

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Alegato de
Conclusión.**

Vista Número 109

Panamá, 4 de febrero de 2016

La firma forense Morgan & Morgan, en representación de **Aseguradora Ancón, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el **Ministro de Obras Públicas**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, el cual me permite reiterar lo ya señalado en nuestro escrito de contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste razón alguna a **Aseguradora Ancón, S.A.**, en lo que respecta a su pretensión, dirigida a que se declare nula, por ilegal, la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, por medio de la cual se le exigió a la compañía aseguradora, el pago de la suma de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00), que corresponde a la Fianza de Cumplimiento número 0808-00222-01, emitida por dicha empresa para garantizar el Contrato AL-1-51-08, suscrito con la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., para la rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Nacional, tramo: Divisa-Chitré, provincia de Herrera.

I. Consideraciones de fondo que se refieren a la emisión de la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011.

Conforme ya lo hicimos en la Vista 527 de 15 de octubre de 2014, la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., suscribió con el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas,

el Contrato AL-1-51-08, para la rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Nacional, tramo: Divisa-Chitré, provincia de Herrera; y el 20 de junio de 2008, la contratista recibió la orden de proceder para iniciar el proyecto antes descrito, con un período de ejecución de 385 días calendario, contados a partir de la orden de proceder, estableciéndose el 10 de julio de 2009 como fecha de vencimiento del contrato (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

De acuerdo con lo que consta en autos, luego de iniciar los trabajos, la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., mantuvo un ritmo lento en el desarrollo de la obra, lo que trajo como consecuencia un atraso injustificado en la ejecución del proyecto, por lo que el Ministro de Obras Públicas, le comunicó a **Aseguradora Ancón, S.A.**, a través de la Nota DM-AL-243 de 12 de febrero de 2009, que debido a dicho atraso, **se había producido el incumplimiento del Contrato AL-1-51-08, con lo cual se iniciaría el trámite para resolver administrativamente dicha contratación** (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

Hacemos mención de lo anterior, pues, resulta fundamental dejar claro que con esa actuación el Ministerio de Obras Públicas dio fiel cumplimiento a lo dispuesto en la “Cláusula de Incumplimiento” de la Fianza de Cumplimiento del Contrato AL-1-51-08, en la que claramente se establece la obligación de la entidad ministerial de notificarle a la fiadora sobre el incumplimiento del contrato por parte de la empresa contratista, dentro de los treinta (30) días siguientes a que tuvo conocimiento del mismo (Cfr. f. 90 del expediente judicial).

En nuestra contestación a la demanda, también indicamos que en virtud de las reuniones sostenidas con la empresa contratista, ésta se comprometió a reiniciar prontamente los trabajos y a mantener un ritmo adecuado para la culminación satisfactoria del proyecto, por lo que el Ministerio de Obras Públicas suspendió el trámite administrativo de resolución del contrato; decisión que le fue comunicada a la afianzadora a través de la Nota DM-DNI-416 de 12 de marzo de 2009 (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

Precisamente por ello, después que la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., no honrara el acuerdo celebrado con el Ministerio de Obras Públicas, en el sentido de reiniciar

prontamente los trabajos y mantener un ritmo adecuado para la culminación satisfactoria del proyecto, la entidad estatal reanudó el trámite para resolver administrativamente la contratación; situación que fue comunicada a **Aseguradora Ancón, S.A., por medio de la Nota DM-DNI-961 de 17 de junio de 2009** (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

Tal como lo señaláramos en aquella ocasión, estas actuaciones del Ministerio de Obras Públicas, que constituyen requisitos formales para la eficacia de cualquier reclamo relativo al cumplimiento de la fianza consignada, **se dieron en su totalidad durante la vigencia de la fianza de cumplimiento**, tal como lo establece el artículo 116 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Finalmente, debemos traer a colación que al pronunciarse sobre la acción de Amparo de Derechos Fundamentales presentada por **Aseguradora Ancón, S.A.**, contra la orden de hacer contenida en la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el Ministro de Obras Públicas, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante la Sentencia de 1 de noviembre de 2012, señaló lo siguiente:

“ ...

Queda claro que el procedimiento de investigación de los hechos que constituyen una posible causal de resolución administrativa de contrato es un proceso previo a la rescisión en sí. Se advierte también, de dichas normas que, el hecho que la entidad otorgue un plazo para que el contratista corrija los hechos que constituyen una causal de resolución administrativa de contrato no supone que ya se ha dejado sin efecto el reclamo por incumplimiento presentado a la fiadora.

En el caso en estudio, consta en el expediente que para el 17 de marzo de 2009, el Director Nacional de Inspección le informa al Asesor Legal de la Dirección del Ministerio de Obras Públicas, que era procedente darle una ‘oportunidad de continuar con la ejecución de los 4 proyectos’, a la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A. Decisión que fue comunicada a la empresa contratista y a la afianzadora el 20 de marzo de 2009. Es importante señalar que en dicha nota en su segundo párrafo se dejó establecido lo siguiente: ‘Lo antes expuesto no es óbice para que, en caso de incumplimiento de los compromisos contractuales por parte de la empresa, reiniciemos el trámite de resolución administrativa del contrato y presentamos formal reclamo de la precitada Fianza de Cumplimiento’. Comunicación ésta que en ese momento se encontraba

plenamente vigente la Fianza de Cumplimiento de Contrato.

Ahora bien, la empresa contratista BM3 Obras y Servicios, S.A. incumplió con el compromiso adquirido, razón por la cual, el Ministerio de Obras Públicas, procedió a reiniciar el trámite de Resolución Administrativa del Contrato No. AL-1-51-08, y consta en el expediente que mediante Notas No. DNI-No. 960 y DM-DNI-No. 961, ambas de 17 de junio de 2009, se le informó a la empresa contratista y a la afianzadora del inicio de dichos trámites. Consta también en el expediente que la Nota No. DM-DNI-No. 961, fue recibida por la afianzadora Aseguradora Ancón, S.A. el 30 de junio de 2009, fecha en la cual se encontraba aún vigente la Fianza de Cumplimiento de Contrato No. 0808-00222-01.

Señala la autoridad demandada que luego de un largo período de negociaciones con la empresa afianzadora Aseguradora Ancón, S.A., con el propósito que se hiciese cargo de la ejecución de la obra objeto del Contrato No. AL-1-51-08, sin que se llegara a ningún acuerdo, siendo infructuosas dichas negociaciones, procedieron a emitir la Resolución No. AL-152-09 de 6 de noviembre de 2009, que resuelve administrativamente el Contrato mencionado, otorgándole un plazo de 30 días calendarios a la empresa afianzadora, contados a partir de la notificación, para que optara entre pagar el importe de la fianza o subrogarse en la ejecución del contrato. Dicha empresa mediante nota S/N de fecha 11 de noviembre de 2009, rechaza el reclamo presentado por la autoridad demandada. Posteriormente, el Ministerio de Obras Públicas emite la Resolución No. 295-11, atacada a través de la presente acción constitucional en estudio.

Ha quedado expresado, con las constancias procesales anotadas previamente, que tanto la primera nota de inicio de los trámites administrativos de resolución del Contrato No. AL-1-51-08 (12 de marzo de 2009), como la de reclamo de la fianza de cumplimiento (17 de junio de 2009, recibida el 30 de junio de 2009), fueron notificadas a la empresa contratista y a la afianzadora, antes de la fecha de vencimiento de la Fianza de Cumplimiento (10 de julio de 2009). Es decir, el Ministerio de Obras Públicas cumplió con la notificación o comunicación por escrito del inicio del trámite de resolución administrativa del Contrato, siendo éste uno de los requisitos formales exigidos en la fianza de cumplimiento; por lo tanto, no puede afirmarse que la reclamación presentada a la empresa afianzadora estaba extemporánea.

Es evidente que la autoridad demandada cumplió con los presupuestos citados en párrafos precedentes, pues tan pronto determinó que la empresa BM3 Obras y Servicios,

S.A., estaba inobservando o faltando a sus obligaciones contractuales se lo hizo saber a la fiadora, siguiendo el procedimiento establecido tanto en las normas legales como en el Contrato de Fianza.

A tal efecto, la amparista en este caso no puede negar que estaba enterada del incumplimiento del contrato, ya que desde que recibió la primera nota de fecha 12 de marzo de 2009, y posteriormente, con la del 17 de junio de 2009, tuvo pleno conocimiento del incumplimiento de su fiado, así como también de la oportunidad o plazo que le fue concedido, precisamente, para subsanar los hechos que motivaban la posible resolución administrativa del Contrato No. AL-1-51-08.

...”

II. Consideraciones sobre la actividad probatoria del negocio jurídico que ocupa nuestra atención.

Durante la etapa probatoria, la parte actora aportó y adujo pruebas documentales, testimoniales, de informe, así como una de carácter pericial, las cuales fueron admitidas por ese Tribunal a través del Auto de Prueba número 249 de 7 de julio de 2015; sin embargo, como producto del recurso de apelación interpuesto por este Despacho en contra del mencionado auto, el resto de los Magistrados que integran la Sala al momento de resolver la alzada, decidieron a través de la Resolución de 4 de diciembre de 2015, modificar el mismo en el sentido de no admitir la prueba pericial solicitada por la parte actora (Cfr. fs. 182-187 del expediente judicial).

A este respecto, debemos indicar que las pruebas documentales y de informe allegadas al expediente por parte de la recurrente, no aportaron ningún elemento nuevo al negocio jurídico que ocupa nuestra atención; ya que las mismas, no son más que la documentación que reposa en el expediente administrativo y técnico que guarda relación con el Contrato AL-1-51-08, suscrito con la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., para la rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Nacional, tramo: Divisa-Chitré, provincia de Herrera.

En lo que se refiere a las pruebas testimoniales, debemos señalar que las mismas no se pudieron practicar, debido a la falta de comparecencia de los testigos y de la apoderada judicial de la sociedad **Aseguradora Ancón, S.A.**

A nuestro juicio, la parte actora no ha logrado acreditar los hechos de la demanda que respaldan su pretensión, como tampoco cumplió con la carga probatoria que le correspondía, dado que es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, a la que corresponde la titularidad de la misma. (Teoría de Gian Antonio Michelli – La Carga de la Prueba; Editorial Temis).

En consecuencia, somos del criterio que la misma no logró cumplir con la obligación procesal que le impone el artículo 784 del Código Judicial, según el cual incumbe a la parte demandante probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables.

En ese sentido, el Tribunal, en la Sentencia de 7 de marzo de 2014, resaltó el valor que tiene el principio de la carga de la prueba en la persona que demanda en sede judicial.

Veamos:

“...
La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte que recurre no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos, pues sólo se circunscriben a refutar la adjudicación ejercitada por la Entidad demandada.** Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.

...’

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, carece de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la

carga de la prueba que: *'en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores'*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399).

El Tribunal debe reiterar, que la carga de la prueba, a fin de acreditar la ilegalidad al adjudicarle el bien discutido, a..., por parte de la extinta Dirección Nacional de Reforma Agraria, le correspondía al actor, no al Ente demandado.

Al efecto, la Sala debe manifestar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de *'presunción de legalidad'* de los actos administrativos, según el cual, éstos se presumen legales o válidos, de modo que, quien afirme su ilegalidad, debe probarla plenamente (Cfr. art. 15 del Código Civil). Sobre este conocido principio, el profesor y tratadista José Roberto Dromi nos ilustra de la siguiente forma:

‘La presunción de legalidad no es un medio de prueba; atañe a la carga de la prueba y fija una regla de inversión de la carga de la prueba. Ante actos absolutamente nulos, no hace falta acreditar la ilegitimidad, porque ellos no tienen presunción de legitimidad.

El principio de presunción de legalidad de los actos administrativos no significa un valor absoluto, menos aún indiscutible, pues por eso se la califica como presunción. La presunción de legitimidad es relativa y formalmente aparente. La presunción de legitimidad de que goza el acto administrativo de que fue emitido conforme a derecho, no es absoluta, sino simple, pudiendo ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto controvierte el orden jurídico.’

(DROMI, José Roberto. Citado por PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. 5ª Edición. Santa Fe de Bogotá. 1992. pág. 266).

...” (La negrilla es de este Despacho).

Sobre la base de las consideraciones previamente anotadas, arribamos a la conclusión que el material probatorio que reposa en autos no permite establecer la existencia de situaciones que difieran con la realidad de hecho y de Derecho sobre la cual se fundamenta la actuación de la entidad demandada, de lo que se infiere que la pretensión de **Aseguradora Ancón, S.A.**, dirigida a que se declare la nulidad de la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, carece de fundamento, razón por la que solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el citado acto administrativo.**

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 12-12