

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 656

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 28 de diciembre de 2012

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

La firma forense Sucre, Arias & Reyes y el licenciado Edgard Salomón Muñoz, actuando en representación de **Grupo Corporativo GS, S.A., y de HSBC Seguros (Panamá), S.A.**, solicitan que se declare nula, por ilegal, la resolución 125-2011 de 5 de agosto de 2011, emitida por el **Programa de Ayuda Nacional**, y que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda.**

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 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. foja 55 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

Tercero: No consta en la forma que viene expuesto; por tanto, se niega. Únicamente aceptamos que la fase de construcción culminó el 31 de agosto de 2009 (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

Cuarto: No consta en la forma que viene expuesto; por tanto, se niega. Únicamente aceptamos que la se extendió acta de aceptación final de la obra el 31 de agosto de 2009 (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 56 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

Los apoderados judiciales de las actoras manifiestan que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 36 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual dispone que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque ésta provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo (Cfr. foja 9 del expediente judicial);

B. El artículo 976 del Código Civil, de acuerdo con el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de la ley entre las partes contratantes por lo que deben cumplirse al tenor de los mismos (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial);

C. Las cláusulas “notificación del incumplimiento” y “resolución administrativa del contrato” de la fianza de cumplimiento 05-01-307163-0 que, en su orden, se refieren a que la entidad notificará por escrito a la fiadora y al contratista sobre cualquier situación que pueda dar lugar a la resolución administrativa del contrato dentro de los 30 días siguientes al conocimiento de la causal de incumplimiento; y que, en el evento en que ésta se produzca, la fiadora dispondrá de un término de 30 días para pagar el importe de la fianza o sustituir al contratista (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial); y

D. El numeral 1 del artículo 30 del decreto ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010, que crea el Programa de Ayuda Nacional, adscrito al Ministerio de la Presidencia, que dispone que son causales de resolución administrativa del contrato, entre otras, el incumplimiento de las cláusulas pactadas (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la entidad demandada.

De acuerdo con las constancias que reposan en autos, el proceso que nos ocupa tiene su génesis en el contrato 18/2007 FIS-MOP, proyecto 36254, suscrito entre Grupo Corporativo GS, S.A., y el entonces Fondo de Inversión Social, hoy denominado Programa de Ayuda Nacional, para la rehabilitación de la carretera San Lorenzo – Madre Vieja – Arrimadero, corregimiento de Río Grande, distrito de Soná, provincia de Veraguas (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

La ejecución de esa obra fue garantizada con la fianza de cumplimiento 05-01-307163-0, emitida por la empresa Compañía Nacional de Seguros, S.A., hoy HSBC Seguros (Panamá), S.A., por la suma de B/.865,043.68 (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

La empresa Grupo Corporativo GS, S.A., culminó la fase constructiva de la obra el 31 de agosto de 2009, fecha en la que se suscribió el acta de aceptación final; sin embargo, una vez firmado este documento y durante el periodo de garantía de la fianza de cumplimiento, los moradores del área presentaron quejas debido al rápido deterioro de la carretera (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que Mario Ortiz, representante del corregimiento de Río Grande, provincia de Veraguas, mediante la nota CRG/046-09 de 16 de noviembre de 2009, le comunicó al Ministerio de Obras Públicas algunos defectos que consideraba debían ser

corregidos para garantizar la durabilidad de la carretera y, en atención a esta petición, dicho ministerio, a través de la nota DNI-1309-11 de 9 de marzo de 2011, solicitó al representante legal del Grupo Corporativo GS, S.A., que, con carácter de urgencia, se evaluaran los daños que presentaba la misma (Cfr. foja 55 del expediente ejecutivo).

Según advierte este Despacho, el Ministerio de Obras Públicas, por medio de la nota DM-AL-669 de 16 de marzo de 2011, reclamó la fianza de cumplimiento y, posteriormente, el Programa de Ayuda Nacional procedió a expedir la resolución 125-2011 de 5 de agosto de 2011, por cuyo conducto dispuso promover formal reclamo contra la fianza de cumplimiento número 05-01-307163-0, emitida por la empresa HSBC Seguros S.A., que garantiza el contrato 18/2007 FIS-MOP, del proyecto número 36254, rehabilitación de la carretera San Lorenzo-Madre Vieja-Arrimadero, distrito de Soná, corregimiento de Río Grande, provincia de Veraguas y, además, le notificó a esa compañía aseguradora que contaba con 30 días para subrogarse o pagar la suma de B/.865,043.68, correspondiente al importe de la fianza (Cfr. foja 56 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con todo lo previamente anotado, el 17 de octubre de 2011, las sociedades Grupo Corporativo GS, S.A., y HSBC Seguros (Panamá), S.A., actuando por medio de su apoderada judicial, presentaron ante esa Sala la demanda que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención, cuyo objeto es obtener la declaratoria de nulidad, por ilegal, de la resolución 125-2011 de 5 de agosto de 2011 (Cfr. fojas 55-56 del expediente judicial).

En sustento de su pretensión, la apoderada de las recurrentes indica que al emitir el acto acusado de ilegal el Programa de Ayuda Nacional no resolvió administrativamente el contrato suscrito con la sociedad Grupo Corporativo, S.A., ni tampoco le notificó del incumplimiento de alguna de las cláusulas contractuales,

dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que generó su falta de cumplimiento (Cfr. fojas 9-11 del expediente judicial).

También señala la parte actora, que debido a que el contratista dio cabal cumplimiento a su obligación, no se le debe exigir a la fiadora, es decir, a HSBC Seguros (Panamá), S.A., que se subrogue o pague la suma de B/.865,043.68, ya que ello constituye un acto de desviación de poder por parte de la entidad contratante (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial).

Finalmente, las demandantes manifiestan que la rehabilitación de la carretera San Lorenzo-Madre Vieja-Arrimadero, distrito de Soná, corregimiento de Río Grande, provincia de Veraguas, fue entregada a satisfacción de las autoridades pertinentes el 31 de agosto de 2009 (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Frente a los argumentos expuestos por las empresas recurrentes, iniciamos nuestra contestación de la demanda señalando que, según se desprende de las piezas procesales incorporadas al expediente bajo estudio, la decisión adoptada por el Programa de Ayuda Nacional, a través de la resolución 125-2011 de 5 de agosto de 2011, no infringe la ley 38 de 2000, el Código Civil, las cláusulas “notificación del incumplimiento” y “resolución administrativa del contrato” de la fianza de cumplimiento 05-01-307163-0 ni el decreto ejecutivo 690 de 2010.

Nuestra afirmación se sustenta en el hecho que los defectos que presentaron los trabajos de rehabilitación de la carretera San Lorenzo-Madre Vieja-Arrimadero, distrito de Soná, corregimiento de Río Grande, provincia de Veraguas, fueron reconocidos por la propia contratista pocos meses después de la entrega de la obra y, a esa fecha, aún estaba vigente la fianza de cumplimiento, puesto que la cláusula décima tercera del contrato número 18/2007 FIS-MOP indica que ésta permanecería en vigor durante los tres años siguientes al recibo de la obra por parte del antiguo Fondo de Inversión Social, hoy Programa de

Ayuda Nacional; lo que se entendía tendría lugar una vez fuera firmada el acta de aceptación final y como quiera que dicho documento fue suscrito por las partes el 31 de agosto de 2009, la fianza se encontraba vigente al 5 de agosto de 2011, momento en que la entidad contratante dispuso exigir su cumplimiento (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

En este sentido, cabe agregar que conforme consta en la resolución demandada, mediante la nota DM-AL-669 de 16 de noviembre de 2009, el Programa de Ayuda Nacional le comunicó a la empresa contratista los defectos que presentaba la obra antes descrita, con lo que resulta claro que la autoridad sí le notificó sobre la existencia de los mismos y, por ende, sobre la presencia del riesgo garantizado por la fianza en mención (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

Por otra parte, creemos necesario destacar lo que dispone el artículo 30 del decreto 317-leg de 12 de diciembre de 2006, dictado por la Contraloría General de la República, en relación con este tipo de fianzas:

“Artículo 30: *en caso de incumplimiento del contrato por el contratista, éste perderá en todos los casos, la fianza de cumplimiento de contrato otorgada, la que ingresará al Tesoro Nacional”.*

Del contenido de la norma antes transcrita, se colige que le asiste la razón a la entidad demandada al reclamar que se haga efectiva la fianza de cumplimiento, ya que de acuerdo con lo que evidencian las pruebas allegadas al expediente, el Grupo Corporativo GS, S.A., no cumplió con las obligaciones pactadas en el contrato número 18/2007 de 10 de octubre de 2008, específicamente en cuanto se refiere a la obligación de reparar los defectos de construcción que presentaba la obra; por lo que, actuando en defensa y protección de los intereses públicos, el Programa de Ayuda Nacional dispuso reclamar la fianza de cumplimiento; decisión que se plasmó en la resolución 125-2011 de 5 de agosto de 2011, que ahora se acusa de ilegal (Cfr. fojas 55-56 del expediente judicial).

Por otra parte, este Despacho estima que la situación jurídica planteada permite establecer que al emitir la resolución impugnada, el Programa de Ayuda Nacional se ciñó en todo momento a lo dispuesto en la Ley, los reglamentos y las cláusulas contractuales pactadas, por lo que el argumento de que la entidad demandada actuó en este caso con desviación de poder debe desestimarse, sobre todo cuando no existe evidencia que la actuación administrativa se haya surtido apartándose de los fines que señalan la Ley y los reglamentos.

Debido a las consideraciones que preceden, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución 125-2011 de 5 de agosto de 2011, emitida por el Programa de Ayuda Nacional y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de las demandantes.

IV. Pruebas:

A. Se objeta la admisión de las pruebas visibles a fojas 16-46 del expediente judicial, ya que las mismas constituyen copias simples de documentos que no han sido autenticados por la autoridad encargada de la custodia de su original, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial.

B. También nos oponemos a la admisión de las pruebas de informe aducidas por las demandantes en los literales b. y c. del apartado que estas denominan "SOLICITAMOS", ya que dichas pruebas han debido ser gestionadas por las propias accionantes a través de la presentación de memoriales y/o peticiones ante las entidades oficinas o dependencias en las que reposan dichos documentos, lo que permite establecer que lo que se pretende es trasladar al Tribunal una carga procesal que le atañe al propio actor, de conformidad con lo que dispone el artículo 784 del Código Judicial; norma que establece que "incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables."

C. Igualmente objetamos la prueba de inspección judicial que debe realizarse a la carretera San Lorenzo-Madre Vieja-Arrimadero, en el corregimiento de Río Grande, distrito de Soná, provincia de Veraguas, cuya práctica solicitan las demandantes, por no cumplir con la finalidad que la misma debe desempeñar al tenor de lo previsto en el artículo 828 del Código Judicial, el cual en su parte pertinente señala:

*“**Artículo 828:** Podrá también pedirse la práctica de una inspección judicial sobre lugares o cosas que hayan de ser materia del proceso, cuando el transcurso del tiempo haga difícil su esclarecimiento o cuando su conservación o estado en que se encuentre resultare difícil o improbable...” (El Subrayado es de esta Procuraduría).*

En efecto, tal como puede advertirse del contenido de la prueba aducida, ésta no se enmarca en los parámetros señalados en la norma antes indicada, puesto que los hechos que motivaron la emisión del acto acusado fueron la no reparación de los defectos de construcción que presentaba la obra, la cual fue terminada en el mes de agosto del año 2009, mismas que al ser detectadas fueron debidamente notificadas a la empresa contratista.

En atención a lo expuesto, una inspección judicial en estos momentos, cuando las irregularidades antes observadas han podido ser subsanadas, en nada podrá variar la decisión tomada por la entidad demandada al dictar el acto acusado, motivo por el cual la petición de las actoras deviene en inconducente.

No obstante lo anterior, en el evento que la prueba de inspección judicial solicitada por las accionantes sea admitida, este Despacho designa en calidad de peritos a Ernesto Ng, con cédula de identidad personal 8-108-550 y a César Ortiz, con cédula de identidad personal 8-180-340, ambos ingenieros civiles.

D. Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal para ser incorporado a este proceso, se aduce como prueba documental la copia

autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por las demandantes.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 702-12