

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 516

Panamá, 13 de octubre de 2014

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.**

La firma forense Morgan & Morgan, en representación de **Aseguradora Ancón, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 294-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el **Ministro de Obras Públicas**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Señor 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 numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fs. 56 y 83 del expediente judicial).

Segundo: No consta; por tanto, se niega.

Tercero: No consta; por tanto, se niega.

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fs. 56 y 83 del expediente judicial).

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fs. 56 y 83 del expediente judicial).

Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 83 a 92 del expediente judicial).

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 87 y 90 del expediente judicial).

Octavo: No consta; por tanto, se niega.

Noveno: No consta; por tanto, se niega.

Décimo: No consta; por tanto, se niega.

Undécimo: No es un hecho como se expone; por tanto, se niega.

Duodécimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No consta; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No consta; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: No consta; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: No es un hecho como se expone; por tanto, se niega.

Décimo Octavo: No consta; por tanto, se niega.

Décimo Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Segundo: No es un hecho como se expone; por tanto, se niega.

Vigésimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo Sexto: No es un hecho como se expone; por tanto, se niega.

Vigésimo Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fs. 60-61 del expediente judicial).

Vigésimo Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la sociedad demandante sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las disposiciones legales que a continuación pasamos a indicar:

A. Los artículos 102 y 115 del Texto Único de 27 de junio de 2011, por medio del cual se ordenó sistemáticamente la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que, de manera respectiva, establecen que la fianza de pago anticipado garantizará el reintegro de las sumas de dinero entregadas al contratista, por la entidad contratante, en concepto de adelanto para el inicio de la ejecución del contrato; y, que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista causará la terminación del contrato, lo que se hará efectivo a través de la emisión de una resolución administrativa debidamente motivada, la cual será notificada tanto a la contratista como a la fiadora, indicándole a esta última que tiene un plazo de treinta días calendario para que opte entre pagar el importe de la fianza o sustituir a la contratista en todos sus derechos y obligaciones (Cfr. fs. 19-27 del expediente judicial);

B. El artículo 1542 del Código Civil, de acuerdo con el cual la prórroga concedida por el acreedor al deudor, sin que hubiese consentimiento del fiador, dará lugar a la extinción de la fianza (Cfr. fs. 28-29 del expediente judicial);

C. El artículo 811 del Código de Comercio, según el cual el acreedor no podrá exigir al fiador el cumplimiento de la obligación afianzada, sin acreditar que ha requerido el pago al deudor principal (Cfr. fs. 29-30 del expediente judicial); y

E. Los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, mismos que, en su orden, se refieren a los principios que informan el procedimiento administrativo general; y al hecho de que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente (Cfr. fs. 30-38 del expediente judicial).

III. Antecedentes del caso y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Según se desprende de las constancias que reposan en el expediente judicial, el Ministerio de Obras Públicas y la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., suscribieron el Contrato AL-1-51-08 para la rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Nacional, tramo: Divisa-Chitré, provincia de Herrera, al cual se le incorporó la Fianza de Cumplimiento de Contrato número 080800222-01 de 22 de enero de 2008, emitida por Aseguradora Ancón, S.A., en la que se estableció como período de vigencia 385 días calendario, contados a partir de la orden de proceder expedida el 20 de junio de 2008 (Cfr. f. 91 del expediente judicial).

Se observa, además, que el Ministerio de Obras Públicas entregó a la empresa contratista la suma de B/.600,000.00, en concepto de adelanto para que iniciara los trabajos contratados, lo cual fue respaldado con la Fianza de Pago de Anticipo identificada con el número 0808-00245-01, emitida por Aseguradora Ancón, S.A. (Cfr. f. 91 del expediente judicial).

De acuerdo con lo expresado por la entidad contratante, 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, motivo por el cual, se le notificó mediante la Nota DM-AL-242 de 12 de febrero de 2009, el inicio de los trámites de resolución administrativa del Contrato. Cabe agregar, que el Ministerio de Obras Públicas le hizo llegar la misma comunicación a la empresa aseguradora, a través de la Nota DM-AL-243 de 12 de febrero de 2009 (Cfr. Expediente 12-12).

En este contexto, se observa que en virtud de algunas reuniones sostenidas con la empresa contratista, ésta se comprometió a reiniciar prontamente los trabajos y 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. Expediente 12-12).

No obstante, la empresa incumplió nuevamente lo acordado, por lo que la entidad contratante reinició el trámite de resolución administrativa del Contrato AL-1-51-08, para lo cual se emitieron las Notas DM-DNI-960 y DM-DNI-961, que tenían por objeto comunicar a la contratista y a su aseguradora el inicio de dicho trámite (Cfr. f. 91 del expediente judicial y el expediente 12-12).

El 6 de noviembre de 2009, el Ministerio de Obras Públicas emitió la Resolución AL-152-09, por cuyo conducto resolvió administrativamente el contrato suscrito con la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A. Cabe señalar, que el contenido de dicho acto le fue debidamente comunicado a Aseguradora Ancón, S.A., a través de la Nota DM-AL-AAJCP-1453 de 29 de octubre de 2009, otorgándosele un plazo de treinta días calendario, contados a partir del momento en que se surtió la notificación, para que optara entre pagar el importe de la fianza de cumplimiento o subrogarse en la ejecución del mencionado contrato; sin embargo, la aseguradora rechazó el reclamo presentado por la entidad ministerial (Cfr. f. 85 del expediente judicial y expediente 12-12).

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Obras Públicas dictó la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, por medio de la cual le exigió a Aseguradora Ancón, S.A., el pago de la suma de B/.2,000,000.00 que corresponde a la Fianza de Cumplimiento número 0808-00222-01; y a través de la Resolución 294-11 de la misma fecha, que constituye el acto acusado, dispuso reclamarle a dicha aseguradora el cumplimiento de la Fianza de Pago de Anticipo número 0808-00245-01, con el objeto de recuperar la suma de B/.600,000.00, que le había entregado a BM3 Obras y Servicios, S.A., en concepto de anticipo para que diera

inicio a la ejecución del referido contrato (Cfr. Expediente 12-12 y fs. 56-58 del expediente judicial).

Producto de esta última resolución, Aseguradora Ancón, S.A., promovió un recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la Resolución 307-11 de 15 de diciembre de 2011, en la que se confirmó en todas sus partes el reclamo del anticipo entregado a la empresa contratista (Cfr. fs. 59-61 del expediente judicial).

Una vez agotada la vía gubernativa la actora ha acudido a la Sala para interponer la demanda de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención (Cfr. fs. 1-42 del expediente judicial).

Es importante destacar que la compañía Aseguradora Ancón, S.A., también presentó ante la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, un Amparo de Garantías Constitucionales en contra de la Resolución 294-11 de 16 de noviembre de 2011, el cual fue denegado mediante Sentencia de 30 de agosto de 2012 (Cfr. fs. 91-92 del expediente judicial).

La apoderada judicial de la demandante manifiesta en sustento de su pretensión que si bien el Ministerio de Obras Públicas podía exigir el pago de la fianza en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., no lo es menos, que dicho requerimiento fue extemporáneo, ya que debió hacerse dentro del término de vigencia del Contrato AL-1-51-08, el cual, según su criterio, expiró el 9 de julio de 2009, fecha en la que se cumplió el plazo pactado para su ejecución, que era de 385 días calendario, contados a partir de la entrega de la orden de proceder, por lo que estima que el reclamo que ha hecho esa entidad ministerial no es procedente (Cfr. fs. 19-24 del expediente judicial).

En adición, señala que la institución contratante no observó los trámites administrativos que establece la Ley de Contrataciones Públicas para efectos de la resolución administrativa del contrato por causas imputables al contratista, ya que

la fiadora contaba con los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la falta de cumplimiento, para optar por pagar el importe de la fianza o sustituir al fiado en todos sus derechos y obligaciones. Sin embargo, antes de que se venciera dicho plazo, el Ministerio le requirió el reintegro inmediato de las sumas que había entregado previamente a la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., en concepto de adelanto, infringiéndose de esta manera los principios de legalidad y del debido proceso (Cfr. fs. 24-36 del expediente judicial).

Este Despacho no comparte los planteamientos expuestos por la apoderada judicial de la actora con respecto a la supuesta infracción de los artículos 100 y 102 del Texto Único de la Ley 22 de 2006; 1542 del Código Civil; 811 del Código de Comercio; y 34 y 36 de la Ley 38 de 2000, puesto que de acuerdo con lo que consta en autos, el Ministerio de Obras Públicas cumplió con el procedimiento de reclamo de la Fianza de Pago de Anticipo número 0808-00245-01, establecido en su cláusula denominada "Objeto", en la cual se estipula lo siguiente:

"LA FIADORA garantiza a la ENTIDAD OFICIAL el reintegro de la suma anticipada, siempre que sea utilizada por EL CONTRATISTA para la oportuna y debida ejecución del CONTRATO PRINCIPAL.

Esta fianza estará vigente durante todo el período de ejecución del CONTRATO PRINCIPAL y hasta por un término adicional de treinta (30) días posteriores al vencimiento del mismo, **o hasta cuando se haya efectuado el total reintegro de la suma anticipada a LA ENTIDAD OFICIAL, por razón de la presente fianza**" (El resaltado es de la entidad) (Cfr. f. 84 del expediente judicial).

En efecto, del contenido del informe de conducta se desprende el hecho de que la citada fianza de pago anticipado estaba vigente: 1) durante toda la ejecución del contrato principal, más un término adicional de treinta días posteriores a su vencimiento; o, 2) **hasta que se le restituyera al Ministerio de**

Obras Públicas la totalidad de la suma de B/.600.000.00, entregada a la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., en concepto de adelanto para el inicio del proyecto de rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Nacional, Tramo: Divisa- Chitré, provincia de Herrera.

Por lo tanto, al incurrir esta empresa en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el Ministerio de Obras Públicas estaba facultado para reclamar a su fiadora, Aseguradora Ancón, S.A., la devolución de aquellas sumas de dinero que entregó de manera anticipada para que aquella iniciara los trabajos contratados; como en efecto lo hizo con la expedición de la Resolución 294-11, acusada de ilegal.

Por otra parte, es necesario indicar que el reclamo hecho por el Ministerio de Obras Públicas con el objeto de que la compañía Aseguradora Ancón, S.A., hiciera efectiva la fianza de pago anticipado, no es de manera alguna extemporáneo, ya que según se desprende del informe de conducta, **el 17 de junio de 2009 la entidad envió a la empresa aseguradora la Nota DM-DNI-961, en la que le comunicó su intención de resolver administrativamente el Contrato AL-1-51-08, lo que denota que, antes de vencerse el plazo de vigencia de la Fianza de Cumplimiento, es decir, el 9 de julio de 2009, la actora tenía pleno conocimiento sobre el inicio del procedimiento para ponerle término a este contrato**, el cual concluyó con la emisión de la Resolución AL-152-09 de 6 de noviembre de 2009.

Debido a esta razón, al finalizar dicho procedimiento la afianzadora estaba obligada a cumplir con lo estipulado en la cláusula denominada "Objeto", contenida en la Fianza de Pago de Anticipo número 0808-00245-01, es decir, reintegrar al Ministerio de Obras Públicas la suma de **B/.600.000.00**, entregada a la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., en concepto de adelanto para el inicio

del proyecto de rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Nacional, Tramo: Divisa- Chitré, provincia de Herrera.

En ese mismo orden de ideas, también discrepamos del planteamiento hecho por Aseguradora Ancón, S.A., en el sentido de que ella se encuentra exonerada de responsabilidad, debido a que no se le notificó sobre la prórroga del contrato, puesto que aunque el Ministerio de Obras Públicas **mediante la Nota DM-DNI-No.416 de 12 de marzo de 2009, le comunicó a la empresa contratista que suspendería de forma temporal el trámite de resolución administrativa del contrato para que subsanara el incumplimiento en que había incurrido** (Cfr. f. 91 del expediente judicial), ello no es razón para que la demandante estimara que tal medida constituía una prórroga de la relación contractual, sobre todo, cuando el artículo 81 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 establece en forma expresa que toda extensión del término de vigencia del contrato debe hacerse a través de una adenda, la cual deberá ser adicionada al contrato principal; lo cual, de acuerdo con lo que consta en autos, jamás ocurrió. Esta norma dispone en su parte pertinente lo siguiente:

“Artículo 81. Concesión de Prórroga. Los retrasos que fueran producidos por causas no imputables al contratista o cuando se den situaciones de fuerza mayor o casos fortuitos, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un período no menor al retraso.

Sin perjuicio de lo establecido, **las prórrogas** modificarán, proporcionalmente, los términos establecidos y **se documentarán como adiciones o adendas al contrato originalmente suscrito.**

...”

En atención a lo que dispone la norma reproducida, esta Procuraduría es de opinión que Aseguradora Ancón, S.A., no puede negarse a hacer efectiva la Fianza de Pago Anticipado número 0808-00245-01, máxime cuando el artículo 28 del Decreto número 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, expedido por la Contraloría General de la República con el objeto de reglamentar las fianzas que

se emitan para garantizar las obligaciones contractuales del Estado, dispone en relación con las fianzas de anticipo que: **“La responsabilidad del fiador cesa al haber cancelado o reembolsado la suma adelantada”**; de lo cual se infiere que el Estado no está sujeto a plazos de vencimiento para cobrar las sumas de dinero que adelante a los contratistas para que ejecuten lo pactado en el contrato.

Como parte de nuestra contestación de la demanda, consideramos pertinente advertir que en Sentencia de 1 de noviembre de 2012 la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se pronunció en la forma que a continuación se transcribe sobre el fondo de la acción de Amparo de Derechos Fundamentales presentada por Aseguradora Ancón, S.A., en contra de la orden de hacer contenida en la Resolución 294-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, cuya legalidad constituye el objeto litigioso de este proceso contencioso administrativo:

“... ”

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

En cuanto a la supuesta prórroga o modificación del contrato alegada por la amparista, cabe apuntar que dentro del proceso de rescisión administrativa del contrato iniciado en contra de la empresa contratista, BM3 Obras y Servicios, S.A., como se expuso en párrafos precedentes, que **si**

bien, se le otorgó una oportunidad a dicha empresa, para ver si subsanaba su incumplimiento; es decir, se le concedió un plazo para enmendar los hechos que dieron inicio al trámite administrativo de resolución de contrato, tal como lo dispone el Artículo 116 del Texto Único de la Ley 22 de 2006; **esta Superioridad es de la opinión que dicha ‘oportunidad’ o ‘plazo concedido’ a la empresa contratista, no puede considerarse como una ‘PRÓRROGA O MODIFICACIÓN’ de la Fianza de Cumplimiento de Contrato,** como lo afirma la amparista. Ello es así, ya que en primer lugar, la Fianza de Cumplimiento No. 0808-00222-01 se encontraba vigente, toda vez que, dicha fianza de 22 de enero de 2008, establecía como período de vigencia trescientos ochenta y cinco (385) días contados a partir de la orden de proceder del contrato de obra (20 de junio de 2008); y por otro lado, no consta en el expediente que se haya modificado a través de una adenda el contrato principal que es donde se tenía que formalizar una prórroga, en la cual sí se hubiese tenido que tener la anuencia de la compañía aseguradora, y cumplir con todas las formalidades. Es más, dice la Fianza de Cumplimiento de Contrato No. 0808-00222-01: ‘LA FIADORA manifestará su consentimiento mediante la emisión del endoso respectivo. En caso contrario, EL CONTRATISTA deberá presentar una FIANZA que garantice la Prórroga o modificación del contrato’; hecho que no ocurrió.

En conclusión, el expediente revela que ni el contrato ni mucho menos la fianza de cumplimiento fueron objeto de prórrogas.

...” (El resaltado es de la Procuraduría de la Administración).

En el marco de todo lo indicado, debemos concluir señalando que los cargos de infracción de las normas que invoca la recurrente como infringidas, carecen de sustento jurídico, por lo que solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Resolución 294-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se denieguen el resto de las peticiones de la demanda.

V. Pruebas:

1) Se **aduce** el expediente 12-12 bajo la ponencia del Magistrado Alejandro Moncada Luna el cual reposa en la Sala Tercera.

2) También **aducimos** como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso que ocupa nuestra atención, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

VI. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 15-12