho, como institución fundamental garantizadora de los derechos fundamentales, en toda nuestras Cartas Constitucionales, y han sido objeto de copiosísima jurisprudencia por parte de este Pleno. Consiste, como ha puntualizado el Magistrado ARTURO HOYOS, en "una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal

manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos". (HOYOS, Arturo. El Debido Proceso, Edit. Temis, S.A., Bogotá, 1996, pág. 54).

Por su parte el doctor JORGE FÁBREGA en sus Instituciones de Derecho Procesal Civil manifiesta que la jurisprudencia ha llenado de contenido la garantía del debido proceso, integrado por los derechos que se indican a continuación:

1. Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional;
2. Derecho al Juez natural;
3. Derecho a ser oído;
4. Tribunal competente, predeterminado en la ley, independiente e imparcial;
5. Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez.
6. Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la ley contra resoluciones judiciales motivadas; y
7. Respeto a la cosa juzgada.

Se refiere la accionante con carácter específico a la violación por el fallo censurado en amparo del derecho al tribunal competente, esto es, el derecho a ser oído por un juez facultado legalmente por la ley para conocer del asunto que se le plantea, derecho que, de paso, vale advertir, ha sido reconocido por el Pleno mediante reiterada jurisprudencia -fallos de 5 de octubre de 1979, 15 de enero de 1980 y 27 de abril de 1983- como uno de los derechos que integran el debido proceso legal, como apunta el doctor Hoyos en su obra El Debido Proceso (Editorial Temis, Colombia, 1998).

..."

Debido a las consideraciones que preceden, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución 141 de 7 de septiembre de 2009, expedida por el director ejecutivo del Fondo de Inversión Social (FIS), y en consecuencia, se nieguen las demás declaraciones solicitadas por la demandante.

IV. Pruebas: Se aceptan como tales, las aportadas por la demandante, identificadas en el libelo de demanda con los números 1, 5, 6 y 7.

Se objetan todas las demás, por inconducentes.

Aducimos como fuente de prueba, el expediente administrativo que debe reposar en las oficinas del Fondo de Inversión Social, el cual solicitamos le sea requerido a dicha entidad para el propósito señalado.

V. Derecho: Negamos el invocado por la accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 757-09