



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No.: No.006-2020.

RECURRENTE: CONSORCIO IDEL.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.DM-0666-2019 de 30 de diciembre de 2019, emitida por el Ministerio de Ambiente, que resolvió administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017 e inhabilitó a la contratista por el término de dos (2) años para participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación.

Magistrado Ponente: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

Resolución No.082-2020-Pleno/TACP de 27 de abril de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, modificada por la Ley No.41 de 10 de julio de 2008, Ley No.69 de 6 de noviembre de 2009, Ley No.80 de 31 de diciembre de 2009, Ley No.12 de 19 de marzo de 2010, la Ley No.30 de 16 de junio de 2010, y la Ley No.61 de 2017, ésta última no aplicable en el fondo, más sí en cuanto a la parte adjetiva, es decir, al término de notificación, regula la Contratación Pública en Panamá (por ser un proceso que nació en el año 2017), y en su artículo 104 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia, del Recurso de Apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

El Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, de sus artículos 359 a 364 establece el procedimiento a seguir para atender los efectos del recurso de apelación anunciado.

I. ANTECEDENTES.

El Ministerio de Ambiente convocó el procedimiento de selección de contratista No.2017-1-08-0-04-LV-023523, para el servicio de restauración/reforestación de 975 hectáreas con especies forestales y frutales dentro del Programa Pro Cuencas y la Alianza por el Millón de Hectáreas en la Cuenca Hidrográfica del río Chiriquí, el cual fue adjudicado al CONSORCIO IDEL luego de agotado el procedimiento de selección de contratista correspondiente en esta oportunidad.

97

B



Adjudicado el acto de público mencionado e iniciada la ejecución del mismo, el Ministerio de Ambiente, a través de la Resolución No.DM-0320-2019 de 14 de agosto de 2019, ordenó la Resolución Administrativa del Contrato No.CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017, así como la inhabilitación por un período de dos (2) años del CONSORCIO IDEL.

Este Tribunal, en Resolución No.206-2019-Pleno/TACP de 31 de octubre de 2019, decidió declarar la nulidad relativa del mencionado procedimiento, por considerar que se vulneró el debido proceso a la contratista, al no notificar la nota de intención de resolución administrativa del contrato.

Lo anterior hizo que la entidad corrigiera su actuar y volviera a notificar la nota de intención de resolución administrativa de contrato y la Resolución No.DM-0666-2019 de 30 de diciembre de 2019. Esta última publicada el día 30 de diciembre de 2019.

Básicamente, la posición de la entidad, manifestada en la Notas No.DM-1204-2019 de 19 de junio de 2019 y No.3077 de 14 de noviembre de 2019, es que resolución administrativa de contrato corresponde a la falta de cumplimiento en la entrega del producto No.3, y de lo indicado en los informes técnicos de inspección, especialmente en el informe técnico de visita o inspección contenido en la Nota No.DRCH-533-2019 de 1 de abril de 2019, visible a fojas 1171 y siguientes del expediente administrativo, donde se muestra que el producto No.3 fue entregado de manera incompleta, a través de la Nota No.IDEL-N-033-2019, al comprobarse trabajos de 817 hectáreas, en lugar de las 975 hectáreas pactadas en el contrato de marras, con un avance del 33% y sin presentación de Shapefile de las fincas.

Luego de ello, no se apreció subsanación de los resultados encontrados, aún con la época de lluvia en desarrollo, y que además, a pesar de haberse solicitado una prórroga por parte del CONSORCIO IDEL desde el día 3 de enero de 2019, no se logró para esa ocasión consenso sobre la fecha de prórroga o el contenido de la Adenda No.2.

La entidad considera que los argumentos expuestos por la apelante no resultaron suficientes para justificar una posible alteración en las actividades a realizar, ya que las épocas secas y lluviosas que ocurren dentro de la vigencia del contrato, no son situaciones esporádicas y las mismas están prácticamente estimadas en las mismas fechas todos los años.

Sostiene que, a pesar de que se concedieron 30 días en la adenda No.2, los

27



técnicos responsables del informe concluyeron diversas inconsistencias incumplimientos e incongruencias en cuanto a lo solicitado para el producto No.3.

II. ANUNCIO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La Resolución No.DM-0666-2019 de 30 de diciembre de 2019, proferida por el Ministerio de Ambiente, no gozó de la aceptación del CONSORCIO IDEL, por lo que en atención al derecho reconocido por Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, en concordancia con el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, vigentes al momento de su iniciación, la misma anunció y sustentó la acción recursiva comentada en el tiempo procesal oportuno dispuesto en el artículo 131 de la ley especial.

III. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.

Lo constituye la Resolución No.DM-0666-2019 de 30 de diciembre de 2019, emitida por el Ministerio de Ambiente, en donde se decidió Resolver Administrativamente el Contrato No. CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017, para el Servicio de restauración/reforestación de 975 hectáreas con especies forestales y frutales dentro del Programa Pro Cuencas y la Alianza por el Millón de Hectáreas en la Cuenca Hidrográfica del Río Chiriquí, publicada para los efectos de la notificación el día 30 de diciembre de 2019, tal y como se aprecia en el portal electrónico "ParamaCompra" y en las fojas 2 a la 7 del expediente del Tribunal, en donde la entidad fundamentó su decisión sobre la base de que la contratista no cumplió en su totalidad con las cláusulas establecidas en el Contrato No.CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017, tal y como se expuso en líneas anteriores.

IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA.

La firma forense MORGAN & MORGAN, apoderada especial del CONSORCIO IDEL, entre sus argumentos destaca que el incumplimiento del contrato se debe a razones de caso fortuito y fuerza mayor, lo cual sustenta en base a la cláusula cuarta del Contrato No.CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017 y al artículo 34D del Código Civil, conforme la cual el contratista no será responsable por atrasos en la entrega de los servicios contratados, por motivo de una causa fuera de su control razonable, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito, y que en esta oportunidad se produce con la ocurrencia de un evento atmosférico e impredecible denominado Fenómeno del Niño.

Por tal motivo, la mayoría de los socios estratégicos, frente a las condiciones edafoclimáticas de sus fincas, solicitaron expresamente al CONSORCIO IDEL que no

27



sembraran hasta iniciadas las lluvias, ya que la subsanación no sería posible en ciertas fincas debido a que el verano no permitiría la supervivencia de las plantas.

En ese sentido, expresan que el CONSORCIO IDEL no podía acceder a trabajar o ejecutar ningún trabajo sin la colaboración y anuencia del dueño del predio a intervenir (socio estratégico), quienes se negaron a permitir el acceso.

Indica la firma forense, en representación del CONSORCIO IDEL, que lo argumentado en la decisión de resolución administrativa de contrato no es cónsono con el informe técnico IDEL-N-003-2019 remitido a través de Nota Procuencas-140-2019 del Contrato No.CC-14-CAF-2017, ya que por una parte se sostiene que los argumentos presentados por el consorcio no resultaron suficientes para justificar una posible alteración a las épocas lluviosas y secas son conocidas por el contratista; mientras que por la otra se indica que "al tener la nota de sustentación del rechazo por parte de la mayoría de socios estratégicos de este contrato, al establecimiento del material vegetativo en el período de enero a abril, consideramos estos elementos relevantes, ya que no permiten la entrada de técnicos del consorcio para proceder a realizar los respectivos establecimientos, sumado a que los períodos de establecimiento de material vegetativo estén basados al inicio de las épocas de lluvias, que oscila entre los meses de abril y mayo, y aquellos establecimientos que se realicen en esa época, deben considerar aquellos paliativos como la utilización de hidrogel y cubriendo la base de los plántones para aumentar la retención de humedad, hasta que se normalicen que habitualmente es en el mes de junio y con ese paliativo podrían disminuir considerablemente".

Con lo anterior manifiesta la recurrente que Mi Ambiente evidenció el conocimiento respecto a la ocurrencia del Fenómeno del Niño y del impacto que tuvo la negativa de los socios estratégicos de permitir entrar a las áreas de trabajo.

Se apoyan en que hubo un sinnúmero de publicaciones noticiosas, a través de los diarios de circulación nacional, que evidenció un evento climatológico adverso e inesperado que afectó a los productores.

Sostienen que el CONSORCIO IDEL mantuvo en todo momento la disposición de cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, frente a la ausencia de una adenda de prórroga, ni de un pronunciamiento claro por parte de Mi Ambiente, resulta ilógico que se procediera a reiniciar trabajos una vez entrada la época de lluvia, ya que cada inversión realizada por el CONSORCIO IDEL sin un respaldo contractual, implicaría el riesgo de pérdida de la inversión y a la vez falta de reconocimiento económico.

37



V. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Agotadas las fases previas del presente proceso y contemplados los planteamientos antes vertidos, esta Colegiatura, en virtud del contenido del numeral 2 del artículo 136 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, procede a desatar lo contencioso, a fin de darle respuesta a los administrados y a la administración, respecto al acto administrativo en etapa de ejecución, como consecuencia del recurso de apelación que fue sustentado luego de la notificación de la resolución administrativa del contrato que realizó la entidad a través de la publicación de la misma en el portal electrónico "PanamaCompra", como medio exclusivo y de uso obligatorio para todas las instituciones públicas a las que se les aplique la Ley No.22 de 2006.

Por ello, lo que continúa es determinar si se está ante un yerro jurídico que deba ser remediado en esta fase de agotamiento de la vía gubernativa, verificando si la entidad realizó el procedimiento dentro del marco de la ley sustantiva-adjetiva, para posteriormente concluir con la confirmación del acto público en debate, la revocatoria de la decisión administrativa o la declaratoria de nulidad relativa o absoluta del proceso.

Así, pues, tenemos que, del análisis del procedimiento legalmente establecido que nos indica el artículo 149 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, la recurrente realizó el anuncio y la sustentación del recurso de impugnación dentro del término procesal oportuno, al presentarse el día 10 de enero de 2020; tomando en consideración que la decisión recurrida fue difundida el día 30 de diciembre de 2019, satisfaciéndose así los plazos que la ley especial de contrataciones públicas positiva señala.

Satisfechos los plazos de ley, luego del examen de las razones que motivaron a la entidad a resolver administrativamente el contrato No.CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017, corresponde decidir conforme a derecho, haciendo un estudio de los elementos de convicción que se encuentran recopilados en los expedientes administrativos, por ser los portadores de la verdad material en este tema administrativo.

En ese sentido, cabe agregar que el contrato en mención fue suscrito para el servicio de restauración/reforestación de 975 hectáreas con especies forestales y frutales dentro del Programa Pro cuencas y la Alianza por el Millón de Hectáreas en la Cuenca Hidrográfica del Río Chiriquí y para ello se concedió en primer lugar un plazo de ejecución del contrato de dieciocho (18) meses contados a partir del día

37



siguiente hábil posterior a la notificación de la orden de proceder.

Se observa que la orden de proceder, según constancia probatoria que reposa a foja 381 del Tomo 1 del expediente administrativo, fue notificada el día 12 de enero de 2018, lo que indica que fue realizada de acuerdo a lo que establece la ley de contrataciones públicas, por ende, significa que la ejecución del contrato debió ser entregada el día 15 de julio de 2019. Por ello, los exámenes correspondientes estarán encaminados a examinar a quien le corresponde la no ejecución al 100% del servicio, tomando en consideración que al día de hoy no ha finalizado de forma conforme, toda vez que la entidad señala una ejecución pobre de aproximadamente el 33%. No obstante, consta adenda No. 3 que extendió el plazo de ejecución por un mes adicional, teniendo como nuevo término para la entrega del servicio el día 15 de agosto de 2019.

Verificado el expediente administrativo, es indiscutible la existencia de un retraso en el cumplimiento del contrato, del cual CONSORCIO IDEL se considera no imputable, en atención al hecho de la naturaleza conocido como el Fenómeno del Niño, que implica un agravamiento de las condiciones secas y altas temperaturas propias de la época seca.

Respecto a la concesión de prorrogas en ocasión de caso fortuito, la norma indica que las situaciones de caso fortuito darán derecho a la extensión del contrato, conforme se lee en el artículo 95 de la Ley de Contrataciones Públicas:

“Artículo 95. Concesión de prórroga. Los retrasos que fueran producidos por causas no imputables al contratista o cuando se den situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un período no menor al retraso, que será tramitado de oficio o a petición de parte por la entidad contratante. Sin perjuicio de lo establecido, las prorrogas modificarán proporcionalmente, los términos establecidos y se documentarán como ajustes a la orden de compra o adendas al contrato originalmente suscrito. También el contratista tendrá derecho a la extensión del período de ejecución, cuando el perfeccionamiento del contrato se efectúe con posterioridad a los ciento veinte días calendario de concluido el procedimiento de selección de contratista.”

En este caso particular, la prórroga solicitada por CONSORCIO IDEL se da en circunstancias extrañas a la Ley, puesto que tal figura, como su propia acepción literal y jurídica indican, busca una continuación por un período dado. El citado artículo es conceptualmente claro al expresar que “dará derecho a que extienda el plazo del contrato por un período no inferior al retraso”. No obstante, la petición de CONSORCIO IDEL, no es para obtener una prórroga per se, sino para suspender el contrato o servicio hasta una fecha posterior. Lo procedente es que un contratista, al considerar que no terminará oportunamente, solicite a la entidad se le conceda el plazo adicional requerido.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 34-D del Código Civil indica que

[Handwritten signature]



"es caso fortuito el proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole".

Desmenuzando la esencia del caso fortuito, este invoca condiciones futuras (no existentes en tiempo presente) que no pudieron ser previstas (imprevistos). En el caso en examen, el contratista se fundamenta en que advierte a la institución de cambios climáticas, debido al Fenómeno del Niño, el cual no constituye una novedad mundial ni nacional.

Es un hecho notorio, en la República de Panamá, que generalmente la estación seca (o menos lluviosa) comprende los meses de enero a abril, mientras que la estación lluviosa los meses de mayo a diciembre, con la peculiaridad que no es inusual alguna lluvia en época seca. En el área a reforestar, la cuenca hidrográfica del río Chiriquí, el flujo de los ríos es abundante y permanente, a pesar de los suelos de textura gruesa, de acuerdo al informe confeccionado por el Banco Interamericano de Desarrollo, que reposa en el expediente administrativo, por lo cual en la estación seca los volúmenes de las aguas serían menores, pero no escasos en su totalidad.

Justo por tratarse de reforestar la cuenca hidrográfica del río Chiriquí, que tiene incidencia en el sector agua potable y en el sector hidroeléctrico, no hace sentido a este Tribunal solicitar la suspensión de las acciones de reforestación bajo el argumento de que la temporada seca podría ocasionar daños en los trabajos realizados, sabiendo de la variación climática que ha caracterizado a nuestro istmo en los últimos años y de la necesidad de la población.

El derecho se basa en hechos reales y no en situaciones insostenibles e improbables basadas en el futuro incierto. La realidad que apuntan las evidencias de convicción es que existe un incumplimiento, un periodo de ejecución finalizado a pesar de la prórroga concedida y que en ninguna de las situaciones es imputable a la entidad, ya que al momento de firmarse el contrato en estudio, ambas partes sabían de antemano las probabilidades del tiempo, conociendo lo inestable del clima en nuestro país en donde debió ponderarse la situación que se presenta así como en el mes de enero se valoró la posible extensión de la época seca hasta el mes de mayo.

Por eso, no se puede comprender que la extensión del clima seco sea algo fortuito, más bien lo consideramos predecible, porque es una realidad que podría suceder y no algo que surgió de pronto y sin posibilidad de contemplarse, y aun así no sirve de motivo para justificar solo el 33% del trabajo contratado.

Además, existen constancias probatorias identificadas como informes de

27/12



campo de socio estratégicos, elaborado por el Ministerio de Ambiente en donde no se evidenciaron plantones en linderos, alambres flojos, algunas de las protecciones no tenían 4 hileras de alambre, postes quebrados, entre otros hallazgos (socio estratégico Walter Moreno) trabajos éstos que no depende de la época seca ni lluviosa y que pudo haberse realizado sin ningún tipo de inconveniente, lo cual se apoya con las vistas fotográficas que reposan en el expediente administrativo.

Los informes muestran incumplimiento en el producto No. 3 en cada uno de los socios estratégicos y no sólo lo que tiene que ver con los plantones, sino también con las mismas estructuras de cercas, divisiones sin terminar, protecciones de árboles en mal estado, estacas amontonadas, etc., desobedeciendo así lo pactado en el Contrato No.CC-13-CAF-2017 en las especificaciones técnicas que refiere, entre otras cosas, tal como que los postes deben ser lo más rectos posibles y deben colocarse el uno del otro a una distancia no mayor de dos (2) metros con los respectivos templeares y colocar tres (3) líneas de alambre de púa.

Es por ello que consideramos que el incumplimiento del Contrato No.CC-13-CAF-2017 no es responsabilidad de la entidad, sino de la empresa contratista, que no siguió las reglas estatuidas en el convenio y, en ese sentido, el Tribunal procede a confirmar en todas sus partes la Resolución No.DM-0666-2019 de 30 de diciembre de 2019.

Por las razones anteriormente expuestas y valoradas, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en uso de sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes, la Resolución No.DM-0666-2019 de 30 de diciembre de 2019, emitida por el Ministerio de Ambiente; quien decidió resolver administrativamente el Contrato No.CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017 e Inhabilita al CONSORCIO IDEL, conformada por las empresas INNOVACIÓN Y DESARROLLO LOCAL, S.L. e INNOVACIÓN Y DESARROLLO LATINOAMERICA, S.A. por el término de dos (2) años, de conformidad a la parte motiva de la presente decisión administrativa.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente Administrativo del Acto Público No.2017-1-08-0-04-LV-023523, contentivo de cinco (5) tomos con un total de dos mil doscientas treinta (2,230) fojas útiles, dos (2) tomos administrativos originales de pago del Contrato No.CC-013-CAF-2017, contentivo de seiscientos treinta y dos (632) folios útiles y un (1) tomo denominado anexo, constituido de sesenta y tres (63) fojas útiles, al Ministerio de Ambiente.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, la presente resolución para los efectos legales

pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el portal.

CUARTO: 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.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.006-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de 1972, reformada por los Actos Reformatorios de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983, y con las reformas introducidas por los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994 de Panamá, Texto Único de la Ley No.22 del 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley No.48 de 2011, Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenada por la Ley No.61 de 2017. Decreto Ejecutivo No.366 del 28 de diciembre de 2006, Ley No.38 de 31 julio de 2000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

SALVO EL VOTO.


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General, Encargada





REPÚBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE APELACIÓN PRESENTADO POR CONSORCIO IDEL EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. DM-0666-2019 DE 30 DE DICIEMBRE DE 2019, EMITIDO POR EL MINISTERIO DE AMBIENTE EXP. 006-2020, RESOLUCION No. 082-2020-Pleno/TACP DE 27 DE ABRIL DE 2020 (Decisión).

Planteo mis consideraciones sobre diferentes puntos que subyacen a la resolución que antecede, razón por la cual he salvado el voto:

I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS

A través de la Resolución No. 008-2020- Pruebas/ TACP de 2 de marzo de 2020, el Magistrado Sustanciador procede a inadmitir las pruebas identificadas como No.1,2,3,4 y 6 de las pruebas aportadas, acción con la que no estamos de acuerdo. De igual forma se inadmiten las solicitudes de declaración testimonial de los señores Diccon Curry, Luis Estribí, Osvaldo Kan, Walter Moreno y Erick Bernal, por considerar que existen suficientes elementos de convicción para arribar a una conclusión, el cual se fundamenta en el Principio de Economía Procesal, que entre otras cosas permite **el adelanto de procedimientos** que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que, con motivo de la celebración y ejecución del contrato, se presenten. (la negrita y el subrayado es nuestro). Nuestra labor en sede administrativa es precisamente, resguardar la legalidad de los actos de selección de contratistas, y los procedimientos contractuales, pero también, de los derechos y garantías de las partes, como lo es el derecho básico a la prueba y el debido proceso, que no podrán ser vulnerados so pretexto de la economía procesal.

En relación con la inadmisión de las mismas, la ley 22 de 2006 no regula directamente esta facultad (reglada), pero si lo hace el Código Judicial (norma supletoria de la ley 22) en el artículo 783:

“Artículo 783. Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. El juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente **inconducentes o ineficaces**”.

JURISPRUDENCIA. Apreciación de la prueba. En este fallo el Tribunal señala que por regla general la conducencia o pertinencia de la prueba, a menos que sea manifiestamente notoria, debe apreciarse en el momento

de fallar y no antes pues se corre el **peligro de prejuzgar**, también analiza los criterios para determinar la admisión o rechazo de las pruebas. (Auto de 29 de marzo de 1995, Primer Tribunal Superior, Proceso Ordinario; Jaime Padilla Veliz y otros vs Banco Interoceánico de Panamá, S.A y otros) Revista Juris, Año 4, Tomo 1, Vol.3, Pág.117, Sistemas Jurídicos, S.A.



Preciso manifestar que un Principio Procesal, en este caso en particular, el de economía procesal, jurídicamente no puede estar por encima de un derecho constitucional, no puede enervar el derecho a la prueba. Enfatizamos que el rechazo de las pruebas debe estar fundamentado por las razones establecidas claramente en la ley, pero no sobre la base de la economía procesal porque eso se traduciría en vulneración al derecho al debido proceso.

El derecho a presentar pruebas constituye un aspecto esencial del derecho a la defensa, del "debido proceso" (arts. 17 y 32 de la Constitución Nacional). El derecho a proponer pruebas se encuentra incluido, como elemento esencial, en el derecho a ser oído previsto en el art.8, Ord 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificado por la Ley de 1977).

Por las razones expuestas, no podemos estar de acuerdo con una decisión que tuvo sus cimientos en un acto que por ser contrario a los principios generales de la contratación pública, vulnera de manera directa el derecho del apelante y a su vez atenta contra nuestra reiterada posición respecto del derecho a la defensa y preservar las garantías constitucionales, de manera que todo acto que carezca de una debida motivación y no sea ajustado en derecho, no cuenta con nuestra conformidad, por ser contrario a la ley. Razones éstas que me permiten expresar mi criterio en cuanto a que las pruebas aportadas en el Recurso de Apelación deberían ser admitidas en todo caso, salvo aquellas manifiestamente impertinentes, inconducentes e ineficaces. Con todo, las razones de su rechazo deberán ser motivadas.

II. EN CUANTO AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL CONSORCIO IDEL

Nótese que el contrato establece las medidas que el contratista debe tener en caso de accidentes ambientales, para evitar posibles impactos, estos con relación a plagas y enfermedades, por lo que deberá seguir las normas de seguridad establecidas a nivel nacional, sin embargo la entidad contratante no previó situaciones climatológicas, aun cuando el objeto contractual guarda una estrecha relación con las mismas en la consecución de su ejecución, por tal motivo cabe destacar que, dichas alteraciones a las condiciones climáticas normales se presentaron durante la ejecución de este contrato, e influyeron directamente en el bajo desempeño del objeto contractual, mismas que fueron informadas no sólo por el contratista, sino también por

la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A, (ETESA) Dirección de Hidrometeorología, la cual rindió informe climático No, 4, concerniente a varios países afectados por el Fenómeno del Niño, entre ellos Panamá, manifestando que, en cuanto al viento, se pronostica el aceleramiento de los vientos provenientes del Noreste, denominados alisios, desde el mes de diciembre. Para los meses de enero y febrero se pronostica un fortalecimiento de los vientos alisios. Durante el cuatrimestre, las velocidades promedio de los vientos alisios oscilarán entre 3.5 a 7 m/s, próximo a la superficie. Estas condiciones son propicias para que existan altos niveles de brillo solar y escasa cobertura de nubes, lo que influye en el establecimiento de condiciones cálidas con temperaturas elevadas. Mediante análisis estadísticos de los años análogos se pronosticó las temperaturas y humedad relativa por región para el periodo de diciembre a marzo. En ambas vertientes se prevé un aumento de las temperaturas entre 0.3 a 0.6°C, exceptuando las zonas muy montañosas, donde se prevé una disminución de aproximadamente 0.5°C, situación que impacta directamente en la economía, afecta nuestros bosques, así como la agricultura, por lo que siendo acreditado dicho acontecimiento por una entidad estatal de nuestro país, Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A, (ETESA), con sus diversos informes, no solo los aportados en el expediente administrativo por la empresa contratista, sino también la información existente en las plataformas tecnológicas a efectos de mantener alerta a la sociedad en general, producto de las repercusiones que esta situación puede ocasionar en el desempeño de nuestras actividades, y en cuyo caso alguna de estas actividades demanda consideraciones especiales, por el tipo de servicio a ejercer bajo estas condiciones climatológicas en nada favorable para la implantación de plántones y estacas vivas, como es el caso que nos ocupa.

De manera que ante la falta de previsión de una cláusula tan importante dentro de un contrato como el que nos ocupa, si el referido contrato fue mal planificado entonces dicha responsabilidad recae directamente en la figura del Estado, toda vez que los riesgos en materia de contratación deberían asumirlo quien esté en mejores condiciones de soportarlo o quien pudiendo evitarlos no lo hizo.

En este punto consideramos de crucial relevancia, aludir la cláusula o regla "*rebus sic stantibus*" misma que trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración aumente extraordinariamente la onerosidad o costo de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato.

Ciertamente, lo que debe caracterizar a la regla "*rebus sic stantibus*" es la coherencia, ya que afecta a la aplicación del principio general "*pacta sunt servanda*" en determinadas situaciones en las que existe una grave alteración de las circunstancias. No debe generalizarse su aplicación, al igual que no debe impedirse su eficacia, ya que, aplicada debidamente, la cláusula "*rebus sic stantibus*" puede ser

un instrumento muy útil para lograr el equilibrio perfecto entre la equidad y la seguridad jurídica, que, necesariamente, deben coexistir.

III. De ahí que precisamos establecer lo estrictamente plasmado en el referido contrato celebrado entre el contratista y la entidad contratante, el cual taxativamente señala en sus cláusulas cuarta y novena lo siguiente:

Cláusula Cuarta: Retraso por fuerza mayor, El CONTRATISTA no se hará responsable por atrasos en la entrega de los servicios contratados por motivos de una causa, fuera de su control razonable, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito.

Cláusula Novena: En caso de incumplimiento por causas de fuerza mayor o caso fortuito, EL CONTRATISTA, estará en la obligación de comunicar por escrito a EL MINISTERIO la situación ocurrida en un plazo no mayor de dos (2) días calendarios el hecho a fin de establecer de común acuerdo entre las partes el procedimiento a seguir según la gravedad de las circunstancias.

De los elementos obrantes se desprenden a nuestro juicio una serie de irregularidades por parte de la entidad contratante, no solo respecto a la falta de aplicabilidad de la cláusula concerniente a retrasos por fuerza mayor debidamente probados en el expediente administrativo, sino también, la incongruencia en cuanto a lo manifestado por la entidad contratante respecto a los socios estratégicos, ya que si bien manifestó la importancia y relevancia que tiene la opinión de estos dentro del programa de restauración /reforestación, sin embargo, a pesar del rechazo planteado por los mismos, aunado a la comunicación constante por parte de la empresa contratista a la entidad, respecto a la extensión de tiempo y los motivos de fuerza mayor, que se generaban para conceder dicha prórroga, decidió negar esta solicitud, a sabiendas de las altas probabilidades existentes que ante la realización de implantaciones de estacas vivas y plantones, estas no sobrevivieran en su mayoría por los motivos anteriormente ya explicados y por el contrario ocasionara daños a la propiedad de cada socio estratégico, ya que la situación de fuerza mayor tenía una connotación a nivel nacional y en otros países afectados tal como lo manifestó la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A.(ETESA).

No obstante, ante lo aquí planteado y tomando en cuenta las circunstancias bajo las cuales se llevaron a cabo tanto la ejecución del contrato, como el procedimiento alusivo al recurso de apelación interpuesto ante este Tribunal Jurisdiccional con Sede Administrativa, somos del criterio que lo ajustado en derecho, lleva a considerar el principio de continuidad, mismo que alude lo siguiente:

Por consiguiente, en aras del dinamismo social de la realidad que va sucediendo, consideramos se pondere más la argumentación sobre principios de justicia, sentido común y equilibrio, entre otros, que han de regir en las relaciones contractuales ya que no solo la previsibilidad y la fluctuabilidad son diversas sino que también hay sectores en los que más allá del daño inmediato, por su

proyección en el tiempo, tienen posibilidades de que cuando la situación crítica cese, puedan recuperarse e incluso reactivarse a medio o largo plazo.

Con fundamento en lo anterior sustentamos el salvamento de voto y dejamos clara nuestra posición respecto de los razonamientos adoptados por el resto de los miembros de este Tribunal.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen Solís
Secretaria General, Encargada

