



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 215-2019

RECORRENTE: CONSORCIO IDEL.

ACTO RECURRIDO: Resolución N° DM-0435-2019 de 10 de octubre de 2019, que resuelve administrativamente el Contrato de servicio No. **CC-005-CAF-2018**, emitida por el Ministerio de Ambiente.

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No.084-2020 -Pleno/TACP de 30 de abril de 2020 (Decisión).

Por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la empresa **CONSORCIO IDEL.**, en contra de la Resolución N° DM-0435-2019 de 10 de octubre de 2019, proferida por el **MINISTERIO DE AMBIENTE**.

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 el **MINISTERIO DE AMBIENTE**, llevó a cabo el procedimiento de selección de contratista No.2017-1-08-0-02-LV-023933, correspondiente al acto público para el "Servicio de restauración/ reforestación de 1,275 hectáreas con especies forestales y frutales, dentro del programa procuenas y la alianza por el millón de hectáreas en la cuenca hidrográfica del río grande" el cual se adjudicó a la empresa **"CONSORCIO IDEL"**.

21



Por lo que, el **MINISTERIO DE AMBIENTE**, debidamente representado por sus autoridades correspondientes, suscribió el contrato de servicio No. **CC-005-CAF-2018** para el “Servicio de restauración/ reforestación de 1,275 hectáreas con especies forestales y frutales, dentro del programa procuencas y la alianza por el millón de hectáreas en la cuenca hidrográfica del río grande” a favor de la empresa “**CONSORCIO IDEL**”, por un monto de “**NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES BALBOAS CON 21/100 (B/.954,953.21)**”.

II. DESCRIPCIÓN DEL ACTO APELADO:

Que el **MINISTERIO DE AMBIENTE**, a través de la Resolución No. DM-0435-2019 de 10 de octubre de 2019, declara resolver administrativamente el contrato de servicio No. **CC-005-CAF-2018**, por el monto total de “**NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES BALBOAS CON 21/100 (B/.954,953.21)**” para el “Servicio de restauración/ reforestación de 1,275 hectáreas con especies forestales y frutales, dentro del programa procuencas y la alianza por el millón de hectáreas en la cuenca hidrográfica del río grande” a favor de la empresa “**CONSORCIO IDEL**” la cual aparece publicada en el portal electrónico “PanamaCompra”, a fecha 10 de octubre de 2019 (visible de foja 004 del expediente del Tribunal).

III. ANUNCIO Y PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Que la defensa de la empresa **CONSORCIO IDEL** adjuntó al libelo de su recurso, el escrito de anuncio del recurso de apelación en contra de la Resolución No. DM-0435-2019 de 10 de octubre de 2019, que declara resolver administrativamente el Contrato de Servicio No. **CC-005-CAF-2018** de 02 de abril de 2018, por el monto total de “**NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES BALBOAS CON 21/100 (B/.954,953.21)**” para el “Servicio de restauración/ reforestación de 1,275 hectáreas con especies forestales y frutales, dentro del programa procuencas y la alianza por el millón de hectáreas en la cuenca hidrográfica del río grande”, presentado ante el **MINISTERIO DE AMBIENTE** el día 16 de octubre de 2019, según el sello de recibido. (visible a folio 008 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:

La firma **MORGAN & MORGAN**, apoderados judiciales de la empresa **CONSORCIO IDEL**, a lo largo de su escrito de sustentación de apelación, señalaron las causas por las cuales no están de acuerdo con la decisión arribada por la entidad



contratante en cuanto a la Resolución No. DM0435-2019 de 10 de octubre de 2019, por la cual se **RESUELVE ADMINISTRATIVAMENTE** el Contrato de Servicio No. **005-CAF-20108** de 2 de abril de 2018, celebrado por la empresa **CONSORCIO IDEL** entre las razones descritas se encuentran las siguientes:

1. El **CONSORCIO IDEL**, avanzó en los trabajos de implantación durante los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019, hasta que entró de manera agresiva la época seca, donde dicho consorcio procedió a implementar todas las medidas de mitigación disponibles (uso de hidrogel, riego, etc.), sin embargo, no se contaba con la ocurrencia del fenómeno meteorológico denominado "El Niño" que implica un agravamiento de las condiciones secas y altas temperaturas propias de la época seca.
2. Sumado a lo anterior los socios estratégicos del proyecto, rechazaron continuar con el proceso de implantación hasta tanto iniciaran nuevamente el período de lluvias.
3. El **CONSORCIO IDEL** efectuó las programaciones correspondientes, conforme las obligaciones y plazos contractuales. Sin embargo, las condiciones climáticas se agravaron con un fenómeno del niño (caso fortuito), que no era previsible al momento de la firma del contrato y que implicaba, que cualquiera de las medidas de mitigación aplicadas por el contratista, fueran insuficientes para garantizar la supervivencia del producto, en los porcentajes exigidos.
4. Por otro lado, se enfatizó el hecho que las especificaciones técnicas del programa, al referirse a las cercas implementadas en las diferentes modalidades señalan que se deberán establecer o reforzar cercas utilizando estacas vivas con una distancia entre 50 centímetros a un metro entre cada estaca.
5. Sin embargo, cabe destacar que no se había concluido las cercas porque no era viable el establecimiento de estacas vivas durante los meses de estación seca. Sólo a partir de la segunda mitad del mes de abril podría iniciarse el establecimiento de algunas especies de estacas vivas y técnicamente no es factible reforzar las cercas por etapas, sino todo a la vez.
6. Con relación a las protecciones de los árboles dispersos las mismas no se concluyeron toda vez que no se había culminado con la siembra de los árboles dispersos. Todos los árboles sembrados fueron protegidos según lo establecen las especificaciones técnicas. Instalar las protecciones antes de sembrar no solo resulta ineficiente por la incomodidad de plantar un árbol al centro de un triángulo de estacas rodeadas por cuatro cuerdas de alambre de púas, sino que incluso resulta un trabajo inútil, si no se coloca el alambre de púas porque las estacas serían derribadas por el ganado que no tendría dificultad en rozarse con las estacas.
7. Se debe considerar que el proyecto tenía como finalidad el establecimiento a través de siembre (plantar) árboles, lo cual no era factible realizar durante el verano (temporada seca) en las áreas de Coclé y Natá de los Caballeros debido a la inexistente posibilidad de supervivencia de cualquier árbol plantado durante la época seca en esa zona del País, agravada por la presencia probada de un fenómeno climático adverso, el Fenómeno del Niño.
8. **CONSORCIO IDEL** fundamentó su adenda en un cronograma actualizado, así como la descripción de los paliativos realizados para contrarrestar las condiciones propias de la zona, tales como: aceleramiento del establecimiento de material vegetativo durante los meses de lluvia, la aplicación del producto agrícola hidrogel y la programación de riego de plantas.

en

QR



9. Mediante Nota IDEL –N-073-2019 de 30 de mayo de 2019, se adjuntó para la reconsideración a la solicitud de adenda, notas firmadas por el 100% de los socios estratégicos, rechazando el proceso de siembra durante los meses de verano, en sus fincas.
10. Las notas de los socios estratégicos representan un claro rechazo a que se realicen actividades de siembra en sus fincas y que dichas actividades se hagan después del 15 de mayo de 2019.
11. CONSORCIO IDEL reiteró su preocupación por la falta de atención a los eventos de fuerza mayor que impactan el cumplimiento del proyecto en los plazos originalmente pactados.
12. MI AMBIENTE mantuvo su negativa de otorgar una prórroga de tiempo al contrato No. CC-05-CAF-2018, reiterando la existencia de limitaciones por causa del préstamo de la CAF.
13. El único motivo por el cual no se reiniciaron los trabajos de implantación el 15 de mayo fue consecuencia directa de la negativa de MI AMBIENTE en otorgar una adenda de plazo para la prórroga del contrato, causando incertidumbre en nuestra empresa, pues, frente a la ausencia de prórroga, cualquier inversión de tiempo y dinero en la ejecución del producto No. 3, hubiera sido en vano, al no poderse cumplir con el contrato en el plazo originalmente pactado.
14. Mediante Nota PROCUENCAS -307-2019 de 18 de julio de 2019, MI AMBIENTE manifestó su intención de negociar el estatus del contrato, para que llegue a buen término, requiriendo así la presentación de una propuesta de ejecución.
15. CONSORCIO IDEL mediante Nota IDEL –N-108-2019 de 23 de julio de 2019, entregó a MI AMBIENTE un cronograma de implementación basado en las fechas agronómicamente factibles para realizar procesos de siembra.
16. La solicitud de adenda se sustentó en lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato de servicios, que prevé que “**EL CONTRATISTA** no se hará responsable por atrasos en la entrega de los servicios contratados, por motivo de una causa fuera de su control razonable, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito”, en concordancia con la cláusula novena, que dispone que “los retrasos que fueron producidos por causas no imputables a **EL CONTRATISTA**, o cuando se den situaciones de fuerza mayor o casos fortuitos, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un período no menor al retraso”.
17. Con relación a la prórroga MI AMBIENTE manifestó que no podía ser otorgada dada la vigencia del Contrato de Préstamo No. CFA-5348 suscrito entre la República de Panamá y la Corporación Andina de Fomento (CAF), por lo que CONSORCIO IDEL advirtió que debido a que se encontraban dentro de una relación contractual, y que, por su naturaleza, la misma está reglada, en primer lugar, por las cláusulas contractuales, y seguidamente por la Ley de Contrataciones Públicas, la ley de procedimiento administrativo y el derecho sustantivo panameño, el otorgamiento de una prórroga o extensión de plazo para el cumplimiento de las obligaciones es una obligación de las entidades estatales frente a la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito, así como cualquier evento que sea ajeno al contratista.
18. Las condiciones que se presentaron desde el mes de diciembre del 2018 en las fincas que forman parte del proyecto, no permitían la realización de las actividades requeridas para la presentación del Producto No. 3 (proceso de siembra de árboles) y los socios estratégicos, conocedores del fracaso que

51



significaría la intervención de sus fincas durante la estación seca, negaron al equipo técnico del consorcio las autorizaciones necesarias para ingresar a ellas y cumplir con la implementación.

19. La implantación en época seca, agravada por el fenómeno del niño, no traería el mayor beneficio al Estado, ni se cumpliría con el objetivo de esta contratación, la recuperación de la cobertura forestal de la cuenca hidrográfica del Rio Grande y sus afluentes, muy por el contrario, representaría una pérdida de una inversión económica cuantiosa, que todavía se adeuda a una entidad internacional, de conformidad con el préstamo país solicitado.
20. CONSORCIO IDEL ha mantenido siempre su intención de ejecutar el 100% del proyecto, así como la experiencia, los recursos económicos y humanos para dicha finalidad, sin embargo, ***aun cuando hubo manifestaciones claras de MI AMBIENTE en la negociación de la extensión de plazo de ejecución del contrato IDEL, nunca se recibió borrador de la adenda No.2*** para la prórroga de negociación del contrato así como tampoco ninguna otra adenda No.2 para la ejecución total del contrato, como erróneamente se ha indicado en la resolución de **MI AMBIENTE**.
21. Si bien, fueron dos los incumplimientos formulados por la entidad al CONSORCIO IDEL, los cuales corresponden a la falta de cumplimiento en la entrega del producto No.3 y la falta de aceptación de los términos de la adenda, en donde IDEL cumplió con la entrega del producto No. 3 dentro del plazo contractual, aunque el mismo contenía sólo el avance a dicha fecha de la etapa de implantación, ya que dicho consorcio advirtió a la entidad la situación en campo producto del fenómeno del niño, sin que **MI AMBIENTE** atendiera a tiempo la solicitud de prórroga por fuerza mayor solicitada.
22. Aunado a lo anterior, la entidad señaló que hubo falta de subsanación del producto No.3 entregado, lo cual se aleja de toda realidad, pues nunca se entregó el informe técnico o una nota formal de observaciones con el otorgamiento del plazo contractual para subsanación, lo que, a todas luces, se aleja de lo pactado por las partes.
23. Por otra parte, respecto a la falta de aceptación de los términos de la adenda, ofrecidos por PROCUENCAS, al respecto advierte el CONSORCIO IDEL, que no se le ha ofrecido en ningún momento por parte de MI AMBIENTE, ni se le ha presentado términos para la suscripción de una Adenda al contrato No, CC-005-2018 de 2 de abril de 2018.
24. Finaliza el CONSORCIO IDEL manifestando que, nos encontramos frente a un proyecto que, al ser ejecutado a través de un préstamo país otorgado por la CAF, implica el cumplimiento de términos globales, que impactan la relación de la República de Panamá con la organización financiera internacional. No debemos perder de vista, que la finalidad principal, es la consecución de las metas de reforestación comprometidas por el país.
25. De manera tal que CONSORCIO IDEL, le solicita a MI AMBIENTE desistir del proceso de resolución administrativa del contrato y se continúe con la ejecución del proyecto y la suscripción de la adenda No.2 que se encontraba en proceso de gestión.

V.FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN APELADA:

El **MINISTERIO DE AMBIENTE**, mediante Resolución No. DM-0435-2019 de 10 de octubre de 2019, resolvió administrativamente el contrato de servicio No. CC-005-CAF-2018 de 02 de abril de 2018, consistente en el "Servicio de restauración / reforestación de 1,275 hectáreas con especies forestales y frutales, dentro del

91



programa procuencias y la alianza por el millón de hectáreas en la cuenca hidrográfica del Río Grande" por un monto total de novecientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y tres balboas con 21/100 (B/. 954,953.21) y sanciona con dos años de inhabilitación para participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que resulte de la actuación.

Lo anterior en base a la falta de cumplimiento en la entrega del producto No. 3 por parte del **CONSORCIO IDEL**, toda vez que, de todas las fincas visitadas e inspeccionadas, estas se encuentran en un 0% de avance en campo y solo una (1) finca cuenta con un escaso 13% de avance.

Por lo tanto, producto de las evaluaciones de los avances y el desarrollo de este, donde se pudo evidenciar la situación de poco adelanto del producto No. 3, lo que nos indicaba que el Consorcio IDEL no cumpliría con su próximo entregable.

De ahí que por las razones expuestas y en base a lo establecido en el artículo 126 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, 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 de Servicios No. CC-005-CAF-2018 de 02 de abril de 2018, con la finalidad de emitir un pronunciamiento cónsono y en derecho respecto a lo que aquí corresponde y a ello nos avocamos.

Cabe destacar que, en la etapa de ejecución del Contrato de Servicios No. CC-005-CAF-2018 de 02 de abril de 2018, con vigencia de dieciocho (18) meses, se desglosaron los siguientes productos a ejecutar por parte del **CONSORCIO IDEL**:

27



- Producto No. 1. Plan de gestión de alcance de la contratación y base de datos de los socios estratégicos, que incluya las cartas de compromiso firmadas.
- Producto No.2. Plan de implementación por cada socio estratégico que contenga su plan de trabajo y los requerimientos necesarios plantones, insumos y herramientas para su establecimiento.
- Producto No. 3. Reporte de las áreas restauradas o reforestadas de cada socio estratégico.
- Producto No. 4. Reporte de seguimiento y mantenimiento de cada uno de los planes de implementación de cada socio estratégico.
- Producto No. 5. Reporte Final y resumen ejecutivo.

Posteriormente mediante Nota IDEL –N-058-2018 de veinticuatro (24) de abril de dos mil dieciocho (2018), el CONSORCIO IDEL solicitó varios cambios a las condiciones de las modalidades de reforestación, debido a la realidad geográfica, socioeconómica y climática de la cuenca en cuestión, la cual al ser evaluada por los especialistas de Procuencas, concluyeron que es viable incorporar una modificación al tamaño de las mangas contenidas en la modalidad silvopastoril, siempre que medie la aplicación de una fórmula que toma en cuenta varias características de la finca y sin sobrepasar el límite de diez (10) hectáreas, por lo que se procedió a la aprobación por parte de la entidad contratante de la adenda No.1, modificando las cláusulas segunda (Metodología de Trabajo) y quinta (orden de Prelación) del referido contrato.

En este punto, cabe señalar que los apoderados judiciales del **CONSORCIO IDEL**, solicitaron mediante escrito de sustentación del recurso de apelación, que se practicara una prueba testimonial respecto al listado de las personas que correspondían a los socios estratégicos dentro del proyecto de reforestación a ejecutar.

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 procedió a emitir la Resolución No. 002-2020-Pruebas/TACP de 15 de enero de 2020 a través de la cual se admitieron las pruebas documentales aportadas con excepción de la prueba No. 1 referente al poder y se accedió a la solicitud de la parte actora, referente a que rindan declaración testimonial las personas anunciadas por dicho Consorcio. (visible a fojas 179-182 del expediente jurídico).

Llegado el día y la hora respectiva para la práctica de pruebas a fin de llevar a cabo las diligencias testimoniales, comparecieron a los estrados de este Tribunal, la apoderada judicial de la parte actora, en compañía de los señores Aquirino Berrio, Denia Riquelme, Francisca Navarro, José Riquelme, en los días previamente establecidos por este Tribunal.

[Handwritten signature]



De las declaraciones testimoniales rendidas, por las personas arriba ~~describas~~ se puede colegir que todos ellos en su calidad de socios estratégicos manifestaron que dicha posición implica permitir ejecutar proyecto de reforestación dentro de sus propiedades, sin embargo, indicaron que a solicitud de ellos sugirieron no iniciar las labores debido a que el verano era muy fuerte e impedía reforestar en este tiempo, puesto que era preciso esperar condiciones climáticas más aceptables para realizar dicha actividad.

Varios testimonios fueron enfocados a que debido al fenómeno del niño en el verano del año 2019, el cual se extendió más allá de los meses propios de esta época, no era posible sembrar estacas vivas porque se iban a morir, lo cual acarrearía pérdidas y problemas para removerlas posteriormente, de ahí que decidieron rechazar el proyecto de siembra hasta que pasara el verano tan fuerte, sin embargo, agregaron su disposición en querer continuar con el programa por ser éste muy beneficioso tanto para ellos como para los productores y el ambiente.

Por ende, de las diligencias de declaración testimonial llevadas a cabo ante este Tribunal Colegiado, consideramos oportuno valorar los elementos probatorios obrantes en el expediente administrativo a fin de ilustrar la veracidad de los hechos que desencadenaron en una resolución administrativa de contrato objeto de apelación.

De la lectura de las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo advertimos el contenido de la Nota DM-1875-2019 fechada 27 de septiembre de 2019, suscrita por Milciades Concepción, Ministro de Ambiente, dirigida a Álvaro Pérez Cárdenas, Representante Legal del Consorcio Idel, la cual señala de manera taxativa lo siguiente:

“El Consorcio Idel, mediante nota solicitó adenda de tiempo para la realización de la entrega de los productos restantes, sin embargo, luego de evaluaciones técnicas esta solicitud fue negada en los términos que considera el Programa, ya que los argumentos presentados por el Consorcio no fueron considerados válidos y la empresa no acepto los términos presentados por el programa para una adenda, mismos términos que fueron aceptados por las otras cinco (5) empresas que mantienen contratos de reforestación y que con éxito están por terminar sus contratos, esto se detalla claramente mediante Nota Procuencas -271-2019 remitida por el Programa al Consorcio Idel”.

De manera tal, que luego de analizar el contenido de la precitada nota, es preciso hacer alusión a que no se otorgó la prórroga para el otorgamiento de la adenda No. 2, en virtud que el Consorcio Idel no aceptó los términos del programa para la consecución de dicha adenda, toda vez que la misma entidad convocante manifestó que había la posibilidad de adendar, siempre y cuando el contratista aceptara los términos del programa. (El subrayado es nuestro).

51

22



Cabe señalar el retraso en la aprobación del producto No.2 por parte de la entidad contratante, el cual fue aprobado el 29 de marzo de 2019, cuando el periodo de ejecución del producto No. 3 corría desde el 3 de diciembre de 2018 al 31 de mayo de 2019, sin embargo, tomando en cuenta lo establecido en la cláusula segunda del Contrato, la cual señala que la coordinación del programa recibirá los informes del contratista y tendrá una duración máxima de diez (10) días hábiles para su revisión y aceptación, situación que a todas luces no se cumplió por parte de MI AMBIENTE.

En ese sentido al remitirnos al Contrato de Servicios No. CC-005-CAF-2018, específicamente en la cláusula décima cuarta, concerniente al desglose de tiempos de entrega, se puede determinar que efectivamente el CONSORCIO IDEL, se encontraba dentro de los 420 días a partir de la notificación del contrato u orden de compra, para la entrega del producto No. 3, toda vez que el periodo de ejecución de dicho producto corría del 3 de diciembre de 2018 al 31 de mayo de 2019, y en este punto cabe señalar tal como lo manifestamos en el párrafo que antecede que la aprobación del producto No. 2 no fue dada sino hasta el 29 de marzo de 2019, por parte de MI AMBIENTE, es decir más de los 10 días establecidos en la cláusula segunda del precitado contrato.

Con lo cual, en vista de la situación de fuerza mayor el día 7 de febrero de 2019, mediante Nota IDEL 027-2019, el CONSORCIO IDEL, solicitó a MI AMBIENTE, formal adenda del contrato con la finalidad de retomar las actividades de plantación de árboles a partir del día 15 de mayo de 2019, a fin de minimizar la muerte de árboles y poder asegurar un alto grado de éxito en la implementación de un proyecto de estas características.

Sin embargo, mediante Nota Procuencas 095-2019 de 15 de febrero de 2019, la entidad contratante requirió mayores elementos técnicos amplios y claros para analizar la solicitud de la adenda No. 2 de manera que, la empresa contratista, aunado a lo establecido en el párrafo anterior, hizo alusión a que siendo una entidad estatal la (Dirección de Hidrometeorología de ETESA- Hidromet) la encargada nacional del monitoreo de eventos climáticos como el fenómeno del niño, quienes suministran la información de manera pública se sobreentiende que el personal técnico de MI AMBIENTE debe mantener enlaces permanentes de comunicación y actualización de la información relevante a sus gestiones.

Lo anterior, sin menoscabo que resultaba un hecho de conocimiento público y notorio el cambio climático y la ocurrencia del fenómeno del niño, lo que conforme la Ley de Procedimiento administrativo, limitaba la exigencia de prueba, por parte de MI AMBIENTE para atender la solicitud del CONSORCIO IDEL.

Por tal motivo CONSORCIO IDEL, presentó nuevamente mayor justificación a la solicitud de adenda, el día 7 de febrero de 2019, a través de la Nota IDEL -N-0237-

97



2019, a través de la cual presentó cronograma de trabajo actualizado describiendo los paliativos realizados para contrarrestar las condiciones propias de la zona, entre esas, aceleramiento del establecimiento de material vegetativo durante los meses de lluvia, aplicación del producto agrícola hidrogel y la programación de riego de plantas. Indicándose de igual manera que el establecimiento del material vegetativo estaría comprendido entre el 15 de mayo al 30 de septiembre de 2019, tomando en consideración el inicio del período de lluvias.

De la foja 3133 a la 3152 reposan las cartas de anuencia de cambios de fecha de actividades, mediante las cuales cada uno de los socios estratégicos manifestaron su rechazo a que se realizaran las actividades de siembra durante los meses de verano (enero a abril) debido a las condiciones de baja pluviosidad y de altas temperaturas y brisa caliente, características del verano, con lo cual solicitaban que las actividades de siembra se inicien el 15 de mayo del 2019, una vez que la entrada de la estación lluviosa favorezca a la realización de estos trabajos.

Sin embargo, mediante Nota PROCUENCAS-095-2019, de 15 de febrero de 2019, el Ministerio de Ambiente decidió desestimar la solicitud de la adenda, toda vez que los justificables para la solicitud de prórroga a la entrega del producto No. 3 no tenían sustento suficiente.

De igual manera mediante Nota DRCC-0788-2019 fechada 25 de junio de 2019, el Ministerio de Ambiente, dejó constancia que solo un socio manifestó que, la finca había sido intervenida, la cual corresponde a la Finca Grises, S.A., dentro de la cual con relación al Globo 1, los técnicos encuentran un pequeño avance de intervención de la siguiente manera:

- Incorporación de componente arbóreo en los linderos a 8mx8m, más del 60% está muerto y por lo menos 25 protecciones deterioradas.
- Colocación alambre de púas perimetral, con estacas a 1mx1m, donde más del 50% están muertas y cuyos postes están colocados a una distancia entre 8 y 10 metros.

En este punto cabe destacar que el resultado obtenido producto de la implantación de plantones no surtió los efectos esperados, ya que el porcentaje de componente arbóreo y estacas muertas fue bastante considerable en relación con el restante.

Con relación a los argumentos planteados por Mi Ambiente para desestimar la solicitud de adenda No.2, los mismos versan sobre los siguientes hechos:

1. Mediante Nota PROCUENCAS -095-2019 de 15 de febrero de 2019, el Ministerio de Ambiente desestima dicha solicitud debido a que las justificaciones dadas por la empresa CONSORCIO IDEL, carecen de sustento suficiente, toda vez a **que no se observa una negativa**

91



generalizada entre todos los socios. (foja 3355 del expediente administrativo)

2. A través de Nota PROCUENCAS 206-2019 de 25 de abril de 2019, Mi Ambiente responde la negativa de otorgamiento de una adenda indicando "no es posible el otorgar la prórroga solicitada debido a que el término de vigencia establecido en el contrato de Préstamo No. CFA-5348 y la Adenda No,1 suscritos entre el Ministerio de Mi Ambiente y el Banco de Desarrollo para América Latina (CAF) para la ejecución del "Programa de Inversión para la Restauración de Cuencas Hidrográficas Prioritarias", finaliza el día 28 de octubre de 2019, por lo que la ejecución de los contratos, la verificación de cumplimiento de sus productos, sus pagos, las actividades de cierre y la ejecución del Contrato de administrador de fondos, no pueden superar esa fecha.

Sin embargo, el apelante, avanzó en los trabajos de implantación durante los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019, hasta que entró de manera agresiva la época seca donde Consorcio IDEL procedió a implementar las medidas de mitigación disponibles (uso de hidrogel, riego, etc).

Con relación a la negativa del otorgamiento de la prórroga por parte de la entidad, la cual fue respaldada en base al término de vigencia del contrato de préstamo el cual finalizaba el 28 de octubre de 2019, la apelante argumentó que es totalmente alejado a ponderaciones propias de la relación contractual, habida consideración que la existencia o vigencia del Préstamo con la CAF no es un prerrequisito o formar parte de las limitaciones que rigen la relación entre el CONSORCIO IDEL y MI AMBIENTE.

Aunado a que mediante Nota IDEL –N-073-2019 de 30 de mayo de 2019, se adjuntaron las notas firmadas por el 100% de los socios estratégicos, rechazando el proceso de siembra durante los meses de verano en sus fincas, tomando en cuenta, contrario a lo que adujo la entidad contratante, los socios estratégicos no hicieron una recomendación o sugerencia, respecto de la época de implantación, sino un claro rechazo a que se realicen actividades de siembra en sus fincas y que dichas actividades se hagan después del 15 de mayo de 2019.

Por lo tanto sostiene el apelante que resulta incongruente el actuar de MI AMBIENTE, toda vez que CONSORCIO IDEL presentó copia de cartas del 100% de los socios estratégicos donde se negaban a permitir el inicio de trabajos antes de la entrada de la época de lluvia (15 de mayo), las fincas del proyecto forman parte del arco seco de la cuenca hidrográfica del Río Grande, efectivamente ocurrió un fenómeno extraordinario, denominado Fenómeno del Niño, que ocasionó condiciones de temporada seca agravada.

21



Por lo que tomando en cuenta que nos encontramos dentro de una relación contractual, y que, por su naturaleza, la misma está reglada en primer lugar por las cláusulas contractuales, y seguidamente por la ley de contrataciones públicas, la ley de procedimiento administrativo y el derecho sustantivo panameño, la solicitud de adenda se sustentó en lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato de servicios, que prevé lo siguiente “ **EL CONTRATISTA** no se hará responsable por atrasos en la entrega de los servicios contratados, por motivo de una causa fuera de su control razonable, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito”, en concordancia con la cláusula novena, que dispone que “los retrasos que fueran producidos por causas no imputables a **EL CONTRATISTA**, o cuando se den situaciones de fuerza mayor o casos fortuitos, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un período no menos al retraso.

Argumentó la empresa contratista que los socios estratégicos negaron al equipo técnico del Consorcio Idel las autorizaciones necesarias para cumplir con la implementación, por lo que la implantación en pleno época seca, agravada por el fenómeno del niño, no traería el mayor beneficio al Estado, ni se cumpliría con el objetivo de esta contratación el cual es la recuperación de la cobertura forestal de la Cuenca Hidrográfica del Río Grande y sus afluentes, muy por el contrario representaría la pérdida de una inversión económica cuantiosa.

Reiteró la apelante que no recibió por parte de **MI AMBIENTE** adenda No.2 para la prórroga por el período de negociación el contrato, así como tampoco ninguna otra adenda No.2 para la ejecución total del contrato, tal como lo señaló la entidad cuando manifestó el hecho que a su entender **CONSORCIO IDEL**, no haya aceptado los términos ofrecidos por **PROCUENCA** para la suscripción de una adenda de prórroga, cuando indica: “y la empresa no aceptó los términos presentados por el programa para una adenda”; así como tampoco hubo un informe técnico o nota por parte de la entidad mediante la cual se realizaran observaciones otorgando algún plazo contractual para la subsanación, toda vez que la entidad señaló la existencia de falta de subsanación, lo cual se aleja de lo pactado por las partes.

Por otro lado, nos llama la atención el contenido de la Nota IDEL N-142-2019, fechada 12 de noviembre de 2019, puesto que la misma hace referencia a que el Ministerio de Ambiente, a través de su Informe Técnico entregado con la Nota Procuenca 183-2019 del 22 de abril de 2019 indicó en su análisis técnico lo siguiente:

“Considerando las condiciones climáticas del país que tiene dos estaciones una lluviosa que comprende los meses de mayo a diciembre y otra seca de enero a abril y los boletines informativos pronóstico del clima, señalan la presencia del fenómeno del niño, se extiende probablemente hasta el mes de octubre, consideramos viable la solicitud de la extensión del contrato para la entrega del producto No. 3,4 y 5 del contrato”.

21



De lo manifestado por el Ministerio de Ambiente, como por el Consorcio DEL si bien al suscribir la adenda No.1, se estableció en la cláusula quinta, el orden de prelación de los documentos del contrato, en caso de contradicciones o discrepancias, entre ellos en el siguiente orden:

1. El contrato y sus adendas.
2. El pliego de cargos correspondiente a la licitación y
3. La oferta presentada por EL CONTRATISTA junto con los documentos que la complementan.

Y en este orden consideramos oportuno traer a colación lo manifestado por el apelante en el hecho decimoquinto de su escrito de sustentación de apelación, en cuanto al periodo de ejecución manifestó entre otras cosas que discrepa de la postura dada por el Ministerio de Mi ambiente, en torno a que la aprobación de los productos no es un prerequisite para la implementación del siguiente, por lo que dado el orden de prelación de los documentos del contrato en caso de contradicciones o discrepancias, en la cláusula segunda del contrato, se estableció lo siguiente:

**“SEGUIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LOS PRODUCTOS DE LA
CONTRATACIÓN”**

El seguimiento de la contratación estará a cargo de la unidad ejecutora del Programa (UEP) apoyados por el equipo técnico de la dirección forestal y la Dirección Regional de Coclé.

La coordinación del programa recibirá los informes del contratista y tendrá una duración máxima de diez (10) días hábiles para su revisión y aceptación y el contratista tendrá una duración máxima de cinco (5) días hábiles para la corrección de los productos.

Para la aprobación de los productos el contratista deberá contar con la aprobación previa del equipo técnico de la Dirección Regional de Coclé.

Por lo tanto, cabe destacar que esta cláusula refleja la aprobación previa requerida por parte del equipo técnico de los productos y el período de revisión y aceptación por parte de la coordinación del programa, por ende, este Tribunal considera oportuno manifestar al respecto, el artículo 91 de la Ley 22 Texto Único de 2006, recientemente reformada por mandato de la Ley 61 de 2017, el cual estipula lo siguiente:

Artículo 91. Reglas para modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público. Para hacer modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público, se atenderán las reglas siguientes:

1. No podrán modificarse la clase y el objeto del contrato.
2. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones o aprobaciones de los entes que conocieron el contrato principal de acuerdo con la cuantía.
3. Las modificaciones que se realicen al contrato u orden de compra formarán parte de este, considerándose el contrato u orden de compra principal y sus modificaciones como una sola relación contractual, para todos los efectos legales.
4. El contratista tiene la obligación de continuar la obra.
5. Se podrá revisar el precio unitario de un renglón o el valor total del contrato, si las modificaciones alteran en un 25% o más las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato respectivamente. En ningún caso, la sumatoria de todas las

[Handwritten signature]



modificaciones que se realicen a una contratación pública durante su vigencia podrán sobrepasar el 40% del monto total originalmente convenido. (el subrayado es nuestro)

Artículo 95. Concesión de prórroga. los retrasos que fueran producidos por causas no imputables al contratista o cuando se den situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un período no menor al retraso, que será tramitado de oficio o a petición de parte por la entidad contratante.

Sin perjuicio de lo establecido las prórrogas modificarán, proporcionalmente, los términos establecidos y se documentarán como ajustes a la orden de compra o adendas al Contrato originalmente suscrito.

También el contratista tendrá derecho a la extensión del periodo de ejecución, cuando el perfeccionamiento del contrato se efectúe con posterioridad a los ciento veinte días calendario de concluido el procedimiento de selección de contratista. (el subrayado es nuestro)

Por lo que, en seguimiento al orden de prelación, antes de emitir una decisión es nuestro deber que la misma sea en derecho y apegada a los principios básicos de la contratación pública, por tanto, el Contrato de servicios No. CC-005-CAF-2018, claramente manifestó entre los objetivos específicos de la contratación, promover la participación ciudadana como socios estratégicos del Programa en Cuenca Hidrográfica del Río Grande, para la restauración o reforestación en las fincas agropecuarias, según las modalidades establecidas en PROCUENCAS, siendo así que, dentro de las responsabilidades descritas en dicho Contrato, constan las del contratista, las de Mi Ambiente y la de los socios estratégicos.

Si vemos el producto No.3, se basa en el reporte de las áreas restauradas o reforestadas de cada socio estratégico, nótese que dicho producto guarda una relación directa con la obligación que tienen los socios estratégicos como responsables de participar y aportar con la mano de obra en todas las actividades relacionadas al establecimiento y mantenimiento inicial de la modalidad seleccionada, por lo que si bien la empresa contratista es la responsable de comprar y entregar cada uno de los productos asociados con esta contratación, no es menos cierto que estos plántones forestales y frutales serán requeridos para las actividades de reforestación y restauración con los socios estratégicos.

En este punto juega un papel fundamental el rechazo por parte de casi todos los socios estratégicos con excepción de uno, a que se realizaran actividades de siembra en sus fincas debido a las razones climáticas anteriormente señaladas, ya que dichas actividades de reforestación y restauración tal como se indicó en el párrafo que antecede implica la participación de aquellos, así como su debida aprobación para que se proceda a ejecutar los trabajos de implantación de estacas vivas y plántones en sus respectivas fincas, mismo que fue rechazado por estos al manifestar que no tenían inconveniente en continuar con lo acordado después del 15 de mayo de 2019, debido al verano intenso que no permitía una siembra exitosa.



Ante esta negativa expresa por parte de los socios estratégicos, la cual reposa en el expediente administrativo a través de las cartas firmadas por la mayoría de los socios, quedó probado con el informe técnico de la entidad "Mi Ambiente", lo desfavorable que fue para el señor Grimaldo, acceder a la implantación de estacas vivas y plantones en los predios de su finca para esas fechas, donde producto de las condiciones climáticas especiales por la que atravesaba el país, no solo se produjo la muerte de plantones en su mayoría y estacas vivas sino que este proceder representó pérdidas económicas y de insumos para el país, aunado a que también ocasionó un perjuicio en dichas hectáreas por cuanto hay que proceder a remover lo plantado que no se logró restaurar ni reforestar.

Esta situación nos permite observar aquellos puntos objeto de análisis que, a lo largo del expediente administrativo, dejan ver el compromiso de la empresa contratante con el objeto contractual, toda vez que la solicitud de adenda No.1 la cual fue aprobada por la entidad versa sobre la realización de cambios a las condiciones de las modalidades de reforestación, debido a la realidad geográfica, socioeconómica y climática de la cuenca en cuestión.

Por su parte el producto No.2 fue aprobado mucho después del tiempo establecido para ello por parte de la entidad, sin embargo, la empresa contratista, procedió con el avance del producto No.3 en los meses de diciembre de 2018 y enero 2019, tal como se señaló con anterioridad, aún sin haber sido aprobado el producto No.2, hasta que debido a las condiciones climáticas no fue posible continuar con la implementación del producto No.3, situación que evidencia el compromiso por parte de la empresa contratista, tal como lo establece el precitado artículo 91 de la Ley 22 Texto Único de 2006, recientemente reformada por mandato de la Ley 61 de 2017.

Del caudal probatorio que reposa en el expediente administrativo, así como en el portal electrónico de "PanamaCompra" se desprende que, las afirmaciones realizadas por la entidad contratante, en cuanto a que una de las razones por las cuales no se accedió a la extensión de la prórroga respecto al tiempo de ejecución del producto No.3, radicó en que no **se observó una negativa generalizada entre todos los socios**, tal como lo estableció el Ministerio de Ambiente mediante Nota PROCUENCAS -095-2019 de 15 de febrero de 2019 visible a foja 3355 del expediente administrativo), no es cónsona con la realidad, debido a que tal como se pudo corroborar constan en el expediente administrativo las notas firmadas por los socios estratégicos de rechazo a actividades de reforestación y anuencia al cambio de fecha para las actividades de reforestación, todas visibles de la foja 3133 a la 3152.

De igual manera, nótese las reiteradas notas que presentó la empresa contratista desde el 7 de febrero de 2019, mediante Nota IDEL N-027-2019, por medio de la cual se formaliza la solicitud para adendar el contrato de servicio en atención a

21



las difíciles condiciones climatológicas de la cuenca, como consecuencia de la entrada de la estación seca, agudizada por el fenómeno de El niño, causal de fuerza mayor y actividades de restauración/reforestación en sus fincas durante la temporada seca.

Así como también el pronunciamiento por parte de la entidad contratante, en el documento denominado Programa de Inversión para la restauración de cuencas hidrográficas prioritarias en Panamá, Respuesta Técnica a nota: IDEL -N-048-2019, en donde el Ministerio de Ambiente, señaló que por parte del Programa ProCuencas, siempre han manifestado que la opinión de los socios estratégicos, son importantes y de relevancia para la toma de decisión, en diferentes aspectos.

El ministerio de Ambiente señaló que, a través de las entrevistas realizadas a diferentes socios estratégicos, manifestaron su preocupación por el establecimiento del material vegetativo, ya que consideran que podrán no sobrevivir a la época seca.

Son precisamente estas inconsistencias por parte de la entidad contratante, tales como la falta de un pronunciamiento generalizado de los socios estratégicos respecto a las actividades de restauración y reforestación en sus fincas, notas que a contrario sensu, reposan en el expediente administrativo, así como el mencionado rechazo por parte de la empresa contratista respecto a una prórroga de la adenda No.2, según los términos planteados por la entidad, la cual no consta en el expediente, tal como lo adujo dicha entidad.

Igualmente, la entidad contratante manifestó la importancia y relevancia que tiene la opinión de los socios estratégicos dentro del programa de restauración /reforestación de 1,275 ha con especies forestales y frutales en la cuenca de Rio Grande, sin embargo, a pesar del rechazo planteado por los mismos en las cartas aportadas y suscritas por estos, aunado a la comunicación constante por parte de la empresa contratista a la entidad, respecto a la extensión de tiempo y los motivos de fuerza mayor, que se generaban para conceder dicha prórroga, decidió negar esta solicitud, aun teniendo como prueba que el único socio estratégico que accedió a realizar las implantaciones se le murió más de la mitad de estacas vivas y plantones, con lo cual se corrobora el daño causado tanto al proyecto de reforestación, como su propiedad.

Dicho lo anterior, claramente se puede observar que las razones expuestas por la entidad contratante no ameritan una negación en cuanto a la prórroga, así como tampoco para resolver administrativamente el contrato, ya que.

1. Reposo plena prueba en el expediente, concerniente a las cartas de rechazo de los socios estratégicos, la documentación atinente a las condiciones climáticas del país en ese periodo de tiempo determinado y las declaraciones testimoniales, emitidas por algunos socios estratégicos que comparecieron a los estrados de este Tribunal con la finalidad de rendir

51



testimonios de los hechos acaecidos para el mes de febrero de 2019, los cuales denotan una negativa de parte de ellos con relación a plantar estacas vivas y plantones en esta poca específica, no así más adelante cuando entrara el invierno, buscando garantizar una restauración exitosa.

2. A criterio de la entidad contratante se precisaba una manifestación generalizada por parte de los socios estratégicos en cuanto a la negativa para la implantación de los plantones, la cual claramente forma parte del dossier administrativo, siendo precisamente la manifestación de voluntad mayoritaria por parte de estos socios donde esbozaban su disenter en cuanto a comenzar en los meses de febrero de 2019, uno de los puntos medulares en la paralización en la ejecución de la etapa tres, y aun así fue rechazada la prórroga por MI AMBIENTE.

En consecuencia, consideramos que el fenómeno del niño, se encausa en la cláusula cuarta del contrato de servicios la cual prevé que el contratista no se hará responsable por atrasos en la entrega de los servicios contratados, por motivo de una causa fuera de su control razonable, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito, en concordancia con la cláusula novena que dispone 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, aunado a lo establecido en el precitado artículo 95 de la Ley 22 Texto Único de 2006, recientemente reformada por mandato de la Ley 61 de 2017, respecto a la concesión de prórroga, estableciendo que cuando el retraso se deba a razones no imputables al contratista, resaltando igualmente que este período no será menor al del retraso.

Por consiguiente, somos del criterio que la existencia del Fenómeno del Niño aplica como requerimiento para otorgar una adenda de tiempo, por motivos de fuerza mayor y caso fortuito, con lo cual no se justifica paralizar el resto de las actividades propias de este contrato de servicios, entiéndase el producto No. 4, concerniente al Reporte de seguimiento y mantenimiento de cada uno de los planes de implementación de cada socio estratégico y el producto No. 5, respecto a un reporte final y resumen ejecutivo.

Para concluir, la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A, Dirección de Hidrometeorología, rindió mediante informe climático No, 4, concerniente a varios países afectados por el Fenómeno del Niño, entre ellos Panamá, manifestando que, en cuanto al viento, se pronostica el aceleramiento de los vientos provenientes del Noreste, denominados alisios, desde el mes de diciembre. Para los meses de enero y febrero se pronostica un fortalecimiento de los vientos alisios. Durante el cuatrimestre, las velocidades promedio de los vientos alisios oscilarán entre 3.5 a 7 m/s, próximo a la superficie. Estas condiciones son propicias para que existan altos niveles de brillo solar y escasa cobertura de nubes, lo que influye en el establecimiento de condiciones

42
21



cálidas con temperaturas elevadas. Mediante análisis estadísticos de los años análogos se pronosticó las temperaturas y humedad relativa por región para el período de diciembre a marzo. En ambas vertientes se prevé un aumento de las temperaturas entre 0.3 a 0.6°C, exceptuando las zonas muy montañosas, donde se prevé una disminución de aproximadamente 0.5°C, situación que impacta directamente en la economía, afecta nuestros bosques, así como la agricultura, por lo que siendo acreditado dicho acontecimiento por una entidad estatal de nuestro país, (ETESA), con sus diversos informes, no solo los aportados en el expediente administrativo por la empresa contratista, sino también la información existente en las plataformas tecnológicas a efectos de mantener alerta a la sociedad en general, producto de las repercusiones que esta situación puede ocasionar en el desempeño de nuestras actividades, y en cuyo caso alguna de estas actividades demanda consideraciones especiales, por el tipo de servicio a ejercer bajo estas condiciones climatológicas en nada favorable para la implantación de plantones y estacas vivas, como es el caso que nos ocupa.

Por las consideraciones antes expuestas consideramos que existen elementos suficientes que justifican la viabilidad de una adenda de tiempo, debidamente respaldada con pruebas documentales y testimoniales.

Por lo tanto, una vez más queda demostrado, no solo la falta de compromiso, y dilación en el trámite lo cual va en contra del debido proceso y la economía procesal, sino también la falta de buena fe para llevar a cabo la culminación un contrato firmado por las partes y refrendado por Contraloría, sobre el cual ya se había llegado a un acuerdo respecto a la emisión de una adenda de tiempo, donde se deja ver por parte de la entidad contratante que de haber un rechazo generalizado de los socios estratégicos se hubiese accedido a lo pedido, siendo evidente dicho rechazo ya que el mismo fue plasmado mediante las diversas notas que reposan en el expediente administrativo.

Todo esto sin dejar de lado, que atendiendo la secuencia en que se llevaron a cabo las gestiones por parte del MINISTERIO DE AMBIENTE deja claramente establecido la falta de debida diligencia por parte de dicha entidad contratante para proceder como era debido respecto a lo acordado en este contrato, tomando en cuenta la importancia de la decisión de los socios estratégicos en este proyecto, tal como la misma entidad lo había señalado.

En todo caso, la resolución administrativa de un contrato administrativo en general es la terminación de la relación jurídica contractual, en donde se pone en juego el régimen de *responsabilidades imputables al contratista* y el cumplimiento de las garantías ofrecidas para la consecución del fin público que perseguía la entidad contratante al realizar la convocatoria para el acto público determinado.

27



En este mismo orden de ideas, consideramos viable señalar que, en atención al **principio de conservación de los contratos**, se busca garantizar todos aquellos actos que con independencia de las posibles irregularidades en las que haya podido incurrir, satisfagan los fines que la norma pretendía alcanzar con su emanación. De manera que, el acto administrativo bilateral debe poder mantenerse en vigor en la mayor medida posible con el objeto de que pueda alcanzar el fin práctico conseguido. Por cuanto, el **principio de conservación** exige que todos aquellos actos sean capaces de cumplir su finalidad válidamente. La doctrina administrativista señala lo siguiente al respecto del **principio de conservación** según la autora BELADIEZ ROJO¹ “*va a tener especial relevancia en el Derecho administrativo, dada la necesaria presencia del interés público en todo el actuar de la administración. Al tener todos los actos administrativos, por definición, un fin público, la finalidad que se persigue con esa conservación no es solo la realización de los intereses de las partes, sino la del interés general, que es el fin que todo acto de la administración debe pretender.*” (el subrayado es del Tribunal)

En atención a lo ante expuesto en base al Principio de continuidad, este Tribunal a manera de docencia cita lo siguiente al respecto de la Resolución del Contrato Administrativo:

“La Resolución Administrativa del Contrato, por las causas establecidas en la Ley o por las que se hayan pactado contractualmente, no deben ser vistas de manera fría y rígida ya que al dar por terminada una relación contractual entre el Estado y un Contratista, la mayoría de las veces se perjudica la colectividad. Por ende, esta decisión, debe adoptarse cuando ya sea imposible la ejecución del contrato o cuando el incumplimiento sea tan grave que no se pueda reparar el daño causado al Estado con el incumplimiento. Carlos Holguín Holguín, al referirse al Equilibrio Contractual en los contratos públicos hace una observación interesante respecto a la necesidad de procurar siempre que el contrato se ejecute: “El consejo de Estado Francés originalmente, seguido después por el nuestro y posteriormente por reglamentaciones como la del Código de Comercio colombiano, acuden a ayudar a que el contrato no fracase. Uno de los principios básicos del derecho administrativo es impedir que el contrato no pueda cumplirse. Por lo tanto, es necesario en ocasiones corregirlo y para ello existen instituciones que dan lugar a la modificación eventual del contrato, como la teoría del Hecho del Príncipe, la Teoría de la Imprevisión, y la Teoría de los Hechos Materiales que han sido imposibles de prever” Por su parte, Dromi,

¹ BELADIEZ ROJO, Margarita, “Validez y eficacia de los actos administrativos”, Marcial Pons Ediciones jurídicas S.A, España, 1994, p.47

51



señala al respecto, que lo que importa en vista del interés general, es que el contrato se cumpla, por lo que la administración deberá extremar sus recursos para evitar la rescisión o terminación del contrato. Sostiene de igual modo, el principio de continuidad se explica también como defensa, conservación o permanencia del contrato, y que la última decisión debe ser la resolución o la rescisión del contrato, porque significa volver a empezar, porque el interés público no se detiene, no se suspende, no se paraliza.”² (el subrayado es del Tribunal)

En este sentido, los contratos administrativos le permiten al Estado, ejecutar proyectos en beneficio del interés público, y por ende la Administración debe extremar sus recursos para evitar su terminación, siendo la prueba, como hemos señalado, el instrumento fundamental para determinar si el contratista incumplió con una de las causales pactadas en el contrato.

Para determinar entonces el alcance del concepto del equilibrio o ecuación contractual, son fundamentales los documentos que contienen la voluntad de las partes al momento de la formación del contrato, pues son precisamente ellos los que establecen los derechos y obligaciones que adquieren con el contrato, tal y como lo ha advertido la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia que, en sentencia de octubre 31 de 2007 (Radicación número 25000-23-26- 000-1996-02098-01- 15475, consejero ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez), manifestó sobre el particular:

“(…) el verdadero contenido y alcance de las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las partes, se obtiene no solo del contrato formalizado entre ellas, sino fundamentalmente del pliego de condiciones, de los términos de referencia o de las bases de la contratación directa. En efecto, el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista, quien debe acogerse estrictamente a sus reglas para proponer los costos del proyecto, los plazos de su ejecución, pero también, como resulta obvio, para calcular su utilidad o remuneración que, en últimas constituye el móvil que lo lleva a contratar y, de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación, toda vez que muchas de sus precisiones y previsiones se convierten en verdaderas cláusulas contractuales, las cuales permiten determinar los aspectos que llevaron a las partes a formalizar el acuerdo de voluntades y, sobre todo, han de ser útiles al momento de establecer el alcance de sus obligaciones o prestaciones, incluyendo los aspectos de índole técnico, económico y financiero. Así las cosas, tanto el pliego de condiciones como la propuesta del contratista constituyen documentos esenciales e indispensables para establecer en qué términos quedó pactada la ecuación económica contractual, es decir, en qué condiciones y alcances se pactó la equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes, pues sólo a partir de su conocimiento es posible determinar si durante su ejecución la economía del contrato sufrió variaciones, como

² GASNELL, Carlos Alberto; “Cómo contratar eficientemente con el Estado?”, Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2003, página 225

21



consecuencia de la modificación de sus presupuestos y de esta manera acudir a su restablecimiento.

Por ende, esos riesgos calculados, o que al menos han debido serlo, entran a formar parte de la ecuación financiera del contrato, esto es, de la ponderación que se hace, al momento de formarse el negocio jurídico, entre derechos, obligaciones y riesgos de cada uno de los contratantes. Así las cosas, todo contratista del Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal, Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales (riesgos extraordinarios e imprevistos y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera), distintos de los ordinarios que las partes asumen, estos riesgos anormales, son los que ocurren y pueden afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados.

Como puede apreciarse, el aspecto relacionado a la aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato como podemos observar en la doctrina administrativa:

“Ese colaborador ha aceptado la relación contractual creada teniendo en cuenta una ecuación económico-financiera que existía al tiempo de la celebración del contrato, y que incluía el álea³ normal de toda negociación. Cuando esa ecuación es trastrocada, creándose un álea anormal o extraordinaria, no es justo que el cocontratante deba cargar con sus efectos, cuando él está colaborando en el logro de un fin de interés público. De ahí que la administración deba concurrir en su ayuda, para restaurar el álea normal del contrato, su ecuación económico-financiera, máxime cuando el cocontratante ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica”⁴.

Por lo tanto, tomar una decisión de resolver administrativamente el contrato, cuando no han sido probados los supuestos incumplimientos en los que incurrió la empresa contratista, puede causar graves perjuicios no solo a la empresa en este caso el **CONSORCIO IDEL.**, sino también a la entidad contratante y al Estado en general por tratarse de la ejecución de un servicio, licitado mediante un acto público.

Es preciso reafirmar que la ejecución de este proyecto representa la recuperación de la cobertura forestal de la cuenca hidrográfica del Río Grande y sus afluentes a través de la restauración o la reforestación de 1,275 hectáreas con especies forestales y frutales, según las modalidades establecidas del Programa

³ En el ámbito doctrinario, es importante destacar que la obra del profesor ARIÑO ORTIZ es pionera en la materia, así como que utiliza la palabra áleas en lugar de aleas, esta última registrada por el DRAE. Las razones para ello son también plausibles. El autor afirma que los contratos administrativos llevan consigo muchos riesgos en su ejecución (se refiere a los contratos nominados de obras, servicios y suministros), debido a su larga duración y gran volumen económico. Se trata de obras complejas, de gran envergadura, de una alta complejidad técnica y de un período de ejecución largo, lo cual hace —que se den, con frecuencia, cambios importantes entre el momento de contratar las obras y el momento de realizarlas. Cfr. ARIÑO ORTIZ. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. p. 6-8.

⁴ ESCOLA, Héctor Jorge; “Tratado integral de los contratos administrativos”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1977, Pág. 467

214



PROCUENCAS y la alianza por el millón de hectáreas, en donde adicionalmente ~~el socio debe estar dispuesto a participar activamente en la implementación~~, con el apoyo en especies o mano de obra u otros aportes de la empresa reforestadora para lograr las acciones que se definan en el plan de trabajo implementación de cada socio estratégico para el establecimiento de las diferentes modalidades, según la especificaciones técnicas contempladas en su contrato y en su pliego de cargos, a saber: (1) regeneración natural asistida; (2) plantación de uso múltiple de baja densidad; (3) plantación de uso múltiple de media densidad; (4) sistema silvo agrícola; y (5) sistema silvo pastoril.

Por ende, la decisión a la cual arribó el MINISTERIO DE AMBIENTE carece de asidero jurídico, por lo que 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 **revocar** las actuaciones de las entidades contratantes.

“Artículo 345(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:

- a) **REVOCAR** 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: REVOCAR la Resolución DM 0435-2019 de 10 de octubre de 2019, emitida por el **MINISTERIO DE AMBIENTE**, que decidió resolver administrativamente el Contrato de servicios No. CC-005-CAF-2018 para el “**SERVICIO DE RESTAURACIÓN/REFORESTACIÓN DE 1,275 HECTÁREAS CON ESPECIES FORESTALES Y FRUTALES, DENTRO DEL PROGRAMA PROCUENCAS Y LA ALIANZA POR EL MILLÓN DE HECTÁREAS EN AL CUENCA HIDROGRÁFICA DEL RIO GRANDE**” y a su vez se inhabilitó a la empresa **CONSORCIO IDEL.**, por el término de dos (2) años.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente Administrativo del Acto Público N° 2017-1-08-0-02-LV-023933, conformado por doce (12) tomos que cuentan con un total de cuatro mil cuatrocientos cuarenta y seis (4,446) fojas útiles de expediente administrativo original, los cuales se dividen así: siete (7) tomos integrados por tres mil trescientas sesenta y siete (3,367) fojas útiles originales, tres (3) tomos integrados por novecientas cuarenta y tres (943) folios útiles, un (1) tomo integrado por noventa y dos (92) folios útiles originales y un (1) tomo de anexos integrado por cuarenta y cuatro (44) fojas útiles de copias simples.

El B

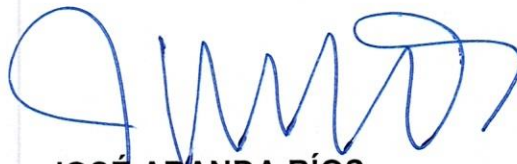
TERCERO: NOTIFICAR a las partes, de la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el portal electrónico.

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

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.215-2019/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



DIOGENES DE LA ROSA CISNEROS

Magistrado

Salvo el voto



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Magistrado



KAREN SOLÍS

Secretaria General, Encargada





REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE APELACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE CONSORCIO IDEL, A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No.DM-0435-2019 DE 10 DE OCTUBRE DE 2019, DICTADA POR EL MINISTERIO DE AMBIENTE.

En vista que no comparto la decisión emitida por la mayoría del Pleno de este tribunal administrativo, en la que deciden revocar en todas sus partes la decisión venida en apelación, por considerar que no corresponde a la contratista la no terminación del Contrato No.CC-005-CAF-2018, para el Servicio de restauración/reforestación de 1,275 hectáreas con especies forestales y frutales dentro del programa pro cuencas y la alianza por el millón de hectáreas en la Cuenca Hidrográfica del Río Grande, me veo en la necesidad de salvar el voto, dado que en mi opinión, se realiza una errónea y sesgada apreciación de lo que comprende el contrato bajo examen, en beneficio del Consorcio IDEL, quien no satisfizo los términos del contrato, apoyándose en un inexistente caso fortuito para así eludir su responsabilidad contractual con el Estado, que al momento de suscribir el contrato se obligó a cumplir en su totalidad.

De acuerdo a los términos del Contrato de Servicios No.CC-005-CAF-2018, el Producto No.3, que se refiere al reporte de las áreas restauradas o reforestadas de cada socio estratégico, debió iniciar, conforme al desglose de tiempos y entrega y montos a pagar que se encuentra en el contrato en referencia, aproximadamente el día 7 de diciembre de 2018 y finalizado el día 7 de junio de 2019, dado que la contratista contaba con un tiempo de ejecución de ese rubro de cuatrocientos veinte (420) días a partir del día siguiente de la notificación de la orden de proceder, la cual se hizo efectiva el día 6 de abril de 2018, tal y como se aprecia en el portal electrónico y en el expediente administrativo.

A pesar de lo anterior, se aprecia en el expediente administrativo que el Consorcio IDEL presentó la nota IDEL-N-073-2019 de 30 de mayo de 2019, en la que adjuntó notas firmadas por los socios estratégicos en donde los mismos rechazaban el proceso de siembra durante los meses de verano en sus respectivas fincas. Lo llamativo del documento en mención es que las notas que presentó como elementos de convicción del incumplimiento del Contrato de Servicios No.CC-005-CAF-2018, es que fue entregado al Ministerio de Ambiente el día 31 de mayo de 2019, es decir, **a escasos 7 días que venciera el término de los cuatrocientos veinte (420) para la ejecución del producto No.3**, basándose en aspectos de supuesto caso fortuito y entendiendo que nos encontramos ante un contrato que se ejecuta por etapas y no en conjunto como mal advierte el fallo mayoritario, por eso nuestra legislación especial de compras estatales se refiere a las obras sustancialmente ejecutadas.



De acuerdo al Informe No. PROCUENCAS-331-2019 de 25 de julio de 2019, de un total de 20 socios estratégicos que comprende las hectáreas a tratar en el producto No. 3 del contrato en estudio, sólo se avanzó en un 0.5%, pues, durante ese tiempo la contratista únicamente intervino en una (1) sola finca y de manera incompleta, así como tampoco presentó la contratista los polígonos en formato **"Shapefile"** que son compatibles con el sistema de información de la entidad, y que constituye un aspecto de obligatorio cumplimiento dentro de las actividades del contrato sobre, en donde la decisión de fondo guardó silencio.

Todo lo anterior significa que la contratista no realizó el trabajo de acuerdo a lo pactado y tampoco mostró el debido interés en llegar a una ejecución completa conforme al acuerdo de voluntad que suscribió y que se obligó a cumplir al momento de su aprobación. No es aceptable que en cuatrocientos veinte (420) días únicamente se haya enfocado en uno de los socios estratégicos y al ver que el tiempo se le terminaba sin avance considerable, optó por solicitar una prórroga bajo la excusa de que nos encontrábamos en temporada seca, cuando esa situación pudo haberla demostrado mucho antes del 31 de mayo de 2019 y no esperar hasta el último momento para utilizarlo como argumento a su favor, sin realizar ningún tipo de actividad para los meses de diciembre, enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2019 y así poder demostrar su buena fe en la conclusión del servicio o recomendarle a la entidad una posible solución en caso de que en efecto se comprobase lo que a lo largo del recurso manifestó, ya que, una cosa es que nos encontrábamos ante el Fenómeno del Niño, pero lo que no probó fue la imposibilidad de ejecutar en feliz término con el producto No.3, ya que no existe evidencia científica que comprobara su dicho.

A propósito del caso fortuito, 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... así pues, cabe destacar que la prórroga que solicitó en su momento la contratista fue realizado teniendo una pobre ejecución, hecho que impidió a la entidad concederlo, precisamente por el poco avance que no justificaba el tiempo perdido por el Consorcio IDEL, pues, contrario sería que la apelante hubiese aportado un avance significativo que demostrara su real interés en ejecutar el servicio dentro de los parámetros lógicos y no presentarse ante la entidad con un avance de tan sólo el 0.5% como destaca el informe ejecutivo de la inspección de campo del Ministerio de Ambiente.

Por otro lado, si bien resulta un hecho notorio que las épocas secas en la República de Panamá comienzan aproximadamente en el mes de enero hasta abril y las lluviosas desde mayo hasta diciembre; no obstante, a pesar de las temporadas secas, eso no



significa que durante ese período no llegue a caer lluvias que provoquen déficit en los trabajos, dado que los volúmenes de las aguas serían menos, pero no escasos en su totalidad. Además, por su ubicación y debido a la gran demanda del sector hidroeléctrico, los flujos de los ríos son abundantes y permanentes, características de lugares con abundancia de árboles, en donde los rayos del sol no inciden directamente, por lo tanto, no causan un grave daño a la vegetación.

No hace sentido solicitar suspender las acciones de reforestación bajo el argumento de que la temporada seca podría ocasionar daños en los trabajos realizados, y mucho menos a escasos 7 días de que se cumpliera el tiempo de ejecución del producto No.3 del Contrato No.CC-005-CAF-2018 y, sabiendo la variación climática que siempre ha caracterizado nuestro Istmo, ya que el derecho se basa en hechos reales y no en situaciones insostenibles e improbables basadas en el futuro incierto. La realidad que apuntan las evidencias de convicción es que existe un incumplimiento, un periodo de ejecución insatisfecho y que en ninguna de las situaciones es imputable a la entidad, ya que, al momento de firmarse el contrato en estudio, ambas partes sabían de antemano las probabilidades del tiempo, conociendo lo inestable del clima en nuestro país en donde debió ponderarse la situación que se presenta, así como en el mes de enero se valoró la posible extensión de la época seca hasta el mes de mayo. No obstante, se tratan de realidades no probadas por quien las señaló, dado que exclusivamente se centró en que dicho fenómeno podría ocasionar un daño en las plantaciones, pero que sólo quedó en eso, probabilidad no corroborada. Por ejemplo, un terremoto es un ejemplo clásico de un caso fortuito; empero, el simple hecho de su ocurrencia no denota que todas las personas fueron afectadas por esa situación, lo mismo ocurre con la temporada seca, no se acreditó que ello impactó directamente en los lugares señalados para la ejecución del contrato.

Por eso, no se puede considerar que la extensión del clima seco sea algo fortuito, más bien es predecible, porque es una realidad que ha ocurrido y que podría seguir sucediendo. No es que surgió de pronto y sin posibilidad de contemplarse, **y aun así no sirve de motivo para justificar solo el 0.5% del trabajo contratado en el producto No.3 del contrato.**

Por otro lado, vemos que el Consorcio IDEL, a través de su representación especial, solicitó declaración testimonial de seis socios estratégicos de los veinte que lo integran e igualmente aportó la carta de anuencia de cambios de fecha de actividades de los mismos, en la que señalaron coincidentemente no estar de acuerdo en la realización de las actividades del producto No.3 en los meses que comprenden de enero a abril; sugiriendo que se reactivaran a partir del 15 de mayo, hecho este que llama la atención de quien suscribe, **por parecer un tema que fue fraguado por la apelante al verse en una situación de incumplimiento del contrato**, ya que no es usual que existan casualidades en fechas por veinte personas sin que haya participación de alguien que se lo sugiera.



Es en estas circunstancias que opera la sana crítica como valoración probatoria, y que evidentemente no fue utilizada al momento de “razonar” la decisión que me mantiene ocupado y que me impide avalar por notables incumplimientos del Consorcio IDEL. La conclusión que expongo en este apartado tiene su fundamento en las normas procesales de aplicación directa en las declaraciones juradas tomadas a los socios estratégicos mencionados en líneas anteriores, y que fue evidentemente ignorada o desconocida en la decisión mayoritaria, pese a que el examen de los testigos fue realizado en virtud del texto legal citado (Código Judicial), pero de forma sesgada y en beneficio de la recurrente, cuando debió realizarse un análisis en conjunto de cada elemento de convicción que fue aportado en el expediente, es decir, que la prueba debió llevar al esclarecimiento de la verdad material y no lo contrario, forzándose así el alcance y objetivo que desempeña el tema probatorio que no es más que el convencimiento del juzgador.

En la línea de pensamiento ensayada, encontramos que los testimonios recabados son sospechosos, en virtud del numeral 10 del artículo 909 del Código Judicial que sostiene que estamos ante testigos sospechosos, por recaer la deposición **en personas que tienen un interés directo o indirecto en el resultado del proceso.** Así lo dejó entrever uno de los testigos (José Riquelme) cuando en tu deposición manifestó que **“a mí me gustaría agregar que el programa continúe, ya que es muy beneficioso para nosotros los productores** y también para el ambiente y hasta la comunicada (sic.) se beneficia **porque hay mano de obra y eso se necesita porque hay trabajo**, por ese motivo me gustaría se tome el interés en continuar el proyecto y no se paralice”. Similar interés mostró la testigo Denia Riquelme. Interés que se traduce en que, si la decisión es confirmar todo lo actuado, los socios estratégicos se verían afectados en sus hectáreas al contemplarse un atraso significativo en la terminación del contrato, por lo tedioso del trámite administrativo o judicial al que posiblemente se enfrentaría el proceso en examen; sospecha que concluimos en lo preciso de las notas que sugieren exactamente la reactivación de la ejecución del servicio a partir del día 15 de mayo de 2019.

De acuerdo a lo anterior, el sustanciador decidió practicar pruebas testimoniales de los socios estratégicos José Riquelme, Aquirino Berrío, Denia Riquelme y Francisca Navarro, dejando sin realizar los testimonios de Isabel Márquez y de Francisco Grimaldo, pese a haberse admitidos mediante Resolución No.002-2020-Pruebas/TACP de 15 de enero de 2020, sin ningún tipo de examen, admitió seis testimonios, sin que exista ninguna providencia o resolución que motive las razones que llevaron al Ponente a no llevar a cabo los interrogatorios de las personas indicadas (Isabel Márquez y de Francisco Grimaldo) creando incertidumbre, desconocimiento y un vacío procesal no subsanado, en el sentido de que no hubo pronunciamiento que explicara las razones de no practicar dos de las pruebas testimoniales previamente admitidas, lo que nos demuestra que aún están pendientes de practicar, al no encontrar una razón que



reflexione respecto a su no evacuabilidad, a pesar de que si bien se presentaron como prueba seis testimonios, la norma adjetiva sólo admite cuatro testigos por cada hecho y que en efecto desconoció el sustanciador al momento de la resolución de pruebas, y que al darse cuenta del yerro cometido simplemente optó por no evacuarlas de forma extraña y sin basarse en norma positiva que lo fundamentara, simplemente quedó abierto el acto; así como otras inconsistencias en el desarrollo del acto mismo de la ratificación de los testimonios que más adelante y a manera de docencia explicaré

En cuanto a los testimonios, los cuatros testigos (socios estratégicos) manifestaron que cuando el Consorcio IDEL iba a realizar la siembra, ellos le manifestaron su disconformidad por encontrarse en temporada de verano y que la temporada seca se extendió hasta los meses de junio y julio. Así las cosas, si la negación fue al momento de ejecutar el producto No.3, no comprendemos porque no se notificó de forma oportuna a la entidad y se tuvo que esperar hasta el último día de mayo para dar a conocer, si desde el mes de diciembre y enero ya contaban con la negación de parte de los socios, lo que en teoría estaba sucediendo, si contaban con la negación inmediata de los socios estratégicos, hecho que refuerza la teoría de que la contratista no realizó la ejecución en el tiempo oportuno, sumado a que, se menciona que la época seca se extendió hasta el mes de julio; sin embargo, de las vistas fotográficas que se encuentran en el expediente, que refiere el Ministerio de Ambiente en el Informe Ejecutivo de Inspección de Campos que comprendió del 3 al 7 de junio, se aprecian plantas y árboles frondosos y que no demuestran ser maltratados por la presunta temporada de escasez de lluvia, por el contrario, se contempla una naturaleza verde en vez de pastos y árboles que hayan sufrido la inclemencia de una época de sol, lo que caracteriza el llamado "Fenómeno del Niño.

Como vemos, no se apreciaron las pruebas en su conjunto por cuanto que todas las evidencias conforman una unidad, ni se valoraron los diferentes medios de pruebas sin realizar distingo alguno en cuanto al origen, tal y como lo enseñan los principios de la unidad y comunidad de la prueba o de adquisición procesal y recordando que el examen de los testimonios es de acuerdo a la sana crítica, tal como lo expresa el artículo 917 del Código Judicial y mucho menos llevado a cabo que se haya tomado en cuenta la vinculación de los testigos con una de las partes, simplemente se tomaron las declaraciones con nulo análisis.

En el acto de práctica de pruebas, se obviaron **formalidades básicas** de todo interrogatorio, como lo es su edad, estado, profesión, ocupación, estudios y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existen motivos de sospecha como lo advierte el artículo 938 del Código Judicial, para hacer así una conexión con la disposición que refiere el testimonio sospechoso. En las declaraciones, la participación del Ponente ha sido nula, ignorando las normas procesales de interrogatorio y poniendo a los declarantes de inmediato en manos de la parte que los propuso, cuando era un deber del mismo exigir a los testigos la realización de un relato



de los hechos objeto de la declaración, la razón de su dicho, las explicaciones de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento, entre otros, denotándose una especie de reemplazo en la figura de la abogada apelante en vez del juzgador, contrario a lo que sostiene el artículo 925 del texto legal citado, dándole el poder absoluto y dejando a merced de la defensa el manejo de la práctica procesal, con lo cual jamás se podría llegar a la verdad material si la parte proponente es la que llevó los hilos del acto, invirtiéndose el rol de intermediación a espectador.

El Tribunal debe ser consecuente con sus pronunciamientos, a fin de garantizar la seguridad jurídica de los administrados, que a diario presentan sus controversias con la esperanza de recibir una respuesta del Estado conforme a Derecho y que no sufra variaciones con el tiempo en casos similares. Decimos lo anterior, ya que reposa en los precedentes del Tribunal de reciente data y entre las mismas partes (Consortio IDEL vs Ministerio de Ambiente), en donde el tema del incumplimiento se debió a razones de temporadas secas o lluviosas, **y en donde el Tribunal confirmó la decisión en mayoría; sin embargo, hoy nos encontramos con un escenario idéntico en cuanto al tema, pero diferente en resultado**, pues, nos referimos a los actos públicos No. 2017-1-08-0-04-LV-022593, 2017-1-08-0-04-LV-023523 y el 2017-1-08-0-04-LV-022594 que fueron decididos confirmando lo actuado por la entidad, contrario al que se ventila, por coincidir que la no ejecución al 100% del contrato era totalmente imputable al Consortio IDEL, pero que de manera sorprendente se cambia el enfoque, revocando la decisión venida en apelación y esta vez, señalando la nula responsabilidad de la contratista. Así, pues, en las Resoluciones No.177-2019-TACP de 18 de septiembre de 2019, 033-2020-Pleno/TACP de 5 de febrero de 2020 y 082-2020-Pleno/TACP de 27 de abril de 2020, esta colegiatura decidió confirmar en todas sus partes las decisiones venidas en apelación, por considerar que los incumplimientos de los respectivos contratos eran absolutamente imputables a la contratista Consortio IDEL, pero ahora, con un cambio de enfoque sin ninguna argumentación que lo sustente es lo que provocaría la confusión de los administrados al no tener certeza del criterio jurídico de los operadores de justicia en casos similares, ni mucho menos se podría uniformar la jurisprudencia en materia de contrataciones públicas, precisamente por las variaciones constantes en casos idénticos y que tanto daño le ocasiona al sistema de justicia que ha sido cuestionado en los últimos años, precisamente por casos como el presente que no tienen una identidad propia en materia administrativa.

Ese siempre ha sido el criterio de este Tribunal y sólo basta realizar un repaso de nuestra jurisprudencia para así verificar lo señalado, y que sin razones han variado, **irrumpiendo así el principio de seguridad jurídica** que constituye una de las principales aspiraciones humanas, persigue brindar a todo sujeto el derecho a saber a qué atenerse en sus relaciones con los demás (Cfr. A. ALTERINI, LA INSEGURIDAD JURÍDICA, Buenos Aires, Argentina, ABELEDO PERROT, 1993, Pág. 15).



Principio que según el Tratadista RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE constituye Uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento constitucional democrático, es la seguridad jurídica, pues es necesario, que los ciudadanos sepan, en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. El principio de seguridad jurídica, en consecuencia, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. La seguridad jurídica se asienta sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano, las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos. Como dicen los ingleses: "Legal security means protection of confidence" (...) Por ello, como dice el Tribunal constitucional español "entendida en su sentido más amplio, la seguridad supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho"

(EL REGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COSTA RICA, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1ª Ed.,

El Derecho resguardado a través de los administradores de justicia, debe garantizar un mínimo de estabilidad a los administrados que buscan una respuesta de parte del Estado, como organismo de control en los actos de selección de contratista y que no se convierta en un mar de incertidumbres con decisiones que se basen en fundamentos sólidos difíciles de refutar y manteniendo una línea de pensamiento sin variaciones superlativas y mucho menos sin motivaciones que las distingan del resto.

Llama la atención que en dos de las resoluciones de los actos públicos citados (018-2019-TACP de 4 de junio de 2019 y 026-2019-TACP de 4 de junio de 2019) no se admitieron pruebas documentales, ni testimoniales por considerarse improcedente dado que se habían aportados declaraciones notariadas y sobre ese tema el sustanciador del presente caso no realizó ninguna observación respecto a la presunta vulneración del debido proceso como manifestó en salvamento de voto en contra de la Resolución de decisión No.082-2020-Pleno/TACP de 27 de abril de 2020, por eso insistimos en la homogeneidad de las decisiones sobre temas idénticos.

Se motivó en aquella oportunidad que la labor del tribunal es la de resguardar la legalidad de los actos de selección de contratista y de los derechos y garantías de las partes, como lo es el derecho básico a la prueba y el proceso debido, temas que no fueron vulnerados y que expondremos más adelante de forma académica, con el propósito de educar con conocimiento de las normas y la jurisprudencia. Entonces la pregunta obligatoria sería... ¿por qué no se consideró garantizar el derecho a prueba de la apelante y el debido proceso en aquellos casos? Será que en los otros casos el derecho no debía ser aplicado y en otros sí.



El principio de Seguridad Jurídica supone una claridad en la normativa que debe ser aplicada al ciudadano o certeza en la norma que se le debe aplicar, porque esto lleva al ciudadano a saber a que atenerse en su acción contenciosa administrativa en su relación con el Estado y los demás particulares, es por ello que las autoridades administrativas, deben sujetarse al principio de legalidad. Una norma oscura dificulta la confianza del ciudadano. Correlativamente ese principio implica que los ciudadanos, ante dicha confianza, puedan tener observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, porque existe una expectativa razonable de que la actuación de la administración es razonable (Sentencia de 4 de mayo de 2010. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia).

Es importante traer a colación los hechos en mención para evitar confusiones en razonamientos errados sin fundamentación alguna y sobre todo la variación de criterios sobre situaciones similares que concluyeron que la no admisión de alguna prueba constituye una transgresión al debido proceso. Si fuera así, entonces por que las normativas positivas le conceden la facultad al operador de justicia, ya sea administrativa o judicial, la discrecionalidad en la admisión o no admisión, siendo un criterio personal del administrador de justicia si la prueba traída al foro es necesaria o no para su decisión.

Como quiera que existe un vacío académico en ese sentido y hasta penoso tengo la responsabilidad de educar a través de fallos. Así pues, si bien es un derecho de las partes aportar pruebas; sin embargo, también se encuentra la potestad del Magistrado de admitirlas o no, siendo ese un derecho hartamente entendido por los conocedores del Derecho y que se refleja en los distintos textos jurídicos de normas adjetivas y para nutrirse solo es necesario navegar por los fallos en materia de amparos en que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado. Ha sido un tema trillado en la Corte Suprema de Justicia la temática expuesta en más de tres fallos consecutivos por lo que se constituye en doctrina probable y lo extraño es que aún se debata sobre ese tema, por ser un aspecto clásico del Derecho Probatorio.

“Ciertamente que la Corte, pues, ha circunscrito por vía jurisprudencial el examen de violaciones al derecho fundamental a la prueba, a los casos en que se afecten algunos de los elementos que comportan el contenido esencial de esta garantía, concretamente, la admisión, práctica o valoración de las pruebas, precisando en este último aspecto del derecho, que sólo en el supuesto en que se omita la valoración de un medio probatorio admitido y evacuado, cabe amparo; **no así, cuando se aleguen aspectos relacionados con el valor que le ha merecido al tribunal el medio probatorio respectivo**, porque no constituye la acción de amparo una tercera instancia” (al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos de 15 de enero de 1993, 6 de julio de 2001, 22 de octubre de 2001, 12 de octubre de 2001).



“Ahora que, la conclusión anterior obliga al Pleno, entonces, por razones de economía procesal a pronunciarse en el fondo respecto de la acción propuesta por la recurrente, lo que implica, pues, un examen de las violaciones de orden fundamental alegadas por la demandante, las cuales, como viene dicho, versan sobre la inadmisión de pruebas aportadas por la accionante en el incidente de daños y perjuicios instaurado en su contra, dentro del proceso penal seguido al señor REYNALDO VARGAS VARGAS, por tratarse de pruebas impertinentes, es decir, que no hacían relación al *thema probandi*. En relación con lo anterior hay que puntualizar que el derecho a la prueba cuya violación se acusa, **si bien constituye un derecho de orden fundamental del justiciable a aducir y presentar los medios de pruebas convenientes para formar la convicción del juzgador, este derecho no es de carácter absoluto, como no lo es ningún derecho constitucional, sino que su ejercicio está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos legales, que forman parte de las llamadas limitaciones al derecho a probar, dentro del cual ha de encausarse para su eficacia. De manera, pues, que no se trata de un derecho arbitrario, sino que las partes están llamados a ejercer dentro de los parámetros legales respectivo**”.

“Dentro de las limitaciones al derecho a la prueba, precisamente, se señala la pertinencia del medio probatorio que implica, pues, que las pruebas aducidas por la parte ha de versar sobre los hechos controvertidos en el proceso para su admisión; no resultando admisibles aquellos medios que recaigan sobre hechos ajenos al *thema probandi*. No puede pretenderse que el derecho a la admisión de la prueba que comporta como elemento esencial el debido proceso, constituya un derecho a la admisión de todos los medios de pruebas aducidos por las partes, sino que el mismo debe encaminarse a los fines del proceso. Así lo ha reconocido el Pleno, cuando en el fallo de 16 de octubre de 2002 señaló **“Es evidente que el derecho a la prueba es uno de los derechos que se encuentran incorporados al derecho fundamental del debido proceso, pero dicho derecho a la prueba no es equivalente a que, quien las propone, tenga derecho a proponer las pruebas que estime conducentes y que el tribunal debe admitirlas y practicarlas, por cuanto el derecho a la prueba, no impide la labor del tribunal de enjuiciar la procedencia de la prueba y de no admitir aquellas que, a su juicio, no sean pertinentes, siempre que como es natural, motive a suficiencia dicha admisión”** (fallo de 16 de octubre de 2002).

Lo que sí constituye una transgresión al debido proceso, es saltarse el período probatorio, como ocurrió en las resoluciones 176-2018/TACP de 24 de septiembre de 2018, 078-2019/TACP de 16 de mayo de 2018 y muchas otras más, al conceder la ley un período de prueba para realizar el examen de los documentos presentados o aducidos, el cual es distinto al de decisión que no fue respetado en su momento, y que implicó no solo la violación al proceso debido, sino también la tutela judicial efectiva y otras nacidas de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos como las

garantías judiciales contenida en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la base a una sujeción al orden jurídico constitucional y legal, dirigida precisamente a garantizar o asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, por ello, señalar que la inadmisión de pruebas constituye una violación del proceso y de los derechos de quienes lo proponen, es un yerro superlativo en entero desconocimiento no solo de las normas procedimentales, sino también de las fuentes del Derecho, lo que en su momento me hizo recordar que el Derecho Administrativo nació para controlar la lucha constante de las potestades discrecionales en la traslación del principio de la soberanía contenido en el principio monárquico del absolutismo a la nación, pasando por la Declaración del Derecho del Hombre y con el bum de la Revolución Industrial.

Las decisiones que no mantienen una identidad como la que hoy salvo mi voto, le hacen un enorme daño a la administración de justicia, con decisiones cambiantes y confusas al régimen jurídico, faltas de análisis como lo demanda la ley y que impiden llegar al descubrimiento de la verdad, para lo cual fuimos llamados y juramos ante la Constitución y la Ley.

La decisión mayoritaria no hace un nexo causal entre los diferentes medios probatorios obrantes en el expediente y simplemente se limita a darle credibilidad a los testimonios rendidos por los socios estratégicos, en donde un real análisis de los medios de pruebas es lo que no se llevó a cabo y aún nos encontramos esperando, por el contrario, fueron tomados como ciertos, de forma aislada y no como un todo, obviando temas como por ejemplo que según los testigos, el período seco se extendió hasta el mes de julio, sin tomar en consideración el informe de Procuencas del Ministerio de Ambiente, en donde de las imágenes fotográficas captadas en los primeros días del mes de junio se apreciaba una vegetación robusta sin signos evidentes de maltrato por el tiempo seco.

Así las cosas, en vista de que los razonamientos expuestos no son la de confirmar la decisión venida en apelación, por estar convencido de que la no ejecución del contrato corresponde exclusivamente a la contratista, es lo que me lleva desentenderme de la decisión mayoritaria y a Salvar mi Voto.

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado

KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

