

uda No.39-07

Mgdo. Ponente: Winston Spadafora F.

Acción de inconstitucionalidad promovida por la firma de abogados Arias, Fábrega & Fábrega, para que se declare inconstitucional el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006.



**REPÚBLICA DE PANAMÁ  
ORGANO JUDICIAL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PLENO**

Panamá, martes 23 de diciembre de dos mil ocho (2008)

VISTOS:

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la acción de inconstitucionalidad promovida por la firma forense Arias, Fábrega & Fábrega, contra el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006.

Procede de inmediato esta Corporación de Justicia a conocer el fondo de la pretensión constitucional formulada mediante esta demanda.

**HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA**

La activadora constitucional manifiesta que la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, "Regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones", pero sostiene que su artículo 129 vulnera los artículos 17, 206 numeral 2 y el 266 de la Constitución Política.

**DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN.**

La demandante considera que el acto censurado vulnera el artículo 17 de la Constitución Política, en concepto de violación directa por omisión, toda vez que la norma cuestionada suprime el "derecho de los particulares contratantes con el Estado de solicitar una reparación de daños sufridos como consecuencia de un incumplimiento contractual por parte de la Administración".

Sostiene la actora que la indemnización, de acuerdo al artículo 991 del Código Civil, comprende no solamente el valor de la pérdida sufrida (daño emergente), sino también el de la ganancia dejada de percibir (lucro cesante). Por ello, agrega, "el daño emergente y el lucro cesante son los dos componentes básicos de una indemnización justa. No reconocer dichos elementos al momento de determinar una indemnización resultante de un incumplimiento contractual del Estado, crea las condiciones para producir un detrimento injusto en el patrimonio del particular afectado".

Igualmente considera la activadora constitucional que la responsabilidad es la causa que produce la indemnización y, el artículo 129, desconoce esa situación liberando al Estado por los incumplimientos contractuales, "cuando producen efectos que pueden menoscabar el patrimonio de los particulares con quienes contrata, proveyéndole de una injusta inmunidad no contemplada para los propios particulares que sí responderán por sus actos".

El propio artículo 21 de la Ley No.22 de 2006, continúa indicando la actora, sostiene que la contratación pública debe llevarse sobre principios de buena fe, igualdad y equilibrio entre las prestaciones. Además, el numeral 3 del artículo 63

de la misma Ley, "contempla el reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de las resoluciones administrativas de los contratos, así como el artículo 64 contempla la indemnización para el contratista por la resolución unilateral del contrato". No obstante lo anterior, la accionante estima que el acto atacado desconoce los elementos de la indemnización, como lo son el daño emergente y el lucro cesante, impidiendo un resarcimiento justo para aquellos contratistas afectados por el incumplimiento del Estado, lo cual produciría decisiones arbitrarias por parte de la Administración.

Otra disposición que se considera infringida es el numeral 2 del artículo 206 del Estatuto Fundamental, también en concepto de violación directa por omisión, pues se desconoce la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que la Sala Tercera de la Corte tiene que conocer todas las reclamaciones con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de contratos administrativos, "así como de las indemnizaciones por razón de responsabilidad del Estado, y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado".

La norma infringida somete al control jurisdiccional todas las actuaciones del Estado. Es por ello, sostiene, que ante los casos de incumplimiento por parte del Estado, la pretensión que el particular reclamará "será la del restablecimiento del derecho particular violado, que se manifestará en el reconocimiento de una indemnización de los

daños sufridos por el particular. La norma impugnada, al disponer que el Estado en ningún caso responderá del daño emergente y del lucro cesante, está claramente desconociendo la facultad que la Constitución le confiere a la jurisdicción contenciosa-administrativa para restablecer el derecho particular violado, mediante el reconocimiento de una indemnización justa, que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante".

Culmina la demandante señalando la infracción del artículo 266 de la Constitución Política de manera directa por omisión, en vista que todo el procedimiento de contratación pública con el Estado, además de la adjudicación, debe darse de manera justa, en tanto que la norma demandada de inconstitucional desconoce dicho principio, pues crea condiciones en las que el particular contratante con el Estado, puede verse afectado por incumplimiento del Estado, ya que jamás podría obtener una indemnización, ni reclamar el daño emergente y el lucro cesante (fs.2-6).

#### **OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

Mediante Vista No.5 de 17 de abril de 2007, la Procuraduría General de la Nación solicitó al Pleno de esta Corporación de Justicia que declare la inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2007.

Coincide la Representante del Ministerio Público en que se ha producido la infracción del artículo 17 de la Constitución Política, pues también tiene que ampararse los actos y omisiones que realiza el Estado cuando es sujeto de derechos y obligaciones. Sostiene que la Sala Tercera de la

Corte, es en donde se tramitan los procesos de indemnizaciones por daños y perjuicios contra el Estado, que varía en razón de la norma demandada de inconstitucional, "pues ante un proceso indemnizatorio, se visualiza la absolución del Estado al pago de indemnización, toda vez que, como se ha indicado, tal indemnización versa en el daño emergente y/o lucro cesante, la cual casualmente es la suprimida por la norma 129 en beneficio de la Administración".

Expone la Procuradora que la disposición legal censurada crea excepciones a obligaciones en las que pueda incurrir el Estado, lo que dista de una justicia contractual o extracontractual. Y es que, agrega la Procuradora, en materia contractual, "toda reparación por incumplimiento conlleva, ya sea, la exigencia de cumplir con la contraprestación contractual o pedir la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos", principio del cual no es ajeno la Administración pública y el artículo 129 demandando, cercena la posibilidad a una de las partes de poder solicitar una indemnización.

De acuerdo a la Vindicta Pública existe un desbalance en perjuicio del contratista-adjudicatario, pues se produce una desprotección a su patrimonio actual y, a la vez, una omisión al deber constitucional del Estado por medio del cual debe garantizar la protección de sus bienes y efectividad de los derechos.

Con relación al artículo 206 del Estatuto Fundamental, también considera la Procuradora General de la Nación que se ha producido su infracción en el concepto indicado, toda vez que "al exonerar al Estado del pago del lucro cesante o daño emergente que se generen en ocasión a las responsabilidades en

que incurra la Administración dentro de la relación contractual pública, se limita la obligación constitucional de restablecer el derecho particular violado según el artículo 206 de la Constitución Política; pues éste último derecho, no sólo se restablece colocando al particular en la misma situación que estuviese de no haberse dictado el acto administrativo que se demande de ilegal, sino también, con el pago de las correspondientes indemnizaciones, cuando por el mal desempeño de la Administración, el particular se haga acreedor de ello”.

Por último, la representante del Ministerio Público estima que la violación alegada al artículo 266 de la Carta Magna no se produjo, pero que ante los hechos expuestos, debe declararse inconstitucional el artículo 129 de la Ley No.22 de 2006 (fs.12-20).

#### **FASE DE ALEGATOS**

Cumpliendo con las ritualidades que gobiernan este tipo de procesos constitucionales, el negocio se fijó en lista por el término que establece la ley, con la finalidad que cualquier persona interesada presentara argumentos por escrito a favor o en contra de la constitucionalidad del acto demandado.

La firma forense Arias, Fábrega y Fábrega, presentó un escrito de alegatos en el que reitera su solicitud que se declare la inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, por ser violatorio de los artículos 17, numeral 2 del artículo 206 y el 266 de la Constitución Política.

**CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

Conocidos los argumentos en los que se apoya la activadora constitucional para demandar la inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, así como la opinión vertida por la Procuraduría General de la Nación, procede el Pleno de esta Corporación de Justicia a resolver lo que en derecho proceda.

En tal labor, vale la pena recalcar que el acto que se está demandando de inconstitucional lo es, como se indicó, el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006. Dicha disposición legal establece que:

**"Artículo 129:** Lucro cesante y daño emergente. En ningún caso el Estado pagará lucro cesante o daño emergente".

Siguiendo con este estudio, también considera esta Corporación de Justicia que debemos comprender qué debe entenderse por lucro cesante, como por daño emergente. En ese sentido, Jorge Fábrega Ponce ha manifestado que:

**"LUCRUM CESSANS.** L.L. Lucro Cesante. Lo que una persona deja de percibir como consecuencia del incumplimiento de la obligación o transgresión de la ley por otra persona" (Fábrega Ponce, Jorge; Cuestas G., Carlos H., "Diccionario de Derecho Procesal Civil y Diccionario de Derecho Procesal Penal", Plaza & Janés, Editores Colombia, S.A., Primera Edición, Agosto de 2004, Bogotá-Colombia, Pág.676).

Como se puede apreciar, el lucro cesante es aquella ganancia que deja de recibir una persona en virtud del

incumplimiento de una relación contractual o de una obligación previamente pactada, incluso, de violaciones a la ley por la contra parte dentro de una relación jurídica. En ese orden de ideas, se ha pronunciado igualmente la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, al expresar que:

"El lucro cesante, ha sido definido por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 8 de mayo de 1992, como "la ganancia que se deja de obtener, o sea cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.

Siendo ello así, el concepto de lucro cesante, que sin duda es componente de la indemnización en este caso, requiere para su tasación, conocer cuál era la situación real de la empresa afectada, para determinar, de la manera más precisa posible, cuál hubiese sido, en condiciones normales, la utilidad que hubiese percibido durante los años restantes de la concesión" (Resolución Judicial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de 27 de junio de 2001).

En cuanto a lo que debe entenderse por daño emergente, Guillermo Cabanellas de Torres ha manifestado en primer lugar que el daño "En sentido amplio, toda suerte de mal material o moral. Más particularmente, el detrimento perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto@. Específicamente, con relación al daño emergente, ha indicado que constituye un:

"Detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine" (Cabanellas de



Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires - República de Argentina, Pág.85).

De acuerdo a lo antes señalado, tanto el lucro cesante como el daño emergente, derivan o son una consecuencia por el incumplimiento de una obligación o de una contratación o de una responsabilidad extracontractual, incluso, como se expresó, de la infracción a la ley, que acarrea como consecuencia inevitable una indemnización que comprende, tanto lo que una de las parte dejó de percibir por razón del incumplimiento (lucro cesante), como las pérdidas en las que se haya podido incurrir (daño emergente).

El artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, "Que Regula la Contratación Pública y Dicta otras Disposiciones", demandado de inconstitucional, cercena esa posibilidad a la parte contratante con el Estado, de poder reclamar, ante el incumplimiento por parte de aquel, es decir, del Estado, una indemnización por lucro cesante y daño emergente, lo cual hace estar en una condición de desigualdad jurídica a la parte contratante con el Estado y de riesgo, pues no existe desde esa perspectiva un clima de seguridad jurídica en la relación contractual pública.

Y es que pareciera existir un contrasentido en la Ley No.22 de 2006, de regular una misma situación de manera distinta en cuanto a este tema en particular, pues mientras el artículo 129 prohíbe el pago de lucro cesante y daño emergente, el primer párrafo del artículo 64 establece claramente que:

**"Artículo 64:** Terminación unilateral del contrato. Sin perjuicio de la resolución administrativa del contrato prevista en

el Capítulo XV, la entidad contratante, en acto administrativo debidamente motivado, podrá disponer la resolución anticipada del contrato, cuando circunstancias de interés público debidamente comprobadas lo requieran, **en cuyo caso el contratista, deberá ser indemnizado por razón de los perjuicios causados con motivo de la terminación unilateral de la entidad contratante.** ...” (Resalta la Corte).

En esta disposición legal, si bien se refiere a una situación de resolución de manera unilateral del contrato por razones de interés público, se deja claramente establecido que el contratista debe ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por la decisión de dar por terminado un contrato para, posteriormente, con la norma demandada de inconstitucional señalar que el Estado no responderá por esos perjuicios cuando, conocido es, que esos perjuicios conllevan el lucro cesante y el daño emergente.

El artículo 991 del Código Civil se refiere específicamente a este tema, al preceptuar que:

**“Artículo 991:** La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos anteriores”.

La propia Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación de Justicia se ha pronunciado al respecto y reconocido en innumerables ocasiones el pago de indemnizaciones incluyendo en ellas el lucro cesante y el daño emergente. En ese sentido, la Sala Tercera de la Corte ha expresado que:

"La doctrina y la jurisprudencia conceptúan el daño resarcible como el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económico que lo componen (daño patrimonial o material) y también la lesión a los sentimientos, al honor o las afecciones (daño moral).

Tradicionalmente los daños patrimoniales o materiales incluyen el daño emergente y el lucro cesante. Gilberto Martínez Rave define daño emergente como "el empobrecimiento directo del patrimonio del perjudicado...lo conforma lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender el daño y sus efectos o consecuencias". Lucro cesante lo define como "la frustración o privación de un aumento patrimonial. La falta de rendimiento, de productividad, originada por los hechos dañosos." Responsabilidad Civil Extracontractual, 80edición, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, págs 194 y 195.

...

Todo lo anterior lleva a esta Sala a considerar que la condena indemnizatoria que procede en este caso es parcial, en la medida que sólo se accede a la indemnización del daño material en lo que respecta al lucro cesante, pues, en lo que respecta al daño emergente, deberá liquidarse conforme a los trámites establecidos en los artículos 996 y siguientes del Código Judicial. El trámite de condena en abstracto es aplicable al proceso contencioso administrativo, a tenor de lo previsto en el artículo 57c de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, en concordancia con el artículo 98 del Código Judicial" (Resolución Judicial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de 7 de julio de 2006).

Que exista una disposición legal que exima de responsabilidad al Estado de pagar una indemnización que excluya el lucro cesante y el daño emergente, produce una infracción a nuestro ordenamiento constitucional al desproteger bienes y derechos de los asociados, toda vez que tienen que ampararse los derechos de las partes que sean

contratantes con el Estado, resguardando todas aquellas acciones y omisiones en las que incurra el Estado, como sujeto de derechos y obligaciones.

Y es que se le estaría igualmente eliminando atribuciones propias de la Sala Tercera de la Corte que, como vimos, conoce de este tipo de reclamaciones de indemnizaciones en las que una de las partes involucradas en la relación contractual lo es el Estado, pues se estaría incurriendo en el grave error de crear un tipo de privilegio para no hacerle frente a actuaciones o exonerar al Estado por las responsabilidades en que pueda incurrir.

Debe tenerse en cuenta que todo tipo de incumplimiento de naturaleza contractual que genere obligaciones recíprocas, conlleva implícito la necesidad de poder exigir que se cumpla con una contraprestación previamente pactada, o bien, la resolución del contrato lo que implica necesariamente con el pago de una indemnización por el perjuicio ocasionado y las ganancias dejadas de percibir.

Siendo así las cosas, esta Corporación de Justicia debe compartir el criterio expuesto por la activadora constitucional, como con la opinión vertida por la Procuraduría General de la Nación, en tanto que el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, vulnera nuestro ordenamiento constitucional.

En virtud de lo anteriormente expuesto, **EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 129 de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública y dicta otras disposiciones.

Notifíquese y publíquese en la Gaceta Oficial.

**WINSTON SPADAFORA F.**

**ADÁN ARNULFO ARJONA L. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO**

**VICTOR L. BENAVIDES P.**

**ALBERTO CIGARRUISTA C.**

**JERONIMO MEJÍA E.**

**HARLEY J. MITCHELL D.**

**OYDEN ORTEGA DURÁN**

**ANIBAL SALAS CÉSPEDES**

**YANIXSA YUEN  
SECRETARIA GENERAL**