

Entrada No.447-02

Magistrado Ponente: VICTOR L. BENAVIDES P.

**Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Jorge Molina en representación de COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, S.A. (CONASE), para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No.1075-2001-D.G. de 19 de diciembre de 2001, dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social, los actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.**

## REPÚBLICA DE PANAMÁ



### ÓRGANO JUDICIAL

### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, seis (6) de julio de dos mil nueve (2009).

V I S T O S:

El Lcdo. Jorge Molina, actuando en representación de la COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS S.A., ha presentado demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción a fin de que la Sala declare que es nula, por ilegal, la Resolución N°1075-2001-D.G. de 19 de diciembre de 2001, dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social, los actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

#### ACTO IMPUGNADO

Mediante la Resolución N°1075-2001-D.G. de 19 de diciembre de 2001, la Caja de Seguro Social resuelve:

**“IMPONER** a la empresa Compañía Nacional de Seguros, S.A., (CONASE), multa por incumplimiento en la ejecución de la obra entiéndase Nuevo Hospital de Aguadulce, Provincia de Coclé, por la suma de UN MILLON SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA BALBOAS CON 07/100 (B/. 1.793,430.07).

Entre las consideraciones que fueron anotadas para su expedición, se anota que la Caja de Seguro Social declaró resuelto administrativamente el Contrato N°05-03-96-A.L. de 7 de junio de 1999, luego de lo cual la Compañía Nacional de Seguros comunica a la

Caja de Seguro Social la decisión de acoger la reclamación impuesta contra la fianza de cumplimiento N°04-02-1333-0, para garantizar la ejecución del Contrato N°05-03-96-A.L., y, también manifiesta que designa a la empresa INGENIERIA, CONSULTORIA PROMOSIONES, S.A., (INCONPROSA), para que se encargue de terminar la obra.

Igualmente se anota que la Caja de Seguro Social comunica a la compañía garante, la decisión de subrogar a su empresa todos los derechos y deberes originados del contrato y da su conformidad a la opción de ejecución de la fianza de propuesta; como resultado de ello, la Compañía Nacional de Seguros, S.A., la Caja de Seguro Social y la Contraloría General de la República, suscribieron el documento denominado Reglas o Pautas para la Ejecución de la Fianza de Garantía del Contrato N°05-03.06-A.L. y sus Adendas y Modificaciones, mediante la cual se pacta el día 17 de noviembre de 2000 como plazo para terminación y entrega de la obra, y se señala que los créditos emanados del contrato principal como resultado de las multas o retenciones deducidas y líquidas prestan mérito ejecutivo, y, finalmente, se acuerda que cualquier diferencia, litigio o controversia que se presentara entre las partes por motivo de la ejecución, interpretación y/o terminación del contrato, se obligan a resolverla por medio de arbitraje. Se indica que el contratista convino en la Cláusula Quinta en pagar a la Caja de Seguro Social en concepto de multa por incumplimiento, el uno por ciento (1%) del monto total del Contrato dividido entre treinta (30) por día de atraso, siempre que el trabajo permanezca incompleto después del tiempo acordado y de todas las extensiones que se hubieren concedido. Finalmente se señala que el monto en concepto de multa por día de atraso a partir del 17 de noviembre de 2000, fecha en que se comprometió a terminar los trabajos hasta el 30 de noviembre de 2001, fecha de vencimiento de la fianza de cumplimiento, ascienda a la suma de un millón setecientos noventa y tres mil cuatrocientos treinta balboas con 07/100 (B/1,793,430.07) en concepto de multa por incumplimiento.

#### FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

Junto a la demanda quien recurre presentó solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Resolución N°1075-2001-D.G. de 19 de diciembre de 2001, solicitud a la que

accedió la Sala en resolución de 28 de febrero de 2003, luego considerar que se configura la apariencia de buen derecho alegado en el sentido que la actuación del Director de la Caja de Seguro Social, al emitir el acto administrativo que se impugna, contrasta con la conclusión a la cual arribó el Tribunal Arbitral mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de octubre de 2001 y confirmado el 22 de abril de 2002 por la Sala Cuarta de Negocios Generales, en el que se dejó sentado que CONASE no era responsable del atraso en la entrega de la estructura hospitalaria ubicada en Aguadulce. La Sala igualmente expuso, que el perjuicio económico o patrimonial notoriamente grave y de difícil reparación, se evidencia **prima facie**, desde el momento en que CONASE tiene la obligación de pagar una cuantiosa suma de dinero cuyo sustento jurídico es debatible (fs.281-286).

La demanda fue admitida en resolución de veintiuno (21) de marzo de 2003, en la que igualmente se ordenó correr traslado de la misma al Director de la Caja de Seguro Social y a la Procuradora de la Administración (f.289).

En la demanda se formula pretensión consistente en una petición dirigida a la Sala Tercera, para que declare que es nula, por ilegal, la Resolución N°1075-2001-D.G. de 19 de diciembre de 2001, proferida por el Director General de la Caja de Seguro Social, así como los actos confirmatorios contenidos en la Resolución N°038-2002-D.G. de 25 de enero de 2002 expedida por el Director General de la Caja de Seguro Social y la Resolución N°31,712-2002-J.D. de 16 de mayo de 2002, proferida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se pide a la Sala que declare que la obra contratada mediante el Contrato N°05-03-96-AL destinado a la “ELABORACIÓN DE PLANOS, ESPECIFICACIONES Y CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO HOSPITAL DE AGUADULCE, PROVINCIA DE COCLE”, se encuentra terminada y dado el uso efectivo que de ella ha realizado la demandada, se tenga por aceptada por la Caja de Seguro Social.

Entre los hechos u omisiones fundamentales de la demanda, la parte actora señala:

Que CONASE fue garante ante la Caja de Seguro Social del cumplimiento del Contrato N°05-03-96-AL de 7 de junio de 1996, para la “ELABORACIÓN DE PLANOS, ESPECIFICACIONES Y CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO HOSPITAL DE

AGUADULCE, PROVINCIA DE COCLE”, por parte de la contratista INCONPROSA, mediante la fianza de cumplimiento N°04-02-1333-00;

Que la Caja de Seguro Social, al resolver administrativamente el contrato, presentó reclamo a CONASE con base en la Fianza, reclamo que aceptó CONASE y ejerció su opción de subrogarse en el CONTRATO en lugar de INCONPROSA para la terminación de la obra contratada;

Que la Caja de Seguro Social y CONASE celebraron el 23 de agosto de 2000 un acuerdo para la terminación del CONTRATO al cual denominaron “REGLAS O PAUTAS A SEGUIR PARA LA EJECUCIÓN DE LA FIANZA DE GARANTIA DEL CONTRATO N°05-03-96 A.L. Y SUS ADDENDA Y MODIFICACIONES”, donde se estipuló un convenio o pacto arbitral para someter a un proceso arbitral cualquier diferencia, litigio o controversia que surgiera entre la CAJA DE SEGURO SOCIAL y CONASE generados para la ejecución, interpretación y/o terminación del Contrato, y que de llevarse a cabo se desarrollaría en el Centro de Conciliación y Arbitraje que funciona en la Cámara de Comercio, Industria y Agricultura de Panamá, conforme a su reglamento de arbitraje. El acuerdo fue refrendado por la Contraloría General de la República;

Que de acuerdo a lo estipulado en el acuerdo, la fecha para la terminación y entrega de la obra contratada se fijó para el 17 de noviembre de 2000 y antes de esa fecha, CONASE le solicitó a la Caja de Seguro Social que aceptara como sustancialmente terminada la obra contratada pese a estar pendiente de trabajos, pues, el atraso se debió a que la terminación de los sistemas pluviales y sanitarios de la obra contratada estaban pendientes de aprobación por parte de la Caja. Acepta que en el acuerdo se estipuló la fijación de multas por atraso en la entrega de la obra contratada en atención a la Cláusula Quinta del Contrato, pero ello se sujetó al incumplimiento culpable de CONASE en el acuerdo.

Que la Caja de Seguro Social no aceptó la petición de dar por terminada la obra con base a lo dispuesto en la Cláusula Quinta del Contrato, por lo que le impuso la multa a CONASE, multa que a consideración de CONASE no es conforme al Contrato ni a las reglas, al no ser culpable del retraso en la entrega de la obra contratada;

Que CONASE ejerció su derecho a un proceso arbitral y formuló una demanda arbitral contra la Caja de Seguro Social ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Agricultura de Panamá, y afirma que entre las pretensiones que fueron sometidas, figura la revocatoria de la multa impuesta a CONASE por la Caja de Seguro Social, y que declarara imputable a la CAJA por el atraso en la entrega de la obra. Asimismo afirma que la Caja solicitó al momento de la fijación de causa en el proceso arbitral, que el Tribunal Arbitral condenara a CONASE a pagar intereses a la Caja de Seguro Social por el retraso en la entrega de la obra;

Que el 9 de octubre de 2001, el Tribunal Arbitral profirió el Laudo Arbitral correspondiente, donde fue dispuesto que “CONASE no le debe intereses a la Caja de Seguro Social por el retraso en la obra”, y condenó a la Caja a pagar a CONASE la suma de NOVECIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON 28/100 balboas (B/.941,345.28).

Que contra el Laudo Arbitral la Caja de Seguro Social presentó recurso de anulación ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia de 22 de abril de 2002, niega la nulidad solicitada;

Que el 19 de diciembre de 2001, mediante Resolución N°1075-2001-D.G., proferida por el Director de la Caja de Seguro Social, se impuso a CONASE multa por el incumplimiento de la ejecución de la obra contratada por un MILLON SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA BALBOAS CON 07/100 (B/1,793,430.07), que tiene fundamento en la Cláusula Quinta del Contrato por razón de atraso en la entrega de la obra, y el período de atraso se cuenta a partir del 18 de noviembre de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2001, cuando el 25 de enero de 2001 la Caja aceptó la obra en calidad de “sustancialmente terminada”, inició atención de pacientes en el mes de julio de 2001 y procedió a su formal inauguración en octubre de 2001.

Como disposiciones legales infringidas, la parte actora aduce el artículo 33 del Decreto Ley N°5 de 1999; el artículo 1040 del Código Civil; el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social; se alega desviación de poder del Director de la Caja de Seguro Social; y el artículo 86 de la Ley 56 de 1995, que dicen:

## DECRETO LEY N°5 DE 1999

“ARTICULO 33: Con la notificación del laudo a las partes y su aclaración o corrección posterior, cesa la jurisdicción arbitral. El laudo produce efecto de cosa juzgada y no cabrá contra él recurso alguno, salvo el de anulación de conformidad con el artículo siguiente.”

## CODIGO CIVIL

ARTICULO 1040: No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”

## LEY ORGANICA DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL

“ARTICULO 22: Son atribuciones y deberes del Director General:

- a) Asistir a las sesiones de la Junta Directiva;
- b) Ejecutar y hacer ejecutar las resoluciones y acuerdos de la Junta Directiva. Deberá, sin embargo, objetar por escrito y dentro de los quince (15) días siguientes a su aprobación, las resoluciones y acuerdos que considere contrarios a la Constitución, las leyes o los reglamentos de la Caja de Seguro Social o los intereses de la misma, Si la Junta Directiva insistiere su decisión, el Director General le dará cumplimiento, pero exento de toda responsabilidad;
- c) Ordenar gastos hasta por veinte mil balboas (B/20,000.00) en cada caso dentro de los límites del respectivo presupuesto. Si tuviese que hacer gastos adicionales deberán ser aprobados por la Junta Directiva, a la cual deberá presentar un informe mensual de gastos;
- d) Vigilar el buen funcionamiento de las dependencias de la Caja, expedir las resoluciones pertinentes y dictar las normas e instrucciones que considere conveniente en ejercicio de sus facultades;
- e) Nombrar, trasladar y remover a los empleados, determinar sus deberes e imponerles sanciones;
- f) Conceder vacaciones y licencias a los empleados de la Caja;
- g) Celebrar sujeto a la aprobación de la Junta Directiva, acuerdos y arreglos tendientes a la eficiencia y economía de los beneficios por riesgos de Enfermedad y Maternidad;
- h) Resolver en primera instancia, reclamos y consultas e imponer sanciones;
- i) Velar por la correcta administración de las inversiones;
- j) Presentar un informe a la Asamblea Nacional cada año, en el mes de Octubre, de las actividades de la Caja de Seguro Social. Asimismo deberá presentar a la Junta Directiva el 31 de enero de cada año un informe sobre las actividades del año anterior, acompañado del respectivo balance;
- k) Presentar a la Junta Directiva a más tardar el primero (1º) de agosto, el presupuesto de ingresos de la Institución y el plan de inversiones para el año siguiente;
- l) Las demás atribuciones y deberes que le señale la Ley y los Reglamentos de la Caja.”

## LEY 56 DE 1995

“ARTICULO 86: La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acta de aceptación final, después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato. La fianza de cumplimiento continuará en vigor

por el término de un (1) año, si se tratare de bienes muebles, para responder por vicios redhibitorios, en la cosa objeto del contrato, salvo "bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis meses, y por el término de tres (3) años. Para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de obra o de bien inmueble.

Parágrafo: Por decisión unilateral del ente público contratante y con fundamento en las condiciones establecidas en el pliego de cargos, puede recibirse, para su uso u ocupación, una obra sustancialmente ejecutada, aunque queden pendientes etapas o trabajos por realizar.

En estos casos, la fianza de cumplimiento para responder por vicios redhibitorios y defectos de reconstrucción o de construcción, empezará a regir a partir del recibo de la parte sustancial de la obra usada

La violación que alega el Lcdo. Molina al artículo 33 de la Ley del Decreto Ley N°5 de 1999, es de manera directa por comisión y la sustenta sobre la base de que desde el momento en que el tribunal arbitral no le reconoció el derecho a la Caja de Seguro Social a cobrar intereses a cargo de CONASE por el retraso en la entrega de la obra contratada, se pronunció definitivamente acerca de la imputación y responsabilidad por el retraso de la obra, exonerando en todo caso a CONASE por dicha demora. Aclara que el retraso en la terminación de la obra contratada así como la imputabilidad del mencionado retraso, en virtud de que fueron aspectos sometidos a la decisión del tribunal arbitral y que fueron efectivamente resueltos, constituyen cosa juzgada e imposibilita el ejercicio posterior de la Cláusula Quinta del Contrato a tenor de la mencionada disposición. En adición a ello manifiesta que la Caja de Seguro Social presentó recurso de anulación contra el laudo en cuestión ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, negado la solicitud impetrada en sentencia de 22 de abril de 2002, con lo cual se perfeccionó la autoridad de cosa juzgada que por mandato del artículo 33 del Decreto Ley 5 de 1999, ostentan los laudos arbitrales como fue el proferido dentro del proceso arbitral que en equidad sostuvieron CONASE y la Caja de Seguro Social.

El artículo 1040 del Código Civil para el Lcdo. Molina resulta infringido de manera directa por comisión. Afirma que de conformidad a su texto, el contratante que goce de la titularidad de una cláusula penal, no le está permitido pedir o ejercer el pago de la suma prevista dentro de la cláusula penal y a la vez pretender la indemnización por los perjuicios padecidos, de modo que deberá escoger entre exigir la pena o la indemnización. Alega que

la Caja ha ejercido ambas opciones, primero la pretensión de indemnización en concepto de intereses por el retraso en la entrega de la obra a través del proceso arbitral donde igualmente se desdijo de la imposición y existencia de la multa notificada mediante Nota DINISA-CG-145-00 de 24 de noviembre de 2000, y luego, al no tener éxito, decidió ejercer la cláusula penal contenida en la cláusula quinta del Contrato.

En cuanto al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, el Lcdo. Molina afirma que resulta violado en el concepto de violación directa por comisión, pues, entre el total de las competencias y atribuciones que allí se listan para el Director de la Caja de Seguro Social, no se encuentra la de imponer multas a empresas privadas contratantes de la Caja por el retraso en la entrega y/o terminación de la obra, máxime que el sustento de la multa que se impone a su representada, tiene asidero en la Cláusula Quinta del Contrato y no en la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social. Sobre este punto explica que la posibilidad de imponer multas por el atraso en la entrega de la obra contratada tiene naturaleza de derecho subjetivo de tipo contractual en virtud de la estipulación que al respecto convienen las partes. A su juicio, gracias a la cláusula o pacto arbitral estipulado por las partes, la Caja debió intentar su aplicación y reconocimiento dentro del proceso arbitral surtido por las partes, en virtud del carácter de conflicto que tiene aparejada dicha acción.

En cuanto a la desviación de poder que alega, el Lcdo. Jorge Molina sostiene que el artículo 26 de la Ley 135 de 1943 lo contempla entre los motivos de ilegalidad previstos para demandar la anulación de un acto administrativo, y que el artículo 162 de la Ley 38 de 2000, define su concepto, no obstante aclara que cuando se trata de la causal de ilegalidad por desviación de poder, el desvío de poder atiende a la finalidad del acto administrativo. En virtud de ello, y a la luz de las actuaciones realizadas por la autoridad emisora del acto administrativo, es que afirma que la finalidad que busca el Director de la Caja de Seguro Social no es aplicar la Cláusula Penal estipulada en el Contrato, sino por el contrario, es no pagar la sumas adeudadas a CONASE entre las que se encuentran en las condenas que en su contra profirió el Laudo Arbitral.

Finalmente, la violación que se alega al artículo 86 de la Ley 56 de 1995 también es de manera directa por comisión, por cuanto a que es obligación de la entidad contratante, al estar la obra completamente terminada, la elaboración del acta de aceptación final. Ello es así, pues, la Caja de Seguro Social, luego de recibir el 23 de enero de 2001 la obra contratada en calidad de “sustancialmente terminada”, como ella exigió en la Nota DINISA-CG-145-00 de 24 de noviembre de 2000, ocupó la misma y luego de la finalización efectiva y material de todos los trabajos pendientes por parte de CONASE, procedió a su inauguración y a su pleno uso. A ello añade que la falta del acta de aceptación final, ha generado perjuicios a su representada, toda vez que al no contar con dicho documento se ve impedida de acceder al cobro de los dineros que legítimamente le corresponden, como lo es el dinero correspondiente al 10% de cada pago hecho por parte de la caja durante el contrato que a la fecha alcanza la suma de B/1,345,593.08, más el dinero correspondiente a las cuentas N°59, que representa unos B/496,505.38 aproximadamente.

#### INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA

Luego de que se le corriera traslado, el Director de la Caja de Seguro Social presenta el informe explicativo de conducta, en escrito que reposa de fojas 291 a 303 del expediente.

El Director de la Caja de Seguro Social plantea que las sanciones que fueron impuestas a CONASE tienen fundamento en lo dispuesto en los literales d), h) y l) del artículo 22 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, que hacen referencia a las atribuciones y deberes del Director de la Caja de Seguro Social, unido a que la Cláusula Quinta del Contrato N° N°05-03-96 de 7 de junio de 1996 señala que ante el incumplimiento en la ejecución de la obra se podrá imponer la cláusula penal o la resolución del contrato, habida cuenta que CONASE en calidad de fiadora al subrogarse al Contrato de marras, quedó en lugar del fiado desde el inicio de la obligación.

Aclara que por razones de interés público la Caja de Seguro Social hizo uso de las instalaciones que se encontraban medianamente concluidas, pero ello no era indicativo que CONASE haya cumplido con la terminación de la misma, y esa es la razón por la que no se

ha refrendado el Acta de entrega final del Hospital, tal como lo preceptúa el artículo 86 de la Ley de Contratación Pública de obligatorio acatamiento para las entidades contratantes. Es más, afirma que, por el contrario, se expidió el Acta de Incumplimiento de Entrega Sustancial confeccionada por la Caja de Seguro Social y refrendada por la Contraloría General de la República en uso de sus facultades constitucionales y legales.

No acepta que la Caja de Seguro Social haya hecho uso tanto de la Cláusula Penal como de la petición de una indemnización en el Proceso Arbitral, pues, según el Laudo Arbitral, la Caja de Seguro Social no interpuso ninguna pretensión indemnizatoria, que si bien es cierto fue incluida en la demanda de reconvención que presentara, fue rechazada por extemporánea. Afirma entonces que la multa es producto de la Cláusula Penal y no de la indemnización de intereses por mora, impuesta por la Caja de Seguro Social en ejercicio de las potestades sancionadoras que son inherentes al poder de dirección y control que tiene el Estado sobre el Contrato Administrativo de Obra Pública, las cuales son ejercibles aún cuando no fueran pactadas. A su juicio, lo anteriormente indicado revela que mal puede alegarse cosa juzgada respecto a este tema.

### TERCERO INTERESADO

A fojas 339 del expediente, figura la resolución de 15 de julio de 2003, mediante la cual se tiene a la Caja de Seguro Social como parte interesada para actuar en la demanda contencioso administrativa de marras, teniendo como apoderado legal al Lcdo. Alex Iván Ayala Araúz. El Lcdo. Jorge Molina apoderado de CONASE, presenta incidente de oposición a esta solicitud y de esta oposición se le corrió traslado a la Caja y al Procurador de la Administración, mediante resolución de 22 de septiembre de 2003 (f.344).

Vista la postura de quienes intervienen, la Sala dispuso en resolución de 21 de abril de 2004 que reposa de fojas 354 a 359, declarar probado el incidente de oposición, medularmente sobre la base que la defensa que asumirá el Lcdo. Alex Iván Ayala, está sujeta a la fiscalización y directrices de la Procuraduría de la Administración. Es así que la Caja de Seguro Social, a través de su apoderado legal, posteriormente presenta escrito donde contesta la demanda, y, la Procuraduría de la Administración igualmente presenta

escrito contenido en la Vista Fiscal N° 317 de 24 de junio de 2004, mediante el cual deja constancia que la gestión del Lcdo. Ayala ha sido debidamente asesorada y aprobada por ese despacho (fs. 354 a 359 y fs. 378 a 381).

Importante resulta anotar, previo a las anotaciones referentes a la contestación de la demanda, que el apoderado de la Caja de Seguro Social presentó en ejercicio de la acción pública contenida en el numeral 1 del artículo 203 de la Constitución Nacional, advertencia de inconstitucionalidad en contra de la Cláusula de Arbitraje Octava del Contrato N°05-03-96-A.L., y sobre la cual la Sala decide no remitirla al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la medida que la Cláusula impugnada ya había sido aplicada en el procedimiento arbitral que concluyó con el Laudo Arbitral proferido dentro del proceso interpuesto por CONASE vs la Caja de Seguro Social (fs. 382 a 390 y fs. 392 a 395).-

La Sala observa que en el escrito contentivo de la contestación de la demanda que reposa de fojas 363 a 377 del expediente, el Lcdo. Ayala, luego de exponer los fundamentos de hecho de la pretensión, plantea objeción a las pretensiones, así como a las normas infringidas y el concepto que a juicio de la parte actora lo han sido.

Objeta las pretensiones que se formulan en la demanda sobre la base que la multa impuesta en el acto impugnado obedece al poder sancionatorio que posee el Estado frente a sus administrados, y que se da cuando el Estado o algunos de los entes estatales contratan con un particular; sobre este punto aclara que las multas no pueden ser objeto de convenios o transacciones entre las partes. A lo anterior añade que la Cláusula Quinta del Contrato N° 05-03-96, en concordancia con el artículo 85 de la Ley 56 de 1995, establece una cláusula penal por incumplimiento del contrato. También hace indicación que no debe confundirse intereses, que fue el punto sobre el cual en efecto se pronunció el Laudo Arbitral, con el derecho de imponer multas por parte del Estado, pues, sería contrario a las normas que rigen el derecho administrativo, ya que las primeras se pactan y tienen origen legal, y las segundas, tienen origen en el poder público estatal.

En cuanto a las normas que se señalan infringidas, el apoderado de la Caja de Seguro Social afirma que el artículo 33 del Decreto Ley N° 5 de 1999 no resulta infringido al no existir cosa juzgada, en la medida que el Laudo Arbitral no resolvió la materia objeto

de la multa, es decir, el incumplimiento de CONASE en la entrega de la obra, sino que se limitó a lo referente al pago de intereses a la Caja de Seguro Social por retraso de la obra.

La violación al artículo 1040 del Código Civil tampoco la observa dado que la prohibición allí descrita, significa que no se puede pedir simultáneamente una indemnización por daños y perjuicios y el pago de una multa, simultaneidad que no se aprecia en este caso, habida cuenta que el pago de intereses no se asimila a la indemnización de daños y perjuicios de que trata la norma.

Tampoco estima violado el artículo 22 del Decreto Ley N°14 de 1954, que señala y enumera las funciones del Director de la Caja de Seguro Social, ya que esta disposición concede lugar para ejercer cualquier otra función o poder que conlleve a velar por los intereses y el buen funcionamiento de la institución, y en este caso, lo actuado se ampara en lo previsto en el artículo 85 de la Ley 56 de 1995, sobre Contratación Pública.

El artículo 86 de la Ley 56 de 1995, de igual manera no se violenta, a su juicio, porque la institución nunca aceptó la obra a título de Sustancialmente Ejecutada, sino que aceptó la obra condicionalmente, para luego perfeccionar la entrega a través de un acta de entrega final, tal como lo prescribe la norma. Todo lo antes indicado, le sirve de sustento para descartar la desviación de poder en los términos que se alegan en la demanda.

#### DECISION DE LA SALA

Luego del recuento de las principales constancias procesales, la Sala se aboca a resolver la presente controversia, con las siguientes consideraciones.

Se ha visto que en el presente caso, la Caja de Seguro Social, a través de la Resolución N° 1075-2001-D.G de 19 de diciembre de 2001, resuelve imponer a la empresa COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, S.A., (CONASE), multa por incumplimiento en la ejecución de la obra Nuevo Hospital de Aguadulce, Provincia de Coclé, por la suma de UN MILLON SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA BALBOAS CON 07/100 (B/1,793,430.07), que se cuenta a partir del 17 de noviembre de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2001.

También se ha visto que la Caja de Seguro Social resolvió administrativamente el Contrato N° 05-03-96-A.L. de 7 de junio de 1996, mediante el cual la empresa INGENIERIA, CONSULTORIA Y PROMOCIONES, S.A., (INCONPROSA) se obligó con la Caja de Seguro Social a los trabajos de ELABORACIÓN DE PLANOS, ESPECIFICACIONES Y CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO HOPITAL DE AGUADULCE, PROVINCIA DE COCLE, luego de lo cual, la Caja, presentó reclamo a CONASE garante del cumplimiento del contrato. CONASE aceptó el reclamo y ejerció opción de subrogarse en el contrato, y como resultado de ello celebra con la Caja de Seguro Social, con fecha 23 de agosto de 2000, acuerdo para la terminación del mismo que se denominó “REGLAS O PAUTAS A SEGUIR PARA LA EJECUCIÓN DE LA FIANZA DE GARANTIA DEL CONTRATO N°05-03-96 A.L. Y SUS ADDENDAS Y MODIFICACIONES”, que fue refrendado por la Contraloría General de la República” (fs. 44-46). Vale indicar que en las mencionadas Reglas o Pautas se acordó que la fecha para la terminación y entrega de la obra sería para el 17 de noviembre de 2000, y que las multas por atraso en la entrega de la obra, sólo podrán referirse al incumplimiento culpable de la fiadora del plazo indicado; además se acordó someter cualquier diferencia, litigio o controversia generados por la ejecución, interpretación y/o terminación del contrato a un proceso arbitral.

La parte actora cuestiona la legalidad del acto en referencia, medularmente sobre la base de que existe cosa juzgada sobre el pronunciamiento que se somete a la consideración de la Sala, en la medida que en el Laudo Arbitral de 9 de octubre de 2001, el Tribunal Arbitral constituido para resolver el proceso propuesto por CONASE contra la Caja de Seguro Social, dispuso que CONASE no le debe intereses a la Caja de Seguro Social por el retraso en la obra. Afirma que dicho pronunciamiento se dio en razón de que la Caja de Seguro Social introdujo como parte de la controversia arbitral su pretensión de que CONASE le pagara intereses por el retraso en la entrega de la obra, lo que evidencia que optó por la indemnización en lugar de la cláusula penal, en clara contravención de lo dispuesto en el artículo 1040 del Código Civil. A lo anterior añade que la medida de la multa impuesta por el incumplimiento en la ejecución de la obra, pasa por alto que antes del

17 de noviembre de 2000, fecha estipulada para la terminación y entrega de la obra contratada, CONASE le había solicitado que aceptara sustancialmente terminada dicha obra, a pesar de estar pendientes de trabajo, dado que los sistemas pluviales sanitarios de ésta estaban pendientes de terminación pues la Caja no había dado su aprobación para la terminación de esos sistemas.

La Sala observa que de fojas 205 a 217 del expediente administrativo reposa la Sentencia de 22 de abril de 2002, expedida por la Sala Cuarta de Negocios Generales, mediante la cual niega el recurso de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral en Equidad proferido el nueve (9) de octubre de 2001, dentro del proceso arbitral propuesto por CONASE contra la Caja de Seguro Social. En el referido Laudo Arbitral, que reposa de fojas 145 a 194 del expediente, la Sala observa que se efectúan declaraciones dentro de las que, en efecto, figura que CONASE no le debe intereses a la Caja de Seguro Social por retraso en la obra, y que no hay justificación para culpar, por la demora en la autorización de la construcción de las tuberías de los sistemas pluviales y sanitario posterior a la planta de tratamiento. Vale destacar que dentro de las motivaciones señaladas para la expedición del Laudo, ciertamente se hace indicación que no se discute la facultad del Estado de imponer multas a los “contratistas que incumplan sus obligaciones”, mas sí el cumplimiento o no de las obligaciones que autorizan esa facultad (fs. 149 y 150).

Luego de analizadas las piezas procesales contentivas del proceso de marras y ante los expresos pronunciamientos del Tribunal Arbitral, no cabe duda que, contrario a lo esbozado en la demanda, no existe cosa juzgada en los términos indicados. Lo anterior así resulta, pues, el referido Laudo Arbitral no puede ser más explícito cuando entre sus motivaciones claramente plantea que no se discute la facultad del Estado de imponer multas a los contratistas que incumplan sus obligaciones, y es que claro está, ello obedece, en principio, a la facultad sancionatoria que le asiste que no es más que una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado; así lo planteo la Sala en Sentencia de 25 de agosto de 2005.

En materia contractual administrativa, está prevista la sanción como una de las prerrogativas y derechos de la Administración. Cuenta pues, la Administración Pública con

competencia para sancionar las faltas contractuales que cometa el contratista, lo que encuentra justificación, según Roberto Dromi, “en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato...es una facultad exorbitante del derecho privado y propia de la ejecución de los contratos administrativos. Se funda, como las anteriores, en la necesidad de asegurar el logro del interés público.” El mismo autor destaca que las sanciones previstas en el contrato “no son excluyentes ni limitativas, porque la Administración puede imponer razonablemente otras no previstas o sustituir las señaladas en el contrato por otras que se adapten mejor al contenido de la falta”. Asimismo clasifica las sanciones que puede imponer el Estado en pecuniarias que a su vez pueden ser fijas y predeterminadas; en coercitivas; y rescisorias. Sobre la sanción pecuniaria este destacado jurista detalla lo siguiente:

“Estas pueden aparecer en forma de “cláusula penal” o de “multas”. Son las establecidas por las partes en el contrato o en los documentos que lo complementan o por normas generales que son aplicables a la contratación administrativa. En ellas se dispone el pago de una suma determinada para el caso de que el contratista incurra en faltas en la ejecución contractual. Estas sanciones no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo sino una conducta que transgrede lo estipulado contractualmente, y proceden aunque la transgresión contractual no signifique ningún perjuicio para la Administración. (Derecho Administrativo, 7ª edición actualizada, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 394).

Ante el escenario expuesto, la Sala estima que nada le imposibilita entonces a la Caja de Seguro Social el ejercicio posterior al Laudo Arbitral de la Cláusula Quinta del Contrato, contentiva de la Cláusula Penal, en la que se preceptúa su aplicación en caso que el contratista incurra en atraso culpable en la entrega de la obra contratada, habida cuenta dos importantes hechos que merecen ser mencionados. El primero de ellos es que el Tribunal Arbitral previo a la Audiencia de la Fijación de la Causa, se inhibió de conocer, por extemporánea, la pretensión de la Caja de Seguro Social contra la Compañía Nacional de Seguros S.A., consistente en el pago de daños y perjuicios que formulara a través de una demanda de reconvención (f.152), y el segundo hecho a destacar es que a foja 84 del expediente puede verse que la Caja de Seguro Social al exponer sus pretensiones, niega la imposición de alguna multa previa y alega que es “un tema inarbitrable”.

Lo anterior se trae a colación en razón de la violación que la parte actora alega al artículo 1040 del Código Civil, que la sustenta sobre la base que la Caja de Seguro Social pretendió una indemnización que al no resultar procedente, pretendió entonces la aplicación de la Cláusula Penal, en clara contravención de la disposición en referencia. La Sala disiente de esta postura, pues, la norma lo que procura es evitar el doble pago, ante la opción de ejercitar el cumplimiento de la pena o la petición de indemnización, que en este caso no figura entre los puntos de controversia a resolver dentro del proceso arbitral al ser rechazada por extemporánea. En adición a lo indicado, el demandante no puede perder de vista que el acreedor en este caso es la Administración, que como ya fue expuesto, le asiste la facultad exorbitante propia de la ejecución de los contratos administrativos, como es la imposición de una multa como sanción, y que en efecto, resulta un tema inarbitrable. En este punto resulta oportuno señalar que sobre el sentido y alcance del artículo 1040 del Código Civil, la Sala de lo Civil de esta alta Corporación de Justicia, manifestó en sentencia de 13 de junio de 2007, lo siguiente:

Confrontada la resolución dictada por el Tribunal Superior con el artículo 1040 del Código Civil, arriba transcrito, encuentra la Sala justificada la impugnación que por el casacionista ha sido formulada. Pues, que el acreedor no pueda cobrar al mismo tiempo, salvo pacto en contrario, la pena y la indemnización de perjuicios, o la obligación principal y la pena cuando la cláusula penal haya sido pactada con carácter compensatorio, no pareciera admitir ningún tipo de discusión, puesto que lo contrario significaría permitir un doble pago. Pero nada le impide al acreedor, que no ha solicitado el cumplimiento de la pena, pedir la indemnización de los perjuicios de conformidad con las reglas generales, en tanto que tal solicitud la respalda lo dispuesto por el artículo 1040 del Código Civil. Tanto en Chile como en Colombia el Código Civil de esos países contiene una disposición que es textualmente equivalente al artículo 1040 de nuestro Código Civil. En ambos países la corriente predominante en la doctrina entiende que ese derecho del acreedor deriva claramente de aquella parte de la disposición en donde se sanciona: "pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". En Colombia, donde el artículo 1600 del Código Civil es el equivalente exacto de nuestro artículo 1040, el tema ha sido tratado en los siguientes términos:

"En fin, a este respecto importa fijar la atención en el segundo colon del dicho art. 1600, que le otorga al acreedor, pese a la estipulación penal, opción para acogerse a esta o para prescindir de ella y exigir la indemnización de los perjuicios, lo que sucedería cuando estos fueran mayores que el monto de la pena pactada. Esta regla, que data del derecho romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por l". (Guillermo Ospina F.,

RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Quinta Ed., dirigida y actualizada por Eduardo Ospina A., pág. 153.)

El autor chileno RENÉ ABELIUK MANASEVICH, al analizar la norma, deja señalado:

"Bien puede el acreedor no pedir ni el cumplimiento ni la pena, sino la indemnización de perjuicios de conformidad a las reglas generales. Así lo establece la parte final del Art. 1.543; "pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Naturalmente que en tal caso la indemnización se somete en todo y por todo a las normas generales, y en consecuencia deberá probar los perjuicios que cobra el acreedor.

La explicación de esta solución es muy sencilla; la cláusula penal favorece al acreedor y de ahí que éste puede renunciarla. El elegirá entre las ventajas de la cláusula penal, que lo exime de probar perjuicios, y las de indemnización ordinaria, que le permitirá percibir los que efectivamente ha sufrido y que pueden ser superiores a la cláusula penal. Es precisamente una de las diferencias que señalábamos entre ésta y las cláusulas limitativas de responsabilidad (Nº 864)." (Ren Abeliuk Manasevich, LAS OBLIGACIONES, Tomo II, Ed. Temis, S. A. Editorial Jurídica de Chile, pág. 752).

No caben dudas de que la disposición legal le ofrece al acreedor la plena libertad de elegir lo que más le convenga, según su arbitrio; en otras palabras, según su leal saber y entender. De allí que, por tratarse de una garantía que legalmente se encuentra otorgada en favor del acreedor, el tribunal debió sujetar y acomodar su sentencia a lo que viene estipulado en la norma reconociendo que, dado a que así lo eligió el demandante en reconvención, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato débense resarcir en la forma genérica y ordinaria con que esos daños son reconocidos, como bien lo declaró el Juez Segundo del Circuito de lo Civil al dictar la sentencia de primera instancia..." (RAGINA BAJWA GILL Y LUIS A. HINCAPIÉ recurren en casación en el proceso ordinario que RAGINA BAJWA GILL le sigue a LUIS A. HINCAPIÉ).

El Laudo Arbitral en comento al entrar a pronunciarse con respecto al pago de intereses que le debe CONASE a la Caja de Seguro Social por el retraso de la obra, en definitiva entra a resolver una controversia contractual de contenido económico, y, de modo alguno entra a considerar potestades públicas, como la potestad sancionadora de la Administración Pública, que en este caso se manifiesta con la multa impuesta a CONASE en el acto demandado. No le es dable entonces a la parte actora alegar que en este caso existe cosa juzgada.

En consideración a las anotaciones expuestas, la Sala estima que no se configuran las violaciones en los términos alegados a los artículos 33 del Decreto Ley Nº5 de 1999; el artículo 1040 del Código Civil; el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro

Social; el artículo 86 de la Ley 56 de 1995; ni se configura la desviación de poder, razón por la que lo procedente es no acceder a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución N° 1075-2001-D.G. de 19 de diciembre de 2001, dictada por el Director de la Caja de Seguro Social, ni los actos confirmatorios contenidos en la Resolución N°038-2002-D.G. de 25 de enero de 2002 expedida por el Director General de la Caja de Seguro Social y la Resolución N°31,712-2002-J.D. de 16 de mayo de 2002, proferida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

**VICTOR L. BENAVIDES P.**

**ALBERTO CIGARRUISTA C.**

**HARLEY J. MITCHELL D.**

**HAZEL RAMIREZ  
SECRETARIA ENCARGADA**