

1° de Noviembre de 2001

**Proceso Ejecutivo
Por Cobro Coactivo.**

Concepto

INCIDENTE DE NULIDAD POR INCOMPETENCIA interpuesto por la firma Watson y Asociados en representación de **CENTRAL DE FIANZAS S.A.**, dentro del proceso ejecutivo por cobro coactivo que le sigue la Autoridad de la Región Interoceánica.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante los Magistrados que integran la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, a fin de emitir nuestro concepto en relación con el Incidente de Nulidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, actuamos en interés de la Ley, en los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, en los que se presenten apelaciones, excepciones, tercerías e incidentes, conforme lo estipula el numeral 5 del artículo 5 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

Antecedentes.

Consta en autos que la Autoridad de la Región Interoceánica e Isla Fantasía Resort Corp./United Enterprises Trust Group., celebraron el Contrato Número Uno de 25 de julio de 1997, para el desarrollo de las parcelas 12, 13 y 14, la Isla de Naos, la porción de la Isla de Culebra no concesionada administrativamente al Instituto de

Investigación Tropical Smithsonian, la Isla Perico y el 50% de Flamenco con vista a la entrada del Canal de Panamá en Amador.

Cumpliendo con los términos del contrato y la ley, Isla Fantasía Resort Corp./United Enterprises Trust Group., presentó Fianza de Cumplimiento N°FCGPSO 10346 de 9 de agosto de 1996, con un Endoso de 20 de enero de 1997, expedida por CENTRAL DE FIANZAS, S.A., a favor de la Autoridad de la Región Interoceánica, por un monto total de B/.500,000.00, fianza que permanecería vigente hasta la fecha de inicio de las operaciones o la explotación económica de la totalidad de las obras, o el 1 de enero de 2000.

Mediante Resolución N°185-00 de 8 de mayo de 2000, el Administrador General de la Autoridad de la Región Interoceánica resuelve por incumplimiento el Contrato Número Uno de 8 de julio de 1997, celebrado entre dicha institución e Isla Fantasía Resort Corp./United Enterprises Trust Group. Asimismo, se resuelve notificar a CENTRAL DE FIANZAS, S.A., el contenido de la resolución, reclamar la ejecución de la Fianza de Cumplimiento N°FCGPSO 10346 de 9 de agosto de 1996 y el Endoso de 20 de enero de 1997, por la suma de B/.500,000.00., y comunicar a la compañía afianzadora las opciones legales contenidas en los artículos 105 y 114 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995.

Posteriormente los representantes de CENTRAL DE FIANZAS, S.A., remiten Nota s/n de 9 de junio de 2000, al Administrador General de la Autoridad de la Región Interoceánica, por la que le hacen saber han recibido la nota N°ARI-AG-970-00 de 8 de mayo de 2000, en la que se hace

referencia a la resolución administrativa del Contrato Número Uno de 25 de julio de 1997.

En esa misma nota comunican a la ARI su decisión de optar por sustituir al contratista (su fiado Isla Fantasía Resort Corp./United Enterprises Trust Group), en todos sus derechos y obligaciones, presentando para tales efectos a la empresa The New Amador Corporation como nuevo contratista para la ejecución del Proyecto Isla Fantasía Resort.

En su nota N°ARI-AG-DAL-2049-00 de 12 de septiembre de 2000, la Autoridad de la Región Interoceánica insiste en el pago de la suma de B/.500,000.00, correspondientes al importe de la Fianza de Cumplimiento N°FCGPSO 10346, a lo que CENTRAL DE FIANZAS, S.A., responde con su nota de 29 de septiembre de 2000, en la que señala que, de acuerdo a lo preceptuado en cláusula 35 del Contrato Número Uno de 25 de julio de 1997 celebrado entre la Autoridad de la Región Interoceánica y Isla Fantasía Resort Corp./United Enterprises Trust Group., "...el cual fue subrogado por Central de Fianzas, S.A., en virtud del numeral quinto de la Fianza de Cumplimiento...", notifica su determinación de acogerse al procedimiento de arbitraje previsto en la referida cláusula y en el Decreto Ley N°5 de 1999.

Por Auto N°233-00 de 18 de diciembre de 2000, el Juzgado Ejecutor de la Región de la Autoridad Interoceánica libra mandamiento de pago por vía ejecutiva a favor de la Autoridad y en contra de la sociedad CENTRAL DE FIANZAS, S.A., "...que adeuda.. en su condición de fiadora de la empresa Isla Fantasía Resort Corporation, debido al incumplimiento del Contrato N°FCGPS1034, para parte de su fiada, en base a

Certificación presentada a este Juzgado Ejecutor por la Dirección de Finanzas de la Autoridad de la Región Interoceánica, más los gastos de cobranza coactiva fijados provisionalmente en la suma de CIEN BALBOAS (B/.100.00)". Esta resolución fue notificada mediante edicto en puerta, el día 24 de julio de 2001.

Concepto.

Considera la parte actora que por virtud de lo previsto en los artículos 105 y 114 de la Ley N°56 de 1995, que regula la contratación pública, subrogó a su fiado, Isla Fantasía Resort Corp./United Enterprises Trust Group, en todos los derechos y obligaciones dimanantes del Contrato Número Uno de 25 de julio de 1997, desde el momento en que por nota de 9 de junio de 2000 comunican a la ARI su decisión de optar por sustituir al contratista.

Con fundamento en esta premisa, alegan que de acuerdo a la cláusula 35 del contrato, que establecía ante cualquier desacuerdo entre las partes sobre el contrato sería decidido por árbitros, y al artículo 11 del Decreto Ley N°5 de 1999, el cual señala como efecto procesal del convenio arbitral la declinación de la competencia por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria a favor de la jurisdicción pactada, el Juzgado Ejecutor de la Autoridad de la Región Interoceánica carece de la competencia para incoar el presente proceso ejecutivo por cobro coactivo.

En lo pertinente, los artículos 105 y 114 de la Ley N°56 de 1995, señalan que en los contratos administrativos, si la fianza de cumplimiento es otorgada por un establecimiento bancario o una empresa de seguros, la fiadora tendrá, dentro

de los treinta (30) días calendario siguientes a la notificación de incumplimiento, la opción de pagar el importe de la fianza o **de sustituir al contratista en todos los derechos y obligaciones del contrato, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta y riesgo de la fiadora, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.**

Contrario a lo sugerido por los apoderados de los demandantes, la subrogación de la fiadora no opera de pleno derecho una vez ha sido resuelto el respectivo contrato, sino que la misma se constituye desde el momento en que ésta expresa su voluntad de sustituir jurídicamente al contratista original y **la entidad contratante acepta, por considerar que cuenta con la capacidad técnica y financiera necesaria, a la persona que vaya a continuar la obra por cuenta y riesgo de la fiadora.**

En tanto la entidad contratante no acepte al contratista elegido por la fiadora, ésta no puede considerarse subrogada en el lugar del contratista original, es decir, no puede estimársele como parte principal del contrato o cocontratante, sino simplemente, y hasta tanto se de efectivamente la subrogación, fiadora.

Si CENTRAL DE FIANZAS, S.A., no es parte en el contrato principal, no puede alegar a su favor derechos que le ampararían si tuviera dicha condición, como por ejemplo, el de someter a arbitraje las diferencias en relación con el contrato.

Por otro lado, el artículo 39 de la Ley N°5 de 25 de febrero de 1993, modificado por el artículo 16 de la Ley N°7

de 7 de marzo de 1995, dispone que la Autoridad de la Región Interoceánica tendrá jurisdicción coactiva y que, además de los documentos señalados en el Código Judicial, prestan mérito ejecutivo las certificaciones de auditoría interna, relativas a las obligaciones vencidas de cualquier naturaleza pendientes de pago a la Autoridad.

Así pues, en nuestra opinión esta claro que no existe el derecho a solicitar arbitraje con fundamento en el convenio arbitral pactado en el Contrato Número Uno de 25 de julio de 1997, y, por tanto, el Juzgado Ejecutor de la Autoridad de la Región Interoceánica es plenamente competente para incoar la acción ejecutiva en contra de CENTRAL DE FIANZAS, S.A.

Por las anteriores consideraciones, solicitamos a los Magistrados que componen la Honorable Sala Tercera, declaren NO PROBADO el Incidente de Nulidad por incompetencia interpuesto por la firma Watson y Asociados en representación de CENTRAL DE FIANZAS S.A., dentro del proceso ejecutivo por cobro coactivo que le sigue la Autoridad de la Región Interoceánica.

De la Señora Magistrada Presidenta,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/17/bdec.

Víctor L. Benavides P.
Secretario General