



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 072-2019

RECURRENTE: CONSORCIO MEC SHIPYARDS

ACTO RECURRIDO: Resolución **ADM No. 074-19 de 8 de mayo de 2019**, mediante la cual la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, resolvió administrativamente el Contrato No. **A-2012-12** a la empresa **CONSORCIO MEC SHIPYARDS**.

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No. 101 -Pleno/TACP del 3 de julio de 2020 (Decisión).

Por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la empresa **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** en contra de la Resolución **N° ADM No. 074-19 de 8 de mayo de 2019**, proferida por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**.

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 120 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 de un contrato y los efectos de la Inhabilitación del contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en el cual se establece el procedimiento para la tramitación del recurso de apelación.

I. ANTECEDENTES:

El Estado, debidamente representado para este acto por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, llevó a cabo el procedimiento de selección de contratista No. **2011-2-03-0-08-LV-002437**, correspondiente al acto público "PARA OTORGAR LA CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO, ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DE UN ASTILLERO EN EL SECTOR PACÍFICO COMPLEJO PORTUARIO DE BALBOA EN

31



LA PROVINCIA DE PANAMÁ” el cual se adjudicó a la empresa “**CONSORCIO MEC SHIPYARDS**”.

Por lo que, la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, debidamente representada por sus autoridades correspondientes, suscribió el Contrato de Servicio No. **A-2012-12 de 14 de enero de 2013** “Para otorgar la concesión para el desarrollo, administración y operación de un astillero en el sector pacífico complejo portuario de Balboa en la Provincia de Panamá” favor de la empresa “**CONSORCIO MEC SHIPYARDS**”, se contempló que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, recibiría un ingreso mínimo de “**NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS DÓLARES AMERICANOS CON 31/100 (B/.99,197,862.31)**”.

II. DESCRIPCIÓN DEL ACTO APELADO:

Que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, a través de la Resolución No. **ADM No. 074-19 de 8 de mayo de 2019** declara resolver administrativamente el Contrato No. **A-2012-12** de 14 de enero de 2013 “**PARA OTORGAR LA CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO, ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DE UN ASTILLERO EN EL SECTOR PACÍFICO COMPLEJO PORTUARIO DE BALBOA EN LA PROVINCIA DE PANAMÁ**” que corresponde a la Licitación por mejor valor No. 2011-2-03-0-08-LV-002437, la cual aparece publicada en el portal electrónico “PanamaCompra”, a fecha 13 de mayo de 2019 (visible de foja del expediente del Tribunal).

III. ANUNCIO Y PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Que la defensa de la empresa **CONSORCIO MEC SHIPYARDS**., adjuntó al libelo de su recurso, el escrito de anuncio del recurso de apelación en contra de la Resolución **ADM No. 074-19 de 8 de mayo de 2019**, que declara resolver administrativamente el Contrato No. **A-2012-12** de 14 de enero de 2013 “**PARA OTORGAR LA CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO, ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DE UN ASTILLERO EN EL SECTOR PACÍFICO COMPLEJO PORTUARIO DE BALBOA EN LA PROVINCIA DE PANAMÁ**” presentado ante la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** el día 21 de mayo de 2019, según el sello de recibido. (visible a infolio 025 del expediente del Tribunal).

Siendo éste debidamente recibido de conformidad al artículo 116 (129), ordinal 4 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, el término oportuno para la interposición y sustentación del Recurso de Apelación es de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.

IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA:

El licenciado **OLMEDO SANJUR**, apoderado judicial del **CONSORCIO MEC SHIPYARDS**., a lo largo de su escrito de sustentación de apelación, señaló las causas

21



por las cuales no está de acuerdo con la decisión arribada por la entidad licitante en cuanto a la Resolución No. ADM No. 074-19 de 8 de mayo de 2019, por la cual se **RESUELVE ADMINISTRATIVAMENTE** el Contrato No. **A-2012-12** de 14 de enero de 2013, entre las razones descritas se encuentran las siguientes:

1. Que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** incurrió en incumplimiento grave de sus obligaciones desde el mes de julio de 2016, cuando omitió tomar las medidas financieras indispensables para reestablecer el equilibrio económico contractual del **CONSORCIO MEC SHIPYARDS**.
2. Para el mes de julio de 2016, el **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** ya había acumulado una pérdida superior a B/.9,000,000.00 por causas de fuerza mayor o de caso fortuito, fuera de su control.
3. Que, debido a los problemas surgidos en la economía mundial, los cuales a su vez afectaron en forma muy grave el comercio marítimo, se redujo la oferta de carga y, con ello, se redujo sustancialmente la demanda de servicios de los astilleros, lo que llevó a la quiebra de gran cantidad de ellos, y algunos sobreviven debido a la ayuda de las entidades estatales.
4. Que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** no cumplió con la obligación adquirida en la cláusula sexta del contrato, puesto que no reconoció el derecho del **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** a obtener recursos económicos que le permitiesen recuperar el equilibrio económico financiero del contrato.
5. Las pérdidas y los perjuicios que venía afrontando el **CONSORCIO MEC SHIYPYARDS** se fueron incrementando al extremo de que la situación se hacía insostenible, por lo que, en negociaciones con representantes del Órgano Ejecutivo, estos manifestaron que la única solución a la problemática era reducir el término de vigencia del contrato. Dando como resultado de esta renegociación que la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá mediante Resolución JD 012-2018 de 8 de mayo de 2018, autorizara una adenda al contrato de concesión, que en lo medular consistió en reducir el término a cinco (5) años, que vencían el 15 de octubre de 2018.
6. Cabe destacar que el término de cobertura de la fianza de cumplimiento venció el día 12 de octubre de 2018, y que el proyecto de adenda se encuentra en espera de una decisión de la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá respecto al curso que debe dársele al mismo. Así como también el período de vigencia de la fianza de cumplimiento fue modificado a un término finito, razón por la cual dicha fianza ya se encuentra vencida.
7. Que el **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** le informó la destrucción parcial de los bienes otorgados en concesión, en este caso, consistente en una grave ruptura de la compuerta del DIQUE SECO #1, lo que impide controlar la inundación de este, lo cual hace sumamente peligrosas las operaciones del DIQUE.

01

4



8. En adición el **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** notificó que existían otras estructuras importantes que habían sufrido el deterioro por el paso de tiempo y debido a las causas naturales, por lo que dichas reparaciones requieren erogaciones millonarias que este no está en capacidad de poder realizar.
9. Que mediante Resolución No. ADM 193-2018 de 25 de octubre de 2018, la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** decidió rechazar que se haya dado un evento por caso fortuito o fuerza mayor, que destruyera parcial o totalmente los bienes entregados en concesión, de tal manera que se haga imposible o excesivamente onerosa la continuación del objeto del contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013.
10. Que si bien en la resolución que antecede se manifestó que el informe rendido por Lloyd's Register Central & South America Limited., como resultado de la inspección realizada, indicó que los daños observados se deben a la falta de mantenimiento y dicha afirmación nunca se realizó.
11. Que el **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** ha administrado el Astillero en forma diligente y eficiente, lo que incluye haber realizado una inversión superior a B/.7,000,000.00 que fue el monto pactado para la recuperación y mantenimiento de la estructura del astillero, hecho plenamente comprobado y reconocido por los usuarios, por los auditores externos y por los peritos que han realizado evaluación de dicha actividad.
12. Que es importante destacar que la ruptura de la compuerta obedeció a causas de caso fortuito, sobre las cuales no tuvo control el **CONSORCIO MEC SHIPYARDS**, con lo cual es un hecho innegable para todas las partes que el día 11 de octubre de 2018, se desprendieron 5.5 mts de los sellos de madera inferiores de la mencionada compuerta, lo que constituyó un evento imprevisible para las partes.
13. Que tal como consta en los estados financieros auditados que han sido presentados anualmente a la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, el **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** invirtió la suma de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN BALBOAS CON 00/100 (B/. 2,448.951.00)** durante el primer quinquenio de la concesión, en labores de mantenimiento realizadas en el sistema de compuertas del astillero, que es una suma superior a la que se debió a invertir para ese propósito, ya que solo se exigía una inversión de **DOS MILLONES DE BALBOAS (B/. 2,000.000.00)** en el sistema de compuertas durante el primer quinquenio.
14. Respecto al tema del mantenimiento y la inversión, el daño de los sellos de madera de la compuerta del dique seco No.1 del astillero otorgado en concesión, no guarda relación con la oxidación visible en la parte exterior de la compuerta, por lo que mal puede la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**

21



afirmar lo contrario, ya que se evidenció que el **CONSORCIO** cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales, existiendo a su vez una inversión superior a la pactada en el mantenimiento al sistema de compuertas del astillero.

15. En lo que respecta a la creación de plazas de empleo, el **CONSORCIO** generó más de mil plazas de empleo, cumpliendo con su obligación contractual con relación a este tema.

16. Por otra parte, respecto a la afirmación de que el **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** de manera injustificada e infundada decidió suspender los trabajos en el astillero, ella carece de todo sustento. Lo cierto es que, ante la amenaza anterior de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** de resolver administrativamente el contrato de concesión por la extensión del tiempo de cobertura de las fianzas, (entre otras cosas tales como el injustificado secuestro de bienes por parte de la directiva del sindicato del astillero), el consorcio no tuvo más opción que tomar la decisión más responsable para con los usuarios del astillero, suspendiendo el ingreso de naves a las instalaciones, evitando de esta manera que éstos se vieran afectados por las actuaciones de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**.

17. Actualmente **CONSORCIO MEC SHIPYARDS** sigue administrando las instalaciones del astillero otorgado en concesión, manteniendo a su costo, el personal requerido para mantener la operatividad del astillero y salvaguardar sus activos.

18. Que la vigencia de las fianzas de cumplimiento e inversión del mencionado contrato fueron modificadas a solicitud de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, requiriendo esta última que su vigencia fuera finita y por ello se encuentran vencidas por causa no imputable al consorcio.

19. En síntesis, el Consorcio por causas ajenas a este soporta en la actualidad una pérdida acumulada superior a los **TREINTA Y OCHO MILLONES DE BALBAOS (B/.38,000,000.00)** como resultado de la administración y operación del Astillero, lo que le hace imposible financieramente asumir el costo de dichas fianzas y otorgar las garantías que exigen las compañías afianzadoras para la emisión de estas fianzas, situación que impide que a su vez las afianzadoras o aseguradoras otorguen tales garantías, o que se traduce en la imposibilidad de que el Consorcio pueda obtener nuevas fianzas.

El apelante aportó pruebas documentales y solicitó se realizara una diligencia pericial relacionada con la administración del **CONSORCIO MEC SHIPYARDS**, los ingresos y egresos de este durante el período 2013 a 2018, a fin de determinar si el consorcio llevó a cabo inversión de dinero en mantenimiento de las instalaciones y equipos del astillero de Balboa, especialmente en el mantenimiento de las compuertas, y en caso afirmativo, determinar el monto invertido para ese propósito.

4
7



y de manera especial determinar el monto invertido en el mantenimiento de las compuertas durante el quinquenio del contrato.

De igual manera solicitó determinar si el consorcio sufrió o no pérdidas durante el primer quinquenio de administración del astillero, y en caso afirmativo, determinar el monto de tales pérdidas al 31 de junio de 2016 y al 31 de enero de 2018.

V. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN APELADA:

La **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, mediante Resolución ADM No. 074-19 resolvió administrativamente el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, de "Concesión para el desarrollo, administración y operación de un astillero en el sector pacífico complejo portuario de balboa en la provincia de Panamá" y sanciona con tres años de inhabilitación para participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación.

Lo anterior en base a que el CONSORCIO MEC SHIPYARDS incurrió en el incumplimiento de la cláusula decima cuarta, del Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, específicamente en sus numerales 1,2,3,5,9, 23 y 32.

Aunado a que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, que en la ejecución del contrato de concesión la concesionaria actuó de manera contrario a la buena fe contractual que exige el artículo 1109 del Código Civil y que es aplicable al contrato de conformidad con las normas de la Ley No.22 de 2006, particularmente con relación a la fianza de cumplimiento y la fianza de cumplimiento de inversión, sobre las cuales pretende se tengan por vencidas y extinguidas por actos y comunicaciones unilaterales del CONSORCIO MEC SHIPYARDS y su compañía afianzadora.

Por las razones expuestas y en base a lo establecido en el artículo 117 (132) de la Ley 22 de 2006 conforme a su numeración previa a la modificación introducida con la Ley 61 de 2017, aplicable al caso, establece que la sanción de inhabilitación será impuesta tomando en cuenta la reincidencia, la cuantía del contrato y la gravedad o el daño ocasionado al Estado por el incumplimiento. Considerando que en la cláusula quinta del contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, se contempló que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** recibiría un ingreso mínimo de NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS DÓLARES AMERICANOS CON 31/100 (B/. 99,197,862.31), por canon fijo y que los daños y perjuicios que se ocasionan al Estado con estos incumplimientos son graves, considerando que uno de los incumplimientos incurridos por el concesionario está relacionado con la suspensión de trabajos y abandono del objeto de la concesión, la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** impondrá una sanción de inhabilitación por un término de tres (3) años.

21/8



De ahí que por las razones expuestas y en base a lo establecido en el artículo 115 (128) del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, se hace necesario finalizar formalmente la relación contractual con el contratista

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

De conformidad con lo establecido en los artículos 120 (136) y 131 (149) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformado mediante el Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, esta colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso.

Ante la exposición de los diversos motivos planteados por ambas partes corresponde a este Tribunal emitir un criterio cónsono a los principios procesales, a nuestra normativa jurídica y respaldado por las pruebas obrantes tanto en el expediente jurídico como en el administrativo.

Por consiguiente, al observar que no existe ningún vicio o pretermisión que impida el conocimiento del fondo del recurso de apelación, este Tribunal procede a realizar el análisis de las diversas etapas que llevaron a la entidad de decisión resolver administrativamente el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, con la finalidad de emitir un pronunciamiento cónsono y en derecho respecto a lo que aquí corresponde, y a ello nos avocamos.

Como quiera que el apelante solicitó que se realizara una diligencia pericial, con intervención de personas expertas en contabilidad y auditoría, para que con base en la documentación e información que reposa en los archivos del CONSORCIO MEC SHIPYARDS y en la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, relacionados con la administración del CONSORCIO y los ingresos y egresos de éste durante el período 2013 a 2018, con la finalidad de esclarecer los siguientes hechos:

1. Determinar si el consorcio llevó a cabo la inversión de dinero en mantenimiento de las instalaciones y equipos del astillero de Balboa, especialmente en el mantenimiento de las compuertas; y en caso afirmativo, determinar el monto invertido para ese propósito y de manera especial determinar el monto invertido en el mantenimiento de las compuertas durante el quinquenio del contrato.
2. Determinar si el CONSORCIO sufrió o no pérdidas durante el primer quinquenio de Administración de Astillero; y en caso afirmativo, determinar el monto de tales pérdidas al 31 de junio de 2016 y al 31 de enero de 2016.
3. Aclarar o agregar cualquier otra información importante directamente relacionada con las dos preguntas anteriores.

Por lo que, en atención a lo establecido en el artículo 361 (218) y 362 (219) del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, este Tribunal emitió la Resolución

51



No. 021-2019-Pruebas/TACP de 21 de junio de 2019, mediante la cual se admitieron las pruebas documentales aportadas por el apelante al igual que la prueba pericial solicitada por la empresa apelante y se ordenó de oficio la práctica de una inspección judicial sobre el objeto contractual del acto público No. 2011-2-03-0-08-LV-002437, "PARA OTORGAR LA CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO, ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN DE UN ASTILLERO EN EL SECTOR PACÍFICO COMPLEJO PORTUARIO DE BALBOA EN LA PROVINCIA DE PANAMÁ" según el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, suscrito con el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, a fin de verificar las afirmaciones de la parte apelante con el objeto de determinar el estado actual en que se encuentra el astillero en el sector de Panamá Pacífico Complejo Portuario de Balboa.

De manera que, mediante Providencia No. 001-2019- TadeCP de 22 de octubre de 2019, se ordenó llevar a cabo la práctica de la diligencia (visible a fojas 148 a 151 del expediente jurídico).

Se procedió a realizar la diligencia pericial de inspección ocular, el día 1 de noviembre de 2019, de la cual se levantó el acta de diligencia de inspección oficial, misma que reposa de foja 178 a 179 del expediente jurídico, con todos los presentes instalados y en posesión de sus cargos.

En seguimiento a lo dispuesto por este Tribunal mediante Resolución No.028-2019/ Pleno/TAdCP de 7 de noviembre de 2019, (visible a fojas 200-201 del expediente jurídico), los peritos procedieron a presentar sus respectivos informes de inspección judicial.

A través del informe pericial contable realizado por el perito del apelante, Sergio S.H.NG, Contador Público Autorizado, el mismo arrojó lo siguiente;

"De acuerdo con la documentación e información que hemos podido obtener y evaluar, el CONSORCIO MEC SHIPYARDS llevó a cabo inversión de dinero en mantenimiento de las instalaciones y equipos del astillero Balboa, de acuerdo con el anexo No.2. De hecho, estas inversiones durante el primer quinquenio (5 años del 2013 al 2017) de operaciones del CONSORCIO MEC SHIPYARDS sumaron seis millones ochocientos dieciocho mil novecientos once balboas solamente (B/.6,818,911), de los cuales dos millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil novecientos cincuenta y uno solamente (B/.2,448,951) correspondían al sistema de compuertas, cifra superior a los dos millones de balboas establecidos en la tabla del Plan de Inversión, tal como fue emitido en el informe de DELOITTE fechado el 12 de octubre de 2018.

Por otra parte, durante los primeros cinco años de operaciones del 2013 al 2017, el CONSORCIO MEC SHIPYARDS tuvo pérdidas anuales que acumularon de veintiocho millones setecientos once mil doscientos veintidós balboas (B/. 28,711.222).

Al 30 de junio de 2016 existió una pérdida acumulada de trece millones setecientos dieciocho mil cuatrocientos setenta y seis balboas (B/. 13,718.476).

Al 31 de enero de 2018, se obtuvo el saldo acumulado de las pérdidas al 31 de enero de 2018 de veintinueve millones



cuatrocientos veintisiete mil ochocientos cincuenta y seis balboas solamente (B/.29,427.856), de las pérdidas acumuladas al 31 de diciembre de 2017, le sumamos los resultados del mes de enero de 2018, que obtuvimos del informe de DELOITTE de aplicación de procedimientos acordados sobre ingresos, costos, gastos y total de pérdida del Consorcio de enero de 2018 a marzo pre-cierre 2019.

Consideramos que las situaciones planteadas apoyan la decisión del CONSORCIO MEC SHIPYARDS de no hacer la reparación de la compuerta del Dique 1 tanto desde el punto de visto operativo como financiero, en vista que no hay un equilibrio contractual efectivo ni recuperación de las inversiones.

En conclusión, el CONSORCIO MEC SHIPYARDS ha invertido en reparaciones de infraestructura, ha sufrido pérdidas cuantiosas desde su inicio en el 2013 hasta el 31 de enero de 2018 de veintinueve millones cuatrocientos veintisiete con ochocientos cincuenta y seis balboas (B/.29,427,856)". (visible de foja 257 a 265 del expediente jurídico)

Por otra parte, con relación al informe pericial contable realizado por CARLOS GODOY OTHÓN, contador público autorizado, perito designado por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, concluyó lo siguiente:

"Las pérdidas en operaciones del CONSORCIO MEC SHPYARDS provienen del 2012 un año antes de que se le otorgará la concesión y en todos los años han tenido pérdidas; lo que evidencia carencia de estudios de mercados y factibilidad, que definieran no solamente el equilibrio financiero, sino los niveles de rentabilidad óptimo que garantizara la sostenibilidad financiera, sin tener que apelar a reducción del canon ni por causa de la economía mundial.

Los análisis de costos-beneficios de la concesión en su operación a casi siete (7) años o 35% del tiempo de la concesión determinan que para el período restante a menos que se introduzca procesos de reingeniería en los cuales se hagan las inversiones pertinentes y una administración financiera eficiente, eficaz y productiva; sería prolongar las crisis financiera del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, lo que podría generar hasta el secuestro de bienes de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ e incrementar los pasivos laborales que en la actualidad con la información financiera suministrada en los estados financieros no tienen como cubrirlas, además dejaron de pagar el canon de arrendamiento desde octubre de 2018.

De acuerdo con el plan de inversiones del primer quinquenio la suma que se tendría que haber invertido es de B/. 2.0 millones en el sistema de compuerta y en el informe del CONSORCIO MEC SHIPYARDS invirtió en exceso B/. 448,951,08; sin embargo, la revisión realizada por los técnicos de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ determina que efectivamente se realizó aproximadamente de B/. 1.7 millones; lo que significa que la misma es muy inferior con respecto al plan de inversiones y al informe presentado en el período.

La diferencia se sustenta en el Informe de Inspección No. I-CA-002 en donde se determina que se incluyen como parte de las inversiones en el sistema de compuertas algunas que no forman parte de estas; y que al segregarse esas inversiones los montos son inferiores a los comprometidos en el cronograma de inversión del primer quinquenio. En el detalle de las inversiones no se detalla un plan de trabajo relacionado al mantenimiento profundo de la compuerta del Dique No. 1 los cuales estaban contemplados en el diagnóstico del anexo No. 2 que requerían desde hace más de 20 años para la puesta en marcha, modernización y sostenibilidad operativa del astillero.

En cuanto a los gastos de mantenimiento y reparación realizado por el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, se logró evidenciar de la información contenida en los estados financieros en el período

42
51



2013-2018 que se reflejan reparaciones y mantenimientos generales en el Astillero cercano a B/.1,794,497.00 millones, con un promedio de B/. 4.63 por mts² en el período.

En este punto el día 1 de noviembre del 2019 se solicitó al representante legal del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, los estados financieros auditados 2018 y los interinos actualizados 2019, los cuales no fueron suministrados, no obstante, se realizó el análisis de acuerdo con los estados financieros integrales auditados en el período 2013-2018 la empresa incurrió en pérdidas integrales en todos los años, las cuales ascendieron a B/.39,657,732.00, desglosado de la siguiente manera: período 2013-15 las pérdidas fueron de B/.11, 824,762.00 y en el período 2016-2018 de B/.27,832,970.00. Cabe señalar que en los estados financieros se encuentran los resultados del período 2012, los cuales no son parte del período concesionado, no obstante, se dio una pérdida de B/.5,171,980.00.

En lo referente a las inversiones, mantenimiento y reparaciones, es evidente que el Astillero requiere una fuerte inversión y principalmente en las compuertas del Dique No.1, las cuales se estiman que serán superior a los B/. 2.5 millones y que en el plan de inversiones se considera para el período 2018-2022, una inversión de B/.3,050,000.00; las cuales contemplaban B/.2,000,000.00 en el sistema de compuertas y no existe evidencia que las mismas se realizaron o están en proceso, **ya que en la inspección judicial no había desarrollo de trabajo en infraestructura ni reparaciones mayores en el área concesionada.**

En el estado de cuenta se refleja que el Consorcio no hizo efectivo los desembolsos del 5% de los ingresos brutos de los años 2016 y 2017, adicionalmente que no paga el canon mensual desde noviembre de 2018.

Realizando un análisis de sensibilidad para el período 2013-2018 en donde ambos pagos que realizaba el CONSORCIO MEC SHIPYARDS a la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ fuesen eliminados, los mismos no evitarían la pérdida, y aun así seguiría siendo elevada.

Este análisis de sensibilidad si se hubiese dejado de cobrar el canon y el monto variable de los años 2016-2018, las pérdidas serían de B/.16,028,017.00, lo que evidencia que el canon de arrendamiento no es la que genera la crisis financiera de la empresa". (visible de foja 236 a 248 del expediente jurídico).

En este punto consideramos oportuno manifestar que de la prueba pericial solicitada por el apelante al momento de la presentación de los informes periciales realizados por los contadores públicos autorizados (representando a la apelante por una parte y por la otra a la entidad contratante) ambos coincidieron en lo siguiente:

- Efectivamente existió una inversión realizada por el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, de B/2,448.951.08 correspondiente al plan de inversiones del primer quinquenio.
 - Sin embargo, dicha inversión a criterio del CONSORCIO-APELANTE refleja un excedente de B/. 448, 951.08 toda vez que la suma que tendría que haber invertido correspondía a B/2,000.000.00 solamente.
 - Por otro lado, a criterio de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ y debidamente sustentada mediante Informe de Inspección No. I-CA-002, en donde se determina que se incluyen como parte de las inversiones en el sistema de compuertas y no forman parte de estas, habilitación de grúas, del taller de

91



carpintería, del taller de tornería, del taller de soldadura, habilitación de compresores y máquina de lavado, defensas de muelles 8 y muelles 12, y que *al segregarse esas inversiones los montos son inferiores* a los comprometidos en el cronograma de inversión del primer quinquenio. De tal manera, que no se detalla un mantenimiento profundo a la compuerta del dique 1 mismo que se encontraba contemplado en el diagnóstico del Anexo 2 el cual se requería hace más de 20 años para la puesta en marcha, modernización y sostenibilidad operativa del astillero.

- Respecto a que, si el CONSORCIO MEC SHIPYARDS sufrió pérdidas o no durante el primer quinquenio de administración del astillero, ambos informes coinciden en que desde el año 2013 al 2018, la empresa incurrió en pérdidas integrales todos los años.
 - Sin embargo, nos llama la atención que del peritaje realizado por el contador público autorizado CARLOS GODOY OTHÓN, se desprende que en los estados financieros se encontraron resultados del período 2012, el cual, si bien no es parte del periodo concesionado, no obstante, se dio una pérdida de B/.5,171.980.00.
- Lo anterior nos lleva a la tercera pregunta a desarrollar de la prueba pericial relacionada a aclarar o agregar cualquier información importante directamente relacionada con las dos (2) preguntas anteriores.
 - En este punto la empresa apelante agregó una reflexión sobre la situación financiera del CONSORCIO MEC SHIPYARDS en cuanto a las pérdidas acumuladas al 30 de septiembre de 2018, antes del suceso de la compuerta del Dique 1, la cual arrojaba una pérdida cuantiosa que no es soportable y mucho menos era posible sufragar e incrementarla con otro monto como la reparación de la compuerta del Dique 1, ya que desde el punto de vista operativo también presentaba la dificultad de obtención del equipo pesado necesario para la extracción y reparación, debido a que había que solicitarla a otra entidad estatal la cual tenía sus reticencias para ofrecer el uso de equipos.
 - Por su parte, agregó el perito de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, que en la inspección judicial no había desarrollo de trabajo en infraestructura ni reparaciones mayores en el área concesionada, así como tampoco existe evidencia que la inversión del CONSORCIO MEC SHIPYARDS para el mantenimiento y reparación respecto al sistema de compuertas se haya realizado, o que estuviese en proceso.
 - Adicionalmente el perito de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, acotó que el análisis vertical de los estados de resultados integrales se aprecia que la estructura de precio de la empresa no está orientada al logro de ganancias, dado que no importa que tanto pueda facturar siempre va tener pérdidas, lo que evidencia que no se realizaron los

51



estudios de mercados ni mucho menos estudio de factibilidad para que precisaran los niveles de rentabilidad óptimos que podrían tener la empresa durante la concesión y los posibles riesgos a los cuales se sometía la empresa al momento de emprender este negocio, acompañado del incremento de los costos del servicio de 60% del primer año al 84% en su último período, de los gastos generales, administrativos y financieros de un 44% a un 66%; lo que se traduce que las pérdidas pasaran del 4% del primer año al 48% en el 2018 de sus ingresos facturados.

- En ese mismo orden de ideas, respecto al análisis horizontal se aprecian las variaciones más significativas de un año con respecto a otro, y en promedio se refleja que la pérdida se incrementa en casi dos años por años y se evidencia una incapacidad notable en el manejo operativo, financiero y administrativo de la concesión dado que en todos los años han tenido pérdidas y con el paso del tiempo las mismas son más significativas al punto que no solo compromete las inversiones del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, sino que presentan serios problemas de liquidez y solvencia de corto, mediano y largo plazo.
- Aunado al hecho que la situación financiera del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, con el paso del tiempo se ha venido deteriorando de manera sistemática, en la cual los activos han disminuido en casi un 50% del valor inicial de la concesión, y donde las pérdidas integrales en su mayoría se han financiado con deuda, las cuales han llegado a una situación insostenible, dado que en el corto plazo la empresa cuenta con efectivo y equivalente por el orden de los 7.5 millones de dólares y deudas que asumir por más de 24.3 millones de dólares al 31 de diciembre de 2018.

En consecuencia, del análisis vertical se evidencia el incremento significativo de las deudas fundamentalmente en la de corto plazo, acompañada de una disminución significativa del patrimonio como porcentaje de los activos, lo que determina la insostenibilidad de la concesión bajo las circunstancias actuales.

Por lo tanto, tomando en consideración que la empresa concesionaria CONSORCIO MEC SHIPYARDS, según lo plasmado en su informe pericial realizó una inversión mayor a la establecida para el mantenimiento de las instalaciones y equipos del astillero de Balboa, aunado a las cuantiosas pérdidas respecto al quinquenio 2013-2018 arrojadas en ambos informes periciales y tomando en cuenta que, *"sobre la situación financiera del CONSORCIO en cuanto a las pérdidas acumuladas al 30 de septiembre de 2018, antes del suceso de la compuerta del Dique 1, la cual arrojaba una pérdida cuantiosa **no es soportable y mucho menos era posible sufragar e incrementarla con otro monto como la reparación de la compuerta del Dique 1**, ya que desde el punto de vista operativo también presentaba*

51



la dificultad de obtención del equipo pesado necesario para la extracción y reparación, debido a que había que solicitarla a otra entidad estatal la cual tenía sus reticencias para ofrecer el uso de equipos”, nos lleva a remitirnos a las obligaciones del CONSORCIO dentro del Contrato No. A-2012-12, ya que sin lugar a dudas, existe una constante en las pérdidas reiteradas año tras año en la administración de dicha concesión por parte del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, eso sin contar que la reparación del DIQUE 1, evidencia la falta de mantenimiento por parte del concesionario y a la vez el incumplimiento de las obligaciones atinentes a su desempeño, aunado al hecho que a pesar que el CONSORCIO MEC SHPYARDS tenía pleno conocimiento de la situación del DIQUE1, manifestó que no era posible sufragarlo debido a que no es soportable para la empresa concesionaria asumir ese gasto, debido a las incesantes pérdidas arrojadas en el primer quinquenio, sin embargo, tomando en cuenta que la inversión arrojada por el concesionario superó el monto a invertir en mantenimiento de las compuertas, instalaciones y equipos, consideramos que la misma no es cónsona con la realidad de los hechos puesto que de haberse dado el debido mantenimiento no se hubiese suscitado un daño de tal magnitud.

En este punto es preciso manifestar que mediante Informe Especial de Auditoría OAI-03-003-2017 Peritaje-Contrato A-2012-12 CONSORCIO MEC SHIPYARDS, S.A, abril 2017, realizado por la Oficina de Auditoría interna de la Autoridad Marítima de Panamá:

“Ante la pregunta qué medidas o ajustes se requiere, concluimos que es viable ajustar el canon fijo a B/175,000.00 mensuales y que el canon variable de 5% se aplique sobre el excedente de la facturación de B/30 millones. Castigar la concesión con un 5% sobre ventas brutas incrementa los gastos financieros de cualquier operador, por otro lado, deja menos margen para ofrecer tarifas competitivas, además que tiende a ser una forma más equitativa de distribución de riesgos de la concesión.

Los ajustes anteriores no resuelven el problema del todo, el CONCESIONARIO tendrá que realizar esfuerzos por incrementar sus ventas en el 2017 a montos cercanos a los B/32.0 millones, mantener un estricto control de los costos. (visible a foja 196-224 de la Solicitud de Equilibrio contractual Tomo I).

Posteriormente Mediante Resolución JDN.030-2017 de 27 de julio de 2017, la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ ordenó el reajuste económico para el restablecimiento del equilibrio económico financiero mediante el ajuste del canon fijo mensual establecido en la cláusula quinta del Contrato A-2012-12 de 14 de enero de 2013 desde la fecha de la presentación de la solicitud dela concesionaria por lo cual dicho canon quedará estipulado en B/175,000.00 con la debida aplicación del incremento de 5% anual al canon ajustado desde la fecha en que inició el contrato, hasta tanto desaparezca la causa que alteró la ecuación económica. (visible a foja 137 a 153 de la Solicitud de adenda Tomo I)

Sin embargo, a pesar de los ingentes esfuerzos por parte de la entidad contratante, respecto a procurar el óptimo desarrollo de la concesión por parte de LA CONCESIONARIA, mediante nota fechada 12 de marzo de 2019 el CONSORCIO

42
51



MEC SHIPYARDS, informó a la entidad contratante que consecuentemente se han visto en la necesidad de suspender el ingreso de naves al Astillero de balboa, lo que ha implicado una pérdida adicional de plazas de empleo (visible a foja 1195 de la solicitud de equilibrio contractual Tomo III).

De ahí que consideramos oportuno traer a colación lo establecido dentro del Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, en las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA: LA AUTORIDAD otorga en concesión a LA CONCESIONARIA, sujeto al refrendo de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, el uso privativo de las estructuras, instalaciones, equipos y terrenos del Astillero del Complejo Portuario de Balboa, ubicado en el Corregimiento de Ancón, Distrito de Panamá, Provincia de Panamá, quien de ahora en adelante será conocido como LA CONCESIÓN, el que consta de una superficie de seis hectáreas con cuatro mil seiscientos trece punto cuatrocientos nueve metros cuadrados (6 HAS +4,613.409 M²) cuya descripción se detalla en el Anexo No.1, debidamente firmado por las partes.

LA AUTORIDAD pondrá a disposición de LA CONCESIONARIA el uso de los muelles que forman parte de LA CONCESIÓN descrita en el presente contrato. El mantenimiento de estos muelles correrá por cuenta de LA CONCESIONARIA.

Se hace constar que LA AUTORIDAD convienen en permitir a LA CONCESIONARIA a sus costas, la extensión o su equivalente de los muelles que así lo permitan. Los planos de estas obras o de cualquier otra similar deberán ser aprobados por la Dirección de Ingeniería de LA AUTORIDAD y la AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ en lo que al permiso de compatibilidad se refiere.

El Estado a través de LA AUTORIDAD mantendrá la propiedad exclusiva sobre las áreas terrestres antes descritas y sus mejoras presentes y futuras.

LA CONCESIONARIA será la propietaria únicamente de los bienes y equipos muebles que ésta adquiera para el desarrollo de su actividad en el área de LA CONCESIÓN durante el término de vigencia de este contrato.

CLÁUSULA QUINTA: LA CONCESIONARIA pagará a LA AUTORIDAD a partir de la entrada en vigencia del presente contrato un canon fijo mensual de DOSCIENTO CINCUENTA MIL DÓLARES AMERICANOS CON 00/100 \$250,000.00), moneda de curso legal en Panamá. Este canon fijo se incrementará en un cinco por ciento (5%) anual, según se detalla en el cuadro plasmado en la página 3 del contrato, segmentado en año, pago mensual y pago anual.

LA CONCESIONARIA pagará el canon arriba descrito, mediante cheque certificado o de gerencia dentro de los 15 días calendarios siguientes a la presentación de la factura respectiva. Cuando el pago no se ejecute en este término, LA CONCESIONARIA deberá pagar un recargo del dos por ciento (2%) mensual en concepto de mora.

Adicionalmente LA CONCESIONARIA deberá realizar el pago del cinco por ciento (5%) sobre la facturación bruta anual que tenga la misma. Este pago se hará dentro de los tres (3) meses siguientes al cierre de respectivo año fiscal, previa presentación del informe de auditoría realizado por una firma de auditores externos independientes debidamente reconocidos en la República de Panamá, que contratará LA CONCESIONARIA, sin perjuicio de las auditorías que pueda realizar EL ESTADO, a través de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

LA AUTORIDAD recibirá como ingreso mínimo, por canon fijo, a la expiración del término del presente contrato, la suma de NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL

9



OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS DÓLARES AMERICANOS CON 31/100 (\$99,197,862.31), moneda de curso legal en Panamá. LA CONCESIONARIA cumplirá con lo dispuesto en el Plan de Inversiones propuesto (Anexo 2); y podrá además realizar las inversiones que sean necesarias para el manejo eficiente del Astillero.

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: LA CONCESIONARIA estará obligada, sin perjuicio de las obligaciones que establece la Ley General de Contrataciones Públicas a la fecha de entrada en vigencia del contrato y demás normas aplicables, pero sin que sea limitativo, a ejecutar en forma satisfactoria las siguientes obligaciones:

1. Lograr el óptimo desarrollo comercial del Astillero objeto del presente Contrato, conforme a las mejores prácticas de la industria.
2. Cumplir con el Plan de Inversiones propuesto por LA CONCESIONARIA en su oferta.
3. Efectuar todas sus operaciones con un alto grado de responsabilidad y cuidado a fin de evitar al máximo que se produzcan daños a las naves, las instalaciones, propiedades y personal de LA AUTORIDAD y al personal o bienes de terceros.
4.
5. Operar el Astillero de manera que permita la creación de empleos a panameños y la formación especializada de este personal.
6.
7.
8.
9. Conservar en buen estado de mantenimiento y funcionamiento las instalaciones e infraestructura que forman parte de LA CONCESIÓN. Se excluyen las instalaciones e infraestructuras que en su momento dado requieran de una nueva construcción.
23. LA CONCESIONARIA libera a LA AUTORIDAD de cualquier responsabilidad que sobrevenga por daños a la propiedad o a las personas con motivo de las operaciones o actividades realizadas en el área dada en concesión.
32. Liberar a LA AUTORIDAD de cualquier responsabilidad que sobrevenga por daños a la propiedad o a las personas con motivo de las operaciones o actividades realizadas en el área dada en concesión.

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: LA CONCESIONARIA a la firma de este contrato ha proporcionado y mantendrá vigente durante la concesión, las siguientes fianzas y pólizas emitidas por una compañía de seguros de reconocida solvencia:

1. Fianza de Cumplimiento de Contrato.
2. Fianza de cumplimiento de inversión.

LA CONCESIONARIA está obligada a tener al día, las pólizas y fianzas exigidas en este Contrato. De igual forma, está obligada a entregar a LA AUTORIDAD, mientras este contrato esté vigente, copia de la documentación necesaria para probar que las pólizas y fianzas se encuentran vigentes y pagas, según la fecha de pago que acuerde LA CONCESIONARIA con cada una de las compañías aseguradoras.

Lo anterior deja claramente establecidas las obligaciones que tenía la concesionaria al momento de la firma del contrato de concesión, por ende al analizar los argumentos planteados por la parte apelante respecto a los incumplimientos

91



manifestados por la entidad contratante dentro de la resolución administrativa de contrato, así como aquellos elementos que sirvieron de sustento a la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, para emitir dicha resolución, es nuestro deber remitirlos al caudal probatorio mismo que reposa en el expediente administrativo, a fin de determinar a quien le asiste la razón apegados estrictamente en derecho.

No sin antes, hemos de señalar que, ante la celebración de un Contrato de Concesión, éste ostenta una connotación especial, la cual claramente se encuentra detallada en el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, aunado a lo establecido en el Reglamento de Concesión de la Autoridad Marítima de Panamá, ya que al encontrarnos en presencia de un contrato de "PARA OTORGAR LA CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO, ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DE UN ASTILLERO EN EL SECTOR PACÍFICO COMPLEJO PORTUARIO DE BALBOA EN LA PROVINCIA DE PANAMÁ", el mismo trata de un interés público, ya que por ser un Astillero ubicado en el recinto portuario de Balboa cuya finalidad conlleva la operatividad la cual a su vez depende del debido mantenimiento, para mantener su correcta funcionabilidad, a fin de que pueda no solo proveer fuentes de trabajo al país sino también fomentar el desarrollo de la industria marítima nacional, así como también realizar servicios de reparación y mantenimiento de naves, principalmente aquellas que transitan por el Canal de Panamá.

Cabe destacar tal como lo manifestó la entidad contratante, que la operatividad y el futuro desarrollo del Astillero actualmente bajo concesión al CONSORCIO MEC SHIPYARDS, contribuiría significativamente a mejorar la imagen de la República de Panamá, considerando su posición en el registro de buques a nivel mundial y la prestación de servicios marítimos y portuarios a nivel regional.

Dicho lo anterior y establecidas tanto las obligaciones propias del concesionario señaladas en el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, como la finalidad que conlleva un Contrato de Concesión de esta embarga dura, procedemos de inmediato a los hechos acaecidos, durante el desarrollo de este, a fin de poder aclarar la situación actual en la que se encuentra este Contrato respecto a las partes involucradas.

Del escrito de contestación presentado por CONSORCIO MEC SHIPYARDS, mediante Nota fechada 12 de abril de 2019 en respuesta a la Nota ADM No. 0565-03-19-OAL de 28 de marzo de 2019, éste argumentó lo siguiente:

1. Que el Consorcio ha cumplido con todas sus obligaciones y en todo momento actuó de buena fe y con apego a lo estipulado en el Contrato y las normas legales pertinentes.
2. Respecto a que el CONSORCIO MEC SHIPYARDS ha suspendido y abandonado los trabajos en el Astillero, con la clara intención de lograr la Resolución Administrativa del Contrato sin una justificación real para eludir



- el cumplimiento de las obligaciones que adquirió, señaló que el CONSORCIO no tuvo más opción que tomar la decisión más responsable para con los usuarios del astillero, suspendiendo el ingreso de naves a las instalaciones, evitando de esta manera que éstos se vieran afectados por las actuaciones de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ.
3. Con relación a las fianzas del contrato, manifestó que producto de la pérdida acumulada superior a los 38 millones de balboas para la operación del astillero, le es imposible asumir el costo de las fianzas y otorgar a las afianzadoras las garantías que exigen para la emisión de dichas fianzas, lo que, como consecuencia, le impide al consorcio obtener nuevas fianzas.
 4. Respecto a las plazas de empleo, la concesionaria indicó que ha cumplido en materia laboral con todas sus obligaciones ya que ha generado más de mil plazas de empleo.
 5. Del mantenimiento de las instalaciones otorgadas en concesión, señaló que cumplió incluso en exceso, con sus obligaciones plasmadas en el plan de inversión, lo cual fue corroborado por la firma de auditores DELOITTE.

En cuanto al tema de mantenimiento e inversión señaló que:

- ❖ El daño a los sellos de madera de la compuerta del dique seco No.1 no guarda relación con la oxidación visible de la parte exterior de dicha compuerta.
- ❖ Toda conclusión respecto a las posibles causas de los daños de los sellos de las compuertas son especulaciones sin sustento técnico, pues ni la Autoridad Marítima de Panamá ni la sociedad clasificadora Lloyd's Register Central & South America Limited, inspeccionaron los referidos sellos.
- ❖ Contrario a las afirmaciones indicadas en la Nota ADM No.0565-03-19-OAL de 28 de marzo de 2019, en el informe emitido por Lloyd's Register Central & South America Limited no se menciona que los daños a la compuerta se deban a la falta de mantenimiento. (visible a foja 1,258 a 1,264 de la solicitud del equilibrio contractual Tomo III)

De los argumentos planteados por el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, este Tribunal considera de vital importancia resaltar que dentro del Contrato de Concesión tanto la figura de LA AUTORIDAD como LA CONCESIONARIA se encuentran muy bien definidas en cuanto a las obligaciones de cada una, por lo tanto el uso privativo de las estructuras, instalaciones, equipos y terrenos del Astillero es responsabilidad de la CONCESIONARIA, así como el uso de los muelles y el mantenimiento de éstos, ya que fue dado en concesión y fue puesto a su disposición, por lo tanto, la decisión de LA CONCESIONARIA de suspender el ingreso de las naves a las instalaciones so pretexto de evitar de esta manera que los usuarios del Astillero se vieran afectados por las actuaciones de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, no solo incumple las obligaciones descritas en la Cláusula Décima Cuarta del referido contrato, 





específicamente en los numerales 1,5 y 32, sino que también al responsabilizar a LA AUTORIDAD de una decisión tomada de manera unilateral por LA CONCESIONARIA, siendo ésta quien debe garantizar el óptimo desarrollo comercial del Astillero, incumple lo establecido en el Contrato de Concesión donde LA CONCESIONARIA, liberó a LA AUTORIDAD de cualquier responsabilidad que sobrevenga por daños a la propiedad a las personas con motivo de las operaciones o actividades realizadas en el área dada en concesión.

Con relación a lo manifestado por parte de LA CONCESIONARIA en cuanto a la imposibilidad de asumir el costo de las fianzas y otorgar a las afianzadoras las garantías que exigen para la emisión de dichas fianzas, ya que, debido a la pérdida acumulada para la operación del astillero, le impide al CONSORCIO MEC SHIPYARDS obtener nuevas fianzas, debemos señalar que este argumento deviene en un incumplimiento de la cláusula vigésima primera del Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2019, aludida en párrafos anteriores, en donde se establece que:

“LA CONCESIONARIA está obligada a tener al día, las pólizas y fianzas exigidas en este Contrato. De igual forma, está obligada a entregar a LA AUTORIDAD, mientras este contrato esté vigente, copia de la documentación necesaria para probar que las pólizas y fianzas se encuentran vigentes y pagas, según la fecha de pago que acuerde LA CONCESIONARIA con cada una de las compañías aseguradoras”.

De manera que, los argumentos planteados por LA CONCESIONARIA respecto a las fianzas contravienen con lo establecido tanto en la normativa que regula la Ley de Contrataciones Públicas, así como lo manifestado en las cláusulas pactadas dentro del Contrato de Concesión con relación a este tema, incumpliendo así con la obligación de mantener la vigencia de las fianzas durante la duración de dicho contrato.

Ahora bien, cabe destacar que dicho incumplimiento no ha sido aludido por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ a diferencia de lo planteado por el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, basado en el argumento de la adenda No.1 la cual a pesar de que no fue refrendada por Contraloría modificó la fianza de cumplimiento tanto en su valor (menos del 15% del total del contrato) como en su vigencia y que por tanto ya ha vencido. Al respecto cabe reiterar que la adenda No.1 no salió a la vida jurídico puesto que no fue refrendada por la Contraloría General de la República.

En este orden de ideas, cabe destacar que Mediante Nota ADM No. 0527-03-2019-OAL de 22 de marzo de 2019 el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, manifestó lo siguiente:

“Como se le aclaró en la Nota ADM No. 0253-2019-OAL de 8 de febrero de 2019, las afirmaciones que hace el CONSORCIO con relación a las fianzas no son congruentes con los hechos. En ese sentido, el Consorcio sabe que lo que requirió la AUTORIDAD

41



MARÍTIMA DE PANAMÁ con ocasión del trámite para el refrendo de la Adenda No. 1 al Contrato NO. A-2012-12, fue la presentación de una "Fianza de Cumplimiento de Contrato", así como también una "Fianza de Cumplimiento de Inversión" y no el endoso de la Fianza de Cumplimiento No. 072-001-000015196-000000 de fecha 4 de julio de 2012 (cuya última renovación entregada fue la No. 072-001-000015196-000009 de 21 de julio de 2017), la cual como es accesoria al Contrato, *se mantiene vigente en los mismos términos que exige el contrato.*" (visible a foja 1211 de la solicitud de equilibrio contractual Tomo 3)

Por otro lado, LA CONCESIONARIA manifestó haber generado más de mil plazas de empleo, cumpliendo con su obligación contractual, sin embargo, es contradictorio con la decisión de suspender los trabajos del astillero, tal como fue notificado mediante Nota fechada 12 de marzo de 2019, aunado al abandono del objeto de la concesión lo cual quedó evidenciado con la remoción de los equipos y el personal necesario para ejecutar las labores del Astillero, dando como consecuencia, el incumplimiento de la Cláusula Décima Cuarta, numeral 5, respecto a "Operar el Astillero de manera que permita la creación de empleos a panameños y la formación especializada de este personal".

Ahora, con relación al mantenimiento de las instalaciones otorgadas en concesión, LA CONCESIONARIA, manifestó haber cumplido en exceso con el plan de inversión y alude una serie de hechos respecto a que las posibles casusas de los daños de la compuerta del dique seco No.1, son especulaciones sin sustento técnico, ya que ni la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ ni la sociedad clasificadora Lloyd's Register Central & South America Limited inspeccionaron los referidos sellos.

En este punto consideramos oportuno traer a colación lo establecido en el Reglamento de Concesión de la Autoridad Marítima de Panamá, Acuerdo No. 9-76 "Por el cual se establece el Reglamento para otorgar concesiones" el punto II Definiciones, artículo 7 establece que el Dique seco es: la cavidad o espacio cerrado por compuertas constituido en la ribera del mar o río para carena o reparación de naves.

Conociendo la definición de Dique Seco según el Reglamento de Concesión de la Autoridad Marítima de Panamá, es evidente que por la naturaleza de su función el mismo no debe tener ningún tipo de perforación que ponga en peligro su operatividad y desempeño.

De manera que, ante los descargos planteados por LA CONCESIONARIA, señalamos como primer punto, lo establecido en el plan de inversión propuesto por el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, ya que tal como lo establece la Cláusula Octava del Contrato de Concesión No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, la cual alude que:

CLÁUSULA OCTAVA: Forman parte del contrato: el pliego de cargos, a propuesta, las adendas, y la información complementaria

21



suministrada por LA CONCESIONARIA aceptada y aprobada por LA AUTORIDAD, para ser incluida en el contrato.

Estos documentos son complementarios entre sí y cualquier asunto estipulado por uno de ellos impone la misma obligación para las partes contratantes, como si se hubiese estipulado en todos ellos.

Los anexos que se indican en esta cláusula en adelante los anexos, y los documentos de contrato constituyen en su conjunto el Contrato celebrado entre LA AUTORIDAD Y LA CONCESIONARIA. Las partes acuerdan que cada uno de los siguientes anexos queda incorporado y forma parte integrante de este contrato, incluyendo cualquier modificación que pueda realizarse de éstos:

Anexo 1 Plano de polígono de la concesión y descripción del polígono de la concesión.

Anexo 2 Plan de inversión propuesto por LA CONCESIONARIA en su oferta.

Anexo 3 Inventario de Bienes y equipos.

Anexo 4 Fianzas.

Anexo 5 Pólizas de seguros y endosos.

Por lo que, señalado cada uno de los anexos que conforman este Contrato de Concesión y siendo uno de ellos el plan de inversión, cabe destacar que LA CONCESIONARIA se obligó a lo siguiente:

Sistema de compuerta Diques: Las puertas del Dique 1 y los "coissons" de los otros dos diques deben ser reparadas y sujetas a un plan de mantenimiento preventivo a lo largo del período de la concesión.

Puerta Dique 1

- Necesidad: estas son las puertas que impiden que el agua entre hacia la fosa, hasta el momento tienen alrededor de 20 años sin que haya sido sometida a un mantenimiento mayor. Como parámetro el Canal de Panamá ejecuta un mantenimiento en sus puertas cada 5 años, las puertas del Dique 1 son del mismo tamaño que la de las esclusas del Canal de Panamá.
- Inversión: la inversión consistirá en reparaciones a esta compuerta que incluirá reparaciones de estructura y al sistema mecánico.
- Beneficios: mayor seguridad, mejor funcionamiento del sistema permitiendo varadas y desvaradas más ágiles, ahorro en mantenimiento correctivo menos, ahorro en demoras y disminución en el tiempo de atención por nave. (visible a foja 198 de la Solicitud de adenda Tomo II).

En consecuencia, nótese que en el plan de inversión de LA CONCESIONARIA, se enfatizó, en la necesidad del mantenimiento de manera preventiva a lo largo de la concesión, respecto al Sistema de Compuerta Diques debido a la cantidad de tiempo sin recibir mantenimiento, tomando en cuenta que de la operatividad de dicho Dique depende en gran medida el funcionamiento del Astillero, por lo que la ejecución correcta del plan de inversión, en cuanto a la reparación de esta compuerta en cuanto a su estructura y al sistema mecánico, hubiese evitado el daño ocurrido de haberse atendido con el debido sentido de urgencia, tal como lo indicaban los informes tanto



de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ como de Lloyd's Register Central & South America Limited.

Lo anterior en base a que, de la Inspección realizada por LA AUTORIDAD, el 9 de agosto de 2018, se dejó constancia de lo siguiente:

“A pesar de que el contratista hizo inversiones en el mantenimiento del Dique 1, estas inversiones no fueron acorde al desglose de inversión para los primeros cinco años presentado por el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, al ofertar su propuesta, toda vez que principalmente el incumplimiento radica en que **no se le ha dado mantenimiento** a la compuerta del Dique 1 como lo establece el plan de inversión”.

Por su parte, Lloyd's Register Central & South America Limited, hizo constar a solicitud de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ la atención en el Astillero Mec, república de Panamá, para los fines de realizar un estudio de daños a las puertas de apertura/cierre de dique seco No.1, arrojando en su reporte de daños, luego de tener acceso a los registros disponible de mantenimiento lo siguiente:

“A pesar de que se había hecho mantenimiento en las partes superiores de las puertas, no existían registros de mantenimientos importantes de partes internas, sellos, bisagras o partes sumergidas de los últimos 20 años. Aunado a que según la inspección hubo pruebas claras de que la estructura ha sufrido daños severos localizados en los sellos de las puertas (lados verticales y sellos horizontales inferiores) esto se basa en el ingreso constante visible de agua desde el lado del mar al área del Dique Seco. Para evitar inundaciones y mantener el Dique seco con la menor entrada de agua posible, se requiere el uso de bombas sumergidas permanentes de agua de mar en todo momento para mantener secos los túneles y el área de trabajo.

Si bien es algo conocido en la industria, que la naturaleza causa efectos corrosivos en la estructura del Dique 1, tal como Lloyd's Register Central & South America Limited lo reconoce, las compuertas del Dique 1 han sufrido graves daños que conllevan a que ahora el uso del Dique 1 constituya una acción riesgosa. Por lo tanto, el CONSORCIO MEC SHIPYARDS no cumplió con la ejecución oportuna del mantenimiento requerido, causando daños a las instalaciones de la concesión”. (visible a foja 752 a 759 de la solicitud de equilibrio contractual Tomo II).

A solicitud de CONSORCIO MEC SHIPYARDS, el inspector de BUREAU VERITAS, mediante nota ATT/PNM0/2018/R1610, visitó las instalaciones el día 16 de octubre de 2018 ubicados en el área de Balboa de Panamá, con el propósito de examinar las condiciones de las compuertas del dique Np.1, la inspección se realizó en compañía del Ingeniero David Cohen por parte de MEC SHIPYARDS, donde se certificó que luego de realizar la inspección de las compuertas se pudo evidenciar que los sellos de las mismas **ya no están funcionando debidamente y deben ser renovados a la brevedad posible.** (visible a fojas 744-745 de la solicitud de equilibrio contractual Tomo II).

Mediante Informe de Inspección I -CA-002 del 17 de enero de 2019, en el cual dentro de las recomendaciones que se hacían, estaba la ejecución del mantenimiento en la compuerta del dique I, por su falta de mantenimiento desde hacia mucho tiempo:

[Handwritten signature and initials]



“Durante la visita, el Ingeniero Cohen y los especialistas de Lloyd's Register, Central & South America Limited, concluyeron con anterioridad las posibles causas de las filtraciones en la compuerta. Determinando que estas podrían ser por desgaste de los sellos, juntas y/o desnivel en la verticalidad de los dos paneles de la compuerta, dejando así espacios, en la misma y generando problemas de estanqueidad. Además, el Ingeniero Cohen mencionó que el último mantenimiento y/o reparación realizado en la compuerta fue en el año 1996, cuando era Astilleros Braswell”

Recomendaciones:

- La compuerta del Dique No.1 necesita entrar a estado de mantenimiento y/o reparación de manera ineludible.

A través del Informe I-CA-016 del 21 de febrero de 2019, se reiteró la falta de mantenimiento, así como la recomendación de realizar el mantenimiento en la compuerta del Dique 1.

Recomendaciones:

- La compuerta del Dique 1 necesita mantenimiento y reparación de manera inmediata por parte del Consorcio. (visible a foja 1,204 a 1,208 de la Solicitud de Equilibrio Contractual Tomo III).

Según consta en la Nota DGPIMA-347 del 21 de marzo de 2019, remitida por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ a LA CONCESIONARIA, se realizó una comparación al cronograma de inversión con los documentos presentados por LA CONCESIONARIA sobre la inversión efectivamente realizada lo cual permitía concluir que bajo el concepto “Sistema de compuertas” el Consorcio había colocado inversiones en equipo que no corresponden a trabajos en el sistema de compuertas. Específicamente, se incluyeron bajo el concepto de “Sistema de compuertas” inversiones como, habilitación de grúas, habilitación de taller de carpintería, habilitación del taller de tornería, habilitación del taller de soldadura, habilitación de compresores y máquina de lavado, muelles 8 y 12, que no entraban dentro de este concepto. De lo cual, al restar los montos que erróneamente se habían incluido bajo el rubro de sistema de compuertas, el resultado era un monto inferior al inicialmente presentado. (visible a foja 1209 de la Solicitud de Equilibrio Económico Contractual Tomo III).

Sin embargo a pesar de las reiteradas recomendaciones en cuanto al mantenimiento ineludible, e inmediato que requería el sistema de compuerta de Dique 1 aunado al plan de inversión previamente establecido, en donde se tenía pleno conocimiento que el último mantenimiento realizado data de hace 20 años atrás, el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, anunció a la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ que el 11 de octubre de 2018, se produjo el desprendimiento de 5.5 metros de sellos de la compuerta del Dique Seco No.1, hecho que impide controlar el volumen de agua de mar dentro del referido dique y que hace riesgosas las actividades que se realizan

81



en el mismo, tanto para el personal del Astillero, como para las naves que se reparan o reciben mantenimiento.

La situación del Dique Seco No. 1 fue corroborada por la Dirección General de Puertos de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, cuyos resultados están plasmados en el memorándum DGPIMA-1936-DOP-2019 de 12 de noviembre de 2019, dentro de los cuales se concluye daños en el concreto, tanto de los diques como en el área de muelles, así como también se aprecian focos de oxidación en ambas caras (interior y exterior del dique), se mantienen filtraciones, por lo que se conserva con agua en su interior debido a que la compuerta ya ha perdido su capacidad estanca debido a los sellos.

Por consiguiente, nos llama poderosamente la atención que dentro del argumento utilizado por LA CONCESIONARIA, la misma atribuya los daños causados al sistema de compuerta del Dique seco No.1 a causas de fuerza mayor, producto de las fuerzas de la naturaleza, por ende consideramos oportuno manifestar lo establecido en el Código Civil Artículo 34- D, *a través del cual se define que "Es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes y es caso fortuito el que 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"*, cuando es de conocimiento público, las condiciones en las que se encontraba el sistema de compuertas y la importancia del debido mantenimiento, ya que precisamente la constante exposición de las compuertas a los elementos de la naturaleza tales como: sol, agua salada, lluvia, entre otros, por largos períodos de tiempo, ocasionan lo que ha sido una constante en los diversos informes tanto de LA AUTORIDAD como de la sociedad clasificadora Lloyd's Register Central & South America Limited y por la misma CONCESIONARIA, en cuanto a que se encontraron perforaciones producto de la oxidación, filtraciones, inundaciones, hecho éste que pudo haberse evitando a sabiendas de la cantidad de años que mantenían el sistema de compuertas sin un mantenimiento, aunado a que dicha inversión se encontraba plasmada en detalles dentro del plan de inversión del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, mismo que forma parte tanto en la Cláusula Octava como en la Décima Cuarta del Contrato de Concesión, en cuanto a las obligaciones por parte de LA CONCESIONARIA, acarreando un evidente incumplimiento de las mismas.

Por lo tanto, lejos de ser imprevisible tomando en cuenta el clima tropical de la República de Panamá, las fuerzas de la naturaleza a la que se hace alusión en este caso, son perfectamente previsibles y normales de manera diaria en nuestro país. A diferencia que las causas de fuerza mayor hubiesen sido provocadas por factores climatológicos que ocasionaran una alteración significativa en el sistema integral y desempeño no solo del sistema de compuertas sino del Astillero en general. Ahora

91



bien, debido a que el Dique seco No.1 es el mayor que existe en el Astillero, su uso y operación genera los mayores ingresos a la CONCESIONARIA, por lo que a falta de operación de este se torna excesivamente onerosa la operación del Astillero, hecho este que es imputable a LA CONCESIONARIA, por la evidente falta de mantenimiento del sistema de compuerta del Dique, tal como había sido prevista por la misma CONCESIONARIA, en su plan de inversión.

Por último, respecto a que el comportamiento de CONSORCIO MEC SHIPYARDS en la ejecución al contrato es contrario a la buena fe, tal como lo señaló la AUTORIDA MARÍTIMA DE PANAMÁ en la resolución administrativa del contrato, consideramos pertinente establecer lo señalado en el artículo 1109 del Código Civil el cual manifiesta que; los contratos perfeccionados no solo obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado, "... sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Esta disposición aplica a los contratos administrativos según establece la Ley 22.

El Texto único de la Ley 22 de 2006 en su artículo 18, el cual a la letra reza lo siguiente:

Artículo 18 Obligaciones y deberes del contratista:

Son obligaciones del contratista las siguientes,

4. Actuar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales evitando las dilaciones que puedan presentarse.

De manera que culminado el recorrido de las diversas etapas dadas en la ejecución del Contrato de Concesión, notamos varias actuaciones que incurren en un actuar contrario a la buena fe, por parte de LA CONCESIONARIA, y encontramos el sustento en que a pesar de la existencia de un plan de inversión contemplado y reconocido por LA CONCESIONARIA, el mismo no se ejecutó bajo los parámetros establecidos por el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, aun a sabiendas de la importancia y las repercusiones que conllevaría la falta del mantenimiento del sistema de compuertas del Dique Seco.

Lo anterior obedece a que el Contrato de Concesión dentro del cual se estableció como anexo 2 el plan de inversión tiene fecha de 14 de enero de 2013, entiéndase que el primer quinquenio correspondió a 2013-2018, y la situación suscitada con el sistema de compuerta del Dique Seco 1, ocurrió el 11 de octubre de 2018, tiempo suficiente para haber puesto en marcha el mantenimiento acordado en el plan de inversión respecto al Dique.

Esto sin dejar de lado el tema referente a la fianza de cumplimiento, la cual no fue invocada como causal de incumplimiento tal como se señaló en párrafos anteriores, sin embargo, LA CONCESIONARIA alude como vencida dicha fianza aun cuando no se refrendó la adenda No.1. Todo lo anterior nos lleva a un evidente actuar de mala fe por parte de LA CONCESIONARIA, ya que no es dable aludir un incumplimiento con el objeto de que la entidad contratante resuelva el contrato de



concesión por supuestas causas imputables a LA AUTORIDAD cuando la verdad fáctica evidencia a contrario sensu hechos imputables a LA CONCESIONARIA.

Es un hecho que el Astillero concesionado al CONSORCIO MEC SHIPYARDS no está operando en estos momentos y casi la totalidad de los trabajadores han sido liquidados, lo cual nos lleva a las siguientes conclusiones:

- De los informes periciales presentados por los Contadores Públicos autorizados, se desprende que el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, presentó pérdidas desde su primer año como concesionario, las cuales se fueron acumulando con el pasar de los años, y siendo una empresa de experiencia en el desempeño de la industria marítima, no tuvo un buen manejo en la administración de dicha concesión, ya que se evidenció la falta de una correcta inversión, de una administración financiera eficaz y productiva, que permitiese el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión, en cuanto a las plazas de empleo, a la operatividad del astillero, y a todos los logros descritos en dicho contrato, situación que no ocurrió así desde sus inicios.
- El incumplimiento reflejado en el estado de cuenta mediante el cual el CONSORCIO MEC SHIPYARDS no hizo efectivo los desembolsos del 5% de los ingresos brutos de los años 2016 y 2017, adicional a la falta de pago del canon mensual desde noviembre del 2018, no solo incurrió en el incumplimiento de las obligaciones pactadas sino que corroboró el hecho que el monto correspondiente al canon de arrendamiento no generó la crisis económica de EL CONCESIONARIO, concluyendo el perito de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ que sería preciso introducir procesos de reingeniería, al referido CONCESIONARIO, ya que de lo contrario sería prolongar la crisis financiera.
- La falta de acción para llevar la estructura a un estándar operativo seguro del Astillero ocasionó que LA CONCESIONARIA, incumpliera en una serie de obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, mismas que han sido debidamente probadas, con el reconocimiento de esta CONCESIONARIA, en alguna de ellas y en otras con los diversos documentos obrantes en el expediente administrativo de la entidad contratante.

Antes de concluir, es nuestro deber manifestar que siendo los contratos de concesión celebrados con las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia o control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le

91

otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden, corresponde al CONCESIONARIO actuar con la debida responsabilidad y cuidado de un *buen pater familia*, sobre los bienes, instalaciones y todo aquello que forme parte de la propiedad donde se ha de desarrollar la concesión y así lograr efectuar las operaciones evitando al máximo que se produzcan daños a las naves, al personal de LA AUTORIDAD y el personal o bienes de terceros, así como también procurar conservar en buen estado de mantenimiento y funcionamiento las instalaciones e infraestructuras que forman parte de la concesión tal como lo establece el numeral 3 y 9 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato No.A-2012-12 de 14 de enero de 2013.

Sin embargo, del caudal probatorio obrante en el expediente administrativo, quedó plenamente probado que producto de las pérdidas anuales dentro del primer quinquenio por parte de EL CONCESIONARIO, aunado a la falta de mantenimiento e incumplimiento del plan de inversión y al grave daño ocasionado al sistema de compuertas del Dique Seco 1, la CONCESIONARIA, no asumió los riesgos de su actuación y posteriormente abandonó las instalaciones prescindiendo de la mayor parte de la fuerza laboral, siendo estos liquidados, y dando como consecuencia, que la falta de compromiso, responsabilidad y cuidado ocasionaran daños a los bienes bajo su administración debido a que las instalaciones requerían de un mantenimiento urgente, mismo que no fue dado en la dirección correcta, puesto que de la inversión realizada no existe constancia de un mantenimiento profundo con relación al Dique, tomando en cuenta que el último mantenimiento realizado fue en el año 1996.

Las acreditaciones de los estados de cuenta emitidos por empresas contables, efectivamente prueban la condición financiera en la que se encuentra LA CONCESIONARIA, y corrobora que ni el canon de arrendamiento ni los porcentajes establecidos a pagar dentro del contrato de concesión constituyen la razón de la crisis en la que se encuentra el CONSORCIO MEC SHIPYARDS, con lo cual lograr el óptimo desarrollo comercial del Astillero correspondía a mejorar las prácticas de la industria, específicamente en cuanto a temas de administración, ya que no es posible llevar a cabo el cumplimiento efectivo de una concesión cuando se generan pérdidas cada año, lo cual acarreo en que las plazas de empleos otorgadas en un inicio tampoco fuesen sostenidas en el tiempo, ya que por no priorizar la imperante necesidad de invertir en el mantenimiento de las instalaciones esto dio como resultado un grave daño, el cual a su vez generó una fuerte suma a invertir con el objeto de subsanar el deterioro ocasionado en el sistema de compuerta de Dique Seco, a fin de poder cumplir con el objetivo inicial del contrato de concesión, en cuanto al desarrollo, administración y operación del Astillero, mismo que no pudo ser cubierto por la CONCESIONARIA, en base a los motivos ya expuestos.

Por tal razón, este Tribunal es del criterio que, no encontramos alguna causa probable de incumplimiento por parte de la entidad contratante, contrario sensu, LA





CONCESIONARIA, a lo largo del desempeño de la concesión, ha demostrado falta de compromiso en mantener de manera responsable la relación producto del acto público de selección de contratista con el Estado.

Y es precisamente en esta etapa contractual que, hemos observado una empresa carente de objetividad y falta de compromiso con el Contrato de Concesión, por tal motivo, al no obtener prueba alguna dentro del dossier, que desvirtúe las consideraciones y motivos que llevaron a la entidad contratante a resolver administrativamente el contrato, sin dejar de lado el estado en que se encuentra la misma, nos refuerza una postura de desinterés por parte de la empresa.

De manera que, este Tribunal ha hecho uso de las facultades jurisdiccionales otorgadas por ley, las cuales en estricto cumplimiento han evidenciado, los motivos por los cuales la entidad contratante decidió resolver administrativamente el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013.

Por tal motivo, respecto a ésta resolución de grado que es recurrida en sede de este Tribunal, es menester indicar que el objeto del recurso de apelación se debe a que el apelante logre desvirtuar con sus pruebas el acto apelado, máxime cuando se trata de enervar los efectos, de una resolución administrativa de contrato; porque como se ha visto, en autos constan probados los requerimientos que la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ le hizo al apelante para que cumpliera con las obligaciones pactadas en el contrato y en el pliego de cargos.

Siendo, así las cosas, este Tribunal observa que el incumplimiento por parte de LA CONCESIONARIA no es producto de un caso fortuito, fuerza mayor o en una causal no imputable a ella, sino a la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones pactadas. En consecuencia, se hace merecedor de la sanción de inhabilitación dispuesta en el artículo 115 (128) y 117(130) Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, lo que conlleva el no poder participar en ningún acto de selección de contratista, ni celebrar contrato alguno con el Estado. Como lo dispone el artículo 117 (130) de la excerta legal antes citada, la entidad contratante (AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ) actuó bajo los límites de la competencia atribuida a ella, para establecer la correspondiente sanción de inhabilitación, en cuanto que los intereses generales han sido vulnerados con la inejecución de la obra contratada; sin perjuicio claro está, de la responsabilidad civil o penal en que puede incurrir este incumplimiento.

Cabe destacar que este Tribunal Colegiado en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, tal como lo establece el artículo 193 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, numeral 2, deberá conocer el recurso de apelación, contra la resolución que resuelve administrativamente el contrato e imponer la sanción al contratista por incumplimiento del contrato.

El cual en asocio con el artículo 149 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública ordenado por la Ley 61 de 2017 establece que la apelación se surtirá en el **efecto suspensivo**,



“El Código Judicial en su artículo 1138 establece lo siguiente: Las apelaciones podrán concederse en los siguientes efectos: **En el efecto suspensivo**, caso en el cual la competencia del inferior se suspenderá desde que se ejecutorie la resolución que la concede hasta que dicte el obedecimiento a lo resuelto por el superior. Sin embargo, el juez podrá conocer de todo lo que se refiera a secuestro y conservación de bienes, siempre que la apelación verse sobre alguna de estas cuestiones”.

Motivo por el cual, ante el pronunciamiento externado por parte de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, a través de la Resolución No. J.D 004-2020 de 12 de febrero de 2020 misma que fue emitida con posterioridad al anuncio y sustentación del recurso de apelación en contra de la Resolución No. ADM 074-2019 de 08 de mayo de 2019, proferida por dicha entidad contratante, la cual se encuentra en estado de decisión ante este Tribunal con sede administrativa, toda vez que por la competencia privativa y por la naturaleza del asunto que ostenta este Tribunal para conocer en única instancia, tal cual lo establece el artículo 136, Capítulo XVII del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, somos los únicos competentes para emitir un pronunciamiento de fondo con relación al recurso de apelación, ya que la competencia del inferior se encuentra suspendida tal como lo señala el artículo que antecede.

Por consiguiente, la Resolución No. J.D 004-2020 de 12 de febrero de 2020, es contraria al debido proceso, ya que su emisión vulnera los artículos 149 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el artículo 1138 del Código Judicial, el artículo 153 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, por lo que es deber de este Tribunal Administrativo de Contrataciones, realizar un enérgico llamado de atención a la entidad contratante, a fin que al momento de emitir los respectivos actos administrativos los mismos sean proferidos en estricto derecho y apegados a los principios generales de la Contratación Pública.

Por otra parte, consideramos preciso traer a colación lo señalado en el artículo 97(99) del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, dispone el plazo para la liquidación de los contratos, a través de la cual las partes determinan las sumas adeudadas entre sí.

“Artículo 97(99): Vigencia y liquidación de los contratos. Los contratos se entenderán vigentes hasta la liquidación.

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 plazo fijado en el pliego de cargos o términos de referencia, o dentro del plazo que acuerden las partes para tal efecto. De no existe tal plazo, la liquidación se realizará dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para la ejecución del contrato o la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga.

21



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, mediante resolución motivada, 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 la firma del representante legal de la entidad o del servidor público delegado y del servidor público autorizado por la Contraloría General de la República”.

Con referencia a lo anterior, 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.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el mecanismo para resolver administrativamente el Contrato, previsto en el artículo 113 (126) del Texto único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, tiene por objeto dotar a la administración pública de herramientas eficaces, que le permitan actuar frente a circunstancias que impidan la normal ejecución del contrato dentro del término pactado, como las previstas en dicha norma; dando como resultado que el recurrente ha incumplido el objeto del Contrato de Concesión, suscrito por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ y CONSORCIO MEC SHIPYARDS, enmarcándose su conducta en el numeral primero del artículo 113 (126), es decir, “incumplimiento de las cláusulas pactadas”, facultando así a la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ para resolver administrativamente el precitado contrato de concesión.

Respecto a la inhabilitación, este Tribunal comparte las apreciaciones que expone la Resolución ADM No.074-19 de 8 de mayo de 2019, proferida por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, por la cual se resolvió administrativamente el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, e inhabilitó a las empresas MARINE ENGINEERS CORPORATION (PANAMÁ) INC., sociedad anónima debidamente inscrita a folio 378789 de la sección mercantil del Registro Público de Panamá y MEC BALBOA SHIPYARD INC, sociedad anónima inscrita a folio 740434 de la sección mercantil del Registro Público de Panamá como integrantes del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, para participar en actos públicos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado por el término de tres (3) años.

Por último, en atención a las consideraciones de hecho y derecho, toda vez que nos encontramos ante la situación en que el apelante no ha satisfecho los deberes a su cargo se procederá a negar sus pretensiones, y por ello se procede a mantener los efectos de la resolución recurrida, en virtud que no se han encontrado razones para desvirtuar los motivos que llevaron a la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ a

57



resolver administrativamente el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, procederá a **CONFIRMAR** los efectos de la Resolución ADM No.074-19 de 8 de mayo de 2019.

Este Tribunal conforme a nuestra competencia privativa, basa su pronunciamiento jurisdiccional en sede administrativa, en el artículo 354 (213) del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, recientemente derogado por el artículo 213 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para confirmar las actuaciones de las entidades contratantes.

“Artículo 354 (213). (Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas) El tribunal administrativo de contrataciones públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a:

Confirmar lo actuado por la entidad contratante; ...” (Lo resaltado es nuestro)-

De los razonamientos ut supra expresados, concluye el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en sus facultades legales y reglamentarias

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución ADM No.074-19 de 8 de mayo de 2019, emitida por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, que decidió resolver administrativamente el Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013 PARA OTORGAR LA CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO, ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DE UN ASTILLERO EN EL SECTOR PACÍFICO COMPLEJO PORTUARIO DE BALBOA EN LA PROVINCIA DE PANAMÁ y a su vez se inhabilitó a las empresas MARINE ENGINEERS CORPORATION (PANAMÁ) INC., y MEC BALBOA SHIPYARD INC, como integrantes del CONSORCIO MEC SHIPYARDS, para participar en actos públicos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado por el término de tres (3) años, por incumplimiento de las cláusulas pactadas.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente Administrativo del Acto Público N°2011-2-03-0-08-LV-002437, contentivo de 9 Tomos consistente en Tomo 25, de foja 5,566 a la 5,922, Tomo 26, de foja 5,923 a la 6,088, Tomo 27 de foja 6,089 a la 6,263 y el Tomo 28 de foja 6,264 a la 6,457, expediente de solicitud de equilibrio contractual Tomo I, de foja 1 a la 500, Tomo II, de foja 501 a la 1,130 y Tomo III, de la foja 1,131 a la 1,134 y expediente de solicitud de adenda No.1 al Contrato No. A-2012-12 de 14 de enero de 2013, Tomo I de foja 1 a la 190 y Tomo II de foja 191 a la 670.

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 transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación en el portal electrónico.

21

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. 072-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, Ley 38 de 31 julio de 2000 y Código Judicial.

Notifíquese y Cúmplase,



JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado Sustanciador



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



KAREN SOLÍS
Secretaria General, Encargada.

