

Vista Nº 494

19 de Septiembre de 2000.

Proceso Contencioso

Administrativo de

Plena Jurisdicción.

Contestación de la

Demanda.

El Lcdo. Gabriel Martínez Garcés en representación de Central de Fianzas, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, proferida por el Ministro de Obras Públicas, acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrada Presidenta de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Nos presentamos ante Vuestro Augusto Tribunal de Justicia, con la finalidad de contestar la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Lcdo. Gabriel Martínez Garcés, en representación de Central de Fianzas, S.A.

Al respecto, es preciso señalar que nuestra defensa del acto impugnado se fundamenta en el numeral 2, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000 ¿Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales¿.

I. En cuanto a la Pretensión:

El apoderado judicial de la empresa Central de Fianzas, S.A., persigue que Vuestra Honorable Sala realice la siguiente declaración:

¿Que es nulo, por ilegal, el acto administrativo contenido en la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, expedida por el Ministro de Obras Públicas, por el cual entre otras cosas, resuelve, imponerle a la empresa Central de Fianzas, S.A., una multa de diecinueve mil ciento un balboas con 90/100 (B/. 19,101,90)¿.

Sin embargo, contrario a la pretensión de la parte demandante, este Despacho afirma que la misma carece de fundamento jurídico; ya que, la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, expedida por el Ministro de Obras Públicas, y por la cual se concede una prórroga de 765 días calendarios a la empresa Central de Fianzas, S.A., para la ejecución del Contrato No. 028-96 de 16 de abril de 1996, para el Mantenimiento Periódico del Camino Sabanita-Cativa, provincia de Colón, y se le impone una multa de B/. 19.101.90 por el atraso injustificado de 82 días en la ejecución de la obra; se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, motivo por el cual solicitamos, muy respetuosamente, a Vuestra Honorable Sala que la misma sea rechazada.

II. Los Hechos u Omisiones en que se fundamenta la Acción, los contestamos así:

Primero: Aceptamos por ser cierto, que el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas y la empresa Panatractor, S.A., celebraron el Contrato No. 28-96 para el Mantenimiento Periódico del Camino Sabanitas-Cativa en la provincia de Colón; sin embargo, la fecha cierta de este contrato es el día 16 de abril de 1996.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Tercero: Este hecho tal como viene expuesto, es parcialmente cierto, ya que según la Nota No. DNI-3753-99 de 9 de diciembre de 1999, quedaba pendiente la nivelación de cámaras de inspección, y la definición, por parte del Ministerio de Obras Públicas de trabajo a realizar con el remanente del contrato.

Cuarto: Este es una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Quinto: Este hecho lo contestamos igual que el hecho cuarto.

Sexto: Este constituye una apreciación, subjetiva y personal, del demandante; por tanto, la rechazamos.

Séptimo: Este hecho tal como viene expuesto por el demandante, es falso; toda vez que el expediente administrativo entregado junto con el Informe Explicativo de Conducta rendido por la autoridad demandada, demuestran cuáles son los días de atraso en la ejecución de la obra imputables al contratista.

Octavo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Noveno: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Décimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Undécimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Duodécimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Décimo Tercero: Este hecho lo contestamos igual que el hecho undécimo.

Décimo Cuarto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

III. Respecto de las Disposiciones Legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación expuesto por la demandante, la Procuraduría de la Administración, los contesta así:

El Licenciado Gabriel Martínez Garcés, estima que la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, expedida por el Ministro de Obras Públicas, infringe las siguientes disposiciones legales:

1. Los artículos 7, 11, 21 y 62 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, ¿Por la cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y decisión? que dicen así:

¿Artículo 7. El Convenio arbitral es el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan o que puedan surgir entre ellas, en una relación jurídica, contractual o no.

Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, las entidades autónomas, semiautónomas, incluso la Autoridad del Canal de Panamá respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo igualmente, podrán acudir al arbitraje internacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por tratado o Convención Internacional. El Convenio Arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete ni el concepto favorable del Procurador de la Nación.

¿Artículo 11. Los efectos del convenio arbitral son sustantivos y procesales.

El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral.

El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral.

¿Artículo 21. El procedimiento se iniciará en la fecha en que cualquiera de las partes haga el requerimiento para someter una determinada controversia entre ellas al arbitraje o según lo establezca el reglamento aplicable.

¿Artículo 62. El presente Decreto Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo convenio arbitral sea anterior a la fecha de su vigencia...

En cuanto al concepto de la violación de estas normas legales, el demandante afirma que el Ministerio de Obras Públicas al desatender la solicitud de arbitraje, contenida en el Contrato No. 28-96 de 16 de abril de 1996, y en su defecto iniciar un procedimiento administrativo de aplicación de multas por atraso en la entrega de la obra, violó los artículos 7 y 11 del Decreto Ley No. 5 de 1999. (Ver fojas 9 y 10).

En lo que respecta a la violación de los artículos 21 y 62 lex cit., estima que la violación fue directa, ya que habiéndose iniciado un proceso arbitral, en fecha anterior a la resolución impugnada, el Ministerio de Obras Públicas carecía de competencia para dictarla. Además, señala

que: ¿el Ministerio de Obras Públicas tenía la obligación legal de someterse a los trámites previstos en el citado decreto ley, y estaba impedido legalmente para adoptar cualquiera decisión administrativa, relacionada con los asunto (sic) sometidos a arbitraje¿ (Ver foja 11).

Expuestas las normas legales que se estiman infringidas por la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, emitida por el Ministro de Obras Públicas, procedemos a contestar la presente demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, en los siguientes términos:

A través de la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, el Ministerio de Obras Públicas resolvió, otorgarle a la empresa Central de Fianzas, S.A., una extensión o prórroga de 765 días calendario y a la vez se le impuso una multa de B/. 19,101.90 por los 82 días de atraso injustificado en la ejecución de la obra, Mantenimiento Periódico del Camino Sabanita-Cativa, provincia de Colón; a razón de B/. 232.95 por cada día de atraso, de conformidad con la Cláusula Décimo Séptima del Contrato No. 28-96.

El punto No. 7.8 ¿Reclamaciones por Ajustes y Disputas¿ de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos que forma parte del Contrato No. 28-96, estableció la posibilidad de someter las controversias suscitadas con ocasión de la ejecución del contrato de Mantenimiento Periódico del Camino Sabanita-Cativa, provincia de Colón, al procedimiento de arbitraje. Esta cláusula dice textualmente así:

¿7.8 Reclamaciones por Ajustes y Disputas

Las decisiones del Residente que el Contratista considere inaceptables, pueden ser apeladas ante el Ingeniero y las de éste ante el Ingeniero Director y finalmente ante el Ministro. Mientras no se haya decidido en cualquiera de estos niveles, se seguirá el criterio establecido por el funcionario cuya decisión se está apelando. Estas apelaciones deben ser presentadas por escrito dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que se comunicó al Contratista el criterio que éste considera inaceptable. El contratista, conjuntamente con los representantes del EL ESTADO, tratará por todos los medios de resolver las diferencias recurriendo a la aplicación de los términos del contrato.

En caso de que no se llegue a la unificación de criterio cualquiera de las partes pueden someter las discrepancias a Arbitraje, entendiéndose que si la obra ha sido suspendida antes de este hecho se mantendrá suspendida y que, si no ha sido suspendida seguirá normalmente su continuidad...¿
(Las grillas son nuestras)

De conformidad con esta condición especial del Pliego de Cargos del Contrato No. 28-96, consideramos que el arbitraje está concebido como el último mecanismo al cual deben advenirse las partes para solucionar las controversias que se susciten durante la ejecución del contrato, toda vez que se deben agotar, previamente, todas las instancias a fin de resolver las discrepancias que surjan de acuerdo con las cláusulas contractuales.

El arbitraje regulado en el punto 7.8, Condiciones Especiales del Pliego de Cargos, se debía someter al procedimiento establecido en la Ley No. 6 de 12 de julio de 1988, ¿Por la cual se regula

el arbitraje en las obras de construcción y otros servicios de ingeniería y arquitectura que se realizan mediante contratos con el Estado; pero de acuerdo con recientes reglamentaciones, dicha controversia debe someterse al procedimiento estatuido en el Decreto Ley No. 5 de 1999, (ver artículo 62).

El artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, dispone que la resolución alterna de los conflictos mediante el arbitraje debe estar previamente pactada en los Contratos que el Estado suscriba con personas naturales o jurídicas. Esta excerta legal contempla dos supuestos, a saber: el primero, es que si se ha pactado el convenio arbitral en el contrato, no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete ni el concepto favorable del Procurador General de la Nación; y el segundo, se da si en el caso de que no se haya pactado el arbitraje requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

En el caso bajo estudio, es importante señalar que el punto 7.8 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos, señala, igualmente, sobre el procedimiento arbitral, lo siguiente:

¿La otra parte en caso de aceptar el arbitraje, queda obligado a realizar cuanto acto sea necesario para que el arbitraje tenga efecto.

La constitución del tribunal arbitral y la forma de adoptar la decisión en el Laudo Arbitral se regirá por las disposiciones contenidas en la Ley No. 6 de 12 de julio de 1998, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 195 de la Constitución Política.

De esta condición especial, que es ley entre las partes contratantes, importa destacar dos aspectos:

1. Para el Estado no es obligatorio aceptar el arbitraje, ya que se dice: ¿la otra parte en caso de aceptar el arbitraje, lo cual a nuestro juicio debe entenderse, que la autoridad administrativa nacional, en ejercicio de la facultad discrecional, debe valorar la conveniencia de involucrase o no en un procedimiento arbitral, y
2. Todo proceso arbitral que pretenda realizarse durante la ejecución del Contrato No. 28-96, debe observar lo dispuesto en el numeral 4, del artículo 195 de la Constitución Política.

En consecuencia, en el caso bajo estudio, estimamos que no se puede desatender el mandato contractual, el cual impone, la observancia de los requisitos enunciados en el numeral 4, del artículo 195 de la Constitución Política.

De acuerdo con esta excerta constitucional, el Consejo de Gabinete deberá acordar con el Presidente de la República para que éste pueda someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte. La norma constitucional que se comenta literalmente, dice así:

¿Artículo 195. Son funciones del Consejo de Gabinete:

...

4. Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

En el caso subjúdice, no consta que haya una autorización del Consejo de Gabinete, ni que exista concepto favorable del Procurador General de la Nación. Además, de que no hay la anuencia de las autoridades ministeriales, de realizar un arbitraje, ya que contrario a dicha situación, la representación legal del Ministerio de Obras Públicas, ha expresado su disconformidad con dicha solicitud a través de la Nota No. AJ-0274-00 de 8 de febrero de 2000.

Por ende, la controversia surgida entre la empresa Central de Fianzas, S.A., y el Ministerio de Obras Públicas, no puede someterse al arbitraje en equidad solicitado por esta empresa ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá.

El Arbitraje en Equidad, solicitado por la empresa Central de Fianzas, S.A., no se compadece con las normas de este contrato administrativo; ya que a través de este tipo de arbitraje, los árbitros han de resolver la controversia suscitada entre las partes de acuerdo con su leal saber y entender, sin sujeción a las reglas de Derecho (ver artículo 3); sin embargo, nos oponemos a que el Ministerio de Obras Públicas, se someta a tal medida, máxime cuando no se han cumplido los presupuestos constitucionales y legales, para que el Ministerio de Obras Públicas, pueda comprometerse vía arbitral.

Consideramos que el Ministerio de Obras Públicas, per se, no posee la capacidad legal necesaria para comprometerse, por lo que mal puede participar o someterse a un arbitraje en equidad, ya que es evidente que no posee autorización del Consejo de Gabinete, ni el aval del Procurador General de la Nación.

El Contrato No. 28-96 de 16 de abril de 1996, en el cual figuran como partes la empresa Central de Fianzas, S.A., y el Ministerio de Obras Públicas, es un contrato administrativo, y como tal, forma parte importante de la actividad administrativa que procura la satisfacción del interés público, interés que determina su naturaleza jurídica, sus efectos y consecuencias.

Por tanto, es en atención a este interés público, que el Estado, en este caso, el Ministerio de Obras Públicas, no puede verse compelido a aceptar un arbitraje en equidad, cuando es evidente que en este contrato administrativo, la empresa Central de Fianzas, S.A., no ha cumplido oportunamente con las obligaciones pactadas en el Contrato No. 28-96 de 16 de abril de 1996.

Por las anteriores consideraciones estimamos que la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, no produce la alegada violación a los artículos 7, 11, 21 y 62 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999; ya que, el arbitraje como un mecanismo alternativo y diferente para la solución de los conflictos, destinado a convertirse en ley individual entre las partes; es una solución a la cual pueden avocarse las partes en este conflicto, bajo el presupuesto de que existe una aceptación expresa del Ministerio de Obras Públicas; empero, esta condición no se cumple, como tampoco existen las autorizaciones previas consagradas en el Estatuto Fundamental. El arbitraje, como vía alterna de solución de las discrepancias que emanan de la ejecución del Contrato No. 28-96, no reviste la calidad de obligante para el Estado.

El proceso arbitral representa una modalidad para la resolución de los conflictos; sin embargo, consideramos que para adoptar dicha medida es necesario que concurran los presupuestos enunciados en el ordinal 4, del artículo 195 de la Constitución Política; en consecuencia, el Estado no debe encontrarse compelido, inexorablemente, a adoptar dicha medida, máxime cuando existe el incumplimiento del contrato por parte del contratista, y para lo cual se establece las sanciones correspondientes.

2. El artículo 84 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, ¿Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones¿.

¿Artículo 84. Concesión de Prorroga.

Los retrasos que fueren producidos por causas no imputables al contratista, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato, por un período no menor al retraso.

Sin perjuicio de lo establecido, las prórrogas modificarán proporcionalmente, los términos establecidos y se documentarán como adiciones o adendas al contrato originalmente suscrito¿.

El demandante, en cuanto al concepto de la infracción a esta norma legal, afirma lo siguiente:

¿El Ministerio de Obras Públicas violó en forma directa el artículo 84 de la Ley 56 de 1995 al expedir la resolución impugnada imponiendo una multa por atraso de B/. 19.101.90 a la empresa Central de Fianzas, S.A., toda vez que existen en dicho Ministerio suficientes elementos y documentos que permiten establecer sin lugar a dudas que el atraso en la ejecución de la obra consignada en el Contrato No. 28-96, ocurrió por circunstancias no imputables al Contratista por lo que la decisión del Ministerio de Obras Públicas, conforme a derecho era otorgar una prórroga al plazo de ejecución y documento mediante la adenda respectiva...¿ (Ver foja 12).

En cuanto a la supuesta infracción de esta excerta legal, no compartimos los argumentos del representante judicial de la empresa Central de Fianzas, S.A., toda vez que la multa impuesta tiene su fundamento en los siguientes hechos, los cuales se encuentran expuestos en la Nota No. DNI-3753-99 de 9 de diciembre de 1999, que dice:

¿El proyecto de la referencia fue contratado con la empresa Panatractor, S.A., mediante el contrato No. 28-96, por valor de B/. 698.555.00.

La Orden de Proceder fue emitida a partir del 19 de abril de 1996, con un período de ejecución de 210 días, por lo cual la entrega correspondía al 14 de noviembre de 1996.

El 13 de noviembre de 1996, se solicitó la rescisión del contrato No. 28-96, suspendiéndose toda relación con el contratista.

La aseguradora Central de Fianzas, S.A., se subrogó en dicho contrato terminando la ejecución los trabajos que quedaban pendientes por realizar.

El proyecto fue recibido el 10 de marzo de 1999, con un atraso con respecto a la Orden de Proceder de 846 días.

La Comisión de Prórrogas y Multas, mediante Dictamen 034-99 de 11 de mayo de 1999, le impuso a Central de Fianzas, una multa de B/. 97606.05, por lo que la aseguradora ha solicitado que se le reconsidere dicha multa.

Luego de revisar y evaluar esta solicitud, consideramos que se le debe reconocer al contratista, el período transcurrido entre la fecha que se terminó el proyecto y la fecha en que fue recibido, o sean 338 días, en virtud de que sólo quedaba pendiente la nivelación de cámaras de inspección, y la definición, por parte del Ministerio de Obras Públicas, de trabajos a realizar con el remanente del contrato, trabajos que no fueron definidos quedando un remanente de B/. 65,963.48.

La prórroga total recomendada es de 764 días calendarios, estableciendo como nueva fecha de entrega el 18 de diciembre de 1998...¿

Contrario a lo expuesto por el demandante, consideramos que carecen de fundamento jurídico sus argumentos; ya que esta institución ministerial, a través de la Resolución impugnada le ha dado pleno cumplimiento a la cláusula Décimo Séptima del Contrato No. 28-96 de 16 de abril de 1996, toda vez que el contratista había incurrido, en un atraso de 846 días, con respecto a la Orden de Proceder, tiempo que se excede con creces, al estipulado en la cláusula cuarta del Contrato No. 28-96, que establecía el término de 210 días calendario.

A través de la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, únicamente, se le impone a la empresa Central de Fianzas, S.A., una multa de B/. 19.101.90, por 82 días de atraso injustificado, y tal como hemos expuesto en el párrafo anterior, este retraso en días es mayor a esta cifra; por tanto, carece de importancia, lo argumentado por el actor.

En consecuencia, no se produce la alegada infracción al artículo 84 de la Ley No. 56 de 1995.

Por las consideraciones expuestas solicitamos a Vuestra Honorable Sala Tercera que rechace las pretensiones de la empresa Central de Fianzas, S.A., representada judicialmente por el Lcdo. Gabriel Martínez Garcés, y se declare legal, la Resolución No. 70-99 de 30 de diciembre de 1999, emitida por el Ministro de Obras Públicas.

IV. Pruebas: Aceptamos los originales y las copias debidamente autenticadas que se han presentado con el libelo de la demanda.

Aducimos expediente administrativo que acompaña el Informe Explicativo de Conducta, Nota No. DM-968 de 10 de julio de 2000, suscrito por el Ministro de Obras Públicas, de aquella época.

Adjuntamos expediente administrativo del Contrato No. 28-96 de 16 de abril de 1996 ¿Mantenimiento Periódico del Camino Sabanita-Cativa, provincia de Colón¿.

Adjuntamos copia autenticada del punto No. 7.8 ¿Reclamaciones por Ajustes y Disputas¿ de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos y Especificaciones del Contrato No. 28-96.

V. Derecho: Negamos el Invocado por el demandante.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Lcda. Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración

AMdeF/8/bdec.

Lcdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General