



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 194-2019

RECURRENTE: INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución Ejecutiva No.96-2019 de deis de septiembre de 2019, emitida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales que resolvió administrativamente el Contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018 e inhabilitó al contratista por el término de dos (2) años para participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación.

Magistrado Contraprojecta: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

Resolución N°084-2020-Pleno/TACP de 7 de mayo de 2020 (Contra proyecto- Decisión).

CONSIDERACIONES:

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

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

I. ANTECEDENTES.

El Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales convocó el procedimiento de selección de contratista No.2017-2-66-0-08-LA-012633, para la reposición de pavimento, relleno de zanjas, reemplazo e instalación de conos, aros y tapas en la Gerencia Metropolitana, el cual fue adjudicado a la empresa INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A., luego de haber superado la etapa de selección de contratista.

7



Adjudicado el acto de público mencionado e iniciada la ejecución del mismo, el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, a través de la Resolución Ejecutiva No.96-2019 de seis de septiembre de 2019, ordenó la Resolución Administrativa del Contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018, suscrito con la empresa INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A., así como también la Inhabilitación por un período de dos (2) años.

II. ANUNCIO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Como quiera que la arriba citada Resolución Ejecutiva No.96-2019 de seis de septiembre de 2019, proferida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales no gozó de la aceptación del contratista INGENIERO DOMINGO CASSINO, 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.366 de 28 de diciembre de 2006, vigentes al momento de su iniciación, anunció y sustentó la acción recursiva comentada en el tiempo procesal oportuno dispuesto en el artículo 131 de la ley especial.

III. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.

Lo constituye la Resolución Ejecutiva No.96-2019 de seis de 6 de septiembre de 2019, proferida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, en donde se decidió Resolver Administrativamente el Contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018, para la reposición de pavimento, relleno de zanjas, reemplazo e instalación de conos, aros y tapas en Gerencia Metropolitana, publicada para los efectos de la notificación el día 13 de septiembre de 2019, tal y como se aprecia en el portal electrónico "ParamaCompra" y en las fojas 2 a la 4 del expediente del Tribunal, en donde la entidad fundamentó su decisión sobre la base del Informe Técnico Financiero de terminación de contrato, el cual señalaba el plazo de ciento ochenta (180) días calendarios de terminación contractual, siendo específicamente el día 28 de mayo de 2018, pero que llegado el día solamente se contaba con un avance del 3.21%, y que posterior a la notificación de la orden de proceder el contratista se rehusó a realizar las reparaciones que le habían indicado, sumado a que no contaba con la capacidad de atender como mínimo dos frentes de trabajo por renglón.

Sostiene lo anterior al manifestar que cada frente debe tener una cuadrilla completa, es decir, compuesta de un conductor, albañil y dos ayudantes; incumpléndose así lo indicado en el pliego de cargos. Además, que incumplió con la entrega de una computadora, una cámara digital y dos retroexcavadoras para el uso de la inspección de la obra de reposición de pavimento del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales.

51



que la contratista no cumplió en su totalidad con las cláusulas establecidas en el Contrato No. CC-13-CAF-2017 de 1 de diciembre de 2017, tal y como se expuso en líneas anteriores.

IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA.

La firma de abogados MORALES & ASOCIADOS, apoderados especiales del contratista INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A., entre sus argumentos destacó lo siguiente:

Que desde la notificación de la orden de proceder a su representado se realizaron las proyecciones necesarias con el cronograma de trabajo; sin embargo, la contratista se encontró con una serie de inconvenientes propios de la ejecución de los trabajos en campo, provenientes tanto de actos de fuerza mayor y de casos fortuitos, que han incidido con el cumplimiento del avance esperado en el tiempo, marcando cierto retraso en la ejecución del contrato.

Sostiene que tales anomalías fueron comunicadas a la entidad en todo momento y que por esas razones no logra reconocer el sustento de atribuir responsabilidad a la empresa INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A. por el incumplimiento del servicio contratado.

Manifiesta que a pesar de que el contrato tenía como fecha de inicio el día 20 de noviembre de 2018, la entidad no le asignó formalmente a la contratista de manera oportuna, las áreas o sitios en donde deberían realizar las reparaciones objeto del contrato descrito en el pliego de cargos; situación de fuerza mayor que provocó un atraso significativo no imputable a su procurado, tanto así que la apelante se reunió con la Gerencia Metropolitana y la solución que le propusieron fue la de asignarle trabajos a la contratista, pero en otras áreas no descritas en el renglón adjudicado y que a última hora le comunicaron que no contaban con presupuesto para la ejecución del contrato; asegurándoles que cuando se realizaran los traslados de partidas correspondientes para cubrir los costos se les notificarían.

Argumenta el jurista que la entidad contratante debió prever las condiciones necesarias para la ejecución del contrato antes de confeccionar el pliego de cargo, a fin de evitar contratiempos y dilaciones en la culminación de la obra de acuerdo al tenor literal contemplado en el artículo 100 de la ley especial de contrataciones públicas, ordenada por la Ley No.48 de 2011.

9



VI. PROBLEMA JURÍDICO Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

El Tribunal observa que en este caso existe un problema jurídico que reclama ser resuelto por esta esfera administrativa de control y que consiste en la resolución administrativa de contrato por presunto incumplimiento y que fue decidida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, en contra de la empresa INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A, en el que la contratista afirma que el mismo es imputable a la entidad, producto de las anomalías que surgieron en la ejecución del contrato y que supuestamente fueron puestos en conocimiento a la entidad.

Para abordar el estudio del conflicto administrativo, el Colegiado enfocará su argumentación, analizando el Contrato No. 35-2018 de 27 de agosto de 2018, su respectivo pliego de condiciones, la Ley No. 22 de 2006 positiva de acuerdo al principio de integración del contrato.

Así las cosas, vemos que el Contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018, tiene como objeto regular la ejecución de reposición de pavimentos, relleno de zanjas, reemplazo e instalación de conos, aros y tapas en la Gerencia Metropolitana, de acuerdo con los documentos que forman parte del contrato en todo con respecto a la licitación abreviada por precio No.2017-2-66-0-08-LA-012633; cuyo plazo de ejecución fue pactado por el término de seis (6) meses, de acuerdo a la cláusula sexta del Contrato en estudio.

Los trabajos a desarrollar en los dos renglones se encuentran contemplado en los términos de referencia y en el contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018, tales como: Corte de pavimento, excavación, relleno compacto con material selecto, relleno compacto con base de grava, pruebas de resistencia de hormigón, reposición de carpeta de asfalto, instalación de aro y tapa de tránsito pesado, entre otros.

De acuerdo a la recurrente, la entidad no le asignó formalmente a la contratista, en tiempo oportuno, las áreas o sitios donde debía realizar las reparaciones objeto del contrato en referencia descritas en el pliego de cargos, lo que describe como un acto de fuerza mayor y que causó un retraso significativo no atribuible a la contratista, sumado a que la contratista se reunió con la Gerencia Metropolitana y que la solución que le propusieron fue la de asignarle trabajo en otras áreas no descritas en los renglones adjudicado, con la mención de que no contaban con la partida presupuestaria para culminar la obra.

Del estudio del expediente no vemos probado los argumentos expuestos por la contratista INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A., dado que lo que reposa en el expediente administrativo son unas notas del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales que indican la poca actividad desplegada por la recurrente.

51



Por ejemplo, en el Informe Técnico del Contrato No.35-2018 se concluye que "luego de la entrega de la orden de proceder, la empresa dio inicio a los trabajos del servicio de reposición de pavimentos, relleno de zanjas, instalación de conos, aros y tapas, a partir del 19 de enero de 2019, presentando demora al dar inicio con los trabajos, y que luego de ese inicio tardío, tan sólo ejecutó el 3.21% hasta el día 26 de febrero de 2019.

Sigue documentándose que desde el mes de febrero de 2019 hasta la fecha de la confección del informe (24 de mayo de 2019), no se ha presentado a realizar los trabajos de reposición, reflejando muy baja producción en los meses de enero, febrero, marzo y abril y que durante ese tiempo a la contratista se le ha realizado llamados de atención escritos con el fin de que cuente con personal y con los equipos que se solicitan mediante pliego de cargos (un conductor, un albañil y dos ayudantes) para la ejecución del contrato; pero que no se observó que se hayan tomado los correctivos pertinentes.

Que desde el mes de febrero la empresa ha abandonado la ejecución del contrato totalmente.

Se ha rehusado a realizar la reposición, no está en la capacidad de atender como mínimo dos frentes de trabajo por renglón, en donde debe contar cada frente con una cuadrilla completa. Tampoco ha entregado una computadora, una cámara digital para uso de la inspección de la obra de reparación de fugas del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales y falta de equipo necesario para llevar a cabo las reparaciones, evitando la menor afectación posible de los usuarios como equipo retroexcavadora.

El informe en mención goza del respaldo de las Notas No.9 RFCP de 25 de febrero de 2019 y la No.19RFCP de 26 de marzo de 2019 y el Memorando No.10-RFCP de 26 de septiembre de 2019 en donde la Gerencia Metropolitana del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales reitera los incumplimientos por parte de INDOCSA.

Cabe destacar que a fojas 400 y 402 del expediente administrativo reposan evidencias de comunicación vía electrónica en la que el señor Luis Carvajal del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales le comunica a la empresa INDOCSA el llamado de atención por incumplimiento del contrato y la falta de suficiente personal para contratos.

Como manifestamos en líneas anteriores, no reposa material de convicción en el expediente administrativo, ni mucho menos pruebas aportadas por la accionante para demostrar su verdad material, recordando que de acuerdo al Principio de Autorresponsabilidad que se encuentra tipificado en el artículo 150 de la Ley No.38 de 2000, incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables.

91



El recurrente ha indicado que los sucesos de interrupción se han suscitado como consecuencia de la imprevisibilidad de los hechos, sin embargo, no ha aportado las pruebas contundentes que así lo comprueben, ni se ha demostrado la vinculación de los argumentos con los hechos invocados como Caso Fortuito y Fuerza Mayor. Simplemente nos encontramos frente afirmaciones que no son corroboradas a través de pruebas fehacientes, y no nos corresponde esta labor de demostración, sino a la empresa prestadora del servicio, de forma que aporte la correspondiente prueba que permita demostrar lo que la normativa reguladora exige en este tema.

Lo anterior se traduce a la falta de interés por parte de la empresa INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A., y a la vez una mala fe en la conclusión en buen término del servicio que se obligó a terminar al momento de suscribir el Contrato No.35-218 de 27 de agosto de 2018, al no reposar ni un solo elemento de convicción que respalde los hechos que afirma.

La apelante se encontraba en la obligación de aportar el material probatorio aunque sea básico que apoyase sus hechos y no simplemente aducir que existió un tema de fuerza mayor o caso fortuito, pues, únicamente los juzgadores tendremos certeza de lo que se debate con las constancias probatorias que reposan en un expediente administrativo que es aportado por la entidad y que se supone que allí se encuentra todo el procedimiento y la narración de los hechos y no podemos querer interpretar otra verdad material que es ajena al dossier probatorio; es decir, no existe un nexo causal entre lo que se afirma a través de hechos y lo que contiene el expediente. La entidad ha resuelto administrativamente el contrato y lo ha demostrado partiendo del hecho de que no existe una obra terminada, así lo reconoce la apelante; además ha sostenido que la imputabilidad le corresponde a la contratista, presentando desde informe y notas que verifican esa posición de incumplimiento y de responsabilidad, pero de parte de la accionante no hemos recibido ni observado ningún elemento favorable en su presunta verdad.

Asumiendo dichas evidencias, al juzgador le está prohibido dictar un fallo en base a su experiencia sin tener un motivo de convicción que lo apoye, así lo establece el principio de la necesidad de la prueba, y su fundamento debe ser apoyado en pruebas oportunas y legalmente recabadas, dado que lo que no existe en el mundo del proceso recaudado a través de los medios probatorios, no existe para el juez o magistrado, ya que eso sería realizar un fallo arbitrario y sin fundamento que lo sostenga.

En esa línea de pensamiento deductivo el Profesor Jairo Parra Quijano, en el Manual de Derecho Probatorio arguye que: "cuando hay necesidad, no hay libertad; por tanto, no existe ninguna libertad para que el funcionario decida con base en pruebas o circunstancias que no obren en el proceso. Esta necesidad tiene sustento

51



en el derecho de contradicción, el cual será violado si la decisión se toma con base a pruebas no aportadas al proceso, con indicaciones o en conocimiento privado del juez. De tal manera que no se puede escarpar de la vista que las leyes procesales se inspiran en dos principios básicos, que para el caso en concreto nos concentraremos en que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial de acuerdo a la Carta Fundamental de la República de Panamá, derecho que no podemos reconocer a la empresa INDOCSA por no aportar los medios y elementos de pruebas, como en efecto sí lo realizó la entidad.

Si bien la prueba es un fenómeno jurídico y no solamente procesal, por cuanto busca demostrar una verdad material, sumado a que su función no se agota íntegra y exclusivamente en el proceso, así lo ha entendido Carnelutti, al decir que las pruebas son un instrumento elemental no tanto en el proceso sino del derecho"

Por esa razón, el Estado, a través de los diferentes foros de justicia, no podría desarrollar su rol jurisdiccional ni las pruebas y mucho menos la potestad de ninguna manera, evitar los contenciosos, mucho menos asegurarle seguridad y protección a los que intervienen en el proceso en busca de la satisfacción de sus pretensiones si desarrolla una decisión en favor de quien no ha logrado demostrar la verdad material.

Ahora bien, partiendo de que el fin de la prueba es el convencimiento del juzgador respecto a las diferentes pretensiones (de las partes en disputa) no vemos motivos algunos para revocar la decisión venida en apelación, por cuanto que la recurrente no ha aportado ningún elemento de convicción a su favor que nos demuestre que la imputabilidad sobre el incumplimiento del presente contrato obedece a la entidad, ni tampoco existe constancia probatoria en el expediente administrativo para demostrar su verdad. Por el contrario, lo que se observa son dos informes que concluyen la no terminación del contrato No. 35-2018 de 27 de agosto de 2018 y que evidencia que es responsabilidad exclusiva del contratista por vulnerar lo acordado en los términos de referencia y el contrato.

La orden de proceder es el acto administrativo que nos indica la fecha en que se debe iniciar con la ejecución del contrato, como consecuencia de que se encuentran satisfechas todos los actos preparatorios previos a la notificación, descartándose así cualquier tipo de inconvenientes a la hora de empezar.

Dicha orden se ejecuta de inmediato y no requiere de una autorización posterior que la condicione, dado que goza de autonomía propia, y si las actividades y demás actos preliminares no se hubiera encontrado completos, entonces el contratista debió pronunciarse a través de algún documento que constara como evidencia en el expediente administrativo, y así tener un argumento certero y válido a su favor que apoyara su fundamento y de esa forma hacer efectivo su reclamo, de

51



conformidad a la cláusula decima del Contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018 que se refiere a las obligaciones del contratista que indica que *"en caso de cualquier incidencia, diferencia o discrepancia que pueda afectar la ejecución del contrato, ésta será resuelta mediante consulta con la Inspección del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales y aprobado por el Director Ejecutivo de la mencionada entidad"*. No obstante, por el contrario, vemos una actuación pasiva por parte de la recurrente sin ningún tipo de prueba, ya que únicamente se apoya de una presunta fuerza mayor y caso fortuito que no ha sido demostrado, y tampoco consta que, de haber existido esas circunstancias (que como indicamos no se ha verificado) no se evidencia que haya sido notificada a la entidad de forma escrita de acuerdo a los parámetros de la cláusula vigésima cuarta del contrato.

De manera que, de acuerdo al principio de integración del contrato o el bloque normativo que integran la ley y los pliegos de condiciones administrativas o técnicas que se encuentran previstas en el contrato, el cual es fuente de los derechos y obligaciones de las partes contratantes; en el que se indican las áreas a cubrir por la accionante al momento de notificarse de la orden de proceder y que no fue ejecutada en su totalidad de acuerdo a los diferentes informes que reposan en el expediente administrativo, consideramos no probado la pretensión del recurrente, el cual incumplió la ejecución del contrato por imputabilidad exclusiva de la contratista, al no aportar elemento de pruebas que demostrara su verdad material, por ende, las cláusulas que integran los contratos son verdaderas normas jurídicas que, de acuerdo al principio de asimilación del contrato a la Ley, vinculan a las partes como la Ley misma y de su lectura se observa que fueron insatisfechas por la parte apelante.

Primeramente, el artículo 95 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 sostiene que los retrasos que fueran producidos por causas no imputables al contratista o cuando se den situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un período no menor al retraso, que será tramitado de oficio o a petición de parte por la entidad contratante... partiendo de ese principio, no apreciamos que la contratista haya notificado a la entidad sobre el presunto tema de caso fortuito o fuerza mayor como lo establece el contrato y tampoco ha solicitado las prórrogas consecuentes para la finalización del servicio contratado.

Lo que se estila es que la contratista ejecute el contrato, y al considerar que no lo terminará en el tiempo oportuno, proceda a solicitar la prórroga a la entidad contratante y no en la forma en que fue requerida. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 34-D del Código Civil indica que *"es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como el naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole"*, pero

91



insistimos, la contratista no advirtió sobre el presunto tema ni mucho menos lo demostró.

La única verdad que ha sido declarada y probada, es referente a que el servicio contratado no fue terminado y que su avance fue de tan sólo el 3.21% como señalan los informes, a pesar de contar con más de los seis meses concedidos para su ejecución.

Por esas razones consideramos que el incumplimiento del Contrato No. 35-2018 de 27 de agosto de 2018 no es responsabilidad de la entidad, sino de la empresa contratista, que no siguió las reglas estatuidas en el convenio y en ese sentido el Tribunal procede a confirmar en todas sus partes la Resolución Ejecutiva No.96-2019 de 6 de septiembre de 2019, que decidió resolver administrativamente el Contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018 e inhabilitar a la contratista por un término de dos (2) años.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes, la Resolución Ejecutiva No.96-2019 de 6 de septiembre de 2019, emitida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales; quien decidió resolver administrativamente el Contrato No.35-2018 de 27 de agosto de 2018 e Inhabilita a la empresa INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A. (INDOCSA) por el término de dos (2) años, de conformidad a la parte motiva de la presente decisión administrativa.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente Administrativo del Acto Público No.2017-2-66-0-08-LA-012633, contentivo de tres (3) tomos con un total de cuatrocientas nueve (409) fojas útiles, al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el portal.

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

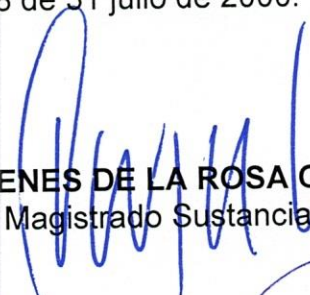
QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.194-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

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

81

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. 48 de 2011, Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017. Decreto Ejecutivo N°366 del 28 de diciembre de 2006, 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

SALVO EL VOTO.


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO:

MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE: 194-2019

RESOLUCION No. 084-2020-Pleno/TACP DE 7 de mayo de 2020 (Decisión)

Debo distanciarme de la opinión mayoritaria, puesto que existe sobrada evidencia en el acerbo documental del expediente de la contratación para validar los argumentos del impugnante y relevarlo de la responsabilidad contractual en un contrato que, a mi juicio, *ab initio*, fue mal planeado por la entidad y no quedaron claras las obligaciones del contratista ni de la entidad, lo que a mi juicio no puede trasladarse al contratista ya que, este último, no es quien confeccione el pliego, ni tampoco las cláusulas contractuales, que vienen a ser al final, *mutatis mutandi* una especie de cláusulas de adhesión.

Así las cosas, recordamos que existe la responsabilidad de los funcionarios públicos frente a las actuaciones ejercidas, por lo que, es deber de los mismos, tramitar de una manera diligente para que estos se perfeccionen y consuman siguiendo todos los procedimientos necesarios para el fiel cumplimiento de la actividad contractual llegando a confeccionarse y refrendarse la respectiva orden de proceder. Lo anterior teniendo en cuenta lo convenido en el Contrato No. 35-2018 de 27 de agosto de 2018 y el pliego de cargos en el capítulo III, especificaciones técnicas, punto 1, (descripción del proyecto); y en el capítulo II, condiciones especiales, punto 8.1, el punto 11.2 y punto 10, (obligaciones) del pliego de cargos los cuales rezan de la siguiente manera:

El proyecto se ejecutará en las áreas de responsabilidad de la Gerencia Metropolitana, que comprende las Sub Regiones de Panamá Centro y San Miguelito, por el monto o valor establecido en el siguiente cuadro, para cada renglón o área de cobertura es el máximo por el cual el proponente puede presentar su oferta:

RENGLÓN	DESCRIPCIÓN	AREA DE COBERTURA O RENGLÓN	MONTO B/.
1	Servicio de reposición de pavimento, relleno de zanjas, reemplazo e instalación de conos, aros y tapas en la Subregión de San Miguelito.	Amelia Denis de Icaza, Arnulfo Arias, Belisario Frías, Belisario Porras, Omar Torrijos, José Domingo Espinar, Mateo Iturralde, Rufina Alfaro, Victoriano Lorenzo	208,842.60



8.1 PRESENTACIÓN DE CUENTAS

El Contratista presentará cada cuenta por trabajos efectuados en original y tres (3) copias.

El original quedará en Tesorería IDAAN, una (1) copia será sellada por Tesorería IDAAN, una (1) copia quedará en el Almacén de la Gerencia Metropolitana y una (1) copia para la coordinación del Programa.

Los pagos parciales se harán por trabajos efectuados dentro de los noventa (90) días siguientes a la presentación de la cuenta, siempre y cuando el Contratista presente correctamente toda la documentación requerida para la tramitación.

De igual forma el contratista deberá suministrar la siguiente documentación:

1. Formulario de cuenta debidamente firmado
2. Copia del contrato refrendado u orden de compra refrendada.
3. Original de la o las facturas de acuerdo a la Ley
4. Certificación de recibido a satisfacción del bien o servicio debidamente firmado por el o los funcionarios que designe el IDAAN.
5. Copia de la Orden de proceder
6. Copia de la fianza de cumplimiento
7. Copia de los endosos (cuando se requiera)
8. Paz y Salvo de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.
9. Paz y Salvo del IDAAN
10. Paz y Salvo de la Caja de Seguro Social

La presentación de las cuentas se realizarán sustentadas con la copia de los reportes del 311 y/o copia de la solicitud de reparación, efectuada por la unidad gestora, con el **Formulario**

de Orden de Reparación, en donde se detallará cada reparación o trabajo realizado y el **Formulario de Localización Geográfica de la Reparación**, en el cual se indicará la ubicación geográfica de la reposición o reparación, el trabajo realizado, con el desglose de precio de cada reparación mediante un cuadro resumen, en donde se listaran las reparaciones o trabajos realizados en el periodo trabajado.

Estos formularios se adjuntan en el Capítulo IV, Formularios, de este pliego de cargos, los cuales forman parte del mismo.

En el **Formulario de Orden de Reparación**, además de las medidas, cantidades y cálculos; para evaluar los trabajos se tomarán fotografías que muestre la condición del área a reparar antes, durante y después de la reparación.

11.2. PLAZO Y LUGAR DE ENTREGA

El Plazo de entrega del servicio será de Seis (6) meses, en el área indicada según el renglón adjudicado a partir de la orden de proceder.

El proyecto se ejecutará en las áreas de responsabilidad de la Gerencia Metropolitana, que comprende las Sub Regiones de Panamá Centro y San Miguelito.

El IDAAN de acuerdo a la demanda de trabajo, le comunicará al contratista el horario de trabajo que podrá ser normal, diurno de lunes a sábado de 7:30 am a 3:30 pm, o con arreglos especiales que incluyan Sábado y Domingo y vespertino de 3.00 pm a 11.00 pm.

Dependiendo de las necesidades y a solicitud de la Institución, al Contratista se le podrá asignar trabajos fuera de su área de cobertura habitual con visto bueno del Gerente de la Región.

De esta manera se puede constatar fehacientemente que de acuerdo al pliego de cargos antes citado, el contratista debía estar en disposición de prestar el servicio de acuerdo a la demanda de trabajo, o sea, dependiendo de las necesidades, aunado, a lo antes señalado el literal (a) de la cláusula novena del contrato supra citado estipula que es responsabilidad de la entidad contratante la provisión del sitio, sumado a que este requerimiento debía ser solicitado y comunicado por escrito por el Gerente de la Región y/o Coordinador de reparaciones e incluso si se trabajara fuera del área de cobertura habitual estipulado en el contrato, como puede observarse en el capítulo III, especificaciones técnicas, punto 1 del pliego de cargos en el cual se realiza una descripción del proyecto. Adicional a que en el capítulo II, condiciones especiales, en los puntos 8.1 y 11.2 del pliego de cargos debían existir los reportes o solicitudes de reparación efectuadas por la unidad gestora o entidad contratante. Así mismo, según el punto 10 (especificaciones técnicas) del pliego de cargos al respecto de las obligaciones de la empresa contratista, para que sea exigible el cumplimiento

de la entrega de los equipos para la inspección en campo, debe existir una presentación de cuenta por parte de la empresa contratista.

Ahora bien, la decisión arribada por el pleno de esta Colegiatura debió observar la temática de las obligaciones pactadas en este contrato administrativo, ya que éstas se encuentran sujetas a una condición y da la continuidad jurídica del derecho a la empresa **INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A. (INDOC)**, es decir, el derecho que se detenta en calidad de contratista desde el momento de la celebración o constitución del contrato o acto condicional y no desde que se verifica el hecho futuro e incierto de la condición. De esta forma este Tribunal no puede realizar conjeturas al respecto de la ruptura infundada de las obligaciones pactadas, en vista de que a lo largo del expediente administrativo no existen las constancias que indiquen una defraudación de la confianza, una conducta repudiable y por tanto reprochable por parte de la contratista. Puesto que no es posible constatar la imputabilidad de la responsabilidad por ruptura injustificada de alguna cláusula contractual, pues lógicamente **no encontramos evidencias en el expediente administrativo de alguna orden de reposición realizada por parte de la entidad contratante, lo que sí es constatable es la ruptura intempestiva por parte de la entidad contratante.** La anterior calificación corresponde a la ruptura efectuada arbitrariamente, la cual necesariamente vicia el deber de diligencia especial creado entre las partes como consecuencia de las obligaciones establecidas en la Ley 22 de 2006.

Por lo tanto, al no existir constancias procesales o probatorias de algún requerimiento localizable en la regiones o subregiones objeto del contrato o de una notificación por escrito por parte de la entidad contratante para realizar un trabajo determinado, a nuestro juicio y ante este escenario jurídico no es posible indicar que la empresa contratista se ha rehusado a realizar un trabajo o servicio determinado, si en la documentación que reposa en el expediente administrativo no consta la existencia de tales requerimientos o solicitudes de reparación efectuadas por la unidad gestora o entidad contratante a la contratista, lo cual hace que no exista un caudal probatorio que puede ser valorado con criterios amplios que permitan a esta Colegiatura la apreciación conforme a la naturaleza propia de la documentación administrativa o que pueden ser desvirtuados por la parte actora, puesto que al no poder realizar una verificación objetiva de los mismos causa la indefensión del administrado contratista.

Los contratos (públicos y privados) pueden ser de ejecución instantánea o de ejecución continuada. Los primeros son aquellos cuyas obligaciones pueden cumplirse en un solo momento. Por el contrario, los contratos de ejecución continuada o periódica —también conocidos como "de duración" o "de tracto sucesivo"— contienen una o varias prestaciones cuya ejecución no es susceptible de realizarse en un solo momento¹. En esta segunda categoría de contratos, el tiempo no es una simple modalidad de su ejecución, sino que es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes.² O sea, en estos contratos como en el que nos toca analizar existen varias prestaciones que deben cumplirse en forma intermitente, a pedido de una de las partes, a su vez, esto último presupone que la obligación de la empresa contratista debe ser exigible, en principio (de lo contrario, no incurriría en incumplimiento alguno), lo que nos lleva a señalar que no existen razones objetivas que permitan suponer que la empresa contratista no podrá cumplir o no cumplirá adecuadamente su prestación de ser realizado el requerimiento por parte de la entidad contratante ni tampoco existen un caudal probatorio que señale que esta empresa contratista manifieste su voluntad de no cumplir con lo contratado, siendo así que no existe una omisión de parte de la empresa contratista al no existir la posibilidad por parte de esta, para desplegar la actividad necesaria para alcanzar el resultado contratado, por lo que, se puede inferir que lo más probable es que la obligación será cumplida.

Lo antes comentado podría interpretarse de manera tal que de no observarse antes de acaecido esta situaciones fácticas podríamos encontrarnos en un escenario en que debemos aplicar la conocida doctrina de llamados actos *proprios* siendo viable la sujeción de dichas actuaciones de la entidad contratante en vista

¹ APARICIO, Juan M., "Contratos", Tomo 3, Parte general, Edit. Hammurabi, Argentina, 2012, p. 155

² APARICIO, Juan M., op. Cit. Pág. 156

de que siempre el punto cardinal para utilizar esta facultad no es la discrecionalidad, sino que todas las actuaciones enmarcadas dentro de este procedimiento de resolución administrativa deberán estar debidamente motivadas en razón del interés público y general, de tal manera que lo que se consigue es darle mayor eficiencia y el justo destino al patrimonio público. Al respecto de la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, y el principio de buena fe según el tratadista GONZALEZ PEREZ, Jesús "la **doctrina de los actos propios** y el **principio general de la buena fe**" manifiesta en esa misma línea de pensamiento que: "La aplicación del principio de la *buena fe* permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida... Confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y Administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos..."

...

Que la norma conforme a la cual "a nadie es lícito venir contra sus propios actos" tiene su fundamento y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable... MAIRAL, en su completa monografía sobre el tema, dice que el fundamento de la **doctrina de los actos propios** parece bifurcado: "Por una parte, se invocan en su apoyo los principios de buena fe, lealtad y probidad, poniendo así de resalto **consideraciones valorativas que parecerían enfocar la intención de las partes.** Por la otra, se sostiene que la conducta produce efectos independientemente de la intención del actor, ya que debe protegerse la confianza que los terceros puedan haber depositado en la apariencia creada por tal conducta: de allí la necesidad de hablar, en estos casos, de **buena fe objetiva, entendida como "lealtad de conducta en las relaciones con los otros sujetos", y que resulta vulnerada por la sola discordancia entre la apariencia creada y la ulterior pretensión de quien le dio origen, más allá de sus motivos, intenciones u otros procesos mentales.** La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever..."³

En ese mismo sentido se debe considerar lo dispuesto en el artículo 13 (16) de la ley 22 de 2006, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, y su decreto ejecutivo 366 de 2006, recientemente reformado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, que a la letra establecen lo siguiente:

"Artículo 13 (16) (Obligaciones de las entidades contratantes) :

Son obligaciones y deberes de las entidades contratantes las siguientes: 1. ...2. **Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la Ley, su reglamento y el pliego de cargos. El mayor beneficio para el Estado se obtiene cuando a un precio razonable y competitivo se logra la mejor calidad posible.** 3.....4.....5. **Adoptar las medidas para mantener, durante el desarrollo y la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras prevalecientes al momento de contratar y de realizar sus**

³ GONZALEZ PEREZ, Jesús, "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", Segunda Edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, págs. 69, 136 y 137.

modificaciones, cuando así estén autorizadas por la ley o el contrato, de acuerdo con el pliego de cargos. 6. Cumplir con las obligaciones que contractualmente les correspondan, de forma que el contratista pueda ejecutar oportunamente lo previsto en el contrato y en el pliego de cargos. 7. Proceder oportunamente para que las actuaciones imputables a las entidades públicas no causen una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, estando obligadas a corregir, en el menor tiempo posible, los desajustes que pudieran presentarse, acordando los mecanismos y los procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, de conformidad con el contrato y el pliego de cargos. (Art. Ley 22-2006, reformada por la Ley 61 de 2017. (Lo resaltado es nuestro)

De acuerdo a los principios establecidos por la Ley, las entidades contratantes guardan la obligación *ex lege* del control y vigilancia, teniendo en cuenta el debido planeamiento sobre la obra requerida. En base a esto no podemos concordar con la parte motiva ni con la parte resolutive de la presente resolución, la cual encuentra su fundamento legal en que el artículo 85 (100) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, (Texto Único) recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, la cual indica que los trabajos deben iniciar en la fecha señalada en la orden de proceder emitida por la entidad contratante según indica el pliego de cargos, empero, no se visualiza en el expediente administrativo, el aspecto del fiel cumplimiento de la obligación de la entidad contratante en verificar y realizar el requerimiento a la contratista tal cual lo estipula el contrato, para exigir la regularidad de todas las situaciones existentes que deben estar dilucidadas previamente para que se realicen las obras contratadas en forma ininterrumpidas.

Conviene agregar que se debió dejar sentado que a través de las constancias procesales y probatorias, no existe documentación alguna en el expediente administrativo respecto de los requerimientos por parte de la entidad contratante *versus* la demanda del servicio objeto del contrato o de una notificación por escrito por parte de la entidad contratante para realizar un trabajo determinado, o alguna otra documentación que haga referencia a las actas (de inicio, terminación, aceptación provisional o definitiva) o valuaciones suscritas durante la ejecución del contrato producidas en el marco de la materialización del objeto de la actividad contractual del servicio requerido en forma (localizable en la regiones o subregiones) como establece el pliego de cargos; por lo que, esto trasciende en la imposibilidad de la presentación de cuentas al no poder ejecutar la prestación del servicio y por ende, esta eventualidad resulta en un obstáculo para que sea cumplida a cabalidad la entrega de los equipos mencionados en el punto 10 *supra* citado, siendo que esta es una obligación que se encuentra en espera del requerimiento del servicio por parte de la entidad contratante. Aunado a lo anterior debemos señalar que en el expediente administrativo consta a fojas (235, 236, 237-403-404 y 405) que la empresa contratista certifica que cuenta con el personal y equipo necesario para el cumplimiento del objeto contractual.

Definitivamente que el incumplimiento del plazo de ejecución no es imputable al contratista, por el contrario, al analizar el comportamiento desplegado por la entidad contratante al permitir que la empresa contratista en primera instancia no haya iniciado los trabajos de acuerdo a las regiones y subregiones contratadas, pasar a resolverle el contrato y también inhabilitarlo por un periodo que es injustificado de acuerdo al criterio de la razonabilidad. No podemos dejar pasar que la entidad contratante discrecionalmente tome esta decisión sin aportar al expediente administrativo que el contratista según la progresividad de la sanción administrativa, tenga en registros anteriores inhabilitaciones por ser reincidente en incumplimientos de contratos con cualquier entidad pública, siendo está a todas luces una decisión que se aleja del criterio de la razonabilidad al no valorar las circunstancias de hecho y el derecho aplicable para así disponer las medidas proporcionales a la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico. Este es otro yerro,

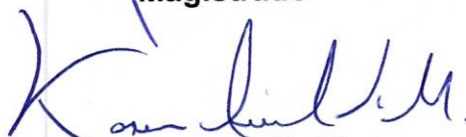
el cual no podemos avalar ya que la gravedad de la sanción es proporcional al incumplimiento (el cual debe ser grave), y no es el espíritu de la ley 22 de 2006 inhabilitar a los contratistas de manera enérgica cuando el incumplimiento del contrato no le sea imputables, o cuando los perjuicios económicos no sean de tal magnitud que socaven el patrimonio público. En tal escenario, ante la imposibilidad de ejecución de un contrato por indebida planificación, lo que la entidad debe hacer es declararlo extinguido, o liquidarlo, ya que la inhabilitación se reserva los casos de incumplimientos graves y negligentes, siendo éste un caso diferente.

En lo concerniente a la resolución de grado que es recurrida en sede administrativa de este Tribunal, resulta necesario indicar que el objeto del recurso de apelación del recurrente logra desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto apelado, puesto que el contrato no cumplido por la contraparte el Estado (*non adiplenti contractus*); ya que la conducta de la administración contribuyó o propicio el incumplimiento lo cual excluye de responsabilidad a la contratista por causas no imputables a esta última. Por lo tanto, es necesario pronunciarnos en relación a que no media culpa por parte de la actora en la entrega de los trabajos, al no configurarse la causal de incumplimiento para la resolución del contrato, por parte de la empresa contratista, ni mucho menos para inhabilitarlo como postor del Estado, siendo, así que le asiste la razón al recurrente, (la firma forense MORALES & ASOCIADOS, quienes actúan en nombre y representación de la empresa **INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A. (INDOC)**, puesto que el supuesto incumplimiento por parte del contratista, es debido a una causal no imputable a ella, sino a la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones institucionales, y a la falta de planificación del contrato por un lado; y las confusas obligaciones contractuales que, como dijimos al principio, son realizadas por la entidad sin intervención del contratista, por eso la carga de la falta de claridad o la imposibilidad de cumplirlas deben recaer sobre el Estado, ni más ni menos. No exista un nexo causal entre la falta de cumplimiento del objeto contractual y la empresa contratista, ya que debe constar el cumplimiento de la obligación del requerimiento por parte de la entidad contratante para que exista una imputabilidad para la empresa **INGENIERO DOMINGO CASSINO, S.A. (INDOC)**, exigencia tal que no permanece de manera documental en el expediente administrativo, es por esto que nosotros como miembros de esta Colegiatura debemos cumplir con la normativa que rige la materia referente a las Contrataciones Públicas de nuestro país y así evitar las interpretaciones erróneas. El lapso del plazo, no es suficiente motivo para la imputación de responsabilidades al contratista, no nos encontramos frente a una obligación objetiva en cuyo caso, tal supuesto, podría operar.

Por consiguiente y dejando *ut supra* nuestra opinión, expresamos que este Tribunal debió revocar los efectos del acto administrativo apelado, teniendo por razón tanto el resguardo de los intereses subjetivos del recurrente como los intereses prevalentes del Estado. Por lo anterior, y con el máximo respecto de los miembros del Tribunal y sin desmeritar el concepto mayoritario, salvo mi voto.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

Fecha *ut supra*.

