



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE N°: 163-2018

APELANTE: CONSTRUCTORA G.M., S.A.

ACTO RECURRIDO: Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, mediante la cual se Resuelve Administrativamente el Contrato SADS-DL-343-2016, correspondiente al acto de selección de contratista por Licitación Pública No.2016-0-35-0-07-LP-015370, expedida por el MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

CONTRAPROYECTA MAGISTRADO: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°061-2019-Pleno/TACP de 24 de abril de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

En virtud que el contrato objeto del presente recurso de apelación, se perfeccionó antes de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 2017 que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, debemos atender lo dispuesto en el artículo 100 de la aludida excerta legal, en el sentido que se le aplicarán las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento.

De conformidad con los artículos 120 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, y 319 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que la reglamenta, este Tribunal tiene competencia privativa para conocer del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

I. ANTECEDENTES.

El 15 de julio de 2016 el MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, convocó el acto de selección de contratista por Licitación Pública No.2016-0-35-0-07-LP-015370, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para el "DISEÑO, ESTUDIOS, DESARROLLO DE PLANOS Y CONSTRUCCION DE LA PERSONERIA MUNICIPAL DE PEDASI, DISTRITO DE PEDASI, PROVINCIA DE LOS SANTOS" (sic), cuya celebración fue el 28 de julio de 2016.

Mediante la Resolución 47-2016 de 18 de agosto de 2016, fue adjudicado el acto público en estudio a la empresa CONSTRUCTORA G.M., S.A., consecuentemente las partes suscribieron el Contrato SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016, por la suma de DOSCIENTOS DIECISIETE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.217,000.00).

21



A través de la Nota No.SADS-DL-204-2018 de 8 de junio de 2018, publicada el 22 de junio de 2018 en *PanamaCompra*, la entidad comunicó su intención de resolver administrativamente el referido contrato, señalando las razones y concediendo el término de cinco (5) días hábiles para que la contratista presentara sus descargos.

II. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.

Lo constituye la Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, proferida por el MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, publicada en *PanamaCompra* el 31 de octubre de 2018, mediante la cual resolvió administrativamente el Contrato SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016, suscrito con la empresa CONSTRUCTORA G.M., S.A., para el "DISEÑO, ESTUDIOS, DESARROLLO DE PLANOS Y CONSTRUCCION DE LA PERSONERIA MUNICIPAL DE PEDASI, DISTRITO DE PEDASI, PROVINCIA DE LOS SANTOS" (sic), e inhabilitó a la contratista para participar en actos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado, por el término de tres (3) años.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El 12 de noviembre de 2018 la firma forense Yángüez & Co., apoderada especial de la empresa CONSTRUCTORA G.M., S.A., a través del Licenciado Manuel Tejada Álvarez, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018.

Mediante el escrito visible de foja 012 a 019 del expediente jurídico, la parte actora se opuso a la resolución administrativa del contrato en estudio y su consecuente inhabilitación para contratar con el Estado; sostuvo que es injusta y desproporcionada, debido a que la contratista hizo todo lo posible para cumplir el contrato, sin embargo, por causas no imputables a ella se le dificultó continuar la ejecución de las obras, aunado a ello indicó que la empresa no posee antecedentes de inhabilitación por incumplimiento con la Administración Pública.

Expuso que el retraso en la entrega de la obra se debe a una serie de contratiempos, como es el caso del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que tardó cerca de cinco (5) meses en ser aprobado, siendo una situación de fuerza mayor no imputable a la contratista, por tanto solicitó prórroga de cincuenta y cuatro (54) días. Adicionalmente sostuvo que la aprobación de planos por parte de las diferentes instituciones, se encuentra inmersa en una excesiva burocracia, que ha causado demoras que escapan de las manos de la contratista.

Otra situación expuesta por la apelante y que, según argumentó, ocasionó el retraso de quince (15) días, fue la poda de un árbol de mango que debía ser realizada por un experto recomendado por el Ministerio de Ambiente, así también indicó que los cambios solicitados por la inspectora de obras de la regional de Los Santos, representaron un atraso de cuarenta (40) días.

Argumentó que la entidad concedió prórroga de cuarenta y cinco (45) días, la cual consideró menor al tiempo de retraso que sufrieron las obras del objeto contractual; al respecto indicó que la prórroga fue otorgada a través de la Adenda No.1, que fuera suscrita el 22 de mayo de 2018, y que al momento de activar la vía recursiva aún no había sido refrendada, tema que según señaló afectó gravemente las finanzas de la contratista, dado que sin la respectiva adenda al contrato se hacía imposible cobrar las cuentas presentadas.

Por último, al pronunciarse sobre el avance de las obras enunciado en el acto administrativo apelado, reconoció que se encuentra en 49% y ante dicho avance,

27



manifestó no entender por qué la entidad resolvió el contrato, por lo que solicitó a este Tribunal revocar la Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018.

IV. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

El 21 de noviembre de 2018, el Secretario Administrativo del Ministerio Público, mediante Nota No.SADS-DL-394-2018 de 14 de noviembre de 2018 (foja 049 del expediente jurídico), remitió de manera extemporánea copia autenticada del expediente administrativo, según informe secretarial que reposa a foja 054 del expediente de este Tribunal.

V. ETAPA PROBATORIA.

Con Resolución de Pruebas No.001-2019-TACP de 8 de enero de 2019, este Tribunal en Sala Unitaria se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas aportadas por la empresa recurrente.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

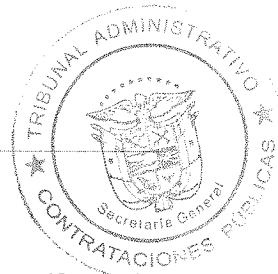
Expresados los antecedentes del proceso y en atención a las constancias procesales correspondientes al recurso de apelación impetrado, antes de adentrarnos en el análisis de los argumentos en los cuales la parte actora centró su disconformidad con el acto administrativo apelado, así como las causales manifestadas por la entidad para resolver el contrato e inhabilitar a la empresa contratista, este Tribunal procederá a verificar el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, a través de la normativa en materia de Contratación Pública.

Así las cosas, en el registro electrónico correspondiente al procedimiento de selección de contratista No.2016-0-35-0-07-LP-015370, de cuya adjudicación devino el Contrato SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016 y su respectiva orden de proceder, descubrimos que los últimos dos (2) actos administrativos mencionados, no fueron publicados en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, a efectos de cumplir con la notificación conforme lo establece el artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011.

Ahora bien, pese a lo anterior no podemos soslayar que de foja 54 a 59 del expediente administrativo, reposa copia del Contrato No.SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016, con las firmas de la Procuradora General de la Nación y el representante legal de la empresa contratista, CONSTRUCTORA G.M., S.A., así como el refrendo de la Contraloría General de la República de 31 de enero de 2017, lo que a todas luces evidencia que la contratista estaba en conocimiento de los términos del contrato suscrito, así también tenemos que la recurrente hizo referencia a dicho contrato, en el líbelo del recurso de apelación presentado.

Dentro de las consideraciones vertidas por la parte actora, a través del libelo de recurso que nos ocupa, manifestó taxativamente que la orden de proceder le fue entregada el 20 de febrero de 2017, dando inicio formalmente a la etapa de ejecución del contrato (foja 014 del expediente jurídico), lo que puede ser corroborado a través de la Nota SADS-037-2017 de 14 de febrero de 2017, visible a foja 69 del expediente administrativo, mediante la cual la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN comunicó a la empresa CONSTRUCTORA G.M., S.A., que dispondría de doscientos setenta (270) días calendario para realizar el objeto contractual, contados a partir del 20 de febrero de 2017; nota en la que además se lee *“Adjunto: Copia del Contrato No.SADS-DL-343-2016”* y se observa la firma del

21



representante legal de la empresa contratista.

En ese orden de ideas, tanto de las constancias procesales como de lo manifestado por la propia parte actora, se evidencia que estamos ante la llamada *notificación tácita o por conducta concluyente*, la cual se encuentra consagrada en el artículo 1021 del Código Judicial, norma aplicada de manera supletoria al proceso que nos ocupa:

“Si la persona a quien debe notificarse una resolución se refiere a dicha resolución en escrito suyo o en otra forma se manifiesta sabedora o enterada de ella por cualquier medio escrito, o hace gestión con relación a la misma, dicha manifestación o gestión surtirá desde entonces, para la persona que la hace, los efectos de una notificación personal.

...”

Dicho esto, el artículo 131 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, consagra los presupuestos procesales del recurso de apelación que se interpone en contra de la resolución administrativa de un contrato, advirtiendo que el mismo debe anunciarse y sustentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, lo cual dentro del presente proceso fue atendido.

En tanto el artículo 116 de la Ley de Contrataciones Públicas, establece el procedimiento de resolución administrativa del contrato, indicando que si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, debe notificar al afectado o a su representante, señalando las razones de su decisión y concediéndole cinco (5) días hábiles para contestar y presentar las pruebas que considere pertinentes, lo cual se materializó a través de la Nota No.SADS-DL-204-2018 de 8 de junio de 2018, publicada el 22 de junio de 2018 en *PanamaCompra*.

Por su parte el artículo 113 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, consagra las causales de la resolución administrativa del contrato, como a continuación:

“Artículo 113. Causales de la resolución administrativa del contrato.

Como causales de resolución administrativa del contrato, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:

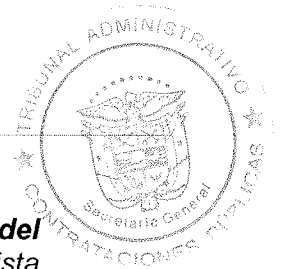
- 1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.*
- 2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.*
- 3. La quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse este en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.*
- 4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.*
- 5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.*

Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato”.

(El subrayado es nuestro)

A su vez el artículo 115 de la mencionada ley, desarrolla la resolución del contrato por incumplimiento del contratista determinando lo siguiente:

31



“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”.
(El subrayado es nuestro).

Ahora bien, en las cláusulas primera y segunda del Contrato SADS-DL343-2016 de 27 de septiembre de 2016, se establecieron compromisos y obligaciones del contratista, tales como: (i) realizar por su cuenta todo el trabajo para llevar a cabo el diseño, estudios, desarrollo de planos y construcción de la Personería Municipal de Pedasí; (ii) el estudio de suelo, percolación y estudio de impacto, incluyendo la resolución de aprobación por el Ministerio de Ambiente; (iii) desarrollo y aprobación de planos de construcción por todas las instituciones correspondientes según las leyes panameñas, de ahí que lo planteado por la actora, en relación a que la obtención del Estudio de Impacto Ambiental aprobado no recaía en la contratista, no es un argumento válido.

En ese sentido, dentro de las constancias procesales, incluyendo el líbelo del recurso, observamos que la empresa contratista aún no ha obtenido la aprobación de los planos del proyecto, obligación que recae en ella, conforme fue estipulado en el Contrato SADS-DL343-2016 de 27 de septiembre de 2016, suscrito con la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

La cláusula quinta del contrato en estudio, estipuló que la contratista se obligaba formalmente a iniciar y concluir el objeto del contrato, al desarrollo completo del proyecto y aprobación por todas las entidades involucradas, dentro de los doscientos setenta (270) días calendario, contados a partir de la fecha fijada en la orden de proceder, que como antes se señaló fue el 20 de febrero de 2017, es decir la contratista tenía **hasta el 16 de noviembre de 2017** para concluir los trabajos del objeto contractual.

Pues bien, en Nota GM-0066-2017 de 23 de octubre de 2017 (visible a fojas 71 y 72 del expediente jurídico), suscrita por el representante legal de la empresa contratista y recibida por el Departamento de Planificación y Gestión de Proyectos del Ministerio Público en igual fecha, se indicó que por los retrasos que se presentaron en la ejecución de la obra, los cuales coinciden con los expuestos en el recurso de

21



apelación en estudio, solicitaban **prórroga de tiempo para que las obras del proyecto fueran entregadas el 11 de marzo de 2018.**

Resulta importante lo anterior, debido a que la contratista argumentó en el libelo del recurso, que la prórroga concedida por la entidad fue menor al retraso que sufrieron las obras del objeto contractual, sin embargo, vemos que al 11 de marzo de 2018 fecha en que según la contratista culminaría las obras, de acuerdo a la nota arriba mencionada, no había concluido las obras y, lo que es peor, no estaba cerca de ello, toda vez que en el expediente administrativo reposan informes de inspección posteriores a dicha fecha, como prueba del avance de las obras.

Además, se observa a foja 79 del expediente administrativo, la Nota GM-0085-2018, suscrita por el representante de la contratista y recibida en el Departamento de Planificación y Gestión de Proyectos del Ministerio Público el 12 de marzo de 2018, en la que finalmente manifestó la aceptación de la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2017, con lo que se iniciaron las gestiones que concluyeron con la firma de la Adenda No.1, el 22 de mayo de 2018 y remisión para refrendo de la Contraloría General de la República, quien realizara observaciones a través de las Notas No.3589-18-DFG de 24 de julio de 2018 (foja 106 del expediente administrativo) y No.4277-18-DFG de 30 de agosto de 2018 (foja 123 del expediente administrativo).

Respecto a lo indicado por la actora, en el sentido que sus finanzas se vieron gravemente afectadas debido a que sin el refrendo de la Adenda le era imposible cobrar las cuentas, es importante resaltar que el 28 de febrero de 2018, la Contraloría devolvió la cuenta No.3 (fojas 197 y 198 del expediente administrativo) con una serie de observaciones, dentro de las que se encontraba la falta de Adenda prorrogando el periodo contractual, que precisamente no se había cristalizado debido a que la contratista no aceptó oportunamente el término otorgado por la entidad, sino hasta el 12 de marzo de 2018, a través de la Nota GM-0085-2018, arriba mencionada.

En el expediente administrativo se observan los Informes de Inspección de Campo, siguientes: No.9 de 3 de mayo de 2018 (fojas 107 a 110), No.10 de 30 de mayo de 2018 (fojas 111 a 113), No.11 de 29 de junio de 2018 (fojas 114 a 116), No.12 de 3 de agosto de 2018 (fojas 117 a 119), No.13 de 1 de septiembre de 2018 (fojas 254 a 258), No.14 de 19 de octubre de 2018 (fojas 270 a 273) y No.15 de 30 de octubre de 2018 (foja 274 a 288), en los que no hay variación alguna, dado que el avance se mantenía en 49% y se indicó que no había presencia de trabajadores, materiales, ni equipos en el sitio de las obras, desde el 28 de febrero de 2018. **Cabe destacar que para la fecha del último informe de inspección, ya habían transcurrido 619 días desde la orden de proceder**, recordemos que en el contrato se estableció la entrega de la obra en 270 días calendario a partir de la orden de proceder.

Lo anterior nos lleva a concluir, que aun cuando la entidad contratante hubiera otorgado prórroga para entregar la obra el 11 de marzo de 2018, tal como lo solicitó la contratista, y no al 31 de diciembre de 2017 como se gestionó y firmó la Adenda No.1, dicha negativa no fue un factor determinante para el incumplimiento de las cláusulas pactadas, pues aun cuando el término del contrato hubiera vencido, conforme el artículo 77 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, una de las reglas para las modificaciones y adiciones al contrato, con base en el interés público, es la obligación que tiene el contratista de continuar con la obra, sin embargo, como se dijo antes el 28 de febrero de 2018, la contratista unilateralmente paralizó las obras.

Relacionado a lo anterior, debemos anotar que aunque el plazo de doscientos setenta (270) días calendario para la entrega de la obra concluyó, la figura de la

21



liquidación del contrato amplía su término de vigencia, el contrato mantiene sus efectos incluso a la fecha, por lo que la empresa contratista podía proseguir con las obras del objeto contractual, postura que ha sido reiterada por este Tribunal, señalando que el vencimiento del plazo, no constituye *per se* la cesación inmediata de los efectos del contrato, ya que **en los contratos de obra la extinción se configura por el cumplimiento del objeto contractual.**

Así, el contrato no se extingue hasta tanto se liquide, por ende el Contrato SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016, se mantiene en vigor con fundamento en el artículo 97 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011:

“Artículo 97. Plazo para la liquidación de los contratos. Para efectos de este artículo, se entenderá por liquidación de los contratos el procedimiento a través del cual, una vez terminada la ejecución del contrato, las partes determinan las sumas adeudadas entre sí.

La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en el pliego de cargos o su equivalente, o dentro del término que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En los casos en que el contratista no se presente a la liquidación, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad contratante, o en que las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses siguientes. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo. En este caso, la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

Toda liquidación de contrato deberá contar con el refrendo del representante legal de la entidad o del servidor público delegado y del servidor público autorizado por la Contraloría General de la República.

Este artículo será reglamentado por el Órgano Ejecutivo”.

(El subrayado es nuestro)

Con referencia a lo expresado, la liquidación de los contratos no es un evento optativo de las entidades, ya que la Ley lo ordena indistintamente que el contrato se haya ejecutado o no, al grado de involucrar a la Contraloría General de la República, para rubricar el acta en cuestión, a fin de que no queden saldos pendientes de una u otra parte.

En cuanto a lo indicado por la actora, en el sentido que la inhabilitación a la empresa CONSTRUCTORA G.M., S.A., por el término de tres (3) años para participar en procedimientos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado, es injusta y desproporcionada, consideramos oportuno referirnos al artículo 117 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, que al referirse a la inhabilitación señala lo siguiente:

Artículo 117. Competencia. *La competencia para inhabilitar a los contratistas por incumplimiento de contratos u órdenes de compra recae en el representante de la entidad o en el servidor público en quien se delegue esta función. La sanción de inhabilitación se decretará en el mismo acto en que se declara la resolución administrativa del contrato. Será responsabilidad de la Dirección General de Contrataciones Públicas reglamentar esta materia.*

Para efectos de la inhabilitación, se entenderá que los contratistas inhabilitados no podrán participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación, la cual será de tres meses a tres años, dependiendo de la

21



reincidencia, de la cuantía del contrato y de la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que resulte de su actuación, las personas naturales o jurídicas que incurran en falsedad o en fraude en el acto de selección de contratista, en el procedimiento excepcional de contratación o durante la ejecución del contrato, de la adenda o de la orden de compra, comprobado en el proceso de resolución administrativa del contrato u orden de compra, serán inhabilitadas por la Dirección General de Contrataciones Públicas por un periodo mínimo de dos años.

Cuando concurren en forma simultánea dos o más sanciones de inhabilitación hacia un mismo contratista, se le aplicarán las sanciones en forma acumulativa, entrando a regir la posterior al día siguiente de la finalización de la sanción anterior”.

(El subrayado es nuestro)

Así también, es menester mencionar que el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que reglamenta la Ley de Contrataciones Públicas, contiene un título completo sobre la Inhabilitación y en su artículo 371 establece:

Artículo 371: (Causales de inhabilitación)

La inhabilitación de los contratistas será de tres (3) meses a tres (3) años, dependiendo de las siguientes circunstancias:

- a) de la reincidencia,*
- b) de la cuantía del contrato, y*
- c) de la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento.*

Al momento de dictar la resolución, la autoridad competente deberá incluir los criterios que sirvieron de fundamento para la individualización de la sanción.

(El subrayado es nuestro)

Sobre la potestad sancionadora de la administración, debemos recordar que se trata de una potestad debidamente reglada por el ordenamiento jurídico, por lo que los entes administrativos deben someterse a los criterios de graduación dados por la norma legal, ejerciendo debidamente la tarea de dosificación e individualización de la sanción aplicable y en cuanto a la Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, observamos que la entidad si bien se refirió a los daños que para el Estado representa la no culminación de las obras objeto del contrato, cuyo monto se encuentra debidamente acreditado, no podemos soslayar que no hace mención y mucho menos aporta elementos probatorios, en relación a la reincidencia del contratista en incumplir relaciones contractuales con el Estado.

Conviene recordar que la Sala Tercera de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, a través de la sentencia de 30 de enero de 2009, que “la potestad sancionadora de la Administración, es la facultad o competencia de las autoridades administrativas, desarrollada en aplicación del ‘ius punendi’, para fiscalizar los comportamientos de los administrados y el personal de servicio adscrito a ella, y para imponer medidas restrictivas de derecho ante la inobservancia de las reglas que prescribe. Se considera una garantía del cumplimiento del derecho positivo administrativo y como una función instrumental cuyo objeto es proteger los bienes e intereses definidos por el ordenamiento en cada materia o sector”.

En dicha sentencia, la Corte agregó que “esta potestad está sujeta al principio de legalidad, por lo que es atribuida a determinados órganos del Estado por medio de ley, con la finalidad de imponer penas, sanciones y medidas de seguridad a quienes después de un proceso, también contemplado en la ley, los establezca como

21



responsables de los delitos. En este orden de ideas, los principios que fundamentan esta facultad son los de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, regla del 'non bis in ídem', culpabilidad y de prescripción".

Cobran relevancia los principios de proporcionalidad y de razonabilidad de las sanciones administrativas que demandan al juzgador, incluso en sede administrativa, realizar una adecuada ponderación de los intereses tutelados por el legislador y la justificación racional de la medida o sanción contemplada por la norma.

La aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad es concordante con el principio de estricta legalidad de las actuaciones administrativas y el Estado constitucional de Derecho, porque no sería aceptable que el juez o la administración tengan la obligación de imponer una pena o sanción desproporcionada solamente por el hecho de estar prevista en una disposición legal.

Referente al principio de proporcionalidad de las sanciones, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la vigencia del citado principio en las actuaciones administrativas en fallo de 22 de julio de 2008 donde expresó:

"El Pleno de la Corte ha reconocido la vigencia del principio de proporcionalidad en las actuaciones de autoridades administrativas y jurisdiccionales, el cual está presidido por una adecuación de medios afines. (Sentencia de 11 de mayo de 1999)

El requisito de proporcionalidad se corresponde a que la potestad ejecutada por las autoridades debe estar sujeta al contenido y alcance de la norma pertinente, en relación a las circunstancias que inciden en la conducta cuestionada.

Este Tribunal ha enfatizado la importancia del principio de proporcionalidad en el proceso penal, tal es el caso de la Sentencia de 3 de septiembre de 2001, en la que se expresó lo siguiente:

*"El criterio de proporcionalidad cuyos orígenes se remontan al Derecho de Policía y que luego fue extendiendo su reconocimiento al ámbito administrativo, penal y procesal penal, **representa un principio general de derecho que impone a los poderes públicos la exigencia de no afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos más allá de los límites que razonablemente justifiquen su limitación o restricción.** Este principio de proporcionalidad que es pieza valorativa fundamental en el tema concreto de las medidas cautelares está erigido sobre un valor de justicia, pues, como bien ha anotado el autor alemán KARL LARENZ, su fundamentación descansa **"en su sentido de prohibición de excesividad, es un principio de derecho justo, que deriva inmediatamente de la idea de justicia.** Indudablemente conecta con la idea de moderación y de medida justa en el sentido de equilibrio" ("Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica, Editorial Civitas, Madrid, 1985, Pág. 144.)*

*El reconocimiento del principio de proporcionalidad exige que la medida restrictiva del derecho fundamental reúna varios elementos a saber a. **La medida enjuiciada tiene que ser idónea** entendiendo que la misma debe ser cualitativamente apta para la consecución de los fines perseguidos. b. **La medida debe ser necesaria** de manera que no se provoquen excesos en la afectación de derechos individuales más allá de los límites que verdaderamente justifiquen la circunstancia del caso particular; y c. **La medida debe ser proporcional** y sólo puede adoptarse después que la autoridad haya efectuado un análisis de ponderación de intereses de cara a las circunstancias del caso concreto, con el objeto de que la restricción impuesta mantenga una relación razonable y no excesiva con el interés que se trata de salvaguardar." (El destacado es nuestro)*

21



En Sentencia de 29 de junio de 2007, se plantearon conceptos relativos al ámbito de los derechos fundamentales en relación al principio de proporcionalidad:

"El principio de proporcionalidad está reconocido, entonces, como un patrón mediante el cual debe calibrarse la actuación de las autoridades, y su observancia impone a estas una prohibición de excesividad al adoptar las medidas que afecten o sacrifiquen Derechos Fundamentales.

Para que la medida restrictiva del derecho fundamental atienda al contenido del principio de proporcionalidad, es preciso que se cumplan las siguientes exigencias: a- Idoneidad en la medida, entendiéndose que ella debe ser cualitativamente apta para la ejecución de los fines perseguidos. b- Necesidad, pues, la medida tiene que adoptarse en forma que no provoque innecesarios excesos o afectaciones a los derechos individuales, más allá de los límites que verdaderamente justifiquen y aconsejen las circunstancias del caso en particular; y c- Proporcionalidad, por cuanto que la medida sólo podrá adoptarse después que la autoridad haya efectuado un obligado examen de ponderación de intereses frente a las circunstancias del caso concreto, de modo que la restricción sea razonable y no excesiva con el interés que se pretende salvaguardar."

Por consiguiente, este Tribunal estima que no se ha comprobado en los expedientes, administrativo y electrónico, la reincidencia del contratista y teniendo en cuenta que el contrato objeto del presente análisis asciende a la suma de DOSCIENTOS SETENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.270,000.00), esta instancia considera excesiva la sanción de inhabilitación por tres (3) años y fijará la misma por el término de seis (6) meses.

Finalmente, en virtud de las valoraciones realizadas, esta Colegiatura al no encontrar desvirtuadas las razones que llevaron al MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN a resolver administrativamente el Contrato SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016, celebrado con la empresa CONSTRUCTORA G.M., procederá a *confirmar* el dispositivo primero y *modificar* el dispositivo segundo de la Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, publicada en *PanamaCompra* en igual fecha, con fundamento en los literales a y b del artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, reglamento vigente a la fecha del perfeccionamiento del contrato aludido.

En consecuencia y en atención a todo lo anteriormente expuesto, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el dispositivo PRIMERO de la Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, mediante la cual el MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, resolvió administrativamente el Contrato SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016.

SEGUNDO: MODIFICAR el dispositivo SEGUNDO de la Resolución No.SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, referente a la inhabilitación en el sentido de fijar el término en seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente Resolución.

TERCERO: DEVOLVER al MINISTERIO PÚBLICO DE PANAMÁ - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, la copia autenticada del expediente

89

administrativo, contentivo de las actuaciones surtidas dentro del recurso de apelación, el cual consta de un (1) tomo, según informe secretarial de 21 de noviembre de 2018, que reposa a foja 054 del expediente jurídico.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida, transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación en el referido sistema.

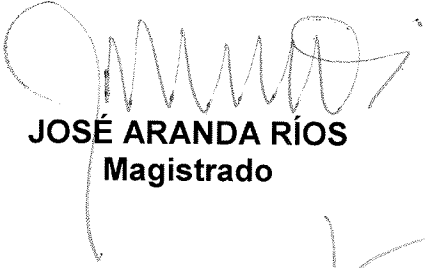
QUINTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

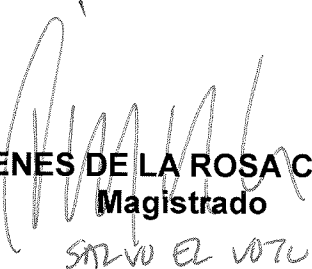
SEXTTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente No.163-2018, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 77, 97, 113, 115, 116, 117, 120, 129, 131 y 141 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011; artículos 319, 354, 359 s.s. y 371 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; artículo 100 de la ley 61 de 27 de septiembre de 2017 y artículo 1021 del Código Judicial

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


KAREN SOLÍS
Secretaria General, Encargada





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA CONSTRUCTORA G.M., S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. SADS-DL-040-2018 DE 30 DE OCTUBRE DE 2018, DICTADA POR LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Con fundamento en el artículo 115 del Código Judicial, supletoriamente aplicable de conformidad al artículo 3 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, manifiesto en esta ocasión mi disenter con lo resuelto en la parte motiva y resolutive por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N° 061-2019-Pleno/TACP de 24 de abril de 2019, decidieron confirmar el Resuelto Primero de la Resolución No. SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, proferida por la Procuraduría de la Administración, que resolvió administrativamente el Contrato No. SADS-DL-343-2016 e inhabilitó a la recurrente (CONSTRUCTORA G.M., S.A.) por el término de tres (3) años a participar de actos de selección de contratista mientras dure la inhabilitación, por considerar que la contratista incumplió con el contrato señalado.

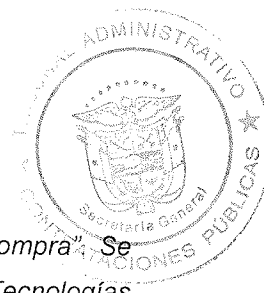
De la revisión del recurso de apelación presentado por el licenciado MANUEL TEJADA ÁLVAREZ de la firma forense YÁNGÜEZ & CO y el expediente administrativo suministrado por la entidad contratante, observo que se presentaron deficiencias en la aplicación del procedimiento de resolución administrativa del contrato, vulnerando lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

En esta oportunidad, apreciamos que la entidad no publicó el Contrato No. SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016, ni mucho menos la orden de proceder en la forma en que lo exige la ley especial, es decir, a través del portal electrónico "PanamaCompra", que en su artículo 129 indica lo siguiente:

Artículo 129. Notificación. Todas las resoluciones y demás actos administrativos que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, así como las que dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Asimismo, las resoluciones que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas aceptando o rechazando la solicitud de registro de proponentes, así como admitiendo, rechazando o resolviendo una acción de reclamo, y las que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" las resoluciones, el cuadro de cotizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en este artículo, se darán por notificados. De considerarse agraviado el proponente con la decisión adoptada por la entidad, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta ley o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato, salvo las excepciones que establece la presente ley.



De igual forma, el artículo 141 de la ley que nos gobierna señala que:

Artículo 141. Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". Se crea un Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas, por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), que se denominará "PanamaCompra", como una herramienta de apoyo a los procedimientos de contrataciones públicas, y deberá estar disponible, de forma gratuita, a toda la sociedad civil en la forma que establezcan esta Ley y sus reglamentos.

El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" será de uso obligatorio para todas las instituciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley y a las que se les aplique la presente Ley en forma supletoria. Las entidades públicas deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" toda la información que se genere en las contrataciones menores, en los procedimientos de selección de contratista, en los procedimientos excepcionales de contratación y en la etapa contractual, conforme se disponga en el reglamento.

Para todos los efectos legales, las actuaciones publicadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" por las entidades públicas, en virtud de sus atribuciones, producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos públicos, y, en consecuencia, tendrán valor vinculante y probatorio.

De manera que, al no haberse realizado la notificación del contrato ni la orden de proceder de conformidad a lo que establece la ley de contrataciones públicas, no podemos consentir la realización de una forma distinta, como lo es la notificación personal, dado que dicha actuación es una forma de desnaturalizar la forma correcta creada por la ley No. 22 de 2006, y sería aceptar de forma indirecta que las autoridades de cada entidad utilicen los medios que a bien le parezcan para comunicar los actos administrativos, saliéndose del límite que establece el debido proceso y el principio de legalidad, con la aplicación de procedimientos traídos de la justicia ordinaria en menoscabo de la ley que nos rige.

Para Alsina la nulidad "es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello" (Alsina Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo IV. Ed. Ediar. Bs.As. Argentina Pág. 627).

El procedimiento legalmente establecido no fue realizado en la forma que el legislador dispuso, sino como la entidad creyó que era y no podemos aducir la notificación por conducta concluyente porque la ley especial de contrataciones públicas no tiene vacíos en cuanto a notificación se refiere.

Las ordenanzas citadas contemplada en nuestra ley positiva, nos impide a que interpretemos las normas de la contratación pública, siguiendo trámites, procedimientos distintos o adicionales a los expresados por la ley especial.

Consideramos que no cabe la supletoriedad en materia de notificación, y que debemos respetar el proceso debido en materia de comunicaciones, ya que, independiente de que el accionante realice cualquier tipo de actuación dentro del tiempo



oportuno, estaríamos avalando la desnaturalización de la notificación legal que exige el artículo 129 Texto Único de la Ley 22 de 2006, permitiendo de esa forma que los administradores de justicia realicen las notificaciones de forma extralimitada y al margen de la ley positiva de contrataciones públicas, creando con ello una desigualdad entre las partes y la aplicación de procedimientos distintos a los correspondientes.

Este Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo, si se ha vulnerado la garantía del debido proceso legal, como es un tema de gran importancia, como lo es la notificación del contrato y la orden de proceder. Así, el numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, establece que los actos administrativos son nulos “si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal”, al igual que el artículo 135 de la ley de contrataciones públicas.

En concordancia con lo expuesto, el Principio del Debido Proceso, el cual constituye uno de los principios rectores de la contratación pública, consagrado en el Artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006, dispone que:

“El debido proceso establece que todas las personas tienen derecho a las garantías esenciales, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista, y en las demás etapas de la contratación pública y permitirle se oído y hacer valer sus derechos ante la entidad licitante, la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Por otro lado, el artículo 79 de la Ley No. 22 de 2006 sostiene que.

“Artículo 74. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. **Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista.** Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Todos los contratos, independientemente de su cuantía, **se deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.** (El resalto es nuestro)

¿Cómo podría surtir efectos jurídicos un contrato o una orden de proceder que no ha sido notificada en la forma correcta como lo establece la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017? Y, por otro lado, mal haríamos aprobándolo, pues sería estar de acuerdo con la utilización de procedimientos distintos a los plasmados en la ley, actuación que no consentiremos por ser contrario a Derecho.

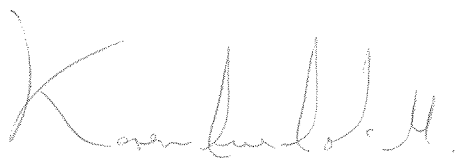
Nuestra legislación de Contrataciones Públicas configura como una causal de nulidad absoluta de los actos aquellos que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Así, lo establece el artículo 135 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que a la letra dice:

“Artículo 135. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona” (el resalto es nuestro).

En esta oportunidad, verificamos que el presente proceso se encuentra viciado, por no haberse notificado el Contrato No. SADS-DL-343-2016 de 27 de septiembre de 2016 ni la orden de proceder en la forma que la ley de contrataciones públicas ordena. Esas dos situaciones vician el procedimiento de ejecución por haberse celebrado la comunicación con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, siendo así, lo que corresponde es revocar la Resolución No. SADS-DL-040-2018 de 30 de octubre de 2018, y en su lugar declarar la nulidad de lo actuado por la entidad contratante de conformidad al contenido del artículo 354, literal d, de la Ley No. 22 de 2006.

Seguir consintiendo que las entidades sigan aplicando las notificaciones tradicionales, es contribuir a que se mantenga aplicando la ley de forma distinta al espíritu de la misma, el cual busca la agilización de los procedimientos de selección de contratista y de la ejecución del contrato de una forma pronta y menos desgastante para las entidades; sin embargo, como los razonamientos expuestos no han sido compartidos por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, no me queda otra alternativa que expresar de manera firme y respetuosa que, SALVO EL VOTO.

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.
Magistrado


KAREN SOLÍS S.
Secretaria General, Encargada.

