

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 974

Panamá, 5 de octubre de 2020

**Proceso Contencioso
Administrativo
de Indemnización.**

Alegato de conclusión.

**Se alega excepción
de prescripción.**

El Licenciado Omar Enrique Gómez Concepción, actuando en nombre y representación de **Ofelina Rodríguez**, solicita que se condene al **Estado panameño**, por conducto del **Banco Hipotecario Nacional**, al pago de veintiún mil balboas (B/.21,000.00) en concepto de daños y perjuicios.

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 descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se condene al Estado panameño, por conducto del **Banco Hipotecario Nacional**, al pago de veintiún mil balboas (B/.21,000.00) en concepto de daños y perjuicios.

Tal y como indicamos en nuestra Vista de contestación, mediante el formulario de solución habitacional de agosto de 1980, la señora María Luisa Sánchez Chen, solicitó, a la Dirección de Asuntos Sociales del entonces Ministerio de Vivienda, hoy Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, le fuera asignada una vivienda (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

En razón de lo anterior, y previo cumplimiento de los requisitos exigidos, se ordenó que se le hiciera entrega a la señora María Luisa Sánchez Chen, las llaves de la unidad inmobiliaria 1288, ubicada en Torrijos Carter, distrito de San

Miguelito, aceptándose de paso, en ese mismo acto las condiciones, de financiamiento para el pago de la vivienda en mención (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

Para marzo de 1982, la Sección de Descuentos del Departamento de Recaudación de la Dirección de Bienes Raíces del entonces Ministerio de Vivienda, ordenó suspender el descuento a la señora María Luisa Sánchez Chen, debido al cese de labores de su esposo, Vasco Fonseca, quien había asumido el pago de la deuda (Cfr. foja 25 del expediente judicial).

El 25 de enero de 1987, la señora **Ofelina Rodríguez de Sánchez**, solicitó a Jaime Simons, Gerente General del Banco Hipotecario Nacional, la legalización de la vivienda número 1288, ubicada en Torrijos Carter, distrito de San Miguelito, debido a que tenía aproximadamente dos (2) años de ocupar la vivienda y se encontraba en estado de abandono (Cfr. foja 25 del expediente judicial).

El 12 de octubre de 1988, el Comité de Crédito del Banco Hipotecario Nacional, aprobó un préstamo hipotecario a favor de **Ofelina Rodríguez de Sánchez**, readjudicando la vivienda antes indicada (Cfr. foja 26 del expediente judicial).

Los días 22 de febrero de 2013 y de 25 de abril de 2016, la Sucursal de Villa Guadalupe del **Banco Hipotecario Nacional** emitió sendas certificaciones de Paz y Salvo, a través de las cuales se acreditaba la cancelación de la vivienda 1288, ubicada en Torrijos Carter, distrito de San Miguelito, por parte de **Ofelina Rodríguez de Sánchez** (Cfr. fojas 26 - 27 del expediente judicial).

El 12 de junio de 2019, el Licenciado Omar Enrique Gómez Concepción, actuando en nombre y representación de **Ofelina Rodríguez**, presentó la demanda contencioso administrativa de indemnización que nos ocupa, la cual sustentó, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

“Se puede observar claramente la inobservancia de activar la jurisdicción coactiva por parte del banco, tal

como lo señala las normas citadas en líneas superiores. **EL BANCO HIPOTECARIO NACIONAL**, jamás debió adjudicar a título oneroso la vivienda o lote 1288, sin antes proceder con la activación de la jurisdicción coactiva contra la señora **MARIA LUISA SÁNCHEZ CHEN**, por incumplimiento del contrato, que le permitiera rematar el bien inmueble y de esta forma saneaba el bien inmueble para su debida venta,” (Cfr. fojas 4 – 5 del expediente judicial).

El 16 de septiembre de 2019, el **Banco Hipotecario Nacional** presentó su informe de conducta, en el que indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Debido a la existencia de escritura de primera hipoteca y anticresis inscrita y luego de las solicitudes de escritura de cancelación realizadas tanto en el 2013 como en el 2017 y, posteriormente, a través del licenciado Omar Gómez, el BHN realiza esfuerzos tendientes a resolver el problema existente.” (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

Así las cosas, y tomando en cuenta la etapa procesal en la que nos encontramos, esta Procuraduría reitera **que no le asiste la razón a la demandante**; en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por el Banco Hipotecario Nacional.

Antes de iniciar con el análisis de fondo, debemos tener presente que el sólo hecho que una entidad del Estado se encuentre identificada como parte demandada **no le da competencia automática a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para conocer de procesos como el que nos ocupa**, y así quedó recogido en el análisis que se hizo en la decisión de 9 de febrero de 2007, a través de la cual, el resto de los Magistrados de la Sala Tercera, **en grado de apelación**, conocieron del recurso de apelación interpuesto por la Licenciada Miriam Figueroa, quien actuando en nombre y representación de Ingenieros Civiles y asociados, S,.A. recurrió en contra del Auto de 18 de julio de 2006, en virtud del cual, no se le admitió una Demanda de Plena Jurisdicción en contra de la Resolución número 20-DGT-06 del 16 de marzo de 2006, emitida por la Dirección General de Trabajo, el acto confirmatorio y para que se hicieran otras declaraciones; y en donde se indicó lo siguiente:

“De ahí que, tal como lo señalara el Magistrado Sustanciador de la presente causa, esta Corporación de Justicia ha sido constante al mantener el criterio de que ‘las resoluciones emitidas por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, mediante las cuales se resuelvan conflictos laborales regulados por la legislación laboral y a los cuales se le aplican procedimientos especiales, son actos materialmente jurisdiccionales y no actos administrativos. **Por tanto, se trata de una competencia privativa, que implica el desarrollo normal de un proceso laboral especial, que reúne todas las características de los actos jurisdiccionales, evidentemente, adscrito a otra jurisdicción,** que no puede impugnarse por la vía Contencioso-Administrativa. Al respecto, existe legislación especial que le otorga al Ministerio de Trabajo el conocimiento privativo de ciertas controversias laborales. La Ley 53 de 28 de agosto de 1975 le otorga potestad jurisdiccional al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social y señala las materias que le competen decidir privativamente...’ (*Autos de 2 de marzo de 1995 y de 12 de agosto de 1998*).

El artículo 97 del Código Judicial establece, claramente, que la Sala Tercera conocerá, en materia administrativa, de los decretos, órdenes, resoluciones, o cualesquiera actos, sean generales o individuales, que se acusen de ilegalidad.

Finalmente, este Tribunal de Apelaciones concluye que **el acto objeto de estudio es jurisdiccional**, de conocimiento privativo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, por lo que no es dable a la jurisdicción contencioso administrativa conocer sobre el mismo.

Por consiguiente, el resto de los Magistrados que integran la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el Auto de 18 de julio de 2006, que NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la licenciada Miriam G. Figueroa B., actuando en nombre y representación de INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS, S.A.”.

Así lo señaló la Sala Tercera mediante el Auto de fecha 17 de marzo de 2015, en el que puntualizó:

“**En grado de apelación** conoce el resto de los Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad interpuesta por el Dr. Silvio Guerra Morales, actuando en representación de Daniel Ferron y otros, para que se declare nula, por ilegal; la cláusula séptima del

Contrato de Fideicomiso fechado 219 de mayo de 1997, entre el entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro y el Banco Comercial de Panamá (BANCOMER).

ARGUMENTOS DEL APELANTE

El señor Procurador de la Administración, presentó recurso de apelación contra el Auto de fecha 30 de agosto de 2012, que admitió la demanda contenciosa administrativa de nulidad. Argumenta el apelante que su disconformidad obedece a que la demanda no cumple con el requisito establecido en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, toda vez que la cláusula séptima del Contrato de Fideicomiso **no reúne los requisitos correspondientes para ser un acto administrativo.**

...
Sigue exponiendo que sus clientes, bajo el paraguas de una asesoría equivocada, acudieron a la esfera a fin de lograr la nulidad de la cláusula en cuestión; sin embargo, la justicia ordinaria dictaminó que la vía apropiada para dilucidar la controversia, era la contenciosa administrativa, e inclusive, dicha decisión fue confirmada por los tribunales superiores.

Refiere además, que la cláusula séptima contenida en el referido contrato de fideicomiso, es un acto administrativo, porque hace clara y directa la relación a derechos, intereses, obligaciones, nexos claros que afectan, por adopción de la administración, a un número colectivo de ex trabajadores del Intel, de manera que el control de estos actos de la administración esta sujetos al Derecho Administrativo, y por ende, a la jurisdicción contenciosa administrativa.

...
 Se aprecia del recurso contentivo del recurso de apelación presentado por la Procuraduría de la Administración, que su disconformidad con la resolución recurrida tiene como connotación primordial el considerar que la cláusula séptima del Contrato de Fideicomiso fechado 29 de mayo de 1997, celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro y el Banco Comercial de Panamá, S.A. (BANCOMER), constituye una cláusula de naturaleza privada por ende al no ser un acto administrativo, mal puede esta Sala conocer la presente acción contencioso administrativa de nulidad.

Por su parte, la parte actora, al oponerse al recurso de apelación, es del criterio que el contrato, cuya cláusula séptima impugna, es de naturaleza administrativa, y como consecuencia de ello, es la Sala Tercera de la Corte la competente para conocer de la controversia planteada a través de la acción contencioso administrativa de nulidad, por tratarse de un acto administrativo.

A fin de desatar esta disyuntiva jurídica de rango interpretativo, esta Superioridad estima conveniente hacer algunas anotaciones antes de dilucidar el fondo del recurso en estudio.

En primer lugar, ha de señalarse que a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo le compete conocer de los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas (art. 206 de la Constitución y 97 Cód. Judicial). También es cierto que es competencia de esta Sala conocer de las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos (numeral 5 del art. 97 del Cód. Judicial).

Por su parte la Ley 135 de 1943, que desarrollo la jurisdicción contenciosa administrativa, hace referencia, en términos generales, que las demandas contenciosas administrativas tienen que estar dirigidas contra actos administrativos. De manera específica, esta afirmación la podemos concluir, por ejemplo de los artículos 42^a y 43 a de dicha Ley.

Ello deja en evidencia que la competencia de esta Sala de la Corte, en cuanto a la materia contenciosa administrativa se refiere, sólo es respecto de los actos administrativos, lo cual nos lleva a precisar que la sola presentación de una demanda contenciosa administrativa de nulidad, no ata a la Sala, ni obliga a conocer el fondo de la misma, cuando el acto, resolución, reglamento u origen impugnado no constituye un acto administrativo. De manera que de darse el caso la demanda sería inadmisibile.

...

En esa vía de análisis es importante señalar que no tiene mayor trascendencia hacer un análisis prolijo sobre el carácter del acto administrativo que ostentan los contratos administrativos, pues la doctrina mayoritaria a sido uniforme en considerar que entre los actos administrativos se incluyen los contratos administrativos, como consecuencia de una declaración de voluntad acordada entre La Administración y el particular o incluso entre dos entidades estatales.

También en Derecho Administrativo se ha señalado que no todos los contratos celebrados por la Administración, constituye un acto administrativo, sino que ello va a depender de ciertos elementos que rodean su

celebración y perfeccionamiento, incluso en su forma de ejecución. Así, al darse la concurrencia de esos elementos (que detallaremos en párrafos posteriores; un contrato celebrado por la administración será administrativo, regulado en términos generales por normas administrativas, ejemplo la Ley de Contrataciones Públicas (Ley 22 de 2006 y sus reformas), cuyas divergencias entre las partes podrían ser resueltas por esta Sala de la Corte, en virtud de las demandas contenciosas administrativas correspondientes; por ejemplo el contrario se aplicarían las normas de derecho civil o común, si se tratara de un contrato privado, cuyas controversias se ventilaría ante la jurisdicción civil o común.

Hechas las anotaciones anteriores, conviene continuar el análisis respecto a los elementos que distinguen al contrato administrativo y lo diferencia de los contratos civiles, y que mejor que aferrarnos a las definiciones dadas por nuestro ordenamiento jurídico respecto de ambos contratos.

...
Resulta obvio que uno de los elementos esenciales del contrato público o administrativo es que una de las partes tiene que ser una entidad estatal, pero como se dijo, ese solo elemento no le da carácter administrativo al contrato, máxime que por todos es conocido que la administración puede obligarse civilmente mediante un contrato netamente privado.

Además que, dar por sentado que cuando una de las partes contratantes es el Estado, el contrato se convierte en administrativo como algo automático, perdería todo sentido jurídico el razonamiento hecho, por siglos, por la doctrina en cuanto a que el Estado bien pueda contratar civilmente con los particulares y someterse a los rigores de la jurisdicción civil.

De igual forma, de la norma antes transcrita, se desprende que el carácter de acto administrativo de los contratos administrativos o públicos, lo caracteriza **la finalidad para la cual se celebró dicho contrato.** Y en esa medida, puede interpretarse que cuando su finalidad **es cumplir con una función pública,** entonces el contrato se considera público o administrativo.

Hemos visto hasta ahora dos elementos previstos en la norma ut supra citada que pueden dar a los contratos celebrados por las entidades estatales la categoría de contrato administrativo.

En la doctrina también se ha procurado hacer la distinción entre contratos civiles y administrativos, de manera que respecto de estos últimos se ha dicho que

existen tres supuestos casos de contratos administrativos, a saber:

...

No obstante lo anterior, la doctrina también ha expresado que los contratos administrativos contienen intrínsecamente los atributos la presunción de legalidad, ejecución oficiosa, revocabilidad y estabilidad, que grosso modo, pasamos a hacer referencia a continuación.

- La presunción de legalidad implica que todo acto se presume ajustado a derecho sin la necesidad que exista un pronunciamiento de autoridad que así lo declare.

- En cuanto a la ejecución oficiosa de los contratos administrativos, ello no quiere decir otra cosa, que el Estado goza de la prerrogativa de hacer cumplir unilateralmente u oficiosamente los actos administrativos emitidos en virtud de su actividad o función pública, de manera que impone el derecho sin necesidad de acudir a un juez para hacerlo valer.

- La revocabilidad de los contratos administrativos significa la potestad estatal de revocar unilateralmente el contrato por sobrevenir algunas de las causales que se hayan pactado para tal propósito.

- La estabilidad de los contratos administrativos tiene su razón de ser por el hecho que los mismos se celebran para cumplir los fines estatales, como lo son el bienestar social, la búsqueda de la satisfacción del interés general y la mejor prestación de los servicios públicos. Por tanto los mismos deben perdurar durante toda la vida jurídica hasta su ejecución o cumplimiento de las cláusulas contractuales.

Resumiendo lo anterior, podemos decir que entre las características o elementos más sobresalientes del contrato administrativo es que por lo menos una de las partes contratantes debe ser una entidad estatal, que el carácter de público puede estar determinado por la Ley, por la voluntad de las partes o por su función pública. Además que tales contratos administrativos lleva implícito su presunción de legalidad, su ejecución oficiosa, revocabilidad y estabilidad.

Teniendo esos elementos presentes, nos lleva ahora a realizar la tarea consistente en determinar si en el caso que nos ocupa, el Contrato de Fideicomiso en cuestión, constituye un contrato de naturaleza civil o administrativa.

En ese sentido, ha de partirse del hecho que el contrato de fideicomiso no se circunscribió entre los contratos propios de la Administración, ni se encuentra enumerado por la Ley de Contratación

Pública como un contrato público. Por el contrario, el contrato de fideicomiso, en cuanto a su inserción en el Derecho, su naturaleza y propósitos para los que fue ideado, se circunscribe dentro del Derecho Civil.

No obstante, como mencionamos en párrafos anteriores un contrato civil, podría convertirse en público o administrativo, por voluntad de la Ley, por voluntad de las partes o si se crea para ejecutar una función pública, lógico con la intervención, como una de las partes, una entidad estatal.

Si bien el Contrato de Fideicomiso en estudio fue ordenado por el legislador en la Ley 5 de 9 de febrero de 1995, modificada por la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, tampoco puede considerarse, por ese solo hecho, como un instrumento o acto administrativo, pues tal como quedó ordenado en esta última Ley, en su artículo 77, no parece haberlo dispuesto para cumplir funciones públicas, ni pone al Ministerio de Hacienda y Tesoro, en un plano superior o de prevalencia sobre BANCOMER, ni estatuye que el contrato debe contener cláusulas exorbitantes a favor de la entidad **estatal, respecto del fiduciario. Veamos lo que se dijo en el artículo 77 de la Ley 31 de 1996:**

‘Artículo 77: El artículo 27 de la Ley 5 de 1995, queda así:

‘Artículo 27: Al momento de la venta de cualquier porcentaje de las acciones de INTEL, S.A., el Ministerio de Hacienda y Tesoro constituirá un fideicomiso irrevocable en beneficio de los trabajadores del INTEL, S.A., y de los trabajadores que se jubilen a partir de la fecha de venta de las acciones de esta empresa. El Estado transferirá a este fideicomiso las acciones que representen el dos por ciento (2%) del total del capital social del INTEL, S.A.

El sindicato de Trabajadores del INTEL, designará al fiduciario con la aprobación del Consejo de Gabinete, luego de evaluar sus calificaciones. Dicho fideicomiso le otorgará a la junta directiva de ese sindicato, el derecho de elegir no menos de un miembro de la junta directiva del INTEL, S.A.

El fideicomiso son constituirá de conformidad con la Ley 1 de 1984, y los dividendos se distribuirán entre los beneficiarios del fideicomiso, de conformidad con la fórmula que se establezca en el instrumento de fideicomiso.’

Como puede observarse, la propia Ley quiso poner a la entidad estatal (Ministerio de Hacienda y Tesoro), en un plano de igualdad contractual con el fiduciario, incluso la excluyó en la elección de la empresa fiduciaria, pues la designación quedó en manos del Sindicato de Trabajadores. Además, la Ley no sometió el contrato de fideicomiso a los principios y normas del derecho administrativo, sino que por el contrato, lo hizo someter a las normas del fideicomiso establecidas en la Ley 1 1984, que regula dicho contrato de manera general y bajo los principios del derecho civil o común.

En ese sentido, al quedar el contrato de fideicomiso celebrado entre el Ministerio de Hacienda y Tesoro con el Banco Comercial de Panamá (BANCOMER), sujeto a las normas de la Ley 1 de 1984, sobre el fideicomiso, le son aplicables normas y procedimientos propios de la jurisdicción civil. Ejemplo de ello, es que dicha Ley establece que las divergencias o controversias, cuyo procedimiento no esté contemplado en la misma, y nada se haya pactado en el contrato de fideicomiso, las mismas serán resueltas mediante proceso sumario, así como también le son aplicables las normas contenidas en el Código Judicial (artículo 41 Ley 1 de 1984).

Aunado a todo lo anterior, de la revisión de las cláusulas contenidas en el mismo Contrato de Fideicomiso, se desprende la ausencia de cláusulas exorbitantes a favor de la entidad estatal contratante, como la posibilidad del Ministerio de Hacienda y Tesoro de modificar unilateralmente las cláusulas contractuales, rescindir o revocar o dar por terminado el contrato también de manera unilateral, o imponer el Derecho en cuanto a la ejecución del contrato, sin acudir a los tribunales ordinarios.

Incluso las cláusulas del contrato en comento, referentes a la revocabilidad y renunciabilidad, contratación de fianza, firma del agente residente, y causales de extinción, mantienen en plano de igualdad a la entidad estatal y a la fiduciaria, más no constituye prerrogativas ni se demuestra una prevalencia a la entidad estatal contratante. Aunado a que estos derechos y obligaciones de las partes se rigen por la Ley 1 de 1984, aplicables al contrato de fideicomiso en análisis.

Tampoco se aprecia que la disposición de los bienes estatales, en este caso, el 2% del total del capital de Intel S.A., (entiéndase que el Estado es propietaria (sic) de todas las acciones de Intel, S.A., cedidos y traspasados en fideicomiso, ni el fideicomiso en sí se creó para beneficio o

cumplir una función pública, sino que el mismo se constituyó en beneficio de personas específicas, según la cláusula TERCERA que expresa:

'TERCERA: (Beneficiarios y Fideicomisarios).

Este FIDEICOMISO se constituye en beneficio de las siguientes personas, quienes serán los BENEFICIARIOS o FIDEICOMISARIOS de este Fideicomiso:

a) Los trabajadores activos del INTEL, S.A., con contrato por tiempo indefinido, incluyendo a aquellos que a la vigencia de este contrato hayan optado por cualquiera de los dos numerales que señala el artículo 26 de la Ley 5 de 1995 y los que salgan favorecidos con juicios laborales pendientes.

b) Los trabajadores de INTEL, S.A., que se jubilen a partir del día veintinueve (29) de mayo de 1997, fecha en que se perfeccionó la venta del cuarenta y nueve por ciento (49%) de las acciones de INTEL, S.A.'

Puede colegirse sin mayores reparos que el destino final del fideicomiso aquí analizado son exclusivamente los trabajadores de INTEL, S.A., activos y jubilados, más no conlleva una finalidad o función pública en general.

Por las consideraciones anteriores, el resto de los Magistrados que conformamos la Sala Tercera de la Corte, llegamos a la conclusión que **el Contrato de Fideicomiso celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro y BANCOMER, es de naturaleza civil, por tanto escapa de la competencia de la Sala Tercera conocer de las demandas respecto a las cláusulas del mismo.**

...

De manera que se procederá a revocar el Auto de fecha 30 de agosto de 2012, emitido por el Sustanciador, y en su defecto se decretará no admisible la acción contenciosa administrativa de nulidad, presentada por el Dr. Silvio Guerra Morales.

PARTE RESOLUTIVA

Por lo antes expuesto, el resto de los Magistrados que conformamos la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA la resolución de fecha 30 de agosto de 2012, emitida por el Sustanciador; y en su defecto NO ADMITE la Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad interpuesta por el**

Dr. Silvio Guerra Morales, en representación de Daniel Ferrón y otros, para que se declare nula, por ilegal, la cláusula séptima del Contrato de Fideicomiso de fecha 29 de mayo de 1997, suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Tesoro y el banco Comercial de Panamá.

NOTIFÍQUESE,
LUIS RAMÓN FÁBREGA S. (fdo)
MAGISTRADO

ABEL AUGUSTO ZAMORANO (fdo)
MAGISTRADO

LICDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA.”

De lo arriba transcrito se deprenden elementos que resultan aplicables al caso que nos ocupa, siendo en el primero de ellos que, el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el Banco Hipotecario Nacional y la demandante, **no es un acto administrativo.**

En ese sentido, lo primero que debemos traer a colación es el artículo 32 del Código de Comercio, el cual establece con claridad la facultad que el Estado ejerza *actos de comercio*, veamos:

“**Artículo 32.** El Estado, el Municipio, la Iglesia y las dependencias de cualquiera de ellos, no podrán ser comerciantes; **pero sí les será lícito ejecutar, dentro de los límites de sus atribuciones, actos de comercio, quedando en cuanto a éstos, sujetos a las disposiciones de la ley mercantil.** La misma disposición es aplicable a los institutos de beneficencia.” (El destacado es nuestro).

Como se observa, es perfectamente viable, que un banco, aun siendo estatal, y en razón de sus atribuciones como tal, pueda ejercer *actos de comercio*, y lo más importante, **dichas actuaciones quedarán sujetas a la ley mercantil.**

Tomando en cuenta lo anterior, lo que correspondería entonces, sería definir, si el contrato de hipoteca suscrito entre el **Banco Hipotecario** y la actora podría enmarcarse como un *acto de comercio*, pregunta que encuentra su respuesta en el artículo 2 del Código de Comercio, a saber:

“**Artículo 2.** Serán considerados actos de comercio todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes:

...
6. El cambio y los demás contratos de que pueden ser objeto el dinero y los títulos que le representan en su calidad de mercancías, **comprendidos generalmente bajo la denominación de operaciones de banca;**

...
15. La fianza, la prenda y la hipoteca, cuando garantizan una obligación mercantil o **cuando por sí constituyen una operación comercial;**

...
19. El préstamo en general, cuando constituye por sí una operación comercial, o cuando se hace con motivo de una operación de esta naturaleza;
 ...” (El resaltado es nuestro).

El Código de Comercio nos brinda luces sobre cómo debe catalogarse el contrato de préstamo hipotecario librado por el **Banco Hipotecario Nacional**, pero vayamos un poco más allá, y es que, la norma transcrita, lo que hace es hacer un enunciado de actos que pueden ser considerados como *de comercio*, pero no define con claridad, en qué consiste en sí un *acto de comercio*.

Así las cosas, tenemos que doctrinalmente se han establecido tres (3) factores tendientes a delimitar la noción de acto de comercio, siendo el primero de ellos el **factor material**, contenido en el acto que guarda relación con el valor de intercambio de los bienes o servicios objeto del acto, a través del cual se asumen derechos y obligaciones de forma mutua y onerosa; el **factor subjetivo**, que más allá de la figura o intervención del comerciante es el ánimo de lucro u obtención de ganancias, propio de la actividad mercantii, lo que en el caso que nos ocupa, se traduce en el pago de un interés pactado en diez por ciento (10%); y por último el **factor económico**, el cual estaría determinado por la medida en que este forme parte de la cadena de actos que se desarrollan entre la producción y el consumo.

Si contrastamos lo arriba indicado con el **contrato de préstamo hipotecario**, que sirve de sustento para el reclamo de las pretensiones de la **Ofelina Rodríguez**, veremos que **no estamos ante un acto administrativo**.

En cuanto a ese último punto, debemos recordar que el *acto de comercio* como actividad de intermediación que se realiza como una fase importante del traslado de bienes y servicios de los fabricantes, industriales o productores, a los mercados, tiene como fin colocarlos a disposición de los clientes, compradores o *consumidores*, lo que amerita una precisión conceptual y funcional del adquirente de bienes y servicios, con el fin de determinar la normativa aplicable a las controversias que de esa adquisición puedan surgir.

La relación entre la actividad comercial y la de *acto de comercio* es directa, ya que todo acto que contribuya a la realización de la actividad tendrá la característica de comercial, definiéndose en ese sentido *comercialización* como “un proceso por el cual los productos pasan de centro de producción a su destino de consumo, a través de diferentes fases u operaciones de compraventa” (Cfr. Santiago Gallergo, Ramón Tamamés. Diccionario de Economía y Finanzas (Iia. Edición). Ciencias Sociales. Alianza Editorial. Pag. 102).

Dicho lo anterior, la adquisición de productos o servicios, por un cliente o comprador que **no tenga el carácter o cualidad de consumidor**, determina que los conflictos originados de esa relación jurídica sean decididos por normas de **Derecho Civil y Derecho Comercial**, básicamente a partir del contrato; sin embargo, en el ámbito de derecho de consumidores, ese *contrato*, recibe ahora la connotación de un *contrato de consumo*, el cual cuenta con principios, elementos y características distintos a aquellos.

En ese contexto, *acto de consumo* es definido por López Camargo, de la siguiente manera:

“El acto de consumo constituye el pórtico genérico a través del cual se ingresa en el ámbito de protección jurídica **especialmente diseñado**. De su delimitación depende el propio concepto de consumidor, que, en principio, puede describirse como quien realiza un **acto de consumo**. Sobre el criterio subjetivo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, de manera mayoritaria, han manifestado que la protección o la defensa del consumidor

constituye el fin del Derecho del Consumo, lo que hace que la función teleológica determine, en gran medida, su contenido.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. López Camargo, Javier. La Propiedad Inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual – Universidad Externado de Colombia. Pag. 61).

Deseamos recalcar lo arriba indicado; puesto que, como se observa, la condición de consumidora de la actora, es determinante para el establecimiento de la jurisdicción competente en lo que respecta a sus pretensiones; y por otro lado, al derecho aplicable.

En razón de lo antes expuesto, la accionante debió presentar su demanda en la jurisdicción de *libre competencia y asuntos del consumidor*, por ser ella la competente para conocer de reclamaciones como la que hace la consumidora.

En otro marco conceptual, la demandante alega que el Banco Hipotecario Nacional, no ha realizado gestiones tendientes a sanear el inmueble, afirmación que no se compadece con la realidad; habida cuenta que, aparte de las consideraciones subjetivas, la actora no ha presentado elementos de hecho o de derecho que sustenten esas afirmaciones.

En ese sentido, consideramos importante poner de manifiesto que la demandante en ningún momento adujo como vulnerados los artículos 1644, ni 1644-A del Código Civil, que son aquellos en razón de los cuales se abre la posibilidad de solicitar una indemnización en razón de la comisión de un daño.

Por lo arriba expuesto, resulta jurídicamente improcedente, solicitar el reconocimiento de una indemnización, sin que se utilice como sustento para ello las normas arriba indicadas.

A. Respecto a la alegada prestación deficiente del servicio público.

En este punto consideramos importante retomar, **que no nos encontramos ante un acto administrativo**, por tanto, no es resulta jurídicamente procedente que la Sala Tercera entre a conocer sobre el expediente objeto de estudio.

Como indicamos anteriormente, nos encontramos en una relación de consumo, en donde, de haber existido incumplimiento por alguna de las partes, aquella que se sienta afectada deberá ejercer las acciones a las que haya lugar dentro de jurisdicción que corresponda, no siendo esa la Contencioso Administrativa.

Por otro lado, y tal y como se dijo en su momento, la actora no hace un desarrollo lógico jurídico de la forma en que se ha producido la supuesta prestación deficiente del servicio público.

Se habla de una supuesta inacción del banco en lo que respecta al saneamiento del inmueble; sin embargo, dicha afirmación carece de sustento si la confrontamos con lo indicado en el informe de conducta, en el que la entidad demandada indica que se encuentra realizando esfuerzos tendientes a resolver la situación (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

B. Ausencia de un daño atribuible a la entidad demanda e Inexistencia de un nexo de causalidad.

Entrar a analizar estos supuestos presupone la existencia de un elemento de competencia para ello.

Como hemos indicado, la Sala Tercera no es competente para conocer de la reclamación presentada por la actora; ya que no nos encontramos en presencia de un acto administrativo.

Recordemos, estamos ante un acto de **derecho privado, regulado por normas de consumo**, esto, en razón de la condición de consumidora que tiene la accionante.

En ese sentido, debemos reiterar, que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, no tiene entre sus funciones, analizar la legalidad de relaciones de consumo, debiendo acudir la actora, para tal fin, a la jurisdicción especializada a fin de realizar las reclamaciones que considere conducentes.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, el certificado original de Registro Público, que acredita la propiedad del lote número 1288.

Producto de lo antes indicado, y en consecuencia del material probatorio aportado, y no sustentatorio de la pretensión de la accionante, este Despacho estima que en el presente proceso la recurrente **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en la que sustenta su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... 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...**’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen 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)..."

En razón de los elementos de hecho y de Derecho arriba indicados, este Despacho considera que no es posible vincular ni atribuir responsabilidad al Banco Hipotecario Nacional, con respecto al hecho dañoso cuya reparación pretende la recurrente, razón por la cual esta Procuraduría solicita al Tribunal se sirva declarar que el Estado panameño, por conducto del Banco Hipotecario Nacional, **NO ES RESPONSABLE** por los daños y perjuicios, materiales y morales, que reclama la demandante.

Excepción de Prescripción.

La acción ensayada por **Ofelina Rodríguez se encuentra prescrita** al tenor de lo que señala el artículo 1706 del Código Civil que establece el término de prescripción de un (1) año para exigir responsabilidad extracontractual al Estado.

De acuerdo con lo descrito en los hechos segundo y tercero de la acción en estudio, se lee lo siguiente:

“SEGUNDO: Que una vez, cancelado el préstamo hipotecario, mi representada solicita al Banco Hipotecario Nacional en el año 2013, que se confeccionen las Escrituras Públicas, consecuencia qué honro (sic) la obligación de buena fe que consiste el préstamo hipotecario **N°14017003066**, y que se confeccionará la minuta de cancelación y por ende se levantará el gravamen a favor del banco que versa sobre su propiedad, para proceder con la inscripción a nombre suyo en el Registro Público, por adquirido el bien inmueble de manera lícita.

TERCERO: En el devenir de la petición nos percatamos que propiedad (vivienda o lote N°1288), vendida a mi representada aparece a nombre de **MARIA LUISA SÁNCHEZ CHEN**, con cédula de

identidad personal 8-262-42, según consta certificación del Registro Público, a razón de una primera hipoteca Anticresis, a favor del **BANCO HIPOTECARIO NACIONAL**, En el derrotero investigativo nos percatamos a través de documentación que la señora **MARÍA LUISA SÁNCHEZ CHEN**, entró en mora con el Banco Hipotecario, en el año 1985, igualmente incumplió con el arreglo de pago propuesto por el banco. La omisión del el (sic) BANCO HIPOTECARIO NACIONAL, de activar la jurisdicción coactiva que le permitiera rematar el bien inmueble a razón del incumpliendo del contrato de préstamo hipotecario por parte de la señora MARÍA LUISA SÁNCHEZ CHEN, es lo que tiene a mi cliente en una incertidumbre legal en cuanto a su propiedad, que le pagó a la entidad demandada. El obviar este procedimiento por parte del **BANCO HIPOTECARIO NACIONAL**, desde el año 1988, ha afetcado (sic) la legitimidad de mi representada concerniente a la propiedad descrita.” (La negrita es de la parte actora) (Cfr. fojas 3-4 del expediente judicial).

De lo anterior se desprende que la propia demandante, en los párrafos citados en líneas anteriores, señala que desde el año 2013, fecha en que canceló y solicitó al banco que se le confeccionaran las escrituras públicas y la minuta de cancelación, para proceder con la inscripción de la propiedad a su nombre en el Registro Público, se percató que dicho bien inmueble aparecía a nombre de María Luisa Sánchez Chen.

En ese sentido, aun cuando no consta la fecha exacta en que la demandante conoce del asunto objeto de controversia, lo cierto es que en los hechos tercero y cuarto de la demanda, se hace mención que desde el año 2013, **Ofelina Rodríguez**, tenía conocimiento que existía una afectación en su contra, y si tomamos de referencia esa fecha, como el momento en que la actora tenía certeza del supuesto daño ocasionado, la acción indemnizatoria en estudio, al haber sido presentada **el 12 de junio de 2019**, debe considerarse prescrita (Cfr. reverso foja 53 del expediente judicial).

Por consiguiente, para esta Procuraduría resulta evidente que **Ofelina Rodríguez** desde el año 2013, tuvo conocimiento de la actuación que le causó

el daño alegado, por lo que, al tenor de lo establecido en el artículo 1706 del Código Civil, la actora tenía un (1) año para la interposición de su acción de indemnización, **plazo que vencía en el año de 2014.**

Decimos esto, porque en la jurisprudencia de la Sala Tercera, citada más abajo, ese Tribunal señala que: **“...la demanda se encuentra prescrita de conformidad con el artículo 1706 del Código Civil, que dispone que el término de prescripción se produce transcurrido un año a partir en que el sujeto tuvo conocimiento del daño causado por el Estado...”**

Al revisar las constancias procesales, observamos que **la acción que ocupa nuestra atención fue interpuesta el 12 de junio de 2019, por lo que la misma deviene en extemporánea** (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

En un proceso similar al que se analiza, la Sala Tercera, se pronunció mediante el Auto de 6 de mayo de 2016, en el que explicó lo que a seguidas se copia:

“El Sustanciador considera que la demanda de indemnización que nos ocupa no es admisible, primero...; y en segundo lugar, que la demanda se encuentra prescrita de conformidad con el artículo 1706 del Código Civil, que dispone que el término de prescripción se produce transcurrido un año a partir en que el sujeto tuvo conocimiento del daño causado por el Estado.

...

Ahora bien, con relación al segundo punto en que el Sustanciador sustenta la inadmisibilidad de la demanda por considerar que la misma se encuentra prescrita, de conformidad con el artículo 1706 del Código Civil, sobre el que el demandante estima que es un asunto que corresponde examinar en la etapa de resolver el fondo de la pretensión, precisa señalar primero que la posición mantenida con anterioridad por la Sala Tercera, sobre que el tema de la prescripción de la acción debía ser analizada al momento de resolverse el fondo de la pretensión incoada, experimentó ciertas rectificaciones, concluyéndose que dicho tema debe ser analizado al momento de resolverse la admisibilidad de la demanda, a fin de procurar la mayor economía procesal. (Ver resolución de 11 de marzo de 2015).

Hecho tal planteamiento, este Tribunal de Alzada debe coincidir con el Sustanciador en cuanto a que la presente demanda de indemnización se encuentra prescrita, considerando que aún teniendo como base el numeral artículo 97 del Código Judicial, **la demanda se encuentra prescrita** toda vez que la Sentencia de 4 de febrero de 2014, que se notificó por edicto No.564, quedó desfijado el 27 de febrero de 2014, y si bien se presentaron solicitudes de aclaraciones, el edicto que notificaba la resolución que resuelve, fue desfijado el 17 de junio de 2014.

Ahora bien, si bien el recurrente se remite a que el Sustanciador nada dice de la Resolución de 30 de octubre de 2014, sobre el rechazo de petición de corrección, ni de la Resolución de 17 de septiembre de 2015 que resolvió una solicitud de petición de Ejecución de Sentencia; este Tribunal de Alzada, **es del criterio que no se puede desconocer de dónde es que se produce el hecho generador del daño lo que no proviene de ninguna de las resoluciones que se emitieron con posterioridad a la decisión de fondo, pues las siguientes resoluciones en nada cambiarían el hecho generador del daño**, lo que en este caso se podría estar dando desde que quedó notificada la Sentencia de 4 de febrero de 2014, no así con las resoluciones emitidas por solicitud de corrección o Ejecución de Sentencia.

Ante ese supuesto, que este Tribunal de Alzada considera que no es viable considerar que las resoluciones que emitiera esta Sala en virtud de Aclaraciones de Sentencias y de Ejecución de Sentencia, pueda interrumpir la prescripción, **pues lo que importante es que se tenga conocimiento del hecho generador del daño, lo que en este caso se da desde que se presentan las solicitudes de corrección de la sentencia, lo que vemos se dio desde el 17 de junio de 2014, y la demanda se presentó el 18 de septiembre de 2015, cuando ya había transcurrido más del término de un año; es decir cuando ya había transcurrido el término de ley para accionar, conforme lo previsto en el artículo 1706 del Código Civil.**

Sobre la base de lo anterior, que a juicio del Tribunal de Apelación, existen elementos suficientes para confirmar la decisión del Sustanciador, de no admitir la presente demanda.

En mérito de lo expuesto, el resto de los Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, disponen

CONFIRMAR, el Auto de 28 de octubre de 2015, que **NO ADMITE** la Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización **interpuesta por la firma Morgan y Morgan en representación del señor ...**, para que se condene **al Estado panameño, por medio del Ministerio de Desarrollo Agropecuario**, al pago de B/.3,000,000.00 en concepto de daños y perjuicios.” (Énfasis suplido).

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar **PROBADA** la mencionada excepción de prescripción, dentro del proceso que ocupa nuestra atención

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 402-19