



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Panamá, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS:

En **grado de apelación**, conoce el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Abel Vergara, actuando en nombre y representación de **ASEGURADORA ANCÓN S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No.03-AL de 5 de enero de 2023, emitida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., y para que se hagan otras declaraciones.

Mediante la **Resolución de 30 de mayo de 2023**, visible a foja 61 a la 35 del Expediente Judicial, la Magistrada Sustanciadora, **NO ADMITE** la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción en cuestión, fundamentada en que la Activadora Judicial obvió agotar la Vía Gubernativa, tal como lo establece el artículo 200 de la Ley 38 de 2000.

I. RECURSO DE APELACIÓN

El Apoderado Judicial de **ASEGURADORA ANCÓN S.A.**, presentó Recurso

2

2

de Apelación a la decisión contenida en la **Resolución de 30 de mayo de 2023** solicitando al resto de los Magistrados que **REVOQUEN y ADMITAN** la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula por ilegal la Resolución No.03-AL de 5 de enero de 2023, emitida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., indicando que la Sustanciadora no indica con cuál Recurso se debió recurrir para agotar la Vía, ya que no existe Normativa que regule el recurso o los recursos que debió interponer su mandante.

Además, el Activador Judicial, señala que de acuerdo a los artículos 1036 y 1043 del Código Judicial sólo contemplan que contra la decisión que ordena una ejecución, caben excepciones de pago y prescripción, por ende, lo anterior, demuestra que una decisión como la Resolución No.03-AL de 5 de enero de 2023 es procesalmente irrecurrible, y solicitan que en base a la Tutela Judicial Efectiva el resto de la Sala REVOQUE la Resolución de 30 de mayo de 2023 y en su lugar admita la Acción Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción en cuestión.

II. OPOSICIÓN DE LA APELACIÓN

La Procuraduría de la Administración, mediante Vista No.1120 de 17 de julio de 2023, visible a foja 76 del Expediente Judicial presentó Oposición al Recurso de Apelación señalando principalmente, lo sucesivo:

Que una vez notificada a la **ASEGURADORA ANCÓN S.A.**, el 24 de marzo de 2023, de la Resolución No.03-AL de 5 de enero de 2023, por medio de la cual se declaró el incumplimiento en el pago de la Fianza de Cumplimiento Número 0818-00828-01, emitida por la misma, que garantizaba el cumplimiento del Contrato Número 20/18; o en su defecto el incumplimiento en la sustitución del fiado o el contratista del proyecto, según las dos (2) opciones legales previstas a las compañías aseguradoras, conforme lo establece el Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, el Recurrente no interpuso los Recursos de Impugnación que establece la Normativa Jurídica para tales efectos;

Señala que los Recursos contenidos en el artículo 166 de la Ley 38 de 2000, es decir el de reconsideración y apelación debieron ser interpuestos por el

Demandante, y que por no haber impugnado dicha decisión, hubo un Agotamiento defectuoso de la Vía Gubernativa y no se cumplió con dicho requisito indispensable, contenido tanto en la Jurisprudencia de la Sala Tercera, como en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, por lo que solicitan al Tribunal que debido al incumplimiento de las formalidades legales necesarias para la admisión de la Demanda, **CONFIRME** el Auto de treinta (30) de mayo de 2023 que **NO ADMITE** la Demanda.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN

Atendidas las consideraciones presentadas por el Apelante y la oposición presentada por la Procuraduría de la Administración, el resto de la Sala, ha procedido a revisar la Actuación recurrida, que consiste en la Resolución de 30 de mayo de 2023, mediante la cual la Magistrada Sustanciadora **NO ADMITE** la Demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción en referencia, a fin de determinar si la misma cumple con los requisitos Legales para ser admitida, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, así como en la Jurisprudencia que al respecto ha emitido este Tribunal.

En primera instancia, el Acto Administrativo demandado, Resolución No.03-AL de 5 de enero de 2023, proferido por la Sociedad Anónima denominada Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., versa sobre la ejecución del garante y resuelve:

“PRIMERO: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO No.0818-00828-01, emitida por ASEGURADORA ANCÓN, S.A. que garantiza el fiel cumplimiento del Contrato No.20/18, suscrito con la empresa ADMINISTRACIÓN E INVERSIONES DEL ISTMO, S.A.(ADISA) para el “DISEÑO, SUMINISTRO Y EQUIPAMIENTO DE LA AMPLIACIÓN DE LA TERMINAL DE PASAJEROS DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL PANAMÁ PACÍFICO POR MEDIO DE SISTEMAS MODULARES”, o en su defecto, EL INCUMPLIMIENTO EN LA SUSTITUCIÓN del FIADO o EL CONTRATISTA del proyecto, según las dos (2) opciones legales previstas a las compañías aseguradoras conforme lo establece el Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública.

SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento en el pago de la FIANZA DE PAGO ANTICIPADO No.0818-00829-01, emitida por

Aseguradora Ancón, S.A., por la suma de cincuenta y seis mil setecientos balboas con 05/100 (B/.56,700.05), que corresponde al diez (10%) del valor del Contrato No.020/18.

TERCERO: ORDENAR LA EJECUCIÓN DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO No.0818-00828-01 emitida por ASEGURADORA ANCÓN S.A., a través de la JURISDICCIÓN COACTIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, por la suma líquida de DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS BALBOAS CON 25/100 (B/.283,500.25), que garantiza al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A./Contraloría General de la República la fiel ejecución del Contrato No.20/18, suscrito con la empresa ADMINISTRACIÓN E INVERSIONES DEL ISTMO, S.A., (ADISA) para el "DISEÑO, SUMINISTRO EQUIPAMIENTO DE LA AMPLIACIÓN DE LA TERMINAL DE PASAJEROS DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL PANAMA PACÍFICO POR MEDIO DE SISTEMAS MODULARES", de acuerdo a lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública.

CUARTO: ORDENAR LA EJECUCIÓN DE LA FIANZA DE PAGO ANTICIPADO No.0818-00829-01 emitida por ASEGURADORA ANCÓN S.A., a través de la JURISDICCIÓN COACTIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, por la suma líquida de CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS BALBOAS CON 05/100 (B/.56,700.05), que garantiza al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., y a la Contraloría General de la República el reembolso del 100% de las sumas pagadas anticipadamente a LA CONTRATISTA dentro del CONTRATO No.020/18, de acuerdo a lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública.

QUINTO: LA OBLIGACIÓN del pago de la fianza de cumplimiento y el pago de la fianza de anticipo es un CRÉDITO LÍQUIDO, EXIGIBLE Y DE PLAZO VENCIDO a favor del ESTADO, propietaria del 100% de las acciones de la sociedad Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A.

SEXTO: REMITIR copia autenticada de la presente Resolución a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas a fin de que proceda con el cobro coactivo de la fianza de cumplimiento y de la fianza de pago anticipado, ambas emitidas por ASEGURADORA ANCÓN S.A..."

En segunda instancia, es de importancia constatar la normativa aplicable al Contrato entre el Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., y la empresa Administración e Inversiones del Istmo S.A., (ADISA), que es el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, ordenado por la Ley 48 de 2011.

Dicha disposición legal en su artículo 108 señala lo siguiente:

“Artículo 108. Ejecución del garante. En el evento de que el garante no pague el importe de la fianza o sustituya al fiado o contratista, el ente público contratante ejecutará la fianza, conforme al procedimiento que se establezca para hacer efectiva la jurisdicción coactiva.

También se ejercerá la jurisdicción coactiva cuando el garante no cumpla con la responsabilidad de responder por vicios redhibitorios o por defecto de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble.

La resolución que se dicte al efecto prestará mérito ejecutivo.”

En ese orden de ideas, la Sala Tercera, mediante Resolución de 05 de diciembre de 2014, y con respecto al agotamiento de la vía gubernativa en la ejecución del garante señala lo siguiente:

“...De lo anterior se concluye, que la ley faculta al Ministerio de Obras Públicas para la apertura de un proceso ejecutivo, para el cobro de la fianza de cumplimiento No. 103-FC, razón por la cual emite el Auto N° J.E. N° 007-11-001-11 de 8 de agosto de 2011, en base a la Resolución No. 142-11 de 21 de abril de 2011, que presta mérito ejecutivo. Por consiguiente, observamos que nos encontramos frente a la emisión un título ejecutivo idóneo que se ha dictado conforme a las presupuestos legales y las disposiciones que regulan la materia.

Ahora bien, en cuanto a las faltas al debido proceso, tenemos que la sociedad National Union Fire Insurance Company of Pittsburg, P.A., en uso de su derecho a recurrir, presentó recurso de apelación contra el Auto N° 142-11 de 21 de abril de 2011 ante el Tribunal de Contrataciones Públicas el cual lo declaró no viable por falta de competencia y ordena el desglose del memorial del recurso con sus respectivos documentos sustentatorios y remitir al Ministerio de Obras Públicas el expediente contentivo, para que resuelva lo que en derecho corresponda, a fin de agotar la vía gubernativa. Es necesario acotar que el artículo 120 del Texto Único de la ley 22 de 2006, establece la competencia del Tribunal de Contrataciones Públicas...De lo anterior se desprende que, si bien el Tribunal de Contrataciones Públicas, no era el competente para conocer del recurso de apelación, en la etapa de la contratación en la que fue presentado, no obstante, el mismo debió declararse inhibido de conocer el caso, por falta de competencia y no admitirlo para declararlo no viable, **y luego remitirlo al Ministerio de Obras Públicas, ya que la forma correcta de agotar la vía gubernativa, era con la presentación del recurso de reconsideración ante la entidad ejecutante.**

Así observa esta Sala, que la accionante ha presentado recursos no idóneos para el agotamiento de la vía gubernativa, ya que no cabe el recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones Públicas en este caso, y **omitió la presentación del recurso de reconsideración ante el Ministerio de Obras Públicas, que es la entidad que emitió la resolución que petiona el reclamo de la fianza de cumplimiento y es el ente**

competente ante quien debió recurrirse y, así agotar correctamente la vía gubernativa.

Por lo anteriormente expuesto, se desprende que no se le causó un estado de indefensión a la recurrente, **ya que pudo ejercer los recursos que la vía gubernativa establece para impugnar los actos administrativos, sin embargo, la misma parte no hace uso de este derecho ante el organismo competente.**

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto ejecutivo No. 007-11-001-11 de 8 de agosto de 2011, emitido por el Juzgado Ejecutor del Ministerio de Obras Públicas, por medio del cual se libra mandamiento de pago, dentro del proceso ejecutivo por cobro coactivo que le sigue el Ministerio de Obras Públicas a National Union Fire Insurance Company of Pittsburg, PA." (lo resaltado es nuestro).

De igual forma, y en ese mismo sentido, este Tribunal reitera, mediante

Resolución de 27 de febrero de 2015 lo siguiente:

"...De lo anterior se concluye, que la ley faculta al Ministerio de Obras Públicas para la apertura de un proceso ejecutivo, para el cobro de la fianza de cumplimiento No.103-FC, razón por la cual emite el Auto N° J.E. N°007-11-001-11 de 8 de agosto de 2011, en base a la Resolución No.142-11 de 21 de abril de 2011, que presta mérito ejecutivo.

En base a lo expuesto, observa este Tribunal que la Resolución No.142-11 de 21 de abril de 2011, mediante la cual el Ministerio de Obras Públicas formaliza el reclamo contra la fianza de cumplimiento No.103-FC, se emitió dentro del término legal para solicitar su ejecución, mientras que la misma permanecía vigente, por lo que consideramos que dicha obligación no ha prescrito, y por tanto, no están llamadas a prosperar las excepciones de prescripción ni por vencimiento de la fianza No.103-FC invocadas.

En cuanto a la excepción de falta de idoneidad del título ejecutivo, es de lugar hacer mención, que la sociedad National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh, PA., en uso de su derecho a recurrir, presentó recurso de apelación contra el Auto N°142-11 de 21 de abril de 2011 ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas el cual lo declaró no viable por falta de competencia y ordena el desglose del memorial del recurso con sus respectivos documentos sustentatorios **y remitir al Ministerio de Obras Públicas el expediente contentivo, para que resuelva lo que en derecho corresponda, a fin de agotar la vía gubernativa.** Es necesario acotar que el artículo 120 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, establece la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas...

De lo anterior se desprende que, si bien el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, no era el competente para conocer del recurso de apelación, en la etapa de la contratación en la que fue presentado, no obstante, el mismo debió declararse inhibido de conocer el caso, por falta de competencia, y no admitirlo

para declararlo no viable, y luego remitirlo al Ministerio de Obras Públicas, **ya que la forma correcta de agotar la vía gubernativa, era con la presentación del recurso de reconsideración ante el Ministerio de Obras Públicas, que es la entidad que emitió la resolución que peticiona el reclamo de la fianza de cumplimiento y es el ente competente ante quien debió recurrirse y, así agotar correctamente la vía gubernativa.** Lo anteriormente expuesto, nos permite concluir que la resolución dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, no es relevante para el análisis del caso, por lo que mal puede la recurrente apoyarse en la misma, con la finalidad de cuestionar el título ejecutivo, emitido por la ejecutante..." (lo resaltado es nuestro).

Siendo así las cosas, esta Corporación ha dejado claro en la jurisprudencia, que en materia de ejecución del garante, bajo la vigencia del Texto Único de la Ley 22 de 2006 de Contrataciones Públicas, ordenado por la Ley 48 de 2011, aplicable a la situación bajo estudio, **el recurso oportuno es el de reconsideración** ante la entidad que emite el acto administrativo en cuestión y no consta dentro del expediente judicial constancia alguna de que la **ASEGURADORA ANCÓN S.A.**, haya agotado debidamente la vía gubernativa, requisito indispensable para acceder a esta Jurisdicción.

Lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 200 de la Ley N° 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, el cual señala que la vía gubernativa se considera agotada cuando "interpuesto el recurso de reconsideración o apelación, señalados en el artículo 166, se entiende negado, por haber transcurrido un plazo de dos (2) meses sin que recaiga decisión sobre él", en concordancia con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943 que señala:

"Para ocurrir en demanda ante el Tribunal Contencioso-administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33,38,39 y 41 o se han decidido, ya se trata de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación." (El subrayado es nuestro).

De esta forma, una vez configurado el agotamiento de la Vía Gubernativa, el afectado puede concurrir a la Justicia Contencioso-Administrativa, según lo

establece el artículo 42b de Ley No. 135 de 1943, dentro del término de dos (2) meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la Demanda.

En el caso bajo estudio se observa que, según la información documental contenida en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" para el Acto Público No. 2018-2-02-0-15-LV-007267, no consta la interposición de ningún recurso en contra de la Resolución No.03-AL de 5 de enero de 2023, proferida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A.

En este punto, esta Sala debe advertir que el requisito de presentación de del Acto que agota la Vía, con sus constancias de notificación y/o ejecución de los Actos acusados, cobra vital importancia, debido a que es precisamente con la emisión de este último y la fecha en la que el recurrente se notifica de esta decisión, que se determina el inicio del cómputo del término de dos (2) meses que posee, conforme lo estipula el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, para la presentación de la Acción Contencioso Administrativa.

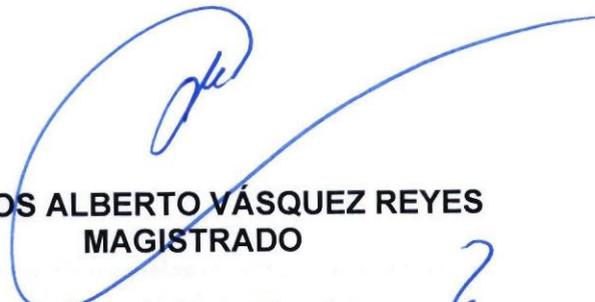
Es por lo antes expuesto que, el resto de la Sala coincide con los planteamientos proferidos por la Sustanciadora y por el Procurador de la Administración, donde señalan que a pesar de que la Demandante estimó sus derechos afectados y cuestionó la legalidad de la decisión comunicada por el Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., no impugnó dicha decisión, requisito indispensable para accionar dentro de la Vía Jurisdiccional en las Demandas de Plena Jurisdicción, al tenor de lo que establece el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, lo que implicaba que, al no hacer uso de los Recursos a que era susceptible la actuación de la Autoridad Administrativa, hubo un agotamiento defectuoso de los Medios de Impugnación, y no se cumplió con el requisito indispensable del agotamiento de la Vía Gubernativa.

Finalmente, no debe interpretarse que la exigencia, por parte del Tribunal, de la observancia de dichos requerimientos se convierte en una lesión al precepto jurídico de la Tutela Judicial Efectiva; es decir, este precepto de ninguna manera

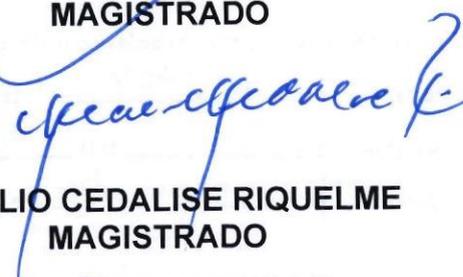
implica la exoneración a la Parte Actora del cumplimiento de los requisitos mínimos de admisibilidad que establece la Ley 135 de 1943, ni la misma debe invocarse como justificación para darle curso a una Demanda que no reúne los elementos necesarios para ser admitida.

En consecuencia, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMAN** la **Resolución de 30 de mayo de 2023**, por medio de la cual la Magistrada Sustanciadora **NO ADMITE** la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Abel Vergara, actuando en nombre y representación de **ASEGURADORA ANCÓN S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No.03-AL de 5 de enero de 2023, emitida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., y para que se hagan otras declaraciones.

Notifíquese,



CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO



CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO



TAMARA COLLADO
SECRETARIA ENCARGADA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 29 DE Septiembre DE 2023

A LAS 8:27 DE LA mañana

A Procurador de la Administración

[Firma]
Firma

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,

se ha fijado el Edicto No. 2979 en lugar visible de la

Secretaría a las 4:00 de la tarde

de hoy 26 de septiembre de 20 23

[Firma]

SECRETARIA