

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 527

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 15 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 295-11 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. f. 40 del expediente judicial).

Segundo: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

Cuarto: No es cierto; por tanto, se niega.

Quinto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Sexto: No consta; por tanto, se niega.

Séptimo: No consta; por tanto, se niega.

Octavo: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

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

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

Undécimo: No es un hecho; 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 es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

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

Décimo Séptimo: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

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

Vigésimo Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fs. 43-47 del expediente judicial).

Vigésimo Cuarto: 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. El artículo 101 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 dispone, entre otras cosas, que el término de vigencia de la fianza de cumplimiento corresponde al período de ejecución del contrato principal y al de la liquidación, y fija otros términos adicionales en consideración a la naturaleza de los bienes objeto del contrato, si se trata de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, como mano de obra, material defectuoso, defectos de reconstrucción o de construcción, según se trate (Cfr. fs. 17-20 del expediente judicial);

B. El artículo 115 del mencionado Texto Único de la Ley 22 de 2006, relativo al procedimiento para la resolución administrativa del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista (Cfr. fs. 20-24 del expediente judicial);

C. El artículo 1542 del Código Civil, norma que señala que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza (Cfr. fs. 24-26 del expediente judicial);

D. 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 de pago al principal deudor (Cfr. fs. 26-28 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 al procedimiento administrativo general, y a la prohibición de emitir o celebrar un acto con infracción de una norma jurídica vigente (Cfr. fs. 28-34 del expediente judicial).

III. Antecedentes.

Según se desprende de las constancias que reposan en autos, 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 (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

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; motivo por el cual la institución se lo notificó mediante la Nota DM-AL-242 de 12 de febrero de 2009 y dio inicio a los trámites de resolución administrativa del Contrato AL-1-51-08. Cabe agregar, que el Ministerio de Obras Públicas hizo llegar la misma comunicación a la empresa aseguradora, tal como consta en la Nota DM-AL-243 de 12 de febrero de 2009 (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

En este contexto, se advierte 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).

No obstante, la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., no cumplió con 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 la aseguradora del inicio de dicho trámite (Cfr. f. 40 del expediente judicial).

El 6 de noviembre de 2009, el Ministerio de Obras Públicas emitió la Resolución AL-152-09, por cuyo conducto resolvió administrativamente el Contrato AL-1-51-08, suscrito con la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A. Cabe señalar, que el contenido de dicho acto le fue debidamente informado a Aseguradora Ancón, S.A., a través de la Nota DM-AL-AAJCP-1453 de 29 de octubre de 2009, otorgándosele además, 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 o subrogarse en la ejecución del mencionado contrato; sin embargo, la

aseguradora rechazó el reclamo presentado por la entidad ministerial (Cfr. f. 41 del expediente judicial).

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, emitida por dicha empresa para garantizar el contrato de obra pública ya descrito (Cfr. fs. 40-42 del expediente judicial).

Producto de la situación indicada en el párrafo que precede, la apoderada especial de Aseguradora Ancón, S.A., promovió acciones legales contra la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, las cuales consistieron en la presentación de un incidente de nulidad de todo lo actuado, que fue rechazado de plano por el Ministerio de Obras Públicas mediante la Resolución 303-11 de 30 de noviembre de 2011; y un recurso de reconsideración, el cual fue denegado a través de la Resolución 308-11 de 15 de diciembre de 2011, produciéndose de esa manera el agotamiento de la vía gubernativa (Cfr. fs. 43-47 del expediente judicial; y fs. 20-41 del expediente ejecutivo que corresponde al expediente 454-13: Excepción de inexistencia de la obligación interpuesta por Aseguradora Ancón, dentro del proceso por cobro coactivo que le sigue el Ministerio de Obras Públicas).

IV. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

La recurrente acude ante el Tribunal para que se declare nula, por ilegal, la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, mediante la cual el Ministerio de Obras Públicas 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, emitida por dicha empresa para garantizar el Contrato AL-1-51-08, para

la rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Nacional, tramo: Divisa-Chitré, provincia de Herrera, cuyo contratista era BM3 Obras y Servicios, S.A. También solicita que la Resolución 308-11 de 15 de diciembre de 2011, confirmatoria del acto original, sea igualmente declarada nula, por ilegal (Cfr. fs. 5 y 6 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, la apoderada judicial de la actora, Aseguradora Ancón, S.A., alega que el Ministerio de Obras Públicas infringió los artículos 101 y 115 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006; el artículo 1542 del Código Civil; el artículo 811 del Código de Comercio; y los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, señalando al efecto, que estas violaciones se producen porque, a su juicio, si bien la entidad ministerial 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., lo cierto es, que dicho requerimiento debía hacerse dentro del período de ejecución del Contrato AL-1-51-08, el cual expiraba el 9 de julio de 2009, fecha en la que se cumplían los 385 días calendario que debían ser contados a partir de la entrega de la orden de proceder, por lo que cualquier reclamo hecho con posterioridad a esa fecha resultaba extemporáneo (Cfr. fs. 20, 22 y 26 del expediente judicial).

Según observa esta Procuraduría, en la parte motiva de la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, que constituye el acto acusado, se indica que el Ministerio 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 al atraso injustificado que la empresa BM3 Obras y Servicios, S.A., mantenía en cuanto a la ejecución del proyecto, se había producido el incumplimiento del Contrato AL-1-51-08, por lo que 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 días siguientes a que tuvo conocimiento del mismo (Cfr. f. 90 del expediente judicial).

También debemos hacer la salvedad que inmediatamente después de 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 se observa, 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, lo que le resta valor a las aseveraciones que en esta materia realiza la parte actora.

Sobre este aspecto, el Ministro de Obras Públicas manifestó lo que a seguidas se cita en el informe de conducta remitido al Magistrado Sustanciador:

“...

Tal como consta en el expediente, desde que el Ministerio determinó que el Contratista estaba inobservando sus obligaciones contractuales se le hizo saber a la fiadora, dando fiel cumplimiento tanto del Contrato de Fianza como de las disposiciones legales citadas, por lo que, desde el recibo de la primera nota, la fiadora tenía pleno conocimiento del incumplimiento de su fiado; de igual forma tenía pleno conocimiento del tiempo adicional que le fue concedido, precisamente para subsanar los hechos que

motivaban la posible resolución del Contrato No.al-1-51-08; este plazo otorgado al contratista debe considerarse extensivo a la fiadora porque ambos están vinculados en virtud de la Fianza de Garantía, por lo que no puede, luego entonces, alegar que el período de gracia otorgado lo desvincula de sus obligaciones como fiadora, ni desconocimiento de las causales de incumplimiento.

...” (Cfr. f. 91 del expediente judicial).

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 Públicos, 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.

..."

Lo indicado, permite determinar que los cargos de infracción relativos a las disposiciones legales invocadas por la recurrente como violadas carecen de asidero jurídico, por lo que la Sala debe desestimar los mismos, tomando en consideración el análisis hecho por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, el cual fue concluyente para determinar que el Ministerio de Obras Públicas sí cumplió con los trámites formales para exigir el pago de la fianza de cumplimiento.

En atención a las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Resolución 295-11 de 16 de noviembre de 2011, emitida por el Ministro de Obras Públicas y, en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones de la demandante.

V. Pruebas.

Se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

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

Del Honorable Magistrado Presidente,

Licenciado Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Magíster Indira Triana de Muñoz
Secretaria General, Encargada

Expediente 12-12