



AUTO SUPREMO

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIASALA CONTENCIOSA, CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y SOCIAL ADMINISTRATIVA PRIMERA Auto Supremo N° 661Sucre, 16 de noviembre de 2022 Expediente: 472/2022-C Demandante: Asociación Accidental "Santa Fe" Demandado: Sub Gobernación O'Connor del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija Materia: Contencioso Departamento: Tarija Magistrado Relator: Lic. Esteban Miranda Terán VISTOS: El recurso de casación en la forma y en el fondo de fs. 536 a 548, interpuesto por la Sub Gobernación O'Connor del Gobierno Autónomo Departamental de Tarija (GADT), representado por Grover Torrejón Martínez, contra la Sentencia N° 21/2022 de 9 de mayo, de fs. 489 a 498, emitida por la Sala Social, Seguridad Social, Administrativa, Contenciosa y Contenciosa Administrativa Única del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, dentro del proceso contencioso interpuesto por la Asociación Accidental "Santa Fe", contra la entidad recurrente; el memorial de contestación de fs. 554 a 575; el Auto N° 128/2022 de 15 de agosto, de fs. 576, que concedió el recurso; el Auto de 8 de septiembre de 2022 de fs. 585, que admitió el recurso, todo cuanto ver convino y se tuvo presente:I.- ANTECEDENTES DEL PROCESO: Sentencia: Tramitado el proceso contencioso, la Sala Social, SS, Administrativa, Contenciosa y Contenciosa Administrativa Única del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, emitió la Sentencia N° 21/2022 de 9 de mayo, de fs. 489 a 498, declarando: 1.- La NULIDAD del proceso resolutorio de contrato administrativo iniciado por la entidad contratante. 2.- CONCEDER la aplicación forzosa del procedimiento de liquidación conforme a la cláusula 21.4 por efectos de la resolución concluida por el contratista. 3.- HA LUGAR los daños y perjuicios emergentes de la resolución del contrato por parte del contratista, cuantificación que deberá realizarse en ejecución de sentencia. 4.- PROBADAS las excepciones perentorias de inviabilidad jurídica de demandar resolución contractual de un contrato ya resuelto; inviabilidad jurídica de la pretensión de resolución contractual por aplicación de la regla non adimpleti contractus, e improponibilidad de la demanda reconventional de ineficacia de resolución de contrato que fueron presentadas por el contratista. 5.- IMPROBADA la excepción de prescripción presentada por la entidad contratante. 6.- IMPROBADA la demanda Reconventional presentada por la entidad contratante. II.- RECURSO DE CASACIÓN, CONTESTACIÓN Y ADMISIÓN: Contra la referida Sentencia, la entidad demandada interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo, bajo los siguientes argumentos: EN LA FORMA. MALA VALORACION DE LA LEGITIMACION ACTIVA DE RESOLUCION EFECTIVA DEL CONTRATO PRACTICADA POR LA EMPRESA CONTRATISTA, VIOLACION DEL ART. 810 núm. 2. y 811 núm. 2 DEL CÓDIGO CIVIL. Alegó que el Tribunal de primera instancia, consideró de manera equívoca la validez de la Legitimación Activa de la Empresa Contratista, al momento de iniciar la Resolución de Contrato a la Entidad; es decir que, el apoderado actuó sin tener facultades esenciales a la representación legal de la empresa demandante de iniciar y concluir la Resolución de Contrato de 24 de mayo del 2017, adoleciendo de fallas de legitimidad y validez, aspecto que vulnera el principio de legalidad. Consecuentemente, argumentó que los juzgadores no han realizado una correcta apreciación de todas las pruebas producidas, vulnerando el art. 397 de CPC-1975. EN EL FONDO. APLICACIÓN INDEBIDA DE LOS ARTS. 134, 136 Y 145 DEL CPC-2013, AL HABERSE INCURRIDO EN ERROR DE HECHO EN LA VALORACION DE LA CARGA DE LA



PRUEBA, INOBSERVANCIA E INCORRECTA APLICACIÓN LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS DE LOS ARTS. 1 NÚM.16 DEL CPC-1975 Y 180 CPE. Alegó que, el Tribunal de primera instancia al conceder la aplicación forzosa del procedimiento de liquidación, incurrió en error porque esta fue requerida como efecto de la Comunicación efectiva del Contrato, por supuesto incumplimiento atribuible a la entidad demandada, pese a que se basó en presupuestos falsos consistente en la falta de pago del Certificado de Obra N° 1, 2 y 3, que fueron observadas por el Supervisor mediante los INFORMES ESPECIALES N° 1 y 2 al verificar que las cantidades de obra no fueron ejecutadas como refirió la empresa contratista, hecho que mereció la Resolución de Contrato de Obra de parte de la Entidad, en mérito a los informes Técnico N° 00272019 y Legal N° 42-2019, que recomendaron la Resolución de Contrato. Indicó que la empresa contratista en su contestación a la demanda reconvenional, habría anunciado pronunciarse sobre daños y perjuicios en un informe pericial que sería practicado en audiencia, elemento inexistente identificado en fs. 437 a 438 y que, mediante memorial de 19 de noviembre, la empresa demandante propuso prueba pericial para que se efectúe la determinación contable del daño emergente y lucro cesante causado por la Entidad demandada. Por lo que, el dictamen pericial es un elemento primordial para determinar y cuantificar los daños y perjuicios antes de Sentencia, que no fue producido durante la etapa probatoria del proceso ordinario y fue rechazado por el Juez por proveído de 20 de noviembre de 2020: "... En cuanto a la prueba pericial solicitada se rechaza la misma, debido a que la misma destinada a cuantificar el monto que le correspondería a la empresa por el daño emergente lucro cesante; sin embargo... en caso de que en Sentencia eventualmente se determine la procedencia del mismo, estos serán cuantificados en ejecución de sentencias; ...por lo que no corresponde en esta etapa del proceso, en función a la finalidad propuesta, la pretendida pericia..." (Textual). Del análisis de convencionalidad de las normas la Circular 01/2019 emitido por la Sala Plena, es taxativo al indicar: la vigencia ultractiva, por expreso mandato legal del art. 4 de la Ley N° 620 y Disposición Final Tercera de la Ley N° 439 y esa ultractividad se refiere a todas las normas que regulan la estructura del proceso ordinario y entre varios artículos se cita (arts.370-397) donde está incluido el art. 378 que indica (Facultad del Juez)."...

El juez dentro del periodo probatorio o hasta antes de la Sentencia podrán ordenar de oficio, declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, inspecciones oculares y toda la prueba que juzgue necesaria y pertinente.", con lo que queda demostrado la vulneración del Art. 378 del CPC. En definitiva, al no ejercitar esta facultad y ordenar de oficio un dictamen pericial y al no hacer lo expresado, conforme o los principios establecidos en el art. 180 núm. 1 de la CPE, mal podía fallar dando lugar respecto a los daños y perjuicio, indicando que la cuantificación se haría en ejecución de Sentencia, demostrando con esta conducta, una actitud discrecional al momento de emitir sus resoluciones durante todo el proceso. El Juzgador lejos de analizar la representación legal, admitió como prueba luego de la presentación de su demanda, de manera extemporánea la documental adjunta al memorial de 26 de agosto de 2020, ordenando traslado a la contraparte. Analizada la normativa conforme a la vigencia de la Circular 001-2019, emitida por el Tribunal Supremo, el art. 331 es taxativo al señalar (DOCUMENTOS POSTERIORES O ANTERIORES DESCONOCIDOS) "... Después de interpuesta la demanda solo se admitirá documentos con fecha posterior o siendo anteriores, bajo juramento de no haberse tenido conocimiento de ellos. En Tales casos se correrá traslado a la otra parte para los



efectos del Art. 346 inc. 2 que dice: Pronunciarse sobre los documentos acompañados o citados en la demanda. Su silencio evasivas o negativa meramente general podrá estimarse como reconocimiento de los hechos a que se refiera dichos documentos"; empero el art 377 (OPORTUNIDAD DE PROBAR): " ... las partes producirán sus pruebas dentro del periodo fijado por el juez fuera de ese periodo serán rechazadas de oficio, excepto las preconstituidas y las comprendidas en los arts. 370.,390, 412,422."En el caso, el Tribunal de primera instancia en su proveído de 8 de octubre del 2019 de fs. 378 dispuso: "Al Otrosí 1ro, Se tiene presente el pronunciamiento respecto a la prueba de reciente obtención prestada por la parte actora misma que será valorada en la etapa que corresponda"; empero, curiosamente el Juzgador se contradice porque por proveído de fs. 383 señaló: "Se tiene presente en el memorial que antecede. Con relación a la prueba presentada con la contestación a la demanda reconvenicional se admite la prueba documental presentada de fs. 288 a 297, en lo demás estese a lo resuelto de obrados.".Violando los principios jurídicos establecidos en el art 180 núm. 1 de la CPE; es decir, que, este último proveído merecía nuevo traslado bajo el principio de igualdad establecido en los arts. 1 núm. 13 de la Ley N° 439 y 331 del CPC-1975; pues no se trata de un contestación a la demanda principal o reconvenicional, sino de un nuevo memorial que está sujeto al cumplimiento de la norma prevista en el art 331 y no del art. 330 del CPC-1975, incurriendo en error al admitir esta prueba posterior a la demanda instaurada el 23 de mayo del 2019 y la reconvenición 26 de agosto del 2019; es decir 16 días antes del acta notarial de inspección de obra.El Juez Aquo, no se detuvo a considerar que al ser ilegítimo el Poder N° 1184/2014, los 6 puntos emitidos en su Sentencia 21/2022 serían impugnados, porque devienen de la valoración de un elemento de prueba que constituye un acto ilegítimo que fue considerado, originando de esta manera un error de derecho; toda vez que, al analizar que en la demanda reconvenicional se ha demostrado que los informes 1, 2, y 3 fueron emitidos por el Supervisor de obra y contiene cantidades que la Empresa Contratista, nunca ejecutó y actuó en contraposición a la Cláusula Vigésima Octava, situación que no se consideró para determinar y calificar los daños y perjuicios emergentes de la Resolución del Contrato realizado por el contratista.Consecuentemente, no pueden aducir la supuesta falta de pago por los elementos que no fueron valorados por el Juez, porque no existe la aprobación que debería realizar el Fiscal de Obra, como impago; debido a que, sólo cuando están incumplidos los 45 días hábiles desde la fecha de aprobación del respectivo Certificado de Avance de Obra por parte del fiscal de obra y remitidos a la unidad de pago, puede ser considerado como impago, existiendo mala valoración de la prueba producida por la entidad, que no fue considerado conforme al art. 145-I del CPC-1975Aplicación indebida de los arts. 339 y 984 del Código Civil respecto de la Calificación de daños y perjuicios; toda vez que la empresa demandante, no tenía respaldo legal de su intención de Resolución del Contrato, por ende, no tenía derecho a solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, que no debió ser considerada por el juzgador al momento de emitir la Sentencia, porque emergen de una Resolución de Contrato ilegítima e ineficaz, debido a que el demandante presentó el Poder de 24 de mayo del 2017, sin Cláusulas específicas para resolver contratos, incurriendo en error al presentar por segunda vez el Testimonio Poder 245/2019, para acreditar su legitimidad de su personería.Para considerar la aplicación de los daño y perjuicios, no existe dentro del proceso un informe pericial, que cuantifique la falta de pago de pago de los certificados de avance de obra N° 1, 2 y 3,



constituyendo un elemento de prueba inexistente, no producido para la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados a la Empresa, el Juez A quo, no interpretó correctamente la Cláusula 21.2.2. inc. 3. Terminación del contrato, que dice: "b) Por incumplimiento injustificado en el pago de un certificado de avance de obra APROBADO POR EL SUPERVISOR, vicios aprobados por el fiscal de obra por más de 60 días calendarios computados a partir de la fecha de remisión del certificado o planilla de avance de obra POR EL FISCAL DE OBRA O ENTIDAD." La Entidad demandada ha demostrado por informes especiales 1 y 2 emitido por la Supervisión técnica que los certificados de avance de obra 1, 2 y 3 correspondientes a los meses noviembre, diciembre del 2015 y enero del 2016, contienen cantidades que el contratista jamás ejecutó, pretendiendo cobrar por trabajos no realizados procediendo conforme a los informes 1, 2 y 3, solo autorizados por el fiscal de obra contrariamente a lo establecido en LA CLÁUSULA VIGESIMA OCTAVA del contrato de obra que dice: "El pago será paralelo al progreso de obra a este fin mensualmente y dentro de los (5) días hábiles siguientes a cada mes vencido el CONTRATISTA presentará al SUPERVISOR para su revisión en versión definitiva una planilla o certificado debidamente firmada con los respaldos técnicos que el SUPERVISOR, requiera con fecha y firmado por el SUPERINTENDENTE DE OBRA documento que consignara todos los trabajos ejecutados a los precios unitarios establecidos, de acuerdo a la medición efectuada en forma conjunta por el SUPERVISOR y el CONTRATISTA." No se ha demostrado el daño directo y todas las actuaciones realizadas por la empresa demandante durante el proceso, porque no encuentra su legitimidad del poder otorgado al Representante de la Empresa, por carecer de las facultades insertas en el Testimonio Poder 1184/2014 de 19 de noviembre del 2014, de fs. 15 a 17 de obrados, no existiendo la facultad expresa de "RESOLUCION DE CONTRATO" 3.- RECURSO DE CASACION EN EL FONDO POR INDEBIDA APLICACION DE LOS ARTS. 1492, 1494, 1509 DEL CODIGO CIVIL, RESPECTO DE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION DEL DERECHO A COBRAR LOS 3 CERTIFICADOS DE AVANCE DE OBRA PRESENTADA POR LA ENTIDAD. El Juez A quo, no consideró la Disposición General observada en el art. 1486 del CC, menos lo que está establecido en el Régimen de la Prescripción vulnerando los arts. 1492 y 1539 núm. 3 del CC, porque a pesar de haberse hecho conocer que desde la comunicación efectiva de Resolución de Contrato fundada en la falta de pago reclamado de los avances de obra N° 1, 2 y 3, que tuvo lugar el 24 de mayo de 2017, constituye el único elemento que podría interrumpir el periodo de cómputo establecido en la Prescripción y hasta la fecha que la entidad ha sido notificada con la demanda contenciosa admirativa, 27 de junio del 2019, han transcurrido 764 días calendario; es decir, 2 años y un mes. Es decir, la Empresa Contratista no efectuó reclamo de los certificados de pago, en más de dos años, aplicable al caso, conforme lo pactado en la Cláusula Vigésima Octava (forma de pago) del contrato de obra, los certificados de avance de obra tienen un plazo para ser pagados de 45 días hábiles; es decir, un plazo más corto que el de un año. Petitorio: Solicitó se case la Sentencia recurrida; consecuentemente, se declare improbadamente la demanda principal. Contestación al recurso: Señaló que, el recurso carece de técnica recursiva, pues confunde la casación de fondo con el de forma, resultando una repetición de los argumentos expresados en su demanda reconvencional, no argumentó las Leyes que considera infringidas, violadas o aplicadas indebidamente o erróneamente interpretadas, especificando en qué consisten esas faltas y cómo debería aplicarse,



solicitando se declare infundado el recurso. Concesión y Admisión:El Tribunal de primera instancia por Auto Interlocutorio N° 128/2022 de 15 de agosto, de fs. 576, concedió el recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Justicia, admitiéndose por Auto de 8 de septiembre de 2022 de fs. 585; por consiguiente, se pasa a considerar y resolver:III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO:RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO:Por razón de orden, primero se resolverá el recurso de casación respecto a la denuncia de la procedencia de los daños y perjuicios determinado por la Autoridad de primera instancia y en caso de no ameritar establecer la nulidad solicitada, se resolverá el recurso en la forma y el fondo.El Tribunal Supremo de Justicia, como máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, constituido en Tribunal de Casación, tiene la obligación de revisar las actuaciones procesales que llegan a su conocimiento, a fin de establecer si concurrieron o no, irregularidades procedimentales en el trámite del proceso, quedando facultado, conforme prescribe el art. 17 de la Ley del Órgano Judicial (LOJ), para imponer en su caso, la sanción que corresponda o determinar si correspondiere, la nulidad de obrados de oficio, según prevé el artículo 106-I del CPC-2013, en relación al art. 220-III núm. 1 inc. c) de la misma normativa, cuando se evidencie vicios procesales en la tramitación de la causa, que lesionen la garantía constitucional del debido proceso, haciendo insubsanables las consecuencias materiales y jurídicas de la resolución dictada.Es en ese sentido, la entidad recurrente alegó que la empresa contratista en su contestación a la demanda reconvencional, habría anunciado pronunciarse sobre daños y perjuicios en un informe pericial que sería practicado en audiencia, elemento inexistente identificado en fs. 437 a 438 y que, mediante memorial de 19 de noviembre, la empresa demandante propuso prueba pericial para que se efectúe la determinación contable del daño emergente y lucro cesante causado por la Entidad demandada.Indicó que el dictamen pericial es un elemento primordial para determinar y cuantificar los daños y perjuicios antes de Sentencia, que no fue producido durante la etapa probatoria del proceso ordinario y fue rechazado por el Juez por proveído de 20 de noviembre de 2020; por lo que, al no ejercitar esta facultad y ordenar de oficio un dictamen pericial, conforme los principios establecidos en el art. 180 núm. 1 de la CPE, mal podía fallar dando lugar respecto a los daños y perjuicio, indicando que la cuantificación se haría en ejecución de Sentencia, demostrando con esta conducta, una actitud discrecional al momento de emitir sus resoluciones durante todo el proceso; por consiguiente, no existe dentro del proceso un informe pericial, que cuantifique la falta de pago de pago de los certificados de avance de obra N° 1, 2 y 3, constituyendo un elemento de prueba inexistente, no producido para la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados a la Empresa.Bajo dicho marco, de la revisión de los antecedentes del proceso contencioso se evidenció que, el Tribunal de instancia de acuerdo al Decreto de 20 de noviembre de 2020 de fs. 451, de manera “inexplicable” rechazo la prueba pericial ofrecida, que fue solicitada por la empresa Contratista, precisamente con el fin de demostrar la procedencia del pago de los daños y perjuicios demandados; considerando, que estos deben necesariamente demostrarse en el curso del proceso a través de prueba pertinente y antes de la emisión de Sentencia; advirtiéndose que el observado Decreto emitido por el Tribunal de instancia, de manera “sui generis” señaló:“En cuanto a la prueba pericial solicitada, se rechaza la misma, debido a que la misma está destinada a cuantificar el monto que le correspondería a la empresa por el daño emergente y lucro cesante; sin embargo, en caso de que en sentencia



eventualmente se determine la procedencia del mismo, éstos serán cuantificados en ejecución de sentencia (??); por lo que, no corresponde en esta etapa del proceso, en función a la finalidad propuesta, la pretendida pericia."En ese sentido, se evidenció, que el acto jurisdiccional emitido por el Tribunal de instancia, (Decreto de 20 de noviembre de 2020 de fs. 451), evadió irregularmente la posibilidad del control jurisdiccional posterior; relevándose el propio Tribunal de manera irregular, dar cumplimiento al art. 145 del CPC-2013, evadiendo de esta manera -el Tribunal de instancia- la valoración probatoria; sin considerar que, conforme a la Doctrina y Jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo de Justicia y en específico por esta Sala, que en el análisis de los daños y perjuicios previstos por los arts. 344, 345 y 346 del Código Civil (CC); se consideró que la otorgación de daño emergente y el lucro cesante, exige la demostración a través de prueba pertinente, que demuestre los daños y perjuicios demandados. En resumen se evidenció; que la Sentencia otorgó el pago de daños y perjuicios a la empresa Contratista, sin contar con prueba alguna y sin efectuar valoración de prueba, que demuestre los daños y perjuicios ocasionados a la empresa Contratista, prueba que, pese a ser oportunamente ofrecida, fue rechazada por el Tribunal de instancia por Decreto de 20 de noviembre de 2020, evadiendo el Tribunal de instancia, a través del referido Decreto, el deber de valoración probatoria, trasladando ese deber a la ejecución de Sentencia, (sin control jurisdiccional); pero más aún, trasladándola a la ejecución de Sentencia, sin contar con prueba alguna, violando de esa manera el art. 145 del CPC-2013, que se traduce en violación al debido proceso y al derecho a defensa de las partes; puesto que, los daños y perjuicios constituyen parte integrante de la demanda al no haber sido alegados como algo accesorio y por ello, deben ser acreditadas en la fase probatoria del proceso y de ninguna manera diferirse a ejecución de Sentencia, como erróneamente se hizo en el caso, todo en cumplimiento del art. 195 del CPC-1975. Esta irregularidad, acarrea el incumplimiento o inaplicación de normas procesales previstas por Ley, para la admisibilidad y producción de la prueba, cuando existen hechos que deben ser objeto de probanza; en consecuencia, se vulneró el debido proceso, que ha sido definido por la SC 1674/2003-R de 24 de noviembre, entre otras, como: "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomodan a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; comprende la potestad de ser escuchado presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo (derecho a la defensa) y la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica..." En consecuencia, conforme lo expuesto y habiéndose evidenciado que el Tribunal de instancia de forma irregular rechazó la prueba pericial ofrecida, que fue solicitada por la empresa Contratista, precisamente con el fin de demostrar la procedencia del pago de los daños y perjuicios demandados, aspecto que vulneró el debido proceso en su vertiente derecho a la defensa; de oficio, en mérito a lo establecido en los arts. 106-I del CPC-2013, en concordancia con el art. 220 parágrafo III núm. 1 inc. c); y lo previsto en el art. 17-I de la LOJ, este Tribunal de casación asume una posición anulatoria, cumpliendo con la obligación de garantizar y velar por



una administración de justicia sin vicios, respetando los derechos consagrados por la Norma Suprema, como la aplicación de la normativa adjetiva en la tramitación de los procesos. Consiguientemente, corresponde fallar conforme lo dispuesto en los 17-I de la LOJ, 220-III núm. 1) inc. c); sin ingresar a dilucidar demás aspectos denunciados en el recurso de casación, interpuesto por la entidad demandada, por evidenciarse la existencia de vicios procesales que conllevan la nulidad de lo actuado. POR TANTO: La Sala Social y Administrativa Primera del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por los arts. 184-1 de la CPE, 17-I y 42-I-1 de la LOJ, ANULA obrados hasta el Decreto de 20 de noviembre de 2020, de fs. 451, disponiendo que el Tribunal de instancia, admita la prueba pericial ofrecida, por la empresa demandante mediante memorial de 19 de noviembre de 2020 de fs. 447 a 449, a objeto de su valoración, conforme prevé el art. 145 del CPC-2013, cumplidas las formalidades de Ley se emita nueva Sentencia, tomando en cuenta las consideraciones efectuadas por este Tribunal; sin multa por ser excusable. Por Secretaría de Sala, cúmplase con lo previsto en el art. 17-IV d la LOJ, sin que implique la apertura de proceso administrativo alguno. REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

