

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 077

Panamá, 11 de febrero de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Indemnización.**

El licenciado Carlos Gavilanes González, en representación de **Yamileth del Carmen Gallardo Bonilla** y **Servilia De Gracia Bonilla**, para que se condene a la **Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.)** y el **Banco Nacional de Panamá** por la deficiente prestación de los servicios públicos a ellos adscritos por mandato legal.

**Recurso de apelación.
Promoción y sustentación.**

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Código Judicial, para promover y sustentar recurso de apelación en contra de la providencia del 10 de diciembre de 2007, visible a foja 27 del expediente, por la cual se admite la demanda contencioso administrativa de indemnización descrita en el margen superior.

La oposición de la Procuraduría de la Administración radica en que, a nuestro juicio, la parte actora no ha cumplido con algunas exigencias necesarias para la admisión de la referida demanda, las cuales son: haber probado el agotamiento de los medios para exigir la responsabilidad penal al funcionario que hubiese causado el daño; y haber demostrado que el Estado sea responsable subsidiariamente por el monto de los daños y perjuicios derivados de hechos punibles cometidos por los servidores públicos con motivo del desempeño de sus funciones, conforme el criterio acogido por ese Tribunal en la sentencia de fecha 10 de agosto de 2007, que en su tenor literal dice así:

“III.DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Una vez analizados los argumentos que sustentan el recurso que nos ocupa y examinado el libelo de demanda, el resto de los Magistrados que integran esta Sala proceden a resolver el mismo, previa las siguientes consideraciones.

En primer lugar, dado que nos encontramos ante una acción indemnizatoria, resulta imperioso analizar los supuestos en los que las entidades estatales pueden resultar legalmente responsables, a la luz de lo normado en el artículo 97 del Código Judicial que contempla tres procesos de indemnización:

- a. La indemnización de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado, por daños y perjuicios causados por actos que la Sala Tercera reforme o anule (numeral 8);
- b. La indemnización por responsabilidad directa del Estado y las entidades públicas, por los daños y perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de su cargo, la entidad o funcionario que haya proferido el acto impugnado. (numeral 9); y,
- c. La indemnización por mal funcionamiento de los servicios públicos (numeral 10).

En los supuestos señalados, los daños han sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad, generando para el Estado una responsabilidad directa (Art. 206 de la Constitución Política).

Respecto al tema de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, señala Beladiez Rojo, ‘el hecho de que la responsabilidad tenga carácter objetivo no significa que tengan que ser indemnizados todos los daños que cause un servicio público. ..., para que surja este tipo de responsabilidad no basta con que exista una relación de causalidad, sino que, además, es preciso un requisito adicional; que *el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público, o, lo que es lo mismo, que ese daño pueda ser objetivamente imputable al sujeto que lo ha causado.*’ (BELADIEZ ROJO, Margarita, Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, Editorial Tecnos, 1997, Pág. 50).

Bajo este marco de referencia, los numerales 8, 9 y 10 son supuestos que en la actuación pública pueden devenir en responsabilidad administrativa, **que en caso de sea de carácter delictivo habría que remitirse al supuesto previsto en el Código Penal, en este caso, el artículo 126 del Código Penal**, que a la letra establece:

...

De ahí que, si el acto o hecho de la Administración que causó el perjuicio es de carácter delictivo también se requiere para admitir la demanda que el servidor público haya sido condenado por las instancias ... judiciales competentes.

En este punto, sin entrar en consideraciones de fondo, es necesario recordar con fines docentes que la responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando concurren tres elementos, a saber: 1. La falla del servicio público por irregularidad, ineficacia o ausencia del mismo; 2. El daño o perjuicio; 3. La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño. **Así, si el hecho alegado es de carácter delictivo, en primer lugar se debe recurrir contra el sujeto activo, que en el caso de las demandas de indemnización contra el Estado, recae sobre el funcionario público, de ahí que exista una relación directa con éste.**

Frente a todo lo expuesto, no puede soslayar este Tribunal de segunda instancia que las demandas de indemnización ante esta Sala responden a una prueba constituida si es una cuestión de carácter delictivo, pues no puede existir la responsabilidad sin culpa; por lo que, en efecto, el hecho que causa el perjuicio está sujeto a prueba.

Lo detallado en virtud de que de no exigirse este requisito, lo que se pondría de manifiesto es un abuso constante de este mecanismo de resarcimiento provisto por la Ley, lo cual lo alejaría de los fines para los cuales está establecido y que de igual forma, vale destacar, no ha de ser ejercido al arbitrio de las partes. (sic)

Las consideraciones anteriores llevan a este Tribunal a concluir que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, la demanda bajo estudio es inadmisibile y así procede declararla.

Por consiguiente, el resto de los Magistrados que integran la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de

la República y por autoridad de la Ley, PREVIA REVOCATORIA del Auto de 19 de julio de 2006, emitido por el Magistrado Sustanciador, NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por el licenciado Francisco L. Torrero H., actuando en representación de ALEXIS PASCUAL PASCUAL.” (Las negrillas son de la Procuraduría de la Administración).

Este Despacho observa que el Tribunal inicia su análisis remitiéndose a los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial relativos a aquellos casos en los que las entidades estatales incurren en responsabilidad administrativa, por razón de los daños y perjuicios que originen las infracciones cometidas en el ejercicio de su cargo, por la entidad o el funcionario que haya proferido el acto impugnado, y por el mal funcionamiento del servicio público; asemejándolos en esta forma a la exigencia que contiene el artículo 126 del Código Penal en aquellos casos en los que los funcionarios del Estado, las instituciones públicas autónomas, semiautónomas y descentralizadas, así como de los municipios, realicen en actos constitutivos de delitos.

De acuerdo con el criterio adoptado por el Tribunal a la jurisprudencia citada, antes de admitir la demanda debe acreditarse la existencia de una sentencia condenatoria previa en contra del servidor público que incurrió en delito.

En ese orden de ideas, este Despacho observa que, en el proceso bajo examen las recurrentes manifiestan que Doriselia Bonilla Sanjur (q.e.p.d.) falleció, debido a un trauma térmico por alta temperatura en más del ochenta por ciento (80%) de su anatomía física, resultado de la combustión del autobús 8B-06, hecho ocurrido el 23 de octubre de 2006; sin embargo, no han acompañado junto con su demanda, copia autenticada de una sentencia penal condenatoria dictada por el Órgano Judicial en la que se declare la responsabilidad del servidor o de los servidores públicos cuya actuación, alega, diera lugar a dicha muerte.

Sobre la base de las consideraciones jurídicas expuestas, esta Procuraduría considera importante destacar que es un hecho de conocimiento público que el proceso penal relativo a la combustión del autobús 8B-06, ocurrido el 23 de octubre de 2006, aún no ha culminado, motivo por el cual, en ausencia de una sentencia penal que declare como responsable a un funcionario de la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre y del Banco Nacional de Panamá, el Estado no está obligado a resarcir los daños y perjuicios solicitados en la demanda, dado que en esos casos la responsabilidad estatal es **subsidiaria**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 del Código Penal.

En este sentido el autor, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual destaca que los términos subsidiariamente y subsidiario significan lo siguiente:

“SUBSIDIARIAMENTE. Con carácter de subsidio (v.)// De modo supletorio// En segundo lugar// Cual último recurso.” (Lo subrayado es nuestro) (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, SRL., Buenos Aires, 21^a Edición, 1989, Tomo VII, página 538).

“SUBSIDIARIO. Lo que sirve como subsidio (v.), auxilio o socorro// Secundario// Supletorio// Refuerzo o sustitución de lo principal. (v. Acción subsidiaria, Arresto subsidiario, Demanda subsidiaria, Derecho subsidiario; Fianza, Hipoteca, Obligación, Prisión y Responsabilidad subsidiaria; Seguro subsidiario.)” (Lo subrayado es nuestro)

La doctrina nacional se ha pronunciado en torno al tema de la responsabilidad subsidiaria del Estado en los siguientes términos:

“La responsabilidad del Estado es *subsidiaria* cuando media delito del servidor público en el ejercicio de sus funciones.

La omisión y la extralimitación de funciones de por sí están tipificados como delitos en el Código Penal. Aquí, pues, el espectro de responsabilidad que procede exigir a los funcionarios y entidades estatales es amplio, y además de lo penal, incluye la extracontractual, que en principio puede ser demandada por medio de una acción de reparación

directa. La excepción a esta regla ocurre cuando el funcionario en el ejercicio de su cargo ha cometido delito, lo que requiere el previo pronunciamiento condenatorio de la jurisdicción penal (prejudicialidad), para luego exigir la responsabilidad pública ante la Sala Tercera.

Sólo cuando previamente se haya reclamado al sujeto activo, en el caso que medie un hecho punible, procede exigir responsabilidad patrimonial al Estado. Este tipo de obligación es subsidiaria o indirecta, extrayéndose esta interpretación del análisis armonizado de las disposiciones procesales administrativas y penales aplicables. Al respecto el artículo 126 del Código Penal establece:

...

Interesa recordar que de todo delito emana acción civil para reparar el daño causado contra las personas que resulten culpables, pretensión que en el sistema panameño ha de hacerse valer en el plenario o etapa de fondo del proceso penal, mediante incidente. Aunque si ese sujeto activo es un servidor público, luego de la condena penal recalco es que podrá accionarse contra el Estado o institución pública ante la Sala Tercera, en caso que el funcionario haya resultado insolvente, en el reclamo civil que se le hizo en el proceso criminal.”
(SHEFFER, Javier Ernesto. Régimen jurídico de la responsabilidad del Estado y de los servidores públicos en Panamá. Universidad Externado, Colombia, julio de 2007.)

Este principio de subsidiariedad es aplicado por los tribunales de instancia, prueba de ello se observa en el fallo dictado por el Juzgado Primero de Circuito, de lo Penal, del Tercer Circuito Judicial de la provincia de Panamá de fecha 6 de febrero de 2006, mediante el cual se condenó a Alberto René Monterrey Rodríguez “al pago del daño material y moral causado a la víctima y subsidiariamente al Estado”.

Dicho criterio también ha sido objeto de pronunciamientos reiterados de esa máxima corporación de justicia. (Cfr. sentencia de 27 de diciembre de 2005 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

Por consiguiente, el incumplimiento de los requisitos antes indicados nos lleva a solicitar a ese Tribunal que aplique lo dispuesto en el artículo 50 de la ley

135 de 1943, modificado por el artículo 31 de la ley 33 de 1946, y, en consecuencia, se REVOQUE la providencia de 10 de diciembre de 2007, visible a foja 27 del expediente judicial, que admite la demanda contencioso administrativa de indemnización y, en su lugar, NO SE ADMITA la misma.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/1061/iv