

Entrada No. 67435-2024

Magistrado Ponente: Cecilio Cedalise Riquelme.

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR MÓNICA CASTILLO ARJONA-DESPACHO JURÍDICO, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE BANESCO SEGUROS, S.A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN NO. 033-2024-CONADES DE 19 DE FEBRERO DE 2024, EMITIDA POR EL CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (CONADES), ASÍ COMO SU ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES.

REPÚBLICA DE PANAMÁ



ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, veintitrés (23) de octubre de dos mil veinticinco (2025).

VISTOS:

La firma forense **MÓNICA CASTILLO ARJONA-DESPACHO JURÍDICO**, actuando en nombre y representación de la sociedad **BANESCO SEGUROS, S.A.** ha presentado demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción a fin de que la Sala declare que es nula, por ilegal, la **Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024**, emitida por el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) adscrito al Ministerio de Ambiente, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

Mediante la Resolución de 13 de agosto de 2024, el Magistrado Sustanciador admite esta demanda; en consecuencia, requiere al Secretario Técnico del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) para que rinda informe explicativo de conducta y se le corre traslado a la Procuraduría de la Administración, quien actúa en este proceso en defensa del acto demandado. (Cfr. f. 153 del expediente).

Es importante enunciar que la Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024, como acto demandado, fue objeto de la medida cautelar de suspensión provisional de sus efectos, la cual fue ordenada por esta Superioridad mediante **Resolución de 25 de julio de 2024**, a solicitud de la parte actora. (Cfr. fs. 139-147 del expediente).

I. DEL ACTO IMPUGNADO DE ILEGAL (Cfr. fs. 92-95 del expediente).

El acto impugnado de ilegal lo constituye la Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024, emitida por el **Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (CONADES)** adscrito al Ministerio de Ambiente, en el cual se resolvió medularmente lo siguiente:

"Artículo 1. ORDENAR que la ejecución de la Fianza de Cumplimiento No. 03-31-670, emitida por **BANESCO SEGUROS, S.A.** por un valor **SEISCIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA BALBOAS CON 00/100 (B/. 604,980.00)**, que garantiza el Contrato de Obra Civil No. COC-05-17, suscrito entre el Ministerio de la Presidencia, por conducto del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) y **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**, para la **"CONSTRUCCIÓN DE 371 UNIDADES SANITARIAS (INCLUYEN 4 UNIDADES ESPECIALES) EN EL CORREGIMIENTO DE LLANO DE LA CRUZ Y PARTIA CABECERA, DISTRITO DE PARITA, PROVINCIA DE HERRERA"**, y advertir a **BANESCO SEGUROS, S.A.** que de conformidad con los procedimientos establecidos en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, el Decreto Núm. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006 de la Contraloría General de la República, y la Fianza de Cumplimiento No. **03-31-670**, debe pagar a la entidad oficial el importe de la Fianza.

Artículo 2. BANESCO SEGUROS, S.A. debe proceder a pagar la suma de **SEISCIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA BALBOAS CON 00/100 (B/. 604,980.00)**, en concepto del importe de la fianza de cumplimiento No. 03-31-670 que garantiza el Contrato de Obra Civil No. COC-05-17, suscrito entre el Ministerio de la Presidencia, por conducto del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) y **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**

Artículo 3. ORDENAR que la ejecución de la Fianza de Pago Anticipado, 03-31-671 emitida por **BANESCO SEGUROS S.A.** por un valor (sic) **DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS BALBOAS CON 00/100 (B/. 241,992.00)**, que garantiza el pago anticipado del veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de Obra Civil No. COC-05-17, suscrito entre el Ministerio de la Presidencia, por conducto del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) y **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**, para la **"CONSTRUCCIÓN DE 371 UNIDADES SANITARIAS (INCLUYEN 4 UNIDADES ESPECIALES) EN EL CORREGIMIENTO DE LLANO DE LA CRUZ Y PARTIA CABECERA, DISTRITO DE PARITA, PROVINCIA DE HERRERA."**

Artículo 4. ADVERTIR a **BANESCO SEGUROS, S.A.**, que de conformidad con los procedimientos establecidos en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, el Decreto Núm. 21-LEG de 28 de marzo de 2018 de la Contraloría General de la República, y la Fianza de Pago Anticipado No. **03-31-671**, debe pagar a la entidad oficial el importe de la Fianza. ... (Cfr. f. 94 del expediente).

La entidad demandada dentro de las consideraciones para arribar a la decisión proferida, señaló los siguientes hechos:

1. Mediante acto público No. 2016-0-03-0-06-LP-022976, para la **"CONSTRUCCIÓN DE 371 UNIDADES SANITARIAS (INCLUYEN 4 UNIDADES ESPECIALES) EN EL CORREGIMIENTO DE LLANO DE LA CRUZ Y PARITA CABECERA, DISTRITO DE PARITA, PROVINCIA DE HERRERA"** por un monto de **UN MILLÓN DOSCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA BALBOAS CON 00/100 (B/.1,209,960.00)**, se suscribió el **Contrato de Obra Civil No. COC-05-17**, con un plazo de ejecución de 500 días calendarios, contados a partir de la orden de proceder, a la empresa **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**, el cual fue refrendado el 14 de junio de 2017.

2. En el marco de la mencionada contratación el contratista presentó Fianza de Cumplimiento No. 03-31-670; y Fianza de Pago Anticipado No. 03-31-671, emitidas por **BANESCO SEGUROS, S.A.**

3. El Informe de Estado de Proyecto de 22 de agosto de 2018, determinó que la obra contratada contaba con un bajo avance de ejecución, por lo que no se culminará el proyecto atención a las cláusulas del contrato.

4. Que mediante Nota **CONADES-UCEP-S.E.-345-18 de 27 de agosto de 2018**, se comunicó a la empresa **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.** con copia a **BANESCO SEGUROS, S.A.** las razones para resolver administrativamente el **Contrato de Obra Civil COC-05-17** por incumplimiento, luego de cumplido el procedimiento contenido en el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que regula la Contratación Pública ordenado por la Ley No. 48 de 2011, se emite la **Resolución Administrativa No. 09 de 19 de febrero de 2019**, que resolvió el **Contrato de Obra Civil COC 05-17**.

5. Ante los hechos expresados y para salvaguardar los intereses del Estado, de conformidad con lo pactado en el Contrato No. COC-05-17 y el Decreto Núm.317-Leg de 12 de diciembre de 2006, de la Contraloría General de la República, lo procedente es ordenar la ejecución de las fianzas de cumplimiento y de pago anticipado,

respectivamente, y que se requiera a la garante **BANESCO SEGUROS, S.A.** el pago del importe de las mismas.

6. El traslado del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (CONADES) y la Unidad Coordinadora y Ejecutora de los Programas de Desarrollo Sostenible (UCEP) del Ministerio de la Presidencia al Ministerio de Ambiente mediante Decreto Ejecutivo No. 588 de 23 de septiembre de 2020, que dispuso la subrogación en el Ministerio de Ambiente de todos los proyectos y sus garantías, los contratos y sus adendas que suscribió el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) por conducto del Ministerio de la Presidencia, para que estos fueran ejecutados y administrados.

II. DE LOS HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA Y DE LA PRETENSIÓN

(Cfr. fs. 19-24 del expediente).

La parte actora presenta como hechos u omisiones medulares de su demandada, los siguientes:

-Por la Resolución No. 372 de 24 de noviembre de 2016, el Ministerio de la Presidencia adjudicó a la empresa **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.** la licitación abreviada por mejor valor No. 2016-0-03-0-03-LP-022976, para la ***“CONSTRUCCIÓN DE 371 UNIDADES SANITARIAS (INCLUYEN 4 UNIDADES ESPECIALES) EN EL CORREGIMIENTO DE LLANO DE LA CRUZ Y PARTIA CABECERA, DISTRITO DE PARITA, PROVINCIA DE HERRERA”*** por un monto de **UN MILLÓN DOSCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA BALBOAS CON 00/100 (B/.1,209,960.00).**

-El 11 de abril de 2017, se suscribió el **Contrato de Obra Civil No. COC-05-17**, entre la empresa **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.** y el Ministerio de la Presidencia, el cual se refrendó el 14 de junio de 2017, y publicó en el sistema electrónico del portal ***“PanamáCompra” el 20 de junio de 2017.***

-El mencionado Contrato tenía un plazo de ejecución original de 500 días calendarios contados a partir de la orden de proceder publicada en el portal el 20 de junio de 2017. La ejecución del proyecto inició el 23 de junio de 2017 y finalizó el 4 de noviembre de 2018, y si se le agrega el periodo de liquidación se puede indicar que el mismo culminó el 4 de enero de 2019.

-El contratista **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.** aportó para el **Contrato de Obra Civil No. COC-05-17** fianzas emitidas por **BANESCO SEGUROS, S.A.**, a saber: **Fianza de Cumplimiento No. 03-31-670**, por un monto de **SEISCIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA BALBOAS CON 00/100 (B/.604,980.00)**, con vigencia hasta el 4 de enero de 2019, en atención a la duración del contrato principal, y, por otro lado, la **Fianza de Pago Anticipado No. 03-31-671** por un monto de **DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS BALBOAS CON 00/100 (B/. 241,992.00)** en atención a la vigencia del período de ejecución del contrato, hasta el 4 de noviembre de 2018, más un término adicional de treinta (30) días calendarios adicionales, por lo que su vigencia era hasta el 4 de diciembre de 2018, lo que debió requerir la entidad demandada durante la vigencia de ejecución del contrato.

-Mediante Nota No. MP/CONADES-UCEP-S.E.-345-18 de 27 de agosto de 2018, publicada en el portal "*PanamáCompra*" el 30 de agosto de 2018, la entidad informó que da inicio al trámite de resolución administrativa del contrato, sobre la base de un Informe Técnico de 21 de agosto de 2018, ya que la obra solo tenía un avance del 27%, ante lo cual se concluye que la obra no sería culminada de acuerdo al Contrato.

-La entidad contratante emitió la Resolución No. 9 de 19 de febrero de 2019, que resolvió administrativamente el Contrato COC-05-17 e inhabilitó a la empresa contratista por dos (2) años. En dicha resolución se dispuso lo concerniente al trámite contenido en el artículo 115 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011, a fin de notificar a la afianzadora **BANESCO SEGUROS, S.A.** para que sustituya al contratista o pague el importe de las fianzas.

-En virtud del trámite legal mencionado, **BANESCO SEGUROS, S.A.** manifiesta su intención de sustituir al contratista en derechos y obligaciones del Contrato COC-05-17, y propone varios proveedores para que fuesen analizados en requisitos técnicos y financieros con miras a ejecutar el objeto contractual por cuenta de la fiadora.

-El Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (CONADES) y la Unidad Coordinadora y Ejecutora de los Programas de Desarrollo Sostenible (UCEP) fueron trasladadas del Ministerio de la Presidencia al Ministerio de Ambiente por Decreto Ejecutivo No. 588 de 23 de septiembre de 2020, que dispuso la subrogación en el Ministerio de Ambiente de todos los proyectos y sus garantías, los contratos y sus adendas que suscribió el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) por conducto del Ministerio de la Presidencia, para que estos fueran ejecutados y administrados.

-Durante el proceso de selección del tercero ejecutor la entidad contratante emitió la Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-419-2021 de 8 de octubre de 2021, dirigida a la señora Kenia Ortega, Coordinadora de Servicios de Fianzas de **BANESCO SEGUROS, S.A.**, en la que comunica que en relación a la firma del Acuerdo Suplementario para la subrogación del Contrato COC-05-17, se rechaza a la empresa propuesta como tercero ejecutor, solicitando se remita documentación de otra empresa para evaluarla; de cumplir con los requisitos se estaría procediendo con la firma del Acuerdo Suplementario para cumplir el objeto contractual.

-Mediante Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-460-2022 de 7 de diciembre de 2022, la entidad contratante responde a la afianzadora en relación a la propuesta de la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**, indicando que requiere documentación para formalizar la Adenda de subrogación del Contrato COC-05-17; así emite Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-191-2023 de 3 de abril de 2023, manifestando anuencia y autorización para la subrogación del Contrato.

-Mediante Nota de 23 de octubre de 2023, la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**, solicitó a la entidad contratante una certificación de la partida presupuestaria para el Contrato No. COC-05-17, ante lo cual recibió como respuesta mediante Nota No. CONADES-UCEP-SE-207-2023 de 13 de noviembre de 2023, que la entidad no contaba con los fondos presupuestarios disponibles para certificar dicha partida, que estaba realizando esfuerzos ante la Dirección de Presupuesto de la Nación adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de obtener los recursos para cumplir el compromiso contractual.

-La afianzadora envió comunicaciones escritas para dar seguimiento al trámite de subrogación, para dar continuidad a la relación contractual. La última comunicación fue mediante Nota No. BS.SUS.0060 de 31 de enero de 2024, suscrita por la Coordinadora de Servicios de Fianzas, en la que se pregunta a la entidad contratante si mantiene respuesta de las partidas presupuestarias pendientes de asignación para lograr cumplir con los contratos en donde **BANESCO SEGUROS, S.A.** es garante, ante lo cual no hubo respuesta.

-Luego de ello, la entidad demandada, emite el acto administrativo demandado, en el que se ordena la ejecución de la Fianza de Cumplimiento y de la Fianza de Pago Anticipado, ambas otorgadas por **BANESCO SEGUROS, S.A.**, lo cual fue publicado el 5 de marzo de 2024, en el portal "*PanamáCompra*".

La parte actora a través de la presente demanda formula como pretensión las siguientes peticiones (Cfr. fs. 18-19 del expediente) dirigidas a la Sala Tercera para:

1. Que se declare nula, por ilegal, la **Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024.**
2. Que se declare que la entidad demandada violó el debido proceso al no notificar el acto demandado en debida forma a su representada.

3. Que se declare la responsabilidad de la entidad demandada por proceder a ejecutar garantías en forma arbitraria y con pretermisión del proceso legal establecido en perjuicio de su representada.
4. Que se declare que su representada está facultada para ejercer la opción de sustituir a la empresa contratista de esta licitación, para subrogarse todos los derechos y obligaciones del Contrato COC-05-17, siendo responsable de darle continuidad a este, culminando la obra para entregarla a satisfacción a la entidad contratante.
5. Que se deje sin efecto la orden de pago exigida en el acto demandado, así como también que se declare que su representada no está obligada al pago de la Fianza de Cumplimiento No. 03-31-670 y de la Fianza de Pago anticipado No. 03-31-671 respectivamente, emitidas en relación al Contrato de Obra Civil No. COC-05-17.

III. DE LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN (Cfr. fs. 24-63 del expediente).

Como disposiciones legales infringidas, la parte actora aduce los artículos 115, 106 y 24 de la Ley de Contrataciones Públicas (Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la reforma de la Ley No. 48 de 2011) como norma vigente y aplicable al caso en cuestión, el artículo 33 del Decreto No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, y los artículos 34, 62 y 36 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, que disponen cada uno taxativamente lo siguiente:

-Del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la reforma de la Ley No. 48 de 2011:

“Artículo 115. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo

de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

Para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.

Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor.

“Artículo 106. Ejecución y extinción de las fianzas. Si el proponente seleccionado no constituye la fianza de cumplimiento dentro del término correspondiente, perderá la fianza de propuesta, que quedará a favor del Tesoro Nacional.

En caso de incumplimiento del contrato por el contratista, este perderá, en todos los casos, la fianza de cumplimiento de contrato otorgada, la que ingresará al Tesoro Nacional. Si la fianza fuera otorgada por una institución bancaria o de seguros, la fiadora tendrá, dentro de los treinta días calendario siguientes a la notificación de incumplimiento, la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta y riesgo de la fiadora, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.

Ejecutada la obra contratada, la fianza de cumplimiento continuará en vigencia por el término de un año, si se tratara de bienes muebles, consultorías y servicios para responder por vicios redhibitorios, tales como mano de obra, material defectuoso o de inferior calidad que el adjudicado, o cualquier otro vicio o defecto en el objeto del contrato, salvo los bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyos términos de cobertura serán de seis meses, y por el término de tres años para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble. Vencidos estos términos y no habiendo responsabilidad, se cancelará la fianza.

En los contratos de servicios, el contratista responderá por los daños y perjuicios que sufra el Estado como consecuencia de las deficiencias en que incurra el contratista en la prestación de sus servicios.

La acción del Estado, para reclamar estos daños y perjuicios prescribirá en el término de un año, contado a partir de la terminación de la prestación del servicio, por cualquier causa.”

“ARTÍCULO 24. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA. Cuando el contrato haya de obligar a una entidad licitante al pago de alguna cantidad, se acreditará en el expediente respectivo la partida presupuestaria correspondiente, indicándola en los documentos de la contratación, o se consignará la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas, de que se dispondrá, en el momento oportuno, de las partidas presupuestarias suficientes para dar cumplimiento al contrato de que se trate. En este caso, la entidad deberá solicitar autorización previa del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la relación de las cantidades que deberán ser canceladas

dentro del periodo fiscal correspondiente, atendiendo a las normas presupuestarias vigentes.

Cuando la ejecución de un contrato corresponda a un periodo fiscal distinto o a más de un periodo fiscal, se podrá realizar el procedimiento de selección correspondiente, atendiendo las disposiciones contenidas en la Ley de Presupuesto vigente. La Contraloría General de la República podrá dar su refrendo al contrato respectivo, aunque no exista en el presupuesto de ese año la partida para la ejecución de la obra, siempre que el contrato estipule claramente las cantidades que deberán ser pagadas con cargo al ejercicio fiscal de que se trate, y se cuente con la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas de que se dispone del correspondiente financiamiento.

- Del Decreto No. 317-LEG de 12 de diciembre de 2006:

"ARTÍCULO 33: Cuando el contratista incumpla con las obligaciones pactadas, la entidad contratante correspondiente notificará a LA FIADORA, para que ésta ejerza la opción de pagar el importe de la fianza o sustituya al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de LA FIADORA y a cuenta y a riesgo de ésta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante; además siempre lo comunicará a la Contraloría General de la República para los fines de coordinar las medidas que sean pertinentes adoptar para salvaguardar los intereses del Estado." (Lo resaltado es de la parte actora).

-De la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

"Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición. Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labora asignada.

"Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. Si fuese emitida sin competencia para ello;
2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;
3. Si el afectado consiente en la revocatoria; y
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

En contra de la decisión de revocatoria o anulación, el interesado puede interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la ley.

..."

"Artículo 36. **Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente**, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos." (Lo subrayado y resaltado es la parte actora).

Los cargos de violación presentados por la apoderada judicial de la parte actora sobre las normas supra citadas se alegan fundamentalmente conforme a lo que sigue:

1. En relación al **artículo 115 de la Ley de Contrataciones Públicas** (Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la reforma de la Ley No. 48 de 2011, señala que la violación se da en forma directa por comisión puesto que dicha norma confiere a la afianzadora **BANESCO SEGUROS, S.A.** la opción de sustituir al contratista que ha incumplido o pagar el importe de las fianzas dadas como garantías del Contrato.

En este caso, quien acciona ejerció la opción de sustituir al contratista en calidad de fiadora del Contrato No. COC-05-17, lo cual aceptó y autorizó la entidad demandada, al emitir comunicación a la empresa designada como tercero ejecutor (**MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**), tal y como se desprende de la Nota No. CONADES –UCEP-ALYADQ-191-2023 de 3 de abril de 2023 y de la Nota No. CONADES –UCEP-ALYADQ-240-2023 de 8 de mayo de 2023, en la que aprueba el plazo solicitado para culminar el contrato, solicitando al tercero ejecutor documentación como las fianzas para perfeccionar la continuidad del contrato.

Igualmente, la entidad demandada emite la Nota No. CONADES-UCEP-SE-207-2023 de 13 de noviembre de 2023, en la que manifiesta sus esfuerzos ante el Ministerio de Economía y Finanzas para obtener las partidas presupuestarias para cumplir con el Contrato.

Ante estas actuaciones de la entidad demandada, considera la apoderada judicial de la parte actora que la resolución demandada es contraria al propósito y finalidad de las mencionadas actuaciones; el acto impugnado en esta demanda no contempla todos los esfuerzos realizados y que constan en diversas comunicaciones para lograr la subrogación del contrato, en virtud del trámite de sustitución del contratista por cuenta de su representada.

A su juicio, ello se traduce en que la administración ha ignorado las gestiones realizadas, cuando estas constituyen manifestaciones unilaterales de su propia voluntad que producen efectos jurídicos, de modo que, la actuación censurada de ilegal es incongruente, arbitraria y contradictoria ya que con esta la administración desvirtúa sus propios actos (en contra de la Doctrina de los Actos Propios reconocida por jurisprudencia de este Tribunal), con lo que se afecta la facultad legal de su representada de sustituir al contratista y se vulnera del Principio de Buena Fe de la Contratación Pública.

Agrega que las actuaciones por parte de la entidad pública tuvieron lugar con vigencia de la Ley No. 61 de 2017, que ordenó el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, por lo que, debió aplicarse el artículo 119 que contemplaba la figura del Acuerdo Suplementario para que su representada ejerciera la subrogación del contrato.

En consecuencia, la entidad demandada dispuso formalizar el documento en mención y perfeccionarlo, como consta en la Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-419-2021 de 8 de octubre de 2021, cuando comunicó a la Coordinadora del Servicio de Fianzas de su representada, que una vez realizada la evaluación de la empresa procedería la firma del Acuerdo Suplementario.

En este sentido, infiere que previo a que se prohiriera el acto impugnado la entidad demandada había reconocido el derecho de subrogación de su representada, no siendo viable ejecutar las fianzas del Contrato, lo que constituye una actuación contraria a la norma y desleal a sus propios actos.

El procedimiento del artículo 115, tuvo lugar dadas las actuaciones que adelantó la entidad demandada en relación a suscribir un Acuerdo Suplementario, pese a que no es una figura aplicable al Contrato No. COC-05-17, al haber surgido con la Ley No. 61 de 2017; no obstante la entidad contratante ignoró su propia gestión administrativa, la cual estaba teniendo lugar; ello significa que el Estado en esta causa ha incurrido en una conducta confusa creando expectativa en la afianzadora y la empresa designada como tercero ejecutor, al haber efectuado actos tendientes a lograr una subrogación del

contrato, aceptando mediante Nota que se encontraba realizando esfuerzos para obtener los recursos presupuestarios para cumplir con la carga contractual.

El acto impugnado de ilegal afecta la actividad ejercida por su representada con miras a lograr una sustitución de la contratista en derechos y obligaciones, lo cual fue reconocido por la entidad demandada, mediante actos que generan efectos jurídicos, desconociendo así que como entidad contratante realizó actuaciones para lograr un Acuerdo Suplementario y la subrogación en la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURAS Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** como tercero ejecutor, lo cual vulnera sus propios actos y el derecho de la afianzadora, de preservar por su cuenta y riesgo la relación contractual, dejando de lado la existencia de su expectativa real de concretar una subrogación y darle continuidad al Contrato conservando su ejecución y cumpliendo su objeto.

Expresa a su vez, que existe una vulneración al Principio de Economía, contenido en el numeral 3 del artículo 19 de la Ley que se estima infringida ya que la entidad demandada ha proferido una decisión que atrasa el servicio público ya que al ejecutar a la fiadora elimina la posibilidad de efectuar una subrogación ante la realidad de un Contrato incumplido, ante lo cual, no se satisface la necesidad de la propia entidad demandada y de sus funciones, afectando intereses del Estado y administrados.

2. En cuanto al **artículo 106 de la Ley de Contrataciones Públicas** (Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la reforma de la Ley No. 48 de 2011) indica que la violación se da en forma directa por comisión del segundo párrafo del artículo, puesto que con el acto demandado se desconoce el derecho que tenía su representada de optar por la subrogación del Contrato, de conformidad con lo que dispone el artículo 115 de la Ley en referencia, lo cual efectivamente hizo; ante ello, reafirma una vulneración en iguales términos que los señalados respecto al artículo 115, en el sentido de que existían actos administrativos en los que la entidad demandada aceptaba la sustitución de la empresa contratista y aprobaba la subrogación reconociendo derechos subjetivos a su

representada que se ven vulnerados con la emisión del acto en el cual ordena la ejecución de las fianzas del Contrato.

Las actuaciones de la entidad demandada consignadas en las diversas comunicaciones sostenidas con la afianzadora y la empresa autorizada que fungiría como tercero ejecutor, develan que la entidad demandada avalaba la sustitución del contratista y continuidad del Contrato, por lo que, emitir un acto que ordena la ejecución de las fianzas coloca a su representada en indefensión al desconocer la entidad demandada sus propias actuaciones y autorizaciones, conculcando los derechos de la afianzadora consignados en el artículo 106, en torno a la opción de sustitución del contratista escogida por esta y afectando el interés estatal y de los administrados al no procurar la finalización del proyecto mediante el trámite de subrogación consignado en la Ley.

3. En lo que concierne al **artículo 24 de la Ley de Contrataciones Públicas** (Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la reforma de la Ley No. 48 de 2011), expresa que la violación se da en forma directa por omisión.

Así manifiesta la apoderada judicial que es una obligación de la entidad contratante mantener la disponibilidad presupuestaria para cumplir con el pago del objeto contractual. Ante la solicitud de la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURAS Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** como tercero ejecutor, mediante Nota de 23 de octubre de 2023, de que se certificara si se contaba con las partidas presupuestarias para la contratación, la entidad demandada comunicó en Nota No. CONADES-UCEP-SE-207-2023 de 13 de noviembre de 2023, que no contaba con los recursos presupuestarios disponibles para continuar con la ejecución del Contrato de Obra No. COC 05-17.

Lo anterior, conculca el Principio de Economía dispuesto en el numeral 9 del artículo 19 de la Ley de Contrataciones Públicas aplicable a este Contrato, que establece que la entidad tiene la obligación de mantener las reservas presupuestarias al celebrar contrataciones.

Indica la apoderada judicial que, ante lo constatado, se tiene que no se pudo continuar con el proceso de sustitución y suscripción del Acuerdo Suplementario, a fin de perfeccionar la sustitución de la contratación y que pudiera ingresar el tercero ejecutor a cumplir con el objeto del contrato, constituyendo este actuar una omisión por parte de la entidad demandada, ante la cual prosigue con la emisión del acto que se censura de ilegal y que contradice sus propios actos.

La omisión en comento se configura cuando la entidad demandada no justifica por qué no continuó con el trámite de sustitución del contratista, ya que solo informó que no contaba con las partidas presupuestarias para continuar con el Contrato, siendo visible la vulneración del artículo 24 en referencia, dadas las actuaciones y avances del proceso de subrogación con la afianzadora y la empresa como tercero ejecutor, lo cual resulta contrario al Principio de Buena Administración y Buena Fe, inherentes a los servidores públicos.

Afirma que su representada, en calidad de afianzadora, confiaba en el procedimiento que se llevaba a cabo para continuar con la ejecución del contrato, frente a lo cual, la entidad demandada debía contar con los recursos para solventar la ejecución en mención, toda vez que, la opción de sustituir al contratista está contemplada en la Ley de Contrataciones Públicas ante un incumplimiento por parte del contratista.

A su criterio, no hubo formalización de la relación contractual con su representada por falta de recursos presupuestarios lo que constituye una omisión por parte de la entidad demandada que afectó derechos de su representada para sustituir al contratista, así como los derechos de la empresa designada como tercero ejecutor y a la comunidad beneficiada con la obra contratada.

4. El cargo de ilegalidad del **artículo 33 del Decreto No. 317-LEG de 12 de diciembre de 2006**, radica en una violación directa por omisión por parte de la entidad demandada que se configura con el desconocimiento de la facultad que por Ley tiene la afianzadora para sustituir al contratista, habiendo reconocido y autorizado en actos propios

contenidos en las comunicaciones sostenidas con la afianzadora y el tercero ejecutor la referida sustitución, la cual no tuvo lugar por responsabilidad de la entidad contratante al no contar con los fondos presupuestarios para cumplir con la continuidad de la ejecución del contrato.

Los actos de la entidad demandada en torno a esta sustitución del contratista no han sido referidos en la motivación del acto impugnado en esta demanda; la entidad demandada debió emplear el mecanismo legal para cumplir la obligación contractual y garantizar su ejecución, a fin de no afectar el interés público, mecanismo dispuesto en el artículo 33 del Decreto en mención, que prevé, en casos de incumplimiento contractual, que la afianzadora pueda sustituir al contratista, procedimiento que ha sido desconocido por la entidad demandada pese a haber emitido actos administrativos de aceptación de la sustitución y aprobación de la empresa que se designó como tercero ejecutor.

Al proferir el acto impugnado que ordena la ejecución de las fianzas del contrato, la entidad demandada desconoce el mecanismo legal idóneo descrito en líneas anteriores, que había avalado y que no culminó, lo cual reviste una arbitrariedad e ilegalidad en el acto impugnado.

5. Respecto al cargo de ilegalidad del **artículo 34 de Ley No. 38 de 2000**, atribuye una violación directa por omisión a cuenta de la entidad demandada al haber emitido un acto administrativo vulnerando el principio de estricta legalidad, sumado a la ausencia de los principios de lealtad, honestidad, eficiencia y buena fe, regentes de la relación contractual, ante la falta de probidad de la entidad al gestionar el Contrato, lo que resulta en que la actuación que se censura carezca de congruencia, buena fe y legalidad, lo cual es necesario para que se garanticen los intereses del Estado.

Por lo que los Tribunales no pueden justificar la mala gestión de los contratos por parte de las entidades públicas en detrimento de los contratistas y garantes, perjudicando sus garantías judiciales y derecho de defensa.

6. Del **artículo 62 de la Ley No. 38 de 2000**, infiere una violación directa por comisión a cuenta de la entidad demandada ya que con la emisión de la Resolución impugnada ha dejado sin efecto los actos anteriores relacionados al trámite de sustitución del contratista, en los cuales reconoció derechos a favor de su representada al haber reconocido que esta optó por sustituir a la contratista y llegando a requerirle que propusiera otra empresa para verificar su capacidad financiera y técnica, conforme al trámite previsto en el artículo 115 de la Ley de Contrataciones Públicas aplicable a esta contratación.

La aceptación de la actuación de la afianzadora se desprende de las diversas comunicaciones a las que se ha hecho alusión (véase Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-090-2022 de 1 de abril de 2022, Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-460-2022 de 7 de diciembre de 2022 y Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-191-2023 de 3 de abril de 2023) todas emitidas por la entidad demandada.

Considera que estas actuaciones contienen los elementos que configuran un acto administrativo al ser actos positivos suscritos por el representante de la entidad demandada, puesto que se autoriza y acepta la sustitución del contratista por parte de la afianzadora lo que implica un reconocimiento de derechos establecidos en la Ley.

En el acto impugnado, la entidad demandada ha afectado derechos subjetivos y ha revocado de forma oficiosa los actos administrativos que profirió en virtud el trámite de sustitución del contratista, de modo que, no respetó los presupuestos del artículo 62, para revocar sus propios actos, infringiendo dicho artículo, puesto que, la administración no puede emitir decisiones que impliquen una revocatoria de actos propios que hayan reconocido derechos subjetivos sin atender a los presupuestos legales para tal fin, situación ampliamente reconocida por la jurisprudencia de esta Sala.

Considera que los actos administrativos que emitió la administración durante el trámite de subrogación eran definitivos y estaban ceñidos a los artículo 106 y 115 de la Ley de Contrataciones Pública aplicable, estos generaron derechos, validez, legitimación

y efectos legales, reconociendo una relación jurídica con su representada a fin de generar un Acuerdo Suplementario como mecanismo ante la subrogación del Contrato, lo cual reconoció la entidad demandada en Nota No. CONADES-UCEP-ALYADQ-419-2021 de 8 de octubre de 2021.

Al obligar a su representada a pagar el importe de las fianzas de esta contratación, la entidad demandada ha desconocido que aprobó y reconoció un derecho de sustitución al contratista por parte de la afianzadora, mediante actos administrativos aludidos en líneas anteriores.

La situación cuanto a la viabilidad presupuestaria de la entidad demandada no puede ser atribuida a la afianzadora, habida cuenta que desde el año 2019, la entidad contratante dio su aval para que se continuara con el Contrato COC-05-17; ante la existencia de un problema presupuestario ello debió preverse antes de reconocer a la afianzadora el derecho de sustituir a la contratista, lo cual resulta en una vulneración de sus derechos particulares y del procedimiento legal establecido al emitir una decisión que conlleva una anulación de sus propios actos.

7. En cuanto al **artículo 36 de la Ley No. 38 de 2000**, alega una violación directa por omisión, al considerar que el acto demandado fue proferido en desapego al Principio de Estricta Legalidad, lo cual fundamenta reiterando las infracciones precedentes en que ha incurrido la entidad demandada, al emitir la decisión de ejecutar las fianzas del Contrato No. COC-05-17, sin atender al propio texto de la fianza que le permite a la afianzadora optar por la sustitución de la contratista en caso de incumplimiento del Contrato, lo cual claramente ocurrió en esta causa, habiendo sido aceptado por la entidad demandada en los actos y comunicaciones referidos en esta demandada, lo cual desvirtúa la presunción de legalidad del acto impugnado.

IV. INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA (Cfr. fs. 156-163 del expediente).

Luego de que se le solicitara al Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) presentar el informe explicativo de conducta, mediante **Nota CONADES-UCEP-ALYADQ-511-2024 de 20 de agosto de 2024**, en el cual consignó básicamente los antecedentes y las actuaciones administrativas que llevaron a resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-05-17, por incumplimiento de la contratista, así como el detalle de las actuaciones que comprobaron el incumplimiento y las causales de este consignadas en el Contrato, causales que fueron incumplidas, ante lo cual concluyen que por consideraciones de hecho y derecho se emitió la Resolución No. 9 de 19 de febrero de 2019, que resolvió el contrato.

En la resolución en mención se establece en su artículo tercero que debía ser notificada **BANESCO SEGUROS, S.A.**, en calidad de afianzadora, para los fines correspondientes, respecto a las fianzas de cumplimiento y de pago anticipado para que esta optase por pagar el importe de las mismas, o sustituyera al contratista en todos los derechos y obligaciones, conforme al artículo 115 de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011.

Señala que conforme a lo pactado en el Contrato COC-05-17, la entidad respaldó y reconoció a la empresa contratista un pago anticipado del 20% a su favor para la ejecución de la obra, ante lo cual, la contratista no cumplió con el proyecto reflejando un avance físico de la obra solo de un 27%, por lo que mantiene pendiente la amortización del anticipo entregado.

V. CONTESTACIÓN POR PARTE DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN (Cfr. fs. 164-179 del expediente).

Mediante Vista Número 1672 de 11 de octubre de 2024, el Procurador de la Administración contesta la demanda ensayada solicitando a este Tribunal que declare

que el acto demandado no es ilegal, así como tampoco lo es su acto confirmatorio, por tanto, que deniegue las pretensiones de la parte actora, por lo que niega los hechos de la demanda y expone los descargos correspondientes en representación de la entidad demandada sobre la base de los siguientes puntos:

-Comienza apuntando que del Contrato COC-05-17, se desprende el escenario jurídico sobre el cual recae la decisión, por lo que la norma aplicable es el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, de contratación pública ordenado por la Ley No. 48 de 2011, como se consignó en el acto demandado.

-Indica que de conformidad con el artículo 85 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley 48 de 2011, la entidad emitió la orden de proceder a partir del 23 de junio de 2017, debiendo concluir la obra el 4 de noviembre de 2018.

-Una vez repasadas todas las gestiones de la entidad contratista consignadas en el informe de conducta, refiere que la entidad actuó de buena fe al otorgar un anticipo del 20% del monto total del Contrato pactado, sin que le haya sido devuelto mediante las fianzas de pago anticipado y de cumplimiento, así como tampoco se ha subrogado la compañía, todo lo cual ocasiona una lesión patrimonial al Estado.

-El acto impugnado se generó como mecanismo legal para lograr la recuperación de sumas debidas al Estado, ante la negativa de la garante de subrogarse y reintegrar el anticipo dado por la entidad contratante.

-Señala que el vencimiento de un contrato no produce la cesación de sus efectos, ya que esto se puede extender hasta dos (2) meses posteriores a la expedición de la resolución que dispuso su terminación, por lo que, con la figura de la liquidación se amplía la vigencia de los contratos.

- Respecto a la liquidación, estima que una vez terminada la ejecución del contrato esta permite que las partes determinen las sumas adeudadas y ejercer la opción de pagar las fianzas y evitar perjuicios al patrimonio del Estado.

- Basa su postura en que la fianza de cumplimiento de conformidad con el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que reglamenta la Ley 22 de 2006, garantiza el cumplimiento del contrato y que la de pago anticipado garantiza el reintegro de la suma dada como adelanto al contratista, por lo que dichas fianzas son el respaldo para que se cumpla el objeto del contrato de darse un incumplimiento.

-Plantea el representante del Ministerio Público que las vigencias del Contrato COC-05-17 y de las fianzas de cumplimiento No. 03-31-671 y de pago anticipado No. 03-31-671, se extendían hasta la liquidación del pacto contractual, por consiguiente, al no haberse sustanciado este procedimiento de liquidación, debido a las causales del incumplimiento del contrato por parte de la empresa contratista, lo cual le fue comunicado a esta para su contestación y presentación de pruebas; no teniendo lugar dicha contestación,.

-Concluye que la entidad contratante podía resolver administrativamente el contrato y ordenar la ejecución de las fianzas de cumplimiento y de pago anticipado, para poder restituir el menoscabo al patrimonio del Estado ocurrido producto de este incumplimiento al Contrato COC-05-17.

VI. FASE DE ALEGATOS

Luego de surtida la etapa probatoria de este proceso la parte actora presentó alegatos finales (Cfr. fs. 255-281 del expediente) reiterando la postura consignada en los cargos de ilegalidad que endilga a la actuación demandada y sus pretensiones formuladas en su Demanda, así como también incorporando argumentos en relación a la actividad probatoria sobre los cuales infiere que quedó demostrado que la administración efectuó gestiones administrativas que van en contra de sus propios actos.

Por su parte, la Procuraduría de la Administración, presentó sus alegatos de Conclusión mediante Vista No. 1033 de 4 de julio de 2025 (Cfr. fs. 282-288 del expediente) resaltando que del expediente administrativo se infieren los méritos suficientes que sustentan su criterio consignado en la Vista mediante la cual contestó la

demanda, ya que del resto del caudal probatorio admitido por este Tribunal tampoco se ha logrado demostrar que el acto impugnado ha vulnerado las normas que indica la parte actora, ante lo cual se infiere que la entidad demandada motivó las razones para ejecutar las fianzas de cumplimiento y de pago anticipado que garantizaban el Contrato COC-05-17, hasta su liquidación.

VII. DECISIÓN DE LA SALA

Vertidas las etapas procesales que corresponden a los procesos contenciosos administrativos, se procede a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con la atribución contenida en el numeral 2, del artículo 206 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 1, del artículo 97 del Código Judicial y el artículo 42 B de la Ley No. 135 de 1943, modificado por la Ley No. 33 de 1946, que consagra la competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las acciones de Plena Jurisdicción como la ensayada.

En la presente Demanda la apoderada judicial de la parte actora ha demandado la nulidad de la **Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024**, emitida por el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) adscrito al Ministerio de Ambiente, y su acto confirmatorio, la Resolución No. 081-2024-CONADES de 9 de abril de 2024, solicitando como pretensión, el restablecimiento del derecho subjetivo conculcado, de modo que se declare nula por ilegal la Resolución impugnada, relevando a su representada **BANESCO SEGUROS, S.A.** de pagar la Fianza de Pago Anticipado No. 03-31-671 y la Fianza de Cumplimiento No. 03-31-670, dejando sin efecto la orden para su pago, así como que se declare que su representada puede ejercer la opción de sustitución de la empresa **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.** y subrogarse en todos los derechos y obligaciones del Contrato de Obra Civil No. COC-05-17 de 11 de abril de 2017, y que a su vez se declare que la entidad demandada es responsable por ejecutar garantías arbitrariamente en violación al debido proceso en perjuicio de su representada.

En importante enunciar que la Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024, como acto demandado, fue objeto de la medida cautelar de suspensión provisional de sus efectos, ordenada por esta Superioridad mediante Resolución de 25 de julio de 2024, a solicitud de la parte actora. (Cfr. fs. 139-147 del expediente).

Puntualizado lo anterior, la Sala procederá al examen de los cargos de ilegalidad presentados por la accionante respecto a los artículos 115, 106 y 24 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 de Contrataciones Públicas, ordenado por la Ley No. 48 de 2011; el artículo 33 del Decreto Ley No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006 *"Por el cual se reglamentan las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones contractuales del Estado y se establecen sus modelos"*; y los artículos 34, 62 y 36 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000 *"Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales"*, descritos en apartados anteriores, frente a los cuales se hace necesario, al efectuar el examen de legalidad del acto impugnado, un análisis conjunto de las disposiciones legales con el objetivo de lograr una mejor aproximación al conflicto sometido a consideración.

Encontrándose el negocio contencioso administrativo en esta instancia para resolver su fondo, esta Sala puede comprobar de lo consignado en párrafos precedentes, y así se confirma de las constancias procesales admitidas en este proceso mediante el **Auto de Pruebas No. 1 de 3 de enero de 2025**, modificado parcialmente por Resolución de 19 de mayo de 2025 (Cfr. fs. 200-202 y 232-238 del expediente), que constituyen los antecedentes de la actuación y gestiones en sede administrativa, que han tenido lugar los sucesivos hechos:

1. La existencia del **Contrato de Obra Civil No. COC-05-17**, suscrito por el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible, Unidad Coordinadora y Ejecutora de los Programas del Ministerio de la Presidencia y la empresa contratista **CONSTRUCCIONES**

Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A. para la *“Construcción de 371 unidades sanitarias (incluyen 4 unidades especiales) en el corregimiento de Llano de la Cruz y Parita cabecera, distrito de Parita, provincia de Herrera”* por un monto de **UN MILLÓN DOSCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA BALBOAS CON 00/100 (B/.1,209,960.00)** fue refrendado por la Contraloría General de la República el **14 de junio de 2017**, y tuvo su origen en la licitación pública No. 2016-0-03-0-03-LP-022976, adjudicada mediante Resolución No. 372 de 24 de noviembre de 2016, a la empresa contratista **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.** ¹

2. La existencia de dos (2) fianzas emitidas por la sociedad **BANESCO SEGUROS, S.A.** dentro de la mencionada contratación, a saber:

-**Fianza de Cumplimiento No. 03-31-670**, por un monto de **SEISCIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA BALBOAS CON 00/100 (B/. 604,980.00)**, para garantizar el cumplimiento del Contrato, con vigencia de *“560 días calendario a partir de la fecha indicada en los siguientes casos: Orden proceder, refrendo o cumplida la condición a la cual se sujeta este contrato.”* (Cfr. fs. 113-115 del expediente).

-**Fianza de Pago Anticipado No. 03-31-671**, por un monto de **DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS BALBOAS CON 00/100 (B/. 241,992.00)** correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato y que cubre el 100% de la suma dada como adelanto, con vigencia de *“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.”* (Cfr. fs. 116-117 del expediente).

3. Que conforme a la cláusula quinta del **Contrato de Obra Civil No. COC-05-17**, este tenía un plazo de ejecución y entrega de la obra de 500 días calendario, contados a partir

¹ Cfr. publicación en portal *“PanamáCompra”* dentro del Acto Público No. 2016-0-03-0-06-LP-022976 de 1 de diciembre de 2016.

de lo indicando en la **Orden de Proceder**, es decir, del **23 de junio de 2017 al 4 de noviembre de 2018**. (Cfr. fs. 2-3 y 26 del antecedente).

4. Que mediante Nota CONADES-UCEP-S.E.-345-18 de 27 de agosto de 2018, la entidad contratante comunicó a la afianzadora y a la empresa contratista la intención de resolver el contrato por incumplimiento. (Cfr. fs. 69-70 del antecedente).

5. Mediante **Resolución No. 9 de 19 de febrero de 2019**, la entidad contratante, luego de comunicar el incumplimiento al contratista y a la afianzadora indicando que el proyecto solo tenía un avance del 27.11², decide **resolver administrativamente** el contrato, lo cual publica el 20 de febrero de 2019, en el portal de "*PanamáCompra*"³. (Cfr. fs. 73-77 del antecedente).

6. Mediante Nota MP/CONADES/UCEP-S.E.-097-19 de 20 de marzo de 2019, la entidad contratante, en atención al artículo 115 de la Ley de Contrataciones Públicas comunica a la afianzadora **BANESCO SEGUROS, S.A.** que la decisión de la resolución administrativa del Contrato COC-05-17, se encuentra ejecutoriada y en firme, por lo que tiene el término de ley para ejercer la opción de pagar el importe de las fianzas o sustituir al contratista ya que el Contrato no ha culminado. (Cfr. fs. 88-89 del antecedente).

7. **BANESCO SEGUROS, S.A.** mediante Nota de 21 de mayo de 2019, comunica a la entidad contratante que ha decidido ejercer su derecho de subrogación en las obligaciones del contratista principal y continuar el contrato con la empresa **MATIPSA INSTALACIONES, S.A. DE C.V.**, por lo que está gestionando los documentos para que la empresa sea seleccionada y se levante el Acuerdo de Subrogación que corresponde. (Cfr. f. 90 del antecedente).

8. En el año 2020, se expidió el **Decreto Ejecutivo No. 588 de 23 de septiembre de 2020**, publicado en *Gaceta Oficial No. 291023-A de 29 de septiembre de 2020*, mediante el cual se trasladó al Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) y la

² Cfr. en página web del Portal "*PanamáCompra*" el Acto Público No. 2016-0-03-0-06-LP-022976. Publicación de 20 de febrero de 2019.

³ Ídem. Publicación de 30 de agosto de 2022.

Unidad Coordinadora y Ejecutora de los Programas de Desarrollo Sostenible (**UCEP**) del Ministerio de la Presidencia al **Ministerio de Ambiente**, razón por la cual, esta última entidad pública es quien expide el acto impugnado como entidad contratante al haber sido subrogados en ella la totalidad de los contratos y adendas suscritos por **CONADES**, otorgándole facultades de administración y ejecución sobre estos.

9. La entidad contratante mediante Nota CONADES-UCEP-ALYADQ-419-2021 de 8 de octubre de 2021, rechazó la propuesta de la empresa **MATIPSA INSTALACIONES, S.A. DE C.V.**, como tercero ejecutor para la subrogación del Contrato COC-05-17, por lo que solicita a **BANESCO SEGUROS, S.A.** que remita la documentación de otra empresa, indicando a su vez, que si la empresa califica, luego de la evaluación en virtud del artículo 106 de la Ley de Contrataciones Públicas, se procederá con la firma del Acuerdo Suplementario. (Cfr. f.103 del expediente).

10. La entidad contratante mediante Nota CONADES-UCEP-ALYADQ-090-2022 de 1 de abril de 2022, responde a **BANESCO SEGUROS, S.A.** respecto a una lista aportada por esta de posibles terceros ejecutores para varios contratos, entre estos el Contrato COC-05-17, que las empresas aportadas cumplen con el pliego de cargos, a fin de continuar con el trámite de subrogación de este contrato. (Cfr. f. 104 del expediente).

11. La entidad contratante mediante Nota CONADES-UCEP-ALYADQ-460-2022 de 07 de diciembre de 2022, solicita a **BANESCO SEGUROS, S.A.** que aporte documentación de la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**, propuesta como tercero ejecutor con el fin de formalizar la Adenda de Subrogación del Contrato COC-05-17. (Cfr. fs. 105-106 del expediente).

12. Mediante Nota BS.SUS.0017 de 6 de febrero de 2023, **BANESCO SEGUROS, S.A.** solicita a la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** envío de documentos actualizados para concretar adenda. (Cfr. f. 189 del expediente).

13. La entidad contratante mediante Nota CONADES-UCEP-ALYADQ-191-2023 de 03 de abril de 2023, comunica a la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO**

AMBIENTE, S.A. su anuencia y autorización para la subrogación de varios contratos, entre estos el Contrato COC-05-17, y le requiere plazo contractual para dicho contrato. (Cfr. fs. 107 del expediente).

14. **BANESCO SEGUROS, S.A.** mediante Nota BS.SUS.0037 de 3 de mayo de 2023, solicita a la entidad contratante una reunión presencial para tratar el avance de varios contratos, entre estos el Contrato COC-0517. (Cfr. fs. 191 del expediente).

15. La entidad contratante mediante Nota CONADES-UCEP-ALYADQ-240-2023 de 08 de mayo de 2023, comunica a la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** la aprobación del plazo para el Contrato COC-05-17, que consiste en 500 días calendario y le solicita las garantías contractuales (fianzas). (Cfr. fs. 108-109 del expediente).

16. **BANESCO SEGUROS, S.A.** mediante Nota BS.SUS.0058 de 31 de agosto de 2023, dirigida al Director de Asesoría Legal y Adquisiciones de CONADES, solicita a la entidad contratante si se ha podido dar la revisión sobre Equilibrio Contractual entregado por la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** mediante Nota de 16 de agosto de 2023. (Cfr. f. 193 del expediente).

17. La empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** mediante Nota de 23 de octubre de 2023, solicitó a la entidad demandada una certificación de partida presupuestaria para el Contrato COC-0517. (Cfr. f. 127 del antecedente).

18. **BANESCO SEGUROS, S.A.** mediante Nota BS.SUS.0059 de 25 de octubre de 2023, dirigida al Director de Asesoría Legal y Adquisiciones de CONADES, solicita a la entidad contratante confirmación sobre el Equilibrio Contractual para varios contratos, entre ellos el Contrato COC-05-17, reiterando la nota descrita en el punto anterior. (Cfr. f. 194 del expediente).

19. La entidad contratante mediante Nota CONADES-UCEP-SE-207-2023 de 13 de noviembre de 2023, responde la Nota de 23 de octubre de 2023, de la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** descrita en punto 17, indicando que

no se cuentan con los recursos presupuestarios para certificar las partidas, por lo que, se están haciendo esfuerzo ante el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la Dirección de Presupuesto de la Nación (DIPRENA) para obtener estos recursos para cumplir con estos proyectos. (Cfr. fs. 110-111 del expediente).

20. **BANESCO SEGUROS, S.A.** mediante Nota BS.SUS.0060 de 31 de enero de 2024, dirigida al Secretario Ejecutivo de la entidad contratante, solicita conocer si ya se mantiene respuesta de la asignación presupuestaria para continuar con los procesos de cesión de los contratos. (Cfr. f. 112 del expediente).

21. La entidad demandada dicta el acto que se censura de ilegal, el 19 de febrero de 2024, ordenando la ejecución de las fianzas ante el incumplimiento del contratista decretado mediante Resolución Administrativa No. 09 de 19 de febrero de 2019, para salvaguardar intereses del Estado y con fundamento legal en el artículo 108 y 106 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, sobre ejecución y extensión de fianzas, así como el Decreto Núm.21-LEG de 28 de marzo de 2018, de la Contraloría General de la República, reglamentario en materia de fianzas. La resuelto fue reconsiderado por la parte actora y confirmado en todas sus partes por la entidad demandada, quedando agotada la vía gubernativa. (Cfr. fs. 92-95 y 96-99 del expediente).

Luego de detallar las piezas procesales admitidas en esta causa, la cuales revelan mayor injerencia para su solución, se tiene como cuestión inicial que el acto administrativo demandado es en el que se dispone ordenar la ejecución de la Fianza de Cumplimiento No. 03-31-670 y de la Fianza de Pago Anticipado No. 03-31-671, que fueron emitidas por la parte actora para garantizar el **Contrato de Obra Civil No. COC-50-17**, que suscribió el Ministerio de la Presidencia a través del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) y la empresa contratista **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**, el cual fue resuelto administrativamente por **Resolución Administrativa No. 09 de 19 de febrero de 2019**.

Del acto administrativo censurado se desprende que la decisión de la entidad pública contratante obedeció a la resolución administrativa del contrato por incumplimiento de la empresa **CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**, que ocurrió en febrero de 2019, ante lo cual fundamenta la decisión de ejecutar las fianzas en el artículo 106 de la Ley No. 22 de 2006, sobre ejecución y extensión, que establece que una vez notificada la afianzadora de dicho incumplimiento esta deberá optar por sustituir al contratista o pagar el importe de las fianzas; por lo que se procede a ejecutar las referidas fianzas para que la afianzadora pague el importe de las mismas, de conformidad con el artículo 108 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que dispone que la entidad contratista podrá ejecutar la fianza en el evento de que el garante no pague el importe de la fianza o no sustituya al contratista, así como lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Núm.21-LEG de 28 de marzo de 2018, de Contraloría General de la República, para salvaguardar los intereses del Estado ante la situación de incumplimiento del contrato y lo pactado en el **Contrato COC-05-17**. (Cfr. f. 93-94 del expediente).

Ante lo resuelto por la entidad contratante, disiente la parte actora de esta Demanda (**BANESCO SEGUROS, S.A.**) respecto a la orden de ejecución de las Fianzas de Cumplimiento y de Pago Anticipado del Contrato, donde se le obliga a pagar el monto de cada una de ellas en calidad de afianzadora; de lo contrario se procederá con los trámites de proceso ejecutivo ante la Jurisdicción Coactiva del Ministerio de Economía y Finanzas, frente a lo cual, ha formulado como pretensiones de su Demanda que este Tribunal declare que esta facultada para ejercer la opción de sustitución del contratista y subrogarse en los derechos y obligaciones del Contrato COC-05-17, así como que se deje sin efecto la orden de pago de las fianzas en referencia y que no está obligada a pagar el importe de éstas, así como que la entidad demandada ejecutó las fianzas de forma arbitraria y vulneró el debido proceso legal.

La apoderada judicial de la accionante conduce sus alegaciones señalando que la ejecución de las fianzas del contrato no es procedente y es ilegal, toda vez que, se estaba surtiendo un trámite de sustitución del contratista con la entidad demandada, en virtud de los artículos 115 y 106 de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011, con miras a lograr un Acuerdo Suplementario en el que su representada se subrogaría los derechos y obligaciones del Contrato No. COc-0517, al haber sido designada y aprobada la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**, en calidad de tercero ejecutor para culminar la ejecución de la obra contratada, ante el incumplimiento decretado de la empresa contratista inicialmente contratada.

Por tanto, estima que no puede la entidad demanda desconocer una serie de actuaciones realizadas en virtud de este trámite de subrogación que estaba teniendo lugar, entre las cuales destaca principalmente que la entidad demandada autorizó la subrogación del Contrato COC-05-17 a favor de la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**, solicitando documentación para el perfeccionamiento de este trámite y respecto al cual, finalmente indicó que no contaba con recursos presupuestarios para hacer frente al compromiso y que los estaba gestionando ante el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), lo cual vulnera el artículo 24 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011.

Prosigue indicando en sus alegaciones que la entidad demandada al emitir la decisión que se impugna de ilegal, ha ido en contra sus propios actos, ya que dispuso ejecutar las fianzas del Contrato COC-0517, aun cuando autorizó un trámite de subrogación de una empresa como tercero ejecutor de dicho Contrato, y luego manifestó no contar con recursos presupuestarios ante la interrogante de la afianzadora de si contaba o no con las partidas presupuestarias correspondientes, para posteriormente no responder sus consultas respecto al curso de las actuaciones para obtener las partidas en cuestión, con el objetivo de poder continuar el contrato lo que era su intención; lo

anterior vulnera artículos de la Ley No. 38 de 2000, en cuanto al debido proceso legal, principio de estricta legalidad y revocatoria de las propias actuaciones administrativas, además de vulnerar los derechos que en calidad de afianzadora tenía, así como el procedimiento para la sustitución del contratista en caso de incumplimiento, lo que viene dispuesto en el artículo 115 y 106 de la Ley de Contrataciones Públicas y en el artículo 33 del Decreto No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, de la Contraloría General de la República regulatorio de las fianzas y que es aplicable a esta causa, conforme a lo que ha establecido en su demanda.

En ese sentido también arguye que la entidad demandada reconoció formalmente la actuación de su representada en calidad de afianzadora para dar continuidad al Contrato COC-05-17, a través de la figura de sustitución del contratista y posterior subrogación en los derechos y obligaciones contratados, a fin de culminar el contrato a la luz de un Acuerdo de Subrogación, el cual si bien no tuvo lugar, no fue por causa de la afianzadora sino porque la entidad demandada reconoció no contar con los recursos presupuestarios para solventar la continuación y terminación del contrato, lo que a su juicio debió prever y tramitar antes de dar lugar al trámite de sustitución y subrogación con la afianzadora, y no proceder con la ejecución de las fianzas en perjuicio de la afianzadora a meses de tener lugar una avanzada gestión para formalizar la subrogación del contrato.

Por otra parte, la entidad demandada en su informe de conducta, se limitó a fundamentar la actuación a la resolución administrativa del Contrato, la cual tuvo lugar a través de la **Resolución Administrativa No. 09 de 19 de febrero de 2019**, que no constituye el acto impugnado de esta demanda, y ante lo cual culminó sus alegaciones indicando que ante el anticipo otorgado de buena fe al contratista debía procurar su retorno a través de las fianzas correspondientes, dado el incumplimiento de este.

Como cuestión primaria, resulta necesario precisar que el **Contrato de Obra Civil COC-05-17**, fue refrendado por la Contraloría General de la República el **14 de junio de 2017**, quedando perfeccionado, por lo que, la norma vigente al momento de este perfeccionamiento era el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011, que le atribuye tal condición en su artículo 74, así como dispone que surtirá sus efectos desde *“la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista.”*

Una vez determinada la legislación aplicable a esta causa, el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011 y el Decreto No. 317-LEG de 12 de diciembre de 2006, reglamentario de las fianzas al momento en que tuvo lugar esta contratación, es importante ahora remitirnos a la controversia planteada por la parte actora.

En cuanto a la sustitución del contratista y la subsecuente subrogación en todos los derechos y obligaciones que dimanen del Contrato COC-05-17, a cuenta de la afianzadora al designar a la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.** en calidad de tercero ejecutor, debemos indicar que efectivamente la sustitución del contratista no tuvo lugar en esta causa ya que no se aprecia de las pruebas allegadas a este proceso, Adenda suscrita por las partes que sustente su perfeccionamiento, de conformidad con lo regulado en los artículos 106 y 115 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011, y en el artículo 33 del Decreto No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, reglamentario de la Contraloría de la República en cuanto a las fianzas que se emiten para garantizar las obligaciones contractuales del Estado.

En relación a la figura del Acuerdo Suplementario como mecanismo para materializar la sustitución del contratista en un tercero ejecutor y la subrogación de la afianzadora en todos los derechos y obligaciones del Contrato, coincide esta Sala con lo afirmado por la propia accionante en sus alegaciones (Cfr. fs.40-41 del expediente), en cuanto a que esta figura fue introducida mediante la reforma a la Ley No. 22 de 2006, mediante la Ley No. 61 de 2017, la cual no es una legislación aplicable a esta Contratación y a la situación acaecida, no siendo forzosa su confección.

No obstante a lo expresado, este Tribunal sí puede advertir de las constancias que integran el expediente que, ciertamente, hubo gestiones por parte de la entidad demandada para formalizar una sustitución y subrogación contractual con la afianzadora, mecanismo que sí está regulado en los artículos 115 y 106 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011, y en el artículo 33 del Decreto No. 17, ante el incumplimiento del contratista inicial (**CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**), normas que son aplicables a esta contratación y su controversia.

Así las cosas, se ha comprobado que ante el incumplimiento de la empresa (**CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO CAMIT, S.A.**) decretado mediante Resolución No. 09 de febrero de 2019, la entidad demandada notificó a **BANESCO SEGUROS, S.A.**, por escrito, mediante Nota MP/CONADES/UCEP-S.E.-097-19 de 20 de marzo de 2019, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 115 de la Ley No. 22 de 2006, para que ejerciera la opción de sustituir a la contratista o pagara el importe de las fianzas, frente a lo cual, **BANESCO SEGUROS, S.A.** responde en Nota de 21 de mayo de 2019, que ha decidido ejercer su derecho de subrogación en las obligaciones del contratista principal y continuar el contrato con la empresa **MATIPSA INSTALACIONES, S.A. DE C.V.**

Luego de ello, también se ha podido constatar en esta causa, que la entidad demandada consideró que dicha empresa no cumplía con requisitos y le brinda la oportunidad a **BANESCO SEGUROS, S.A.** de aportar otra empresa para que sea evaluada; ante ello, esta designa a la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**- en calidad de tercero ejecutor- la cual es autorizada por la entidad demandada, por lo que le solicita plazos de la contratación, entre otros documentos para el trámite de sustitución del contrato, el cual claramente autoriza y reconoce mediante Nota CONADES-UCEP-ALYADQ-191-2023 de 03 de abril de 2023. (Cfr. fs. 107 del expediente).

De ello surge un intercambio de comunicaciones entre la empresa autorizada como tercero ejecutor, la afianzadora y la entidad demandada, respecto a solicitud de documentos, certificaciones y solicitud de estado del trámite de sustitución con miras de suscribir un Acuerdo Suplementario o Adenda que lo perfeccione y el contrato pueda ser culminado, tal y como hemos listado numéricamente en los hechos comprobados al inicio de este análisis.

Sobre este punto, es menester referirnos específicamente a lo comunicado por la entidad demandada a través de la entidad contratante mediante Nota CONADES-UCEP-SE-207-2023 de 13 de noviembre de 2023, en la cual responde a un requerimiento de la empresa **MARCO INFRAESTRUCTURA Y MEDIO AMBIENTE, S.A.**, indicándole que no se cuentan con los recursos presupuestarios para certificar las partidas, por lo que, **se están haciendo esfuerzos ante el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la Dirección de Presupuesto de la Nación (DIPRENA) para obtener estos recursos para cumplir con estos proyectos.**

Tomando en cuenta que la fecha de esta respuesta por parte de la entidad demandada data de **noviembre de 2023**, en la que acepta que no contaba con los recursos presupuestarios para este tipo de proyectos, y como se observa de las constancias que había realizado varias actuaciones previas para lograr una sustitución del contratista a cuenta de la afianzadora, las cuales iniciaron al momento en que esta decide optar por la sustitución contractual el **20 de marzo de 2019** (f. 90 del antecedente) con una serie de subsiguientes comunicaciones entre las partes hasta el año 2023, de las cuales resulta pertinente resaltar que para abril de 2023, había autorizado la subrogación de una empresa en calidad de tercero ejecutor (Cfr. f.107 del expediente), la Sala puede colegir sin mayor esfuerzo que la entidad demanda no gestionó sus propios recursos presupuestarios para cumplir con el trámite que llevaba a cabo a través de los mecanismos legales con los que contaba.

Podemos determinar que ello es así, puesto que, ante el escenario y la tramitación que estaba teniendo lugar desde hacía varios años, para lograr la sustitución del Contrato COC-05-17, por parte de la afianzadora y así cumplir con la ejecución contractual, la entidad demandada desconoció la observancia legal y los mecanismos contenidos no solo en el artículo 24 de la Ley No. 22 de 2006, sino también en el artículo 33 de del Decreto No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, frente al supuesto de un incumplimiento ya decretado por resuelto administrativo, que conllevaba a la sustitución del contratista, como una opción que tenía la afianzadora y la cual ejerció; así como si se está frente al supuesto de que un trámite se está sustanciando durante cambios de periodos fiscales o no exista presupuesto para el compromiso que se va a adquirir como resultado de dicho trámite. Los artículos en referencia disponen:

“ARTÍCULO 24. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA. Cuando el contrato haya de obligar a una entidad licitante al pago de alguna cantidad, se acreditará en el expediente respectivo la partida presupuestaria correspondiente, indicándola en los documentos de la contratación, o se consignará la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas, de que se dispondrá, en el momento oportuno, de las partidas presupuestarias suficientes para dar cumplimiento al contrato de que se trate. En este caso, la entidad deberá solicitar autorización previa del Ministerio de Economía

y Finanzas sobre la relación de las cantidades que deberán ser canceladas dentro del periodo fiscal correspondiente, atendiendo a las normas presupuestarias vigentes.

Cuando la ejecución de un contrato corresponda a un periodo fiscal distinto o a más de un periodo fiscal, se podrá realizar el procedimiento de selección correspondiente, atendiendo las disposiciones contenidas en la Ley de Presupuesto vigente. La Contraloría General de la República podrá dar su refrendo al contrato respectivo, aunque no exista en el presupuesto de ese año la partida para la ejecución de la obra, siempre que el contrato estipule claramente las cantidades que deberán ser pagadas con cargo al ejercicio fiscal de que se trate, y se cuente con la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas de que se dispone del correspondiente financiamiento.

"ARTÍCULO 33: Cuando el contratista incumpla con las obligaciones pactadas, la entidad contratante correspondiente notificará a LA FIADORA, para que ésta ejerza la opción de pagar el importe de la fianza o sustituya al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de LA FIADORA y a cuenta y a riesgo de ésta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante; además siempre lo comunicará a la Contraloría General de la República para los fines de coordinar las medidas que sean pertinentes adoptar para salvaguardar los intereses del Estado."
(Subraya y resalta la Sala).

De una revisión integral de las constancias procesales de esta causa no se aprecia gestión alguna realizada ante el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) o ante la propia Contraloría General de la República por parte de la entidad demandada, a fin de comunicar el trámite que estaba teniendo lugar o elevar solicitud en relación a los recursos presupuestarios necesarios para amparar la relación contractual que estaba por tener lugar, por lo que, la omisión de la entidad demandada para gestionar los recursos tendientes a cumplir con los compromisos que asumiría no puede pasar desapercibida por este Tribunal.

Como indica la parte actora, existen una serie de actuaciones anteriores a la decisión impugnada, que revelan la intención de la administración: lograr la ejecución del contrato a través del mecanismo contenido en los artículos 115 y 106 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011, respecto a la sustitución del contratista a cuenta de la afianzadora **BANESCO SEGUROS, S.A.**, misma que no pueden suprimirse para posteriormente proferir una decisión totalmente ajena a dicha realidad como lo es la

ejecución de las fianzas del contrato sobre la base de salvaguardar intereses del Estado, lo que demuestra una contradicción en sus propios actos.

Así las cosas, estima este Tribunal que la entidad demandada desconoció que la afianzadora sí ejerció la opción de sustituir al contratista lo cual condujo a la realización de múltiples gestiones entre las partes que, si bien no culminaron con el perfeccionamiento de la sustitución contractual, ello no fue por causa atribuible a la afianzadora; en consecuencia, consideramos que no se configuran los requisitos del artículo 108 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011, para ordenar la ejecución de las fianzas.

Las normas in comento son diáfanos al establecer que la entidad contratante debió gestionar las partidas correspondientes de no contar con el presupuesto aprobado, específicamente en este caso, bastaba con una certificación por parte del Ministerio de Economía y Finanzas que evidenciara que se contaban con los recursos correspondientes para la continuación del Contrato COC-05-17, para proceder con la Adenda correspondiente de sustitución del contratista y subrogación de dicho contrato, lo cual era una responsabilidad de la entidad demandada; sin embargo, como hemos manifestado en líneas anteriores no se comprueba en los antecedentes de esta causa que de su cuenta haya gestionado o solicitado tal certificación pese al requerimiento de la empresa autorizada como tercero ejecutor del contrato.

De igual manera, se infiere de la redacción de las normas que, ante una sustitución por parte de la afianzadora del Contrato, siempre debería comunicarse a la Contraloría General de la República **para adoptar medidas para salvaguardar los mejores intereses del Estado**, argumento que empleó la entidad demanda para fundamentar la decisión que hoy se impugna de ilegal (f.94 del expediente).

A pesar de ello, resulta evidente que no procuró las medidas y mandatos de los artículos de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011 y el Decreto No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006 (Contraloría), a los cuales nos hemos referido, **precisamente para salvaguardar los intereses del Estado**, lo que demuestra que han sido infringidos con el acto impugnado, así como los artículos 34 y 36 de la Ley No. 38 de 2000, en los términos expresados por la parte actora, respecto al Principio de Estricta Legalidad ya que se debió haber observado lo dispuesto en la Ley aplicable y el Decreto Reglamentario, así como la vulneración al debido proceso legal, al no surtir el trámite ante las entidades que aprueban y controlan los recursos financieros del Estado.

En vista de lo anterior, debemos reconocer que, ante la aceptación expresa de la entidad demandada de no contar con los recursos presupuestarios para continuar ese contrato y al no haber constancia de que haya gestionado o procurado la obtención de dichos recursos a través del Ministerio de Economía y Finanzas o la propia Contraloría General de la República, se coloca en un estado de incertidumbre no únicamente a la afianzadora de dicha contratación sino también a la empresa autorizada como tercero ejecutor del Contrato, ya que se está siendo partícipe con una entidad del Estado en un trámite regulado legalmente, con miras a continuar y culminar una obra estatal, asumiendo cargas y obligaciones. (Cfr. fs. 127 del antecedente y 110-111 del expediente).

Como abono a lo expresado debemos resaltar que, la afianzadora giró comunicaciones en agosto, octubre y noviembre de 2023, a la entidad demandada, respecto a la continuidad y avance en el trámite de sustitución contractual, inclusive haciendo alusión a un *"Equilibrio Contractual"* (fs. 193-194 del expediente), ante lo cual, no obtuvo respuesta por parte de la entidad demandada.

Es menester referirnos a la comunicación del 31 de enero de 2024 (f. 112 del expediente), dirigida por parte de la afianzadora a la entidad contratante, con miras a obtener su respuesta respecto a los recursos presupuestarios sobre los cuales se estaban **realizando esfuerzos necesarios para su obtención, tal y como lo estableció en noviembre de 2023**, ante la cual tampoco hubo una respuesta formal para aclarar el curso de esta gestión o bien comunicar a la afianzadora la posición final que tenía ante la realidad presupuestaria que enfrentaba, o si la sustitución contractual se perfeccionaría o no; contrario a ello, se procedió en febrero de 2024, a dictar una decisión en la que ordenó la ejecución de las fianzas del Contrato COC-05-17, a cargo de la afianzadora **BANESCO, SEGUROS, S.A.** con quien se había estado llevando a cabo, en tres meses anteriores, gestiones propias de una sustitución contractual en el marco de los artículos 115 y 106 de la Ley de Contrataciones Públicas, y a quien comunicó que no contaba con los recursos presupuestarios para dicha gestión, **pero que se encontraba gestionando esfuerzos para su obtención.**

A juicio de esta Sala, lo anterior expresado demuestra una falta al Principio de Buena Fe en la relación contractual por parte de la entidad demandada que se configura cuando esta comunica que está realizando gestiones ante el Ministerio de Economía y Finanzas y ante la Dirección de Presupuesto de la Nación de dicha entidad, para obtener los recursos que le permitan honrar el compromiso contractual; sin embargo procede, sin ningún tipo de aclaración o comunicación que concluya este trámite previo, directamente a ejecutar a las fianzas de dicho contrato a cuenta de la afianzadora **BANESCO SEGUROS, S.A.**

Por lo expresado en párrafos anteriores, este Tribunal concluye que la actuación del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) adscrito al Ministerio de

Ambiente contenida en la **Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024**, y en su acto confirmatorio, no se ajusta a derecho, toda vez que, la orden de ejecución de las garantías surge en total desconocimiento de un trámite previo de sustitución contractual el cual no fue perfeccionado por causa imputable a propia entidad contratante, al incurrir en una omisión del trámite legal contenido en el artículo 24 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011 y en el artículo 33 del Decreto No. 317-LEg de 12 de diciembre de 2006, mecanismo que le permitía gestionar los recursos presupuestarios a fin de perfeccionar la del contratista a cuenta de la afianzadora.

Sobre el particular, debemos acotar que la entidad demanda no fue diligente ni cumplió con principios como el de la Buena Administración, ya que ante las solicitudes de la afianzadora respecto al curso del trámite de sustitución del contratista, no emitió respuesta alguna, ya fuera para aclarar o bien culminar la gestión que estaba teniendo lugar, de modo que, consideramos que no se configura el supuesto legal para ordenar la ejecución de las fianzas, sobre la base de salvaguardar los mejores intereses del Estado, cuando estos pudieron ser efectivamente salvaguardados y protegidos con miras obtener una continuidad del Contrato a través de la sustitución del contratista, sobre la base de Principios como el de Continuidad Contractual, Debido proceso legal, Buena Administración, Buena fe y Seguridad jurídica, no solo aplicables en materia de Contratación Pública⁴ sino para toda actuación que realice la administración; en este caso, debiendo atender al trámite y medidas que por ley correspondía para adquirir el caudal financiero⁵ para honrar y preservar la relación contractual en aras de cumplir con el deber de procurar el interés público que debe prevalecer en toda relación contractual que involucre al Estado y que sea para beneficio de sus administrados.⁶

⁴ Cfr. artículo 17 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011.

⁵ Ídem, numeral 5 del artículo 13.

⁶ Ídem, numeral 2 del artículo 13.

El autor español, Jaime Rodríguez Arana en artículo publicado y titulado *“La Buena Administración como Principio y como Derecho fundamental en Europa”*, señala en relación a los principios que devienen y desarrollan la noción de una Buena Administración Pública, lo siguiente:

“ ...

En el marco del respeto al Ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración pública sirve con objetividad al interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los siguientes principios que son corolarios del derecho fundamental a la buena Administración pública:

...

13. *Principio de coherencia: las actuaciones administrativas serán congruentes con la práctica y los antecedentes administrativos salvo que, por las razones que se expliciten por escrito, sea pertinente en algún caso apartarse de ellos.*

14. *Principio de buena fe, en cuya virtud las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.*

15. *Principio de confianza legítima, en cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración en el pasado.”⁷*

En virtud del examen de legalidad de la actuación demandada, y habiéndose confirmado los cargos de ilegalidad endilgados por la parte actora a la actuación contenida en la Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024, y su acto confirmatorio en cuanto al artículo 24 de la Ley No. 22 de 2006, modificada por la Ley No. 48 de 2011, el artículo 33 del Decreto No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, y los artículos 34 y 36 de la Ley No. 38 de 2000, inherentes al Principio de Estricta Legalidad e infracciones a las normas vigentes, este Tribunal reconoce dichas vulneraciones que conducen a la declaratoria de ilegalidad de la actuación demandada; la Sala considera por economía procesal no pronunciarse sobre el resto de los cargos de ilegalidad advertidos en la demanda.

Respecto al restablecimiento del derecho subjetivo cuyo reconocimiento es inherente a las acciones de Plena Jurisdicción, en las que se obtiene la declaratoria de ilegalidad del acto demandado y su acto confirmatorio, como ha acontecido en la causa

⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *“La Buena Administración como Principio y como Derecho fundamental en Europa”*. Revista Misión Jurídica / ISSN 1794-600X / E-ISSN 2661-9067 Vol. 6 - Núm. 6 / Julio - Diciembre de 2013 / págs. 50-51. <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>

332

que nos ocupa, es por lo que se reconocen las pretensiones formuladas por la parte actora y que están consignadas específicamente en los acápites "d" y "e" del libelo de la demanda, se niegan el resto de las pretensiones. (Cfr. f. 18-19 del expediente).

VIII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES ILEGAL la Resolución No. 033-2024-CONADES de 19 de febrero de 2024**, emitida por el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (**CONADES**) adscrito al Ministerio de Ambiente, y su acto confirmatorio; en consecuencia, **ACCEDE** a las pretensiones formuladas por la parte actora consignadas específicamente en los acápites "d" y "e" del libelo de la demanda, y se niegan el resto de las pretensiones.

Notifíquese,


CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO


MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA
MAGISTRADA


CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO


KATIA ROSAS
SECRETARIA

SALA III DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOTIFIQUESE HOY 6 DE noviembre

DE 20 25 A LAS 8:06 DE LA mañana

A Procuradora de la Administración


FIRMA