

30 de marzo de 1998.

Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.

Contestación de la Demanda. El Lic. Héctor Spencer, en representación de Importadora D.M.D., S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. 1485-97-D.G., de 28 de julio de 1997, dictada por la Directora General de la Caja de Seguro Social, acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto que nos distingue, concurrimos ante el Despacho a su cargo, con la finalidad de externar nuestra respuesta, en torno al proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, enunciado en marquesinas, el cual recoge la controversia suscitada entre la sociedad Importadora D.M.D., S.A. y la Caja de Seguro Social, por razón que la segunda decidió resolver --administrativamente-- el Contrato de Suministro e Instalación suscrito entre ambas; y que trajo como consecuencia que la primera fuera inhabilitada para realizar contratos con el Estado, no pudiendo en consecuencia, participar como postora en las Licitaciones Públicas, Concursos y Solicitudes de Precios que se celebren en el Sector Público.

Nuestra intervención en este tipo de procesos, encuentra su marco jurídico en el artículo 348, numeral 2, del Código Judicial, según el cual a esta Dependencia del Ministerio Público, le corresponde representar los intereses de la Administración Pública en general.

I. El petitum:

La parte demandante manifiesta a la Sala Contencioso Administrativa, su pretensión para que sea declarada nula, por ilegal, la Resolución No. 1485-97-D.G. de 28 de julio de 1997, emitida por la Caja de Seguro Social, a través de la cual se resolvió lo siguiente:

1. Declarar resuelto administrativamente el Contrato No. 131-92-ALDNCYA de 15 de febrero de 1993.

2. Establecer una cuenta por cobrar por la suma de B/.53,988.48 correspondiente al 80% del monto total del Contrato; suma pagada mediante la Adenda de fecha 21 de marzo de 1994); y

3. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Tesoro que se inhabilite a la empresa Importadora D.M.D, S.A., por incumplimiento del Contrato No. 131-92-ALDNCYA de 15 de febrero de 1993.

Como consecuencia de tales peticiones, se solicita a Vuestra Sala, se declare la vigencia del Contrato No. 131-92-ALDNCYA de 15 de febrero de 1993, y se ordene a la Caja de Seguro Social el cumplimiento de las obligaciones que dimanen de dicho Contrato.

Aunado a lo solicitado, se requiere que se declare que la sociedad Importadora D.M.D, S.A. no adeuda suma alguna a la Caja de Seguro Social, en concepto de suma pagada, conforme a la Adenda de fecha 21 de marzo de 1994.

Este Despacho se opone a las pretensiones vertidas en el libelo de la demanda, porque las mismas carecen del marco legal que les dé sustento jurídico; por consiguiente corresponde solicitarle a Vuestra Sala (como en efecto lo hacemos), que se

desestime el petitum, y en su lugar se confirme el contenido de las Resoluciones impugnadas.

II. Los hechos u omisiones en los que se funda la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Este hecho es cierto; porque así consta en las fojas 24 a 27 del expediente judicial.

Segundo: Este hecho es cierto, porque así se colige de la foja 28 a la 33 del expediente.

Tercero: Este hecho lo aceptamos, porque ello se infiere de la foja 33.

Cuarto: Este hecho no es cierto, tal como ha sido redactado; por tanto, lo negamos.

La Resolución No. 1810-97-D.G., fechada 6 de octubre de 1997 fue notificada a la parte actora, el día 9 de octubre de 1997, según se observa en la foja 33 del expediente, y es a partir de esa fecha que se cuentan los dos días que indica la Ley, para que la Resolución en referencia, quedara debidamente ejecutoriada.

La comunicación al Ministro de Hacienda, Licenciado Miguel Heras, se efectuó mediante la Nota No. DALC-N-508-97 de 8 de octubre de 1997, y la misma fue recibida en dicho Ministerio el día 13 de octubre de 1997; por consiguiente, al momento en que la medida de inhabilitación fue solicitada al señor Ministro de Hacienda, ya la Resolución No. 1810-97-D.G., fechada 6 de octubre de 1997 estaba ejecutoriada.

Quinto: Este hecho no consta en el expediente; por tanto, lo negamos.

Sexto: Este no es un hecho, sino una apreciación subjetiva del demandante, que negamos.

III. Examen de legalidad.

A continuación nos abocamos a un exhaustivo análisis de las normas que se dicen infringidas, así como del concepto en el que la parte actora consideran han sido vulneradas.

A juicio de la parte actora, los actos acusados vulneran, de manera principal, las siguientes normas jurídicas:

1. El numeral 6, del Artículo 68 del Código Fiscal cuyo texto indica:

¿Artículo 68. Salvo disposición expresa en contrario, en todo contrato administrativo que celebre el Estado se estipularán claramente las cláusulas propias o usuales conforme a la naturaleza del mismo, y, además, las relativas a la resolución administrativa, fianza de cumplimiento, objeto, cuantía, plazo de ejecución, consignación de timbres fiscales, partida presupuestaria o fuentes de financiamiento con cargo a la cual se pagará la misma, y la renuncia o reclamación diplomática, cuando proceda.

Como causales de resolución administrativa, además de las que se tengan por conveniente establecer en el contrato, deberán figurar las siguientes: ...

6. El incumplimiento del contrato¿. (Texto vigente a la fecha del Contrato)

Señala la demandante que la norma ha sido infringida en concepto de indebida aplicación, ya que a pesar de la claridad de su texto, la misma fue aplicada a una situación de hecho no contemplada en ella.

Los apoderados de la parte actora indican que la infracción en referencia, se da debido a que su mandante no ha incumplido ninguna de las obligaciones pactadas, a través del Contrato No. 131-92-ALDNCYA de 15 de febrero de 1993, tal y como se

puede evidenciar del estudio de las piezas que obran en el expediente administrativo que contiene ese negocio.

Antes externar nuestra opinión, en torno a lo manifestado por la parte demandante, es necesario hacer una serie de consideraciones previas, que nos ayudarán a precisar nuestro análisis de las normas invocadas.

La Administración Pública, como parte integrante de la sociedad, requiere --en la mayoría de los casos-- recurrir ante los particulares, para abastecerse de una serie de bienes y servicios que son necesarios para el mejor desempeño de sus funciones.

Es así como las diversas instituciones que conforman el Sector Estatal, a través de sus Representantes Legales, convocan a una serie de Actos de orden público, destinados a lograr las ventajas naturales de la Ley de la oferta y la demanda, la mejor calidad y el mejor precio, beneficios éstos que --en última instancia-- son ofrecidos a la colectividad.

Una vez que se conocen --a grosso modo-- las opciones del mercado, la institución procede a elaborar un Pliego de Cargos, que recoge las Bases o los Principios en los que debe fundamentarse el interesado para participar --en calidad de Postor-- en un Acto Público; llámese éste Licitación, Concurso de Precios o Solicitud de Precios.

Presentadas las propuestas, la Administración selecciona y acepta la más ventajosa, que mejor atienda al interés público; procediéndose --entonces-- a la adjudicación del acto: primero provisional y, luego, definitiva.

El autor Emilio Fernández Vázquez, en su Diccionario de Derecho Público, nos comenta que la adjudicación definitiva produce los siguientes efectos:

1. ¿El nacimiento de un derecho subjetivo del adjudicatario para contratar con aquél.¿ Esto es lo que genera el Contrato Administrativo.

2. ¿Mantenimiento inalterado de los Pliegos de Condiciones, como consecuencia del inicial Principio de Igualdad entre los Licitadores, que también debe observarse durante todo el ciclo contractual.¿

3. ¿Derecho del administrado a ser indemnizado o resarcido por desistimiento del licitante antes de que el Contrato se perfeccione o si posteriormente y por su culpa se produce la rescisión de él.¿

4. ¿El derecho de los oferentes no adjudicatarios, cuyas propuestas han quedado automáticamente rechazadas, a retirar la documentación presentada y rescatar las respectivas garantías de licitación.¿

5. ¿Obligación del adjudicatario de integrar la garantía del contrato.¿ (Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1981, pág. 487.)

En el ámbito jurídico existen diversas orientaciones acerca del concepto de Contrato Administrativo, tal como lo explica el autor argentino, Agustín A. Gordillo, quien identifica cuatro (4) vías a través de las cuales puede surgir este tipo de Contrato:

Primera: La orientación más antigua, que entiende que todos los contratos celebrados por la Administración están sometidos al derecho privado; es decir, que no hay una categoría nueva de contratos además de los contratos privados; teoría ésta aún imperante en la doctrina alemana.

Segunda: Se indica que sí existe una distinción entre los Contratos Civiles y los Contratos Administrativos.

Los Contratos Administrativos pueden tener esa categoría, si una Ley expresa o implícitamente lo señala; si partimos del supuesto que la Ley que regula el Contrato le confiere un régimen administrativo y no de derecho común.

Tercera: Cuando a un Contrato Administrativo, no se le ha dado tal categoría por Ministerio de la Ley, ni por voluntad expresa o implícita de las partes al incluir

cláusulas exorbitantes al derecho privado, puede ser todavía un contrato administrativo, si se refiere al funcionamiento de un servicio público; es decir, si tiene un fin público o puede afectar en su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva; verbigracia, el contrato de concesión de servicios públicos.

Cuarta: Otra de las formas como se puede identificar un Contrato Administrativo de uno Civil, es a través de la existencia de las llamadas Cláusulas Exorbitantes. Estas Cláusulas son las que facultan a la Administración a aplicar y a ejecutar por sí misma ciertas penalidades, tales como las multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, rescisión administrativa de los Contratos, entre otras.

Esta modalidad es la que sigue nuestra legislación, según lo ha indicado la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia fechada 18 de noviembre de 1994, en los siguientes términos:

¿Un sector de la doctrina considera que la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos civiles debe buscarse en el `régimen jurídico¿ de los distintos vínculos contractuales, afirmando que los contratos administrativos se caracterizan por la existencia de cláusulas exorbitantes en relación con el derecho común o subordinación jurídica del particular a la administración, poniendo como ejemplo de ella la cláusula de caducidad. (Resolución de 22 de julio de 1993 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la excepción de prescripción dentro del juicio por cobro coactivo que le sigue el Banco de Desarrollo Agropecuario a CECILIO GERARDO STERLING Y CECILIA ANA STERLING DE RODRÍGUEZ).

El autor Allan R. Briwer-Carias, citado por Miguel González Rodríguez, en su obra `La Contratación Administrativa en Colombia - Doctrina y Jurisprudencia¿, explicó que `las llamadas cláusulas exorbitantes nos son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la administración ... relacionadas con la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales relativas a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, modificación unilateral y extinción ... y provienen de los poderes de acción unilateral de la administración como gestora del interés público; por ello en general, no necesitan estar pactadas expresamente, y se toman por medio de actos administrativos que gozan tanto de privilegio de la ejecutoriedad, sin perjuicio de que sobre ellos se ejerza un control de legalidad por el Juez Administrativo.¿ (Cfr. González Rodríguez, Miguel. La Contratación Administrativa en Colombia (Doctrina y Jurisprudencia), Librería Jurídica Wilches, Colombia, 1990, p.p. 8, 12 y 13).

De conformidad con los planteamientos doctrinales precitados y la norma in exámine, una vez determinado el tipo de Contrato, se deben estipular las cláusulas propias del mismo , conforme a su naturaleza y, además, las relativas a la resolución administrativa, fianza de cumplimiento, objeto, cuantía, plazo de ejecución, consignación de timbres fiscales, partida presupuestaria o fuentes de financiamiento con cargo a la cual se pagará la misma y la renuncia o reclamación diplomática, cuando proceda.

Las Cláusulas Contractuales, sus Adendas (si las hay), aunadas a las condiciones preestablecidas en el Pliego de Cargos, son las que van a determinar el cumplimiento o incumplimiento del Contrato Administrativo; y es lo que va a indicar --en última instancia-- la eficacia contractual.

El maestro Roberto Dromi, en su obra intitulada Licitación Pública señala que: ¿se entiende por eficacia del contrato, el hecho de que la ejecución del mismo se ajuste

al orden jurídico del cual deriva: la legislación general de cada contrato, los Pliegos de Bases y Condiciones, el procedimiento contractual.¿ (Ediciones Ciudad Argentina, 2a. ed., Buenos Aires, 1995, pág. 499).

Para Dromi, la eficacia contractual, se apega al concepto etimológico del vocablo ¿eficacia¿, que implica un sentido operativo de ejecución, de realización; así como la virtud de la fuerza y el poder para obrar. Añade que ¿la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario...¿ (Dromi, Roberto, ob. cit., pág. 500).

Siendo ello así, la eficacia contractual se manifiesta desde el momento en que existe una ejecución, una realización y un cumplimiento válido e irrestricto de la legalidad y del procedimiento contractual, entendiéndose como tal, el contenido en el Pliego de Cargos o Bases, el Contrato per se y las Adendas, si las hay. En caso de incumplimiento del contrato, la Administración, como parte perjudicada, está constreñida a demandar la resolución del Contrato Administrativo.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 68 del Código Fiscal (vigente a la fecha de la Contratación en referencia) señala una serie de causas, por las cuales se puede proceder a la resolución administrativa de los Contratos, entre las que se encuentra el incumplimiento del mismo.

En el caso sub júdice, mediante Contrato No. 131-92-ALDNCYA de 15 de febrero de 1993, la empresa Importadora D.M.D., S.A. se obligó con la Caja de Seguro Social, al Suministro e Instalación de un (1) Esterilizador Aereador de Oxido de Gas, Datacon Modelo 8843-S, por un monto total de sesenta y siete mil cuatrocientos ochenta y cinco balboas, con sesenta centésimos (B/67,485.60)(Cfr. Expediente Administrativo).

En la Cláusula Primera del Contrato de Suministro e Instalación, el Contratista se obligó a suministrar el equipo a la Caja de Seguro Social, nuevo y sin defectos, con un funcionamiento garantizado contra deficiencias de fabricación o de instalación, hasta por el término de un año.

En dicha Cláusula, la sociedad D.M.D., S.A. también se obligó a garantizar el suministro de las piezas de repuesto que necesite el equipo, cuando la Caja lo solicite, a contar con taller de mantenimiento, piezas de repuesto y personal técnico y especializado, en el mantenimiento y reparación del equipo, tal como consta en el expediente administrativo.

Con fundamento en lo pactado en la Cláusula Primera del Contrato suscrito entre la empresa Distribuidora D.M.D., S.A. y la Caja de Seguro Social, fue que la entidad estatal procedió a declarar la Resolución Administrativa de dicho Contrato, porque la empresa incumplió con su obligación de entregar el equipo ofertado en perfectas condiciones de instalación y garantía de funcionamiento, habida cuenta que se realizaron innumerables pruebas, y todas presentaron irregularidades; inclusive la intoxicación del 90% del personal que labora en la Central de Equipo y de Esterilización, donde debía ser instalado.

En el Acta No. 1, fechado 26 de octubre de 1994, e identificado con el Número DAyF-CH.DR.AAM-ANo.01-94, se puso de manifiesto lo acontecido en la reunión celebrada el día 26 de octubre de 1994, a las 2:00 p.m., en el Despacho de la Dra. Arelis

de Martinelly, Coordinadora Administrativa de la Dirección General en el Complejo Hospitalario Metropolitano, la cual se llevó a cabo, con la finalidad de dilucidar la controversia surgida en cuanto a la interpretación del Contrato No. 131-91.A.L.D.N.C.y A., entre la Empresa Importadora D.M.D., S.A. y el Hospital (Caja de Seguro Social), como usuario del equipo denominado AUTOCLAVE DE OXIDO DE ETILENO, objeto del Contrato de Suministro e Instalación.

Como resultado de esa reunión, la Empresa Importadora D.M.D, S.A., se comprometió a efectuar unas pruebas de funcionamiento del Equipo y, posteriormente, la Institución --en presencia de la Empresa-- daría su Criterio Técnico de comprobación de eficiencia; la sociedad Importadora D.M.D., S.A. debía realizar dos (2) pruebas consecutivas de esterilización y aireación dentro del ciclo completo, y ambas debían efectuarse con total eficiencia. Aunado a ello, la adjudicataria debía garantizar que en las pruebas y el normal uso del equipo, no se produjeran escapes del Gas Etileno. Finalmente, la Caja de Seguro Social se comprometería a proporcionar todo el gas etileno necesario para efectuar dichas pruebas.

Tal Acuerdo fue suscrito por el señor Ricardo García III, Gerente General la Empresa Importadora D.M.D., S.A., por una parte, y por la otra, la Caja de Seguro Social representada por la Doctora Arelis de Martinelly, Coordinadora Administrativa de la Dirección General en el Complejo Hospitalario Metropolitano y el Ingeniero Omar Ramos, Jefe del Departamento de Mantenimiento del Complejo Hospitalario Metropolitano, tal como se evidencia en el expediente contentivo de toda la actuación surtida en la vía gubernativa.

El Informe denominado ¿Presentación: Estudio de Caso, Esterilizador Aereador a Gas, Modelo Datacon 8843-S, Central de Equipo y Esterilización¿ (que reposa en el Expediente Administrativo), recoge una síntesis de las diversas pruebas que se efectuaron, así como las consecuencias de las mismas, en detrimento de la Salud de quienes estuvieron presentes, durante dichas pruebas. Veamos:

El día 13 de mayo de 1994, se iniciaron las primeras pruebas del equipo, y el día 18 de mayo, se observó que salieron los paquetes mojados y sin marcar los indicadores de esterilización.

La segunda prueba, se efectuó el mismo día 18 de mayo de 1994, después que se le ajustaron los parámetros; el resultado fue que el material salió bien el día 19 de mayo de 1994.

El día 23 de mayo de 1994 se realizó la tercera prueba, con una carga de 50 paquetes; los ciclos de aireación fueron incompletos de 12 minutos, en lugar de 20 minutos, saliendo este material sucio y mojado, el día 27 de junio, después de quedar atrapado, hasta que el técnico de la empresa lograra abrirla.

El 27 de junio de 1994, se giró un Informe a la Licda. Sonia de Méndez, Directora de Enfermería, en donde se le manifestaba --entre otras cosas-- que ya el personal manifestaba señales de intoxicación con síntoma, tales como: Cefaleas (Dolores de Cabeza), escozor en la piel, náuseas, intranquilidad, sensación de desmayo, además que los tiempos de aireación no se ajustan a los tiempos en que se encuentra programado el esterilizador, ya que éste se programó para ciclos de aireación de tres (3) horas y media; por tanto el personal tendría que completar los ciclos manualmente hasta llegar a un horario de 12 horas mínimas de aireación, lo cual hace que no se ajuste a las necesidades del servicio, y lo que implicaría un personal adicional, para el manejo del Autoclave.

El día 2 de julio, la Cámara del Autoclave se inundó desde su inicio, y se indicó --además-- que siempre quedan residuos de agua.

Se señala, además, que el día 11 de julio de 1994, se inició una cuarta prueba que fracasó en el intento, debido a que después del ciclo de gasificación pasó al ciclo de aireación sin pasar por la exposición al gas, a pesar que el técnico de la empresa acudió al área a poner un nuevo ciclo, ¿atrapado por permanecer la puerta cerrada a pesar de seguir indicaciones por la empresa.¿

El día 15 de julio, las autoridades médicas administrativas y de enfermería estaban enteradas de la situación, y en nota girada al Lic. Genaro Moreno se le solicitó que se tomaran las medidas pertinentes para que se delegara la responsabilidad al Departamento de mantenimiento, para que proporcionara una supervisión directa del funcionamiento de la Autoclave.

El día 12 de agosto, se realizó la quinta prueba, saliendo el material estéril; el 16 de agosto se continúa con esa carga (sexta prueba), y el material salió en su totalidad con la marca de esterilización. Se procedió a cambiar nuevamente todos los paquetes para iniciar el ciclo, siendo la séptima prueba de carga.

No se pudo efectuar todo el proceso, porque el tanque de gas Ethileno se había terminado, a pesar que dicho tanque se había instalado apenas el 9 de agosto. Se hace incapié en que sólo se pudieron realizar tres pruebas, dos de ellas, sin garantía de esterilidad.

En la reunión efectuada en octubre de 1994, se acordó con representantes de la Institución y de la empresa D.M.D., S.A. que traerían dos tanques de gas de la Institución, y de la empresa traerían dos tanques de gas para continuar la prueba y dependiendo de éstas, a conformidad se pagarían el 20% restante.

El día 2 de marzo de 1995, se reinicia la prueba del esterilizador aireador a gas, observándose que había una fuga de gas, ya que se presentan --en los funcionarios-- pruritos, cefaleas y señales de intoxicación, siendo la Asistente Clínica Anastasia Medina, la más afectada, ameritándose que fuese vista por el médico; éste la incapacitó para laborar (Esta información consta en el Informe de Enfermería de fecha 8 de marzo de 1995, suscrito por la Licda. Deysi De Alvarado, Supervisora de Enfermería, Control de Equipo y Esterilización y la Licda. Mirna de Olivo, Enfermera Encargada de la Central de Equipo y Esterilización, que consta en el expediente administrativo remitido por la Caja de Seguro Social, junto con el Informe de Conducta, y que reposa en la Secretaría de la Sala Tercera).

De la carga que se introdujo, salieron paquetes, los cuales no garantizaban su esterilidad; además que estaban impregnados de gas. Nótese que ese material debe ser aislado. (Prueba N° 8)

El día 7 de marzo, se coloca una nueva carga (Prueba N°9), iniciándose el ciclo a las 9:44 a.m.; y a las 8:30 a.m., se observa que el Personal se encuentra intoxicado, lo cual ameritó: Servicios Médicos para el personal que allí labora; evacuación del área; interrupción del ciclo de esterilización y notificación a las autoridades médicas, administrativas y de enfermería de la situación.

Como conclusión, se indicó que el Sistema de Esterilización Aireador a gas es inoperante y potencialmente peligroso para la salud del personal de la Caja de Seguro Social que labora en la Central de Equipo y de Esterilización; incluso, se observó que el sistema de esterilización tóxico, será suspendido en Estados Unidos, por el F.D.A., debido al programa de protección de la capa de Ozono de la Tierra, y que su costo es alto. Al personal que labora en el área, no se le ofrecen las mínimas medidas de seguridad ni material de protección.

Este Despacho quiere llamar la atención de los Señores Magistrados, acerca de las pruebas efectuadas por la empresa D.M.D, S.A., porque en el Acta No. 1 fechado 26 de octubre de 1994 e identificado con el Número DAyF-CH.DR.AAM-ANo.01-94, se

puso de manifiesto que debían realizarse dos (2) pruebas consecutivas de esterilización y aireación dentro del ciclo completo, aunado a que la adjudicataria debía garantizar que en las pruebas y el normal uso del equipo, no se produjeran escapes del Gas Etileno; sin embargo, se realizaron nueve (9) pruebas, de las cuales, siete (7) presentaron los paquetes mojados, sucios o ambos, la mayoría sin completar el ciclo, con fugas de gases y con intoxicación masiva del personal que labora en el Departamento donde se instaló, lo que a todas luces corrobora y confirma la posición de la Caja de Seguro Social, en el sentido que sí se produjo un incumplimiento del Contrato, concretamente la Cláusula Primera, en la que ya indicamos, la demandante se obligaba a suministrar e instalar el equipo ofertado, y que éste funcionara en perfectas condiciones. Máxime cuando en la Cláusula Décima del Contrato, en referencia, el Contratista conviene y acepta ser responsable de cualquier perjuicio que él pueda ocasionar a la caja, por causa del incumplimiento del Contrato o a consecuencia de su culpa o negligencia; y en la Cláusula Décima Segunda, el Contratista (D.M.D, S.A.), se obliga a que el equipo que se le vendió a la Caja, provienen del fabricante MEDITECH INTERNACIONAL (ESTADOS UNIDOS) y garantizan su eficacia en el uso correcto para el que está destinado, cosa que definitivamente no ha ocurrido, hasta la fecha.

De allí el derecho de la Caja de Seguro Social, de ejercer lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta; es decir, declarar resuelto administrativamente el Contrato, por razón del incumplimiento de cualesquiera de las Cláusulas del mismo, inclusive las determinadas en el artículo 68 del Código Fiscal; entre las que se incluye, el incumplimiento del Contrato.

Siendo ello así, no logra entender esta Procuraduría cómo el apoderado legal de la demandante insiste en que no ha habido tal incumplimiento de contrato, cuando las pruebas que obran en el expediente administrativo (algunas de las que hemos reproducido en este escrito), son suficientes para probar la actuación negligente de la Contratista, en la Instalación y Funcionamiento del Esterilizador de Aire, en referencia, por lo que es evidente que lejos de producirse la infracción de la norma invocada, la misma ha servido de sustento jurídico para la actuación de la Caja de Seguro Social, en su correcta aplicación.

2. Como segunda disposición invocada, se señala el Artículo 976 del Código Civil, cuyo texto reza:

¿Artículo 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos¿.

A juicio de los apoderados de la parte demandante, la norma citada ha sido vulnerada en el concepto de violación directa por comisión, porque --según ellos-- a pesar de su texto claro, el mismo no ha sido aplicado en su justa medida por la entidad contratante. Agregan que la Caja de Seguro Social ha incumplido las obligaciones a su cargo y ha realizado una serie de actos dilatorios que han repercutido negativamente en nuestra representada, tal y como lo detallamos de inmediato.

El Esterilizador Aireador de Oxido de Gas, Datacon Modelo 8843-S, fue recibido el 24 de junio de 1993, sin embargo, su instalación fue objeto de actuaciones dilatorias por parte de la Caja, a saber:

a) El 25 de mayo de 1993 se le remitió diagrama al Jefe de Mantenimiento y se le solicitó la habilitación del área física para efectuar la instalación.

b) El 13 de julio de 1993 se le remitió nota al Administrador del Complejo Hospitalario solicitado certificación de que IMPORTADORA D.M.D., S.A., no había podido instalar el equipo, debido que el área requerida no había sido habilitada por parte de la Caja de Seguro Social.

c) El 21 de septiembre de 1993, se reitera nota al Director del Complejo debido a que el área no estaba lista y se le solicitaba la instalación de una chimenea lo cual no se había cumplido por parte de la Caja de Seguro Social. Se le solicitaba igualmente abrir la pared y se le indicaba que nuestra representada entregaría la chimenea como donación y se le solicitaba el pago del 80% del contrato.

d) El 9 de noviembre de 1993 remitimos nota al Subdirector del Complejo solicitando la agilización de los trabajos de remodelación del área para poder realizar la instalación de dicho equipo.

e) El 7 de diciembre de 1993 enviamos nota al Subdirector confirmando reunión y salvando nuestra responsabilidad por la exigencia de los funcionarios de solicitar una chimenea demasiado alta.

f) El 7 de diciembre de 1993 se le remitió nota a la Caja de Seguro Social indicándole que desde julio habíamos solicitado el pago del 80%, debido a que el área no estaba lista y expusimos todos los inconvenientes que hasta la fecha se habían dado y solicitamos el pago de la totalidad del contrato por dichas anomalías.

g) El 23 de diciembre de 1993 reiteramos nota al Subdirector del Complejo solicitándole la agilización de los trabajos a cargo de la Caja.

h) El 28 de diciembre de 1993 nuevamente remitimos nota al Subdirector solicitando la agilización de los trabajos, bajo responsabilidad de la Caja de Seguro Social.

y) El 28 de diciembre enviamos nota a la Subdirectora de Compras y Abastos extendiendo la garantía de cumplimiento, que por exigencia de la Institución requerían para procesar el pago del 80% del contrato.

j) El 30 de diciembre de 1993 recibimos nota del Subdirector del Complejo informando que el 4 y 5 de enero de 1994 finalizarían los trabajos pertinentes.

k) El 13 de enero de 1994 remitimos nota al Subdirector del Complejo indicándole que a esa fecha no se había terminado con ningún trabajo.

l) El 15 de abril de 1994 remitimos nota al Subdirector indicándole que habíamos concluido con la instalación del equipo.

Lamentablemente, tal y como se evidencia de los hechos transcritos, la actitud de la entidad contratante fue contraria a su deber legal, ya que en lugar de cumplir su obligación de habilitar el sitio donde se debía instalar el equipo y subsanar oportunamente la situación planteada, provocó un aparente incumplimiento por parte de nuestra mandante, el que en realidad es imputable en forma exclusiva a la actividad de la entidad contratante.

Nos oponemos a los planteamientos externados, porque en el expediente administrativo contentivo de toda la actuación surtida en la vía gubernativa, constan las reuniones efectuadas entre la Caja de Seguro Social y la sociedad Importadora D.M.D, S.A. en la que se llegaron a diversos acuerdos para habilitar el área en el que se colocó el equipo.

Además, esta supuesta infracción, en nada afecta ni la instalación, ni el funcionamiento del equipo ofertado, que pudiera traducirse como una causal para crear las irregularidades a las que hemos hecho referencia y que, en última instancia, han traído complicaciones de Salud, en el personal que labora en el Departamento en donde se instaló.

Siendo ello así, no se ha producido la infracción de la norma invocada.

3. Como tercera norma invocada, se citó la Cláusula DÉCIMO SEXTA del Contrato No. 131-92-ALDYNCYA de 15 de febrero de 1993, que dispone lo siguiente:

¿Cláusula DÉCIMO SEXTA: LA CAJA, se reserva el derecho de declarar resuelto administrativamente, el presente Contrato, por razón de incumplimiento de cualesquiera

de las cláusulas del mismo, por negligencia o por culpa grave debidamente comprobada y además, si concurriera una o más de las causales de Resolución, determinadas en el Artículo 68 del Código Fiscal de la República de Panamá.

Al externar su inconformidad, la demandante indicó que la cláusula citada ut supra ha sido violada por la entidad demandada en el concepto de indebida aplicación, al ser aplicada a una situación de hecho no contemplada en la misma. Esta violación se produce, ya que el incumplimiento que se le endilga a nuestra representada no se debe a conducta dolosa ni culposa de su parte, además que de la investigación llevada a cabo por la entidad contratante no se demuestra tampoco ni se hace referencia a que se debe el supuesto incumplimiento de las obligaciones a cargo de nuestra mandante. Téngase presente que nuestra mandante ha realizado ingentes esfuerzos por cumplir con las obligaciones contractuales a su cargo, la que no ha sido la conducta de la entidad contratante, tal y como se evidencia de las pruebas que constan en el expediente administrativo del meritado contrato.

Es obvio que la parte actora ha desconocido todos los efectos de su actuación negligente, durante las nueve pruebas efectuadas con el equipo, cuando en principio solamente eran dos pruebas consecutivas, y los perjuicios ocasionados.

Ello es tan evidente, que en su escrito no hace ninguna referencia a los Informes que ponen de manifiesto todas esas irregularidades, como lo hemos hecho nosotros al explicarle a la Sala cuáles son los documentos del expediente administrativo que apoyan la actuación de la Caja de Seguro Social, para adoptar la decisión de resolver administrativamente el Contrato, por razón de su incumplimiento.

Queremos reiterar que la eficacia contractual se manifiesta desde el momento en que existe una ejecución, una realización y un cumplimiento válido e irrestricto de la legalidad y del procedimiento contractual, entendiéndose como tal, el contenido en el Pliego de Cargos o Bases, el Contrato per se y las Adendas, si las hay. En caso de incumplimiento del contrato, la Administración, como parte perjudicada, está constreñida a demandar la resolución del Contrato Administrativo, tal como se hizo en la situación in examine ante la inobservancia de las Cláusulas Primera, Décima y Décima Primera del Contrato de Suministro e Instalación, principalmente.

La Cláusula Décimo Sexta invocada, también le sirvió de fundamento a la Administración, porque ella es la que contiene el derecho de la Caja de Seguro Social, para resolver administrativamente el contrato, en caso de incumplimiento; por tanto, no se ha producido su infracción.

4. Finalmente, se citan como vulnerados los numerales 6 y 7 del Artículo 68-A del Código Fiscal, los cuales disponen:

¿Artículo 68-A. La resolución administrativa del contrato se ajustará al procedimiento establecido en este artículo, con sujeción a las siguientes reglas: ...

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, dos (2) días calendario, a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispuesto por el literal f) del Artículo 20 de este Código.

A criterio del actor, la norma citada ha sido violada en el concepto de violación directa por comisión, ya que a pesar de su texto claro, el mismo no ha sido aplicado en su justa medida por la entidad contratante, debido que a pesar de no estar debidamente ejecutoriada la Resolución No. 1485-97-D.G. de 28 de julio de 1997, ha sido remitida a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, quien en abierta violación de la norma citada y del orden público ha procedido a dictar el Resuelto No. 66 de 30 de octubre de 1997, con el propósito de inhabilitar a nuestra representada, IMPORTADORA D.M.D., S.A., para realizar contratos con el Estado, no pudiendo en consecuencia, participar como postor en las Licitaciones Públicas, Concursos y Solicitudes de Precios que celebren las instituciones.

Tal y como se colige de la lectura del texto jurídico bajo estudio, la inhabilitación debe hacerse efectiva una vez se encuentre ejecutoriada la resolución que resuelve administrativamente el contrato.

En el caso in examine la meritada resolución no está ejecutoriada, debido a que contra la misma cabe la interposición de Recurso de Plena Jurisdicción ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo señala el numeral 5 del artículo 68-A del Código Fiscal. Debe tenerse presente que el acto confirmatorio del acto acusado nos fue notificado el 9 de octubre de 1997, por lo que a partir del 10 de octubre del año en curso inicia al contarse el término de dos meses para ejercer la acción prevista en el artículo 42B de la Ley 135 de 1943 adicionado por la Ley 33 de 1946. Dicho plazo vence el próximo 10 de diciembre, quedando entonces en firme, es decir, ejecutoriada a partir del 11 de diciembre, de no hacerse uso de los recursos dispuestos en la Ley, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, y dos (2) días después de dicha fecha, léase el 13 de diciembre es cuando debe remitirse a la autoridad correspondiente la decisión de resolución administrativa para el trámite de inhabilitación.

Yerra la parte actora en su interpretación, porque la Resolución No. 1810-97-D.G. de 6 de octubre de 1997 le fue notificada a la parte actora, el día 9 de octubre de 1997, tal como consta en la foja 33 del expediente; a partir de ese momento, se contabilizaban los dos días que señala la Ley Codificada para que la misma quedara ejecutoriada.

Es cierto que mediante Oficio No. DALC-N-580-97 que fue confeccionado el día 8 de octubre de 1997, se le comunicó al señor Ministro de Hacienda y Tesoro, la solicitud de inhabilitar a la sociedad Importadora D.M.D, S.A. para ser proponente en Contrataciones Públicas con el Estado, por el término de tres (3) meses, por haber incumplido el Contrato No. 131-92-ALDNCYA de 15 de febrero de 1997.

Sin embargo, la Nota DALC-N-580-97 que fue confeccionado el día 8 de octubre de 1997, fue recibida en el Ministerio de Hacienda el día 13 de octubre de 1997, tal como consta en el margen superior de dicho oficio, visible en el Expediente Administrativo remitido a la Sala Tercera de la Corte, por lo que al momento de recibirse oficialmente en el Ministerio, la Resolución ya estaba debidamente ejecutoriada, por lo que la solicitud al Ministerio de Hacienda y Tesoro y la consiguiente inhabilitación, a través del Resuelto No. 66 de 30 de octubre de 1997, son perfectamente válidas y legales, lo que deja sin sustento jurídico el concepto externado por la parte actora.

Por todo lo expuesto, reiteramos nuestra solicitud, para que sean desestimadas las pretensiones y se confirme el contenido de las resoluciones impugnadas, en su oportunidad procesal.

Pruebas:

Aducimos como fuente de pruebas el expediente administrativo contentivo de la actuación surtida en la vía gubernativa, que tenemos conocimiento, fue remitido por la Caja de Seguro Social a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, junto con el Informe de Conducta.

Además, solicitamos a los Señores Magistrados que --a través de la Sala Tercera-- se cite, en calidad de testigos, a las siguientes personas, previa la emisión de las correspondientes boletas:

1. Doctora Arelis de Martinelly, Coordinadora Administrativa de la Dirección General en el Complejo Hospitalario Metropolitano.

2. Señor Parvus Santana, Técnico de Auto Clave.

3. Ingeniero Omar Ríos, Jefe del Departamento de Mantenimiento, del Complejo Hospitalario Metropolitano.

4. Doctor Luis Lasso de la Vega, de la Comisión de Criterio Técnico del Complejo Hospitalario Metropolitano.

5. Licda. Deysi de Alvarado, Supervisora del Salón de Operaciones y de la Central de Equipo del Complejo Hospitalario Metropolitano.

6. Anastasia Medina, Asistente Clínica en el Complejo Hospitalario Metropolitano.

Derecho: Negamos el invocado por la parte actora.

Del Señor Magistrado Presidente,

AMdeF/5/mcs.

Materias:

Esterilizador de aire.

Contratación Pública.

Incumplimiento de Contrato.

Cláusulas Exorbitantes.

Contratos Administrativos.

Contratos Civiles.

ASIGNADO:16-2-98

PROYECTO:25-3-98

REVISADO BERNAL:25-3-98

REVISADO BENAVIDES:26-3-98