



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 037-2020

RECURRENTE: EMPRESA CONSTRUCTORA CUMO, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.57 de 13 de marzo de 2020, emitida por el Ministerio de la Presidencia, que decidió resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No.76-2018 de 29 de agosto de 2018, para el Estudio, diseño rehabilitación y mantenimiento de la pista de aterrizaje de Isla Coiba, Provincia de Veraguas e inhabilitó a la contratista por el término de tres (3) 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 N° 071-2020-Pleno/TACP de 6 de abril de 2020 (Decisión).

CONSIDERACIONES:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, modificada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, y en su artículo 136 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, entre otros temas, el Recurso de Apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

El Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, de sus artículos 216 al 221 se establece el procedimiento a seguir para atender los efectos del recurso de apelación anunciado.

ANTECEDENTES.

El Ministerio de la Presidencia convocó el procedimiento de selección de contratista No.2018-0-03-0-09-LV-029896, para el estudio, diseño, rehabilitación y mantenimiento de la pista de aterrizaje de Isla Coiba, Provincia de Veraguas, el cual fue adjudicado a la EMPRESA CONSTRUCTORA CUMO, S.A. luego de agotado el procedimiento de selección de contratista correspondiente en esa oportunidad.

Adjudicado el acto de público mencionado e iniciada la ejecución del mismo, el Ministerio de la Presidencia, a través de la Resolución No.57 de 13 de marzo de 2020, ordenó la Resolución Administrativa del Contrato de Obra Civil No.76-2018 de 29 de

21



agosto de 2018, suscrito con la EMPRESA CONSTRUCTORA CUMO, S.A., así como también su Inhabilitación por un período de tres (3) años; decisión que aparece comunicada en el sistema electrónico denominado "PanamaCompra", en la publicación de resoluciones del día 13 de marzo de 2020.

Como consecuencia de la publicación de la mencionada resolución, el licenciado GIAN CARLOS CRUZ, adjuntó al libelo de su recurso el escrito de anuncio del Recurso de Apelación en contra de la resolución citada, que declaró Resolver Administrativamente el contrato mencionado para los efectos del anuncio y la presentación del recurso de apelación ante este Tribunal.

I. ANUNCIO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Como quiera que la arriba citada Resolución No.57 de 13 de marzo de 2020, proferida por el Ministerio de la Presidencia no gozó de la aceptación de la EMPRESA CONSTRUCTORA CUMO, S.A., 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.40 de 10 de abril de 2018, vigentes al momento de su iniciación, anunció y sustentó la acción recursiva comentada en el tiempo procesal oportuno dispuesto en el artículo 149 de la ley especial.

III. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.

Lo constituye la Resolución No.57 de 13 de marzo de 2020, emitida por el Ministerio de la Presidencia, en donde se decidió Resolver Administrativamente el Contrato de Obra Civil No.76-2018 de 29 de agosto de 2018, para el estudio, diseño, rehabilitación y mantenimiento de la pista de aterrizaje de Isla Coiba, Provincia, publicada para los efectos de la notificación el día 13 de marzo de 2020, tal y como se aprecia en el portal electrónico "ParamaCompra", 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 de Obra Civil No.76-2018 de 29 de agosto de 2018, al mantener un 3% de cumplimiento solamente.

IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA.

La firma forense MORGAN & MORGAN, apoderados especiales del Consorcio IDEL, entre sus argumentos de forma destacan la vulneración del debido proceso en la resolución administrativa del contrato, al no notificarse la nota de intención de resolución respecto a los nuevos motivos que originaron la decisión de resolver administrativamente el contrato a su representada. Y entre los fundamentos de fondo manifiestan que el presunto incumplimiento no es imputable al Consorcio IDEL, tal y como lo han manifestado en el libelo que reposa de fojas 16 al 37 del expediente del Tribunal y en el Portal Electrónico "PanamaCompra", en la publicación del día 23 de agosto de 2019.

21



VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Luego del agotamiento de las fases previas del presente proceso y de 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 anunciado y sustentado dentro del marco de la ley que nos gobierna.

Por ello, lo que continúa es determinar si estamos ante un yerro jurídico que deba ser remediado o no 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 el Ministerio de la Presidencia decidió resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No.76-2018 de 29 de agosto de 2018, a través de la Resolución Administrativa de Contrato No.57 de 13 de marzo de 2020, celebrado con la EMPRESA CONSTRUCTORA CUMO, S.A., fundamentándose, como habíamos indicado, en el incumplimiento de la obra contratada, toda vez que para la fecha de su resolución únicamente habían avanzado el 3% de la obra civil desde la fecha de la emisión de la orden de proceder; sin embargo, no apreciamos que se haya cumplido fielmente con el procedimiento legalmente establecido en la ley especial de compras estatales, al obviar la notificación de la nota de intención de resolución administrativa del contrato, procedimiento que es de obligatoria ejecución antes de dar nacimiento a la resolución del contrato, pues así lo contempla el artículo 129 del texto jurídico citado (Ley No.22 de 2006), específicamente en el numeral 2, para que a partir de allí la contratista pudiera presentar sus elementos de convicción para tratar de enervar las inconformidades de la entidad en un plazo de cinco días hábiles posterior a su notificación, optando la entidad en resolver el contrato, sin darle la oportunidad a la empresa de manifestarse sobre su presunto incumplimiento.

En ese sentido, para poder resolver el contrato el Ministerio de la Presidencia debió notificar a la contratista de la nota de intención y concederle los cinco días hábiles para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.

El punto No. 2 del artículo 129 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 vigente al momento del contrato, indica que cuando la entidad considere resolver

21



administrativamente es que notificará sobre la nota de intención, ya sea al afectado o a su representante. Esa ausencia de notificación la consideramos vulneratoria del debido proceso, por entender que la contratista no ha gozado de la oportunidad procesal para defenderse respecto a la decisión final que ha tomado la administración para expresar los fundamentos que originaron el incumplimiento o simplemente defender su no imputabilidad en la ejecución del servicio contratado en el tiempo oportuno pactado.

La literatura administrativista, entre ellos los aportes del Tratadista Adolfo Merkl, en su obra Teoría General del Derecho Administrativo, analiza el procedimiento administrativo, sea al estudiar el acto administrativo, "como el cauce jurídico a través del cual se produce el acto, o desde una vertiente más sustancial, como un proceso administrativo que se surte dentro de la Administración. El elenco de garantías que debe recibir quien acude a la Administración en procura del reconocimiento de su derecho, en el cual se encuentren debidamente garantizados los principios que integran el debido proceso no hace diferencia en lo esencial, desde la perspectiva del administrado, con respecto a quien acude a un órgano jurisdiccional que ejerza la función jurisdiccional. La necesidad de la juridicidad de los actos públicos reclama una ampliación del principio del debido proceso a todas las manifestaciones de producción de un acto jurídico, muy señaladamente en aquellos casos en los cuales, en la fase de producción del mismo, participa un administrado, sobre todo si el procedimiento tiene por objeto el reconocimiento o la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo digno de protección".

La actividad procesal llevada a cabo en el presente caso deja en absoluto desamparo constitucional a quien contrata con el Estado, el cual espera a menos un interés real de la entidad en notificar los pasos del proceso debido, cuales son los trámites administrativos dictados con motivo de la expedición de un acto administrativo, como lo es la decisión de resolver administrativamente, al desobedecer una fase de suma importancia dentro del proceso.

Esa línea de pensamiento jurídico lo comparte el constitucionalista argentino Quiroga Lavié cuando manifiesta que: "El principio de supremacía de la constitución se mueve sobre un pivot fundamental: los actos constitucionales propios de cada uno de los poderes del Estado deben ser razonables, pues si no lo son serán inconstitucionales. Al requisito de razonabilidad se lo denomina "el debido proceso legal": los actos constitucionales son razonables si son producidos respetando el debido proceso legal" (Lavié, Quiroga. Derecho Constitucional, 2ª reimpresión, 1987, pág. 452). Significa que las decisiones del eslabón más fuerte de la cadena debe ser conforme las normas procedimentales y constitucionales, las cuales se desprenden no sólo del principio de legalidad, sino como consecuencia del Estado Constitucional y Convencional de Derecho en el que estamos constituidos, lo que garantiza la

51



pacífica convivencia y a la vez, la legítima confianza en las instituciones públicas encargadas de ejecutar las decisiones nacionales.

Así las cosas, esta instancia administrativa observa que se presentaron deficiencias en la aplicación del procedimiento de resolución administrativa del contrato, vulnerando lo dispuesto en el artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Este Tribunal no puede dejar de soslayar que el procedimiento para la resolución administrativa del contrato debe iniciarse, con un documento de formulación de cargos, que debe ser notificado al contratista, en donde se le dé la oportunidad de exponer las razones de su incumplimiento y que aporte las pruebas eximentes de culpabilidad, en caso de que existan. Así, el Artículo 129 de la Ley 22 de 2006, dispone que:

“Artículo 129. Procedimiento de resolución.

La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas:

- 1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.*
- 2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.*
- 3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas.*
- 4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.*
- 5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso - administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.*
- 6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000”.*

21



La notificación de la nota de intención no puede ser un instrumento para utilizarse en una sola ocasión, sino como lo mandata la ley, es decir, *“cuando se considere resolver. Actuar contrario a las disposiciones legales estatuidas, sería una participación al margen del Derecho, ya que, al examinar el procedimiento de resolución administrativa realizado por el Ministerio de la Presidencia a la luz de la norma antes citada, se colige que se pretermitió una etapa en el procedimiento, como lo es la notificación de la nota de intención de resolución administrativa de contrato.*

La ordenanza citada y 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, por ello, este Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo, si se ha vulnerado la garantía del debido proceso legal, la pretermisión de una etapa en el procedimiento de resolución administrativa del contrato, afectó la validez del mismo. 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 26 de la Ley No.22 de 2006, dispone que:

“Todas las personas tienen derecho a que se les brinden 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, a ser oídas y hacer valer sus derechos ante la entidad contratante, la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

- 1. Los servidores públicos observarán las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública y durante la ejecución del contrato hasta su liquidación.*
- 2. Los servidores públicos están obligados a admitir los reclamos y conceder los recursos de conformidad con lo dispuesto en esta ley.*
- 3. Los servidores públicos están obligados a contestar en tiempo oportuno los reclamos y los recursos de acuerdo con lo que establece esta ley.*

Al respecto del debido proceso, el Doctor Jorge Fábrega Ponce, citando al ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Arturo Hoyos, afirma que la jurisprudencia

97



ha llenado de contenido la garantía del debido proceso, integrado por los derechos que se indican a continuación:

- "1. Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional;
2. Derecho al Juez natural;
3. Derecho a ser oído;
4. Tribunal competente, predeterminado en la ley, independiente e imparcial;
5. Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez;
6. Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la ley contra resoluciones judiciales motivadas; y
7. Respeto a la cosa juzgada." (FÁBREGA P., Jorge. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editora Jurídica Panameña. Panamá. 1999. Pág. 24).

Con motivo de los señalamientos esbozados, resulta improcedente la Resolución No. 57 de 13 de marzo de 2020, que resolvió administrativamente el Contrato de Obra Civil No.76-2018 de 29 de agosto de 2018, toda vez que no se cumplió con el trámite dispuesto en la ley para la resolución administrativa del contrato; en consecuencia, resulta improcedente la declaratoria de inhabilitación de la EMPRESA CONSTRUCTORA CUMO, S.A., ni de la resolución administrativa mencionada.

Por último, le hacemos un llamado de atención al Ministerio de la Presidencia, a efectos de que cumplan a cabalidad con lo estipulado en el Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006 y su reglamentación, realizando las publicaciones correspondientes en el portal electrónico "Panama"Compra", siendo ese el único medio de notificación de conformidad al artículo 145 del texto jurídico citado, y así evitar dilaciones en la decisión de la controversia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NULIDAD RELATIVA y retrotraer el trámite del expediente, específicamente desde los actos para la notificación de la nota de intención de resolución administrativa de contrato que exige la ley especial antes de resolverlo; y luego continuar con el trámite iniciado, según ha sido expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO: DEVOLVER los expedientes administrativos del Contrato NO.76-2018 de 29 de agosto de 2018, contentivo de cuatro (4) tomos conformado de novecienta noventa

9

y tres (993) fojas útiles de acuerdo al Informe de Trámite de 6 de abril de 2020 y que reposa a foja 86 del expediente administrativo.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes de 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 electrónico.

CUARTO: ADVERTIR a las partes, que esta resolución agota la vía gubernativa.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.037-2020/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 N°22 del 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley No. 61 de 2017. Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, Ley 38 de 31 julio de 2000.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

