



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE Nro.: 265-2019

APELANTE: CONSORCIO IDEL

ACTO APELADO: Resolución No.DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019, que resuelve administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, suscrito por el MINISTERIO DE AMBIENTE, con ocasión del acto público de selección de contratista de Licitación Por Mejor Valor No.2017-1-08-0-02-LV-022603, e inhabilita al contratista por dos (2) años.

CONTRAPROYECTA: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN Nro.113-2020-Pleno/TACP de 3 de septiembre de 2020 (Decisión)

CONSIDERANDO QUE:

En virtud que el contrato objeto del presente recurso de apelación, se perfeccionó antes de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 2017 que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, debemos atender lo dispuesto en el artículo 100 de la aludida excerta legal, en el sentido que se le aplicarán las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento.

De conformidad con los artículos 120 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, y 319 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que la reglamenta, este Tribunal tiene competencia privativa para conocer del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

I. ANTECEDENTES.

El 12 de mayo de 2017 el MINISTERIO DE AMBIENTE, convocó el acto público de selección de contratista de Licitación por Mejor Valor Nro.2017-1-08-0-02-LV-022603, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, 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" (sic), cuya celebración fue el 14 de julio de 2017.

Mediante la Resolución No.DM0-0580-2017 de 20 de noviembre de 2017, fue adjudicado el acto público en estudio al CONSORCIO IDEL, consecuentemente las partes suscribieron el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, por la suma de UN MILLÓN NUEVE MIL BALBOAS CON 00/100



(B/.1,009,000.00), el cual fuera publicado en *PanamaCompra* el 6 de abril de 2018, misma fecha en que fue publicada la Orden de Proceder.

A través de la Nota No.DM-3016-2019 de 28 de octubre de 2019, publicada el 12 de noviembre de 2019 en *PanamaCompra*, la entidad comunicó al contratista CONSORCIO IDEL, su intención de resolver administrativamente el referido contrato, señalando las razones y concediendo el término de cinco (5) días hábiles para que el consorcio contratista presentara sus descargos y pruebas pertinentes. Ulteriormente, el MINISTERIO DE AMBIENTE publicó, el 11 de diciembre de 2019 en *PanamaCompra*, el acto administrativo por el cual resolvió administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017 e inhabilitó a la contratista para participar en actos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado, por el término de dos (2) años.

El recurso de apelación interpuesto, según consta en el Acta de Reparto No.174-2019 de 19 de diciembre de 2019, fue asignado al Magistrado Diógenes de la Rosa Cisneros, con la numeración 265-2019.

Posteriormente, con Informe de Trámite de 9 de marzo de 2020, visible a foja 186 del expediente jurídico, la Secretaría Técnica de Impugnación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dejó constancia de la remisión del expediente 265-2019 al Despacho del Magistrado Elías Solís González para tomar la ponencia del recurso, toda vez que fue el primero en exteriorizar observaciones al proyecto de decisión presentado por el Magistrado Diógenes de la Rosa Cisneros.

II. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.

Lo constituye la Resolución No.DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019, proferida por el MINISTERIO DE AMBIENTE, publicada en *PanamaCompra* el 11 de diciembre de 2019, mediante la cual resolvió administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, suscrito con el CONSORCIO IDEL, para brindar 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*, e inhabilitó a la contratista para participar en actos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado, por el término de dos (2) años.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El 18 de diciembre de 2019 la firma forense Morgan & Morgan, apoderada especial del CONSORCIO IDEL, por intermedio de la licenciada Mayte Sánchez González, interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución No.DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019 y en su escrito, visible de foja 013 a 037 del expediente jurídico, se opuso a los señalamientos por los que la entidad fundamentó su decisión de resolver administrativamente el Contrato de Servicio No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017.

La parte actora alegó que el retraso en la ejecución del contrato, se debió a razones de fuerza mayor que fueron comunicadas en tiempo oportuno a la entidad contratante, además de haber sido evidentes por tratarse del evento climático denominado Fenómeno del Niño, que incidió directamente en la implantación oportuna; sumado a que los socios estratégicos, a sabiendas del fracaso que



representaría la intervención de sus fincas durante la estación seca, negaron el acceso a la contratista.

Tomando en consideración lo antes expuesto, el contratista solicitó a este Tribunal revocar la resolución impugnada y, en consecuencia, permitirle la finalización de los servicios contratados o en su defecto modificar el acto administrativo impugnado en atención al artículo 115 de la Ley de Contrataciones Públicas, en el sentido de disponer la resolución administrativa del contrato por causas de fuerza mayor y caso fortuito.

IV. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

De manera extemporánea, el 27 de diciembre de 2019 el Ministro de Ambiente, remitió mediante Nota DM-5044-2019 de 18 de diciembre 2019 (fs. 164 y 165 del expediente jurídico), el expediente administrativo del acto apelado, según informe secretarial que reposa a foja 174 del expediente jurídico.

V. CAUDAL PROBATORIO.

Por medio de la Resolución de Pruebas No.013-2020-TACP de 6 de julio de 2020, este Tribunal en Sala Unitaria se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas aportadas y solicitadas por la parte actora, en ese sentido ordenó prueba de oficio dirigida a que la Dirección de Hidrometeorología de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA), rindiera informe sobre la posible afectación que sufriera la Cuenca del Río Chiriquí, del 1 de noviembre de 2018 al 30 de abril de 2019, por el Fenómeno del Niño.

Así las cosas, el 14 de julio de 2020 el Gerente General de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA), remitió mediante Nota ETE-DFM-106-2020 de igual fecha, el informe expedido por la Dirección de Hidrometeorología (visible a través de *PanamaCompra* y de foja 201 a 209 del expediente jurídico) a la Secretaría de este Tribunal.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Adentrándonos en el análisis de los elementos a considerar para este caso, reiteramos que el contrato objeto del presente recurso de apelación, se perfeccionó antes de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 27 de septiembre 2017 que reformó la Ley 22 de 2006, por lo que debemos atender lo dispuesto en el artículo 100 de la aludida excerta legal, en el sentido que se le aplicarán las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento, en consecuencia corresponde aplicar el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, y el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que la reglamenta.

Expresados los antecedentes del proceso y en atención a las constancias procesales correspondientes al Recurso de Apelación impetrado, este Tribunal entra en el análisis con base en las consideraciones que exponemos a continuación.

El artículo 131 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011, consagra los presupuestos procesales del recurso de apelación que se interpone en contra de la resolución administrativa de un contrato, advirtiendo que el mismo debe anunciarse y sustentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, lo cual dentro del presente proceso fue atendido.



Por su parte, el artículo 113 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenado mediante la Ley 48 de 2011, consagra las causales de la resolución administrativa del contrato, como a continuación:

“Artículo 113. Causales de la resolución administrativa del contrato. Como causales de resolución administrativa del contrato, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.
2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.
3. La quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse este en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.
4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.
5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato”.

(El subrayado es nuestro)

A su vez el artículo 115 de la mencionada ley, desarrolla la resolución del contrato por incumplimiento del contratista determinando lo siguiente:

“Artículo 115. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado.

La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

Para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.

Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor”.

(El subrayado es nuestro).



Ahora bien, en la cláusula primera del Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, el contratista se obligó a prestar 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 y adicionalmente se estableció que el contrato tendría vigencia de dieciocho (18) meses a partir del día hábil siguiente a la entrega de la Orden de Proceder, la cual fuera recibida por el representante legal del CONSORCIO IDEL el 12 de enero de 2018 (f. 607 del expediente administrativo), es decir la contratista tenía hasta el 15 julio de 2019 para concluir los trabajos del objeto contractual. Posteriormente, a través de la Adenda No.2 suscrita el 31 de julio de 2019, se modificó dicha cláusula estableciendo **el término de entrega en diecinueve (19) meses, es decir hasta el 15 de agosto de 2019.**

En la cláusula segunda del contrato, entre otras cosas, se establecieron las actividades a desarrollar por el contratista, las cuales fueron divididas en cinco (5) productos a entregar, descritos en la cláusula tercera del contrato, mientras que los términos de entrega y montos a pagar fueron determinados en la cláusula décima cuarta del contrato (ver foja 7 de la presente resolución).

El 11 de septiembre de 2018, a los 240 días establecidos en el contrato para ello, el CONSORCIO IDEL entregó el **Producto No.2**, contentivo del plan de implementación por cada socio estratégico, con los planes de trabajo y los requerimientos necesarios de plantones, insumos y herramientas para su establecimiento (f. 1588). Fue así que mediante Nota PROCUENCAS-415-2018 de 25 de septiembre de 2018 la Coordinadora de Procuencas, remitió al representante legal del contratista, una serie de observaciones que requerían ser revisadas (fs. 1591 y 1592), las cuales fueron atendidas por el CONSORCIO IDEL a través de la Nota IDEL-N-132-2018 de 8 de octubre de 2018 (fs. 1593 a 1595), sin embargo, por medio de la Nota DRCC-1654-2018 de 2 de noviembre de 2018, el Director Regional de Coclé del MINISTERIO DE AMBIENTE, informó al contratista que las observaciones habían sido subsanadas con excepción del numeral 11, ya que debía presentar la carta de compromiso por la nueva superficie a intervenir de Agropecuaria Don Arcelio (f. 1598); esta última fue remitida a la Coordinadora de Procuencas mediante Nota IDEL-N-162-2018 de 29 de noviembre de 2019 (f.1599).

Por lo anterior, el MINISTERIO DE AMBIENTE en Nota PROCUENCAS-563-2018 de 27 de diciembre de 2018 (f. 1616), comunicó al contratista que realizado el seguimiento en campo al Producto No.2, es decir visitas y entrevistas a socios estratégicos para validar el consenso de sus planes de trabajo, los resultados fueron plasmados en Informe Técnico de 27 de diciembre de 2018 (fs. 1600 a 1615), que contiene múltiples observaciones que requerían ser subsanadas previa a la aceptación del producto. Dicho esto, el CONSORCIO IDEL remitió las aclaraciones y subsanaciones mediante Nota IDELN-013-2019 de 7 de enero de 2019 (f. 1618 a 1622).

Cabe recalcar que en el Informe Técnico de 27 de diciembre de 2018, elaborado por la entidad contratante, se plasmó la inquietud de dos (2) socios estratégicos en cuanto al periodo de establecimiento del material vegetativo, indicando que las fechas para establecer las estacas no eran las adecuadas y consideraron que probablemente no resistirían el verano.

Ahora bien, destacamos que para la fecha del Informe Técnico antes mencionado, habían transcurrido 347 días del contrato y el **Producto No.3** correspondiente al



reporte de áreas restauradas o reforestadas de cada socio estratégico, **debía ser entregado a los 420 días, es decir el 10 de marzo de 2019**, para lo que faltaban escasos 73 días del total de ciento ochenta (180) días con los cuales, según el contrato, contaba el CONSORCIO IDEL contados a partir de la entrega del producto No.2.

El contratista remitió Nota IDEL-N-002-2019 de 3 de enero de 2019 (f. 1617) - a los 354 de los 420 días para la entrega del Producto No.3 - en la cual solicitó adenda al contrato con la finalidad de retomar las actividades de plantación de árboles a partir del 15 de mayo de 2019, con la finalidad de minimizar la muerte de árboles y asegurar un alto grado de éxito en la implementación del proyecto, indicando que las condiciones de suelo y clima existentes en la cuenca, y las características del periodo de verano en Panamá con la ausencia de lluvias, afectaría de manera crítica cualquier plantación de árboles que se realizara, añadiendo que los medios locales informaban del posible Fenómeno del Niño.

En este sentido, no podemos soslayar que el 15 de enero de 2018, día uno (1) del término de entrega, el CONSORCIO IDEL ya estaba en conocimiento que la fecha de entrega del Producto No.3 sería durante la estación seca o verano, por ello pretender que transcurrido casi un (1) año desde el inicio de la ejecución del contrato, para manifestar que la plantación correspondiente al Producto No.3 se vería afectada por la estación seca, no puede considerarse como caso fortuito o fuerza mayor, ya que contó con suficiente tiempo para presentar y sustentar oportunamente las razones por las que estimaba que el establecimiento del material vegetativo no debía realizarse durante ese periodo de tiempo previamente establecido en el contrato y no a escasos 66 días para la fecha de entrega.

Recordemos que el contratista bien pudo programar e iniciar la plantación anticipadamente, ya que la fecha de entrega estaba fijada para el 10 de marzo de 2019 - fecha que era de su conocimiento desde el 15 de enero de 2018 - y no como ocurrió, que pasados 354 días aún no había avance con el establecimiento del material vegetativo.

Como quiera, dentro del expediente administrativo existen constancias orientadas a que el contratista sustentara las razones para solicitar adenda de tiempo, así como también la evaluación de las mismas por parte de la entidad, concluyendo que no se justificaba pretender la extensión del término de entrega del Producto No.3 y en consecuencia también la entrega de los Productos No.4 y No.5.

Ahora bien, a través de la Nota IDEL-N-034-2019 de 8 de marzo de 2019 (f. 1846) el CONSORCIO IDEL remitió a la Coordinadora de PROCUENCAS el 11 de marzo de 2019 (f. 1846) el Producto No.3, indicando que no había sido posible culminar el establecimiento por la llegada del verano y nuevamente se refirió a la **solicitud de adenda para la entrega de Producto No.3 al 30 de mayo de 2019.**

Llama la atención que en la Nota IDEL-N-067-2019 de 6 de mayo de 2019 (fs. 1871 a 1878), el contratista reitera su solicitud de extender el término de entrega, **esta vez para que la entrega del Producto No.3 fuera el 31 de agosto de 2019**, es decir a los 594 días y no a los 520 establecidos en el contrato, consecuentemente la entrega del Producto No.4 a los 90 días siguientes (684 días totales), es decir al 29 de noviembre de 2019, y el Producto No.5 a los 30 días posteriores (714 días totales), es decir el 29 de diciembre de 2019.



Términos de entrega y montos a pagar según el Contrato de Servicios No. CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017 (cláusula décima cuarta)

DESGLOSE DE TIEMPOS DE ENTREGA Y MONTOS A PAGAR

Productos	Tiempo de entrega a partir de la orden de proceder (días calendarios)	% de Pago	Monto Neto B/.	ITBMS B/.	Monto Bruto B/.
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	90 días a partir de la notificación del contrato u orden de compra	25	235,747.66	16,502.34	252,250.00
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	240 días a partir de la notificación del contrato u orden de compra	25	235,747.66	16,502.34	252,250.00
Producto No. 3. Reporte de las áreas restauradas o reforestadas de cada socio estratégico.	420 días a partir de la notificación del contrato u orden de compra	20	188,598.13	13,201.87	201,800.00
Producto No. 4, Reporte de seguimiento y mantenimiento de cada uno de los planes de implementación de cada socio estratégico	510 días a partir de la notificación del contrato u orden de compra	20	188,598.13	13,201.87	201,800.00
Producto No. 5 Reporte Final y Resumen Ejecutivo	540 días a partir de la notificación del contrato u orden de compra	10	94,299.07	6,600.93	100,900.00
TOTAL		100%	B/.942,990.65	B/.66,009.35	B/.1,009,000.00

Dicho lo anterior, advertimos que a través de la Nota PROCUENCAS-332-2019 de 24 de julio de 2019 (fs. 2600 y 2601) el MINISTERIO DE AMBIENTE remitió al contratista, el **Informe Técnico de Evaluación de las fincas de 17 de junio de 2019** (fs. 2532 a 2598) en el cual, el equipo técnico de la Dirección Regional de Coclé, señaló entre otras cosas que el producto presentado no cuenta con: (i) los archivos en formato *Shapefile*, con el cual verificar el total de las hectáreas establecidas, (ii) el total de las fincas establecidas, solo presentó documento con los avances de los trabajos realizados; y concluyó que del total de 27 fincas fueron inspeccionadas 25, las cuales representaron el total de 1,1620.30 hectáreas (91.1% de la superficie contratada) y con base a dichos datos el porcentaje de supervivencia fue calculado en 5%; todas las fincas visitadas tenían incumplimiento técnico en el establecimiento de las modalidades y por último indicó que el producto no cumplía con lo establecido en el contrato, por tanto no fue aprobado.

El MINISTERIO DE AMBIENTE a través de la Resolución No.DM-0318-2019 de 14 de agosto de 2019, publicada en *PanamaCompra* en igual fecha, resolvió administrativamente el contrato en estudio, acto administrativo que fuera apelado por el consorcio contratista y resuelto por este Tribunal mediante Resolución N°199-



2019 de 23 de octubre de 2019, declarando nulidad relativa y retrotrayendo el trámite desde los actos para la notificación de la nota de intención de resolución administrativa del contrato, para luego continuar el trámite iniciado.

Así las cosas, la entidad por medio de la Nota No.DM-3016-2019 de 28 de octubre de 2019, publicada el 12 de noviembre de 2019 en *PanamaCompra*, comunicó al contratista la intención de resolver administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, 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*” (sic), por incumplimiento de las cláusulas pactadas, señalando las razones y concediéndole el término de cinco (5) días hábiles para contestar y presentar las pruebas que estimara convenientes.

Posteriormente, el 11 de diciembre de 2019 la entidad publicó en *PanamaCompra* la Resolución No.DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019, por medio de la cual fundamentó y resolvió administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, suscrito con el CONSORCIO IDEL, así como también inhabilitó a las empresas INNOVACIÓN Y DESARROLLO LATINOAMERICA, S.A. e INNOVACIÓN Y DESARROLLO LOCAL, S.L., por el término de dos (2) años para participar en actos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación.

Producto de la revisión de las piezas procesales del contrato en referencia no queda acreditado que el incumplimiento del Consorcio IDEL es atribuible a causas de fuerza mayor y caso fortuito, dado que la estación seca cada año se desarrolla durante los mismos meses, adicional a ello como se mencionó antes el consorcio contó con más de un (1) año para planificar, organizar y plantar el material vegetativo de forma tal que para la llegada de la estación seca la plantación estuviera establecida conforme a los requerimiento del Producto No.3 y diera el respectivo seguimiento / mantenimiento que formara parte del Producto No.4 que además hubieran servido como paliativos a los efectos que pudieran sufrir a causa del Fenómeno del Niño.

Por otro lado, observamos que la entidad contratante cumplió con los postulados de la Contratación Pública y, en cuanto al principio del debido proceso, notificó al contratista de los resultados del seguimiento e incumplimientos, contenidos en los Informes Técnicos referidos a fojas 5 y 7 de la presente resolución, en cumplimiento del contrato y la ley.

A criterio de este Tribunal, el incumplimiento de la contratista quedó demostrado, dado que en el último Informe Técnico de Evaluación de las fincas, realizado el 17 de junio de 2019 (fs. 2532 a 2598), se señalaron múltiples inconsistencias e inobservancias a los requerimientos del Producto No.3, recordemos que **la culminación de los servicios estaba pactada para el 15 de agosto de 2019** y en dicha fecha el consorcio no había finalizado la totalidad de los servicios contratados.

Ahora bien, aun cuando a la fecha de hoy el término ha vencido, el contrato mantiene sus efectos, postura que ha sido reiterada por este Tribunal, señalando que el vencimiento del plazo, no constituye *per se* la cesación inmediata de los efectos del contrato, ya que en los contratos de obra la extinción se configura por el cumplimiento del objeto contractual.



Respecto a lo anterior, debemos anotar que aunque el plazo de diecinueve (19) meses para la culminación del servicio concluyó, la figura de la liquidación del contrato amplía su término de vigencia. Así, el contrato no se extingue hasta tanto se liquide, por ende el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, se mantiene en vigor con fundamento en el artículo 97 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011:

“Artículo 97. Plazo para la liquidación de los contratos. Para efectos de este artículo, se entenderá por liquidación de los contratos el procedimiento a través del cual, una vez terminada la ejecución del contrato, las partes determinan las sumas adeudadas entre sí.

La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en el pliego de cargos o su equivalente, o dentro del término que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En los casos en que el contratista no se presente a la liquidación, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad contratante, o en que las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses siguientes. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo. En este caso, la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

Toda liquidación de contrato deberá contar con el refrendo del representante legal de la entidad o del servidor público delegado y del servidor público autorizado por la Contraloría General de la República.

Este artículo será reglamentado por el Órgano Ejecutivo”.

(El subrayado es nuestro)

Previo a concluir es importante señalar que, aun cuando en la etapa probatoria se requirió prueba de informe a la Dirección de Hidrometeorología de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA), como contraprueba solicitada por la parte actora, llevado a cabo el análisis de las fechas, términos de entrega y demás elementos expuestos y desarrollados previamente, no presta mérito requerir otra prueba de informe respecto a la Cuenca Hidrográfica del Río Grande.

Escrito del recurso de impugnación, folio 25:

Solicitamos se sirva evacuar **contraprueba de informe** dirigido a la Dirección de Hidrometeorología de la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), a fin de certificar si para el periodo noviembre 2018 a abril 2019, ocurrió el denominado Fenómeno del Niño. En caso afirmativo, brindar la información del periodo en que ocurrió, su impacto, y si la Cuenca del Río Chiriquí en la Provincia de Chiriquí se vio afectada con el mismo.

Por último, dado que en el estudio del presente recurso se observó que la contratista incumplió con la ejecución del servicio dentro del periodo determinado dentro del respectivo contrato, este Tribunal considera que lo procedente es **confirmar** la Resolución No.DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019, mediante la cual el MINISTERIO DE AMBIENTE, resolvió administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017 e inhabilitó a las empresas que conforman el CONSORCIO IDEL, por el término de dos (2) años para participar en actos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación, con fundamento en el literal a) del artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, reglamento vigente a la fecha del perfeccionamiento del contrato aludido.

En consecuencia y en atención a lo expuesto, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No.DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019, proferida por el MINISTERIO DE AMBIENTE, mediante la cual resolvió administrativamente el Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017 e inhabilitó a las empresas que conforman el CONSORCIO IDEL (INNOVACIÓN Y DESARROLLO LATINOAMERICA, S.A. e INNOVACIÓN Y DESARROLLO LOCAL, S.L.), por el término de dos (2) años para participar en actos de selección de contratista y celebrar contratos con el Estado, mientras dure la inhabilitación.

SEGUNDO: DEVOLVER al MINISTERIO DE AMBIENTE, el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas en la ejecución del Contrato de Servicios No.CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, el cual está conformado por seis (6) tomos, integrados por dos mil setecientos treinta (2730) folios útiles en original (Programa de Cuencas); tres (3) tomos integrados por novecientos cincuenta (950) folios útiles en original; y un (1) tomo integrado por sesenta y tres (63) folios útiles (Anexos), según informe secretarial visible a foja 174 del expediente jurídico.

TERCERO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación en el referido sistema.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que la presente resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente 265-2019, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 1, 97, 113, 115, 116, 117, 120, 129, 131 y 141 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011; artículos 262, 319, 359 y 360 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; artículo 100 de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017 y Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado
Salvamento De Voto



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado



KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPÚBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE APELACIÓN PRESENTADO POR CONSORCIO IDEL EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. DM-0614-2019 DE 4 DE DICIEMBRE DE 2019, EMITIDO POR EL MINISTERIO DE AMBIENTE EXP. 265-2019, RESOLUCION No. 113 -2020-Pleno/TACP DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2020 (Decisión).

En esta ocasión disiento de la decisión adoptada por la mayoría de mis homólogos, toda vez que a lo largo de la ejecución del Contrato de Servicios No. CC-14 -CAF-2017, se evidenciaron una serie de inconsistencias por parte de la entidad contratante, tales como el Informe Técnico IDEL -N-003-2019, a través del cual se dejó constancia que la justificación manifestada por los socios estratégicos, se enmarca en las características climáticas que se presentan en el área del arco seco y específicamente entre la parte media y baja de la cuenca hidrográfica del Río Grande, área en la que se encuentra la mayor cantidad de socios estratégicos. Al pertenecer la mayoría de los socios estratégicos al área del arco seco, resulta importante los periodos de establecimiento de material vegetativo, que estén basados al inicio de las épocas de las lluvias, que oscila entre los meses de abril y mayo, y aquellos establecimientos que se realicen en ésta época deben considerar aquellos paliativos como la utilización de hidrogel y cubriendo la base de los plantones para aumentar la retención de humedad, hasta que éstas se normalicen que habitualmente es en el mes de junio con este tipo de paliativos podrían disminuir considerablemente.

Aunado al Informe Técnico de la Adenda No.2 donde el MINISTERIO DE AMBIENTE sostuvo, que considerando los boletines informativos de los pronósticos del clima que señalan la presencia del fenómeno del niño, se entiende probablemente hasta el mes de octubre, consideraron viable la solicitud presentada por la empresa contratista con relación a la extensión del contrato para la entrega del producto No. 3, 4. 5 del contrato.

Prueba de ello, es el sistema de alerta emitido por la Dirección de Hidrometeorología de la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA) comprendiendo el período de noviembre 2018 a abril 2019, en las cuencas hidrográficas con las centrales hidroeléctricas, donde se evidencio que efectivamente hubo un evento climatológico, inesperado, que afectó a los productores, constituyéndose así en un *caso fortuito*, puesto que dicha situación proviene de acontecimientos de la naturaleza que no pudieron ser previstos.

Sin embargo, a pesar del pronunciamiento emitido por la entidad contratante a través de los informes previamente señalados, mismos que reposan en el dossier



administrativo, y del cronograma presentado por la empresa contratista donde dejó constancia de los trabajos actualizados describiendo los paliativos realizados para contrarrestar las condiciones propias de la zona, la entidad contratante desestima la solicitud de adenda, aún ante la existencia de 21 notas firmadas por los socios estratégicos rechazando el proceso de siembra durante los meses de verano, en sus fincas, por motivos de la especial condición climática por la que estaba atravesando el país.

Nótese que fue la entidad contratante quien estimó la viabilidad de conceder una prórroga de tiempo en virtud de los hechos acaecidos y respaldados por los informes de la Dirección de Hidrometeorología de la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), sin embargo, es esta misma entidad la que desestimó su posición de otorgar una adenda basado en que los justificables para dicha solicitud no tienen sustento suficiente.

Nos llama la atención el pronunciamiento de la entidad contratante, puesto que la justificación emitida por la empresa contratista no presentó ninguna variación, fue exactamente el mismo planteamiento desde el momento que la entidad contratante acepto conceder la prórroga hasta el momento en que desestimó la solicitud de prórroga, fueron siempre exactamente los mismos hechos, fenómenos climatológicos avalados por una entidad estatal y la preocupación de los socios estratégicos por la situación fortuita que se estaba presentado, los cuales no se negaban a realizar las actividades por el contrario eran conscientes del beneficio otorgado a la sociedad civil en general con este contrato de servicio y en base a ello solicitaban un aplazamiento de las actividades para llevar a cabo la siembra de plantación de plantas y estacas vivas a partir del 15 de mayo de 2019, donde las condiciones climatológicas hubiesen mejorado.

Sin embargo, la entidad contratante manifestó al respecto que, por no tratarse de una negativa generalizada por parte de los socios estratégicos la misma no es una justificación suficiente para que se prorrogue la entrega del producto No.3, situación que a todas luces es un acto de mala fe, ya que la negativa no implica la voluntad de hacer, por el contrario conlleva la acción de no querer hacer ni cumplir las obligaciones en ningún momento, a diferencia de lo esbozado por los socios estratégicos toda vez que es precisamente por la voluntad de llevar a cabo el contrato de servicios que solicitaron una extensión de tiempo debido a que mantenían la voluntad de ejecutar las obligaciones pactadas, que por motivos de las condiciones climáticas se les imposibilitó ejecutarlas de inmediato, de ahí la justificación de la solicitud de prórroga de tiempo para la entrega del producto No.3, la cual en sus inicios fue avalada por la entidad contratante, y luego desestimada por esta, sin mayores motivaciones.

Cabe destacar que, el escenario durante la ejecución del contrato dista de una empresa contratista desligada de sus obligaciones, por el contrario, la misma cumplió con la entrega de los productos 1 y 2 dentro de los términos establecidos en el

Contrato de Servicio, y solicitó la adenda de tiempo para el cumplimiento efectivo del producto 3 dentro del término de ejecución de dicho producto.



Es por ello que tomando en cuenta el compromiso que demostró la empresa contratista a lo largo de la ejecución del contrato, lo más conveniente para la sociedad en general era otorgar una adenda de tiempo a fin que ésta cumpliera con el objeto contractual, como medida previa antes de resolver administrativamente el contrato, nótese que el fin que persiguen las contrataciones públicas es llevar a cabo el objeto contractual, y para ello la existencia del principio de eficacia, el cual nos indica que los sujetos del procedimiento de selección de contratista, así como los que intervienen en la relación contractual, harán prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto de contratación sobre aquellos formalismos cuya realización no incidan en su validez, no determinen aspectos importantes de la decisión final, no disminuyan garantías del procedimiento de selección de contratista ni causen indefensión a los interesados.

Es ese mismo orden de ideas el Principio de Eficacia manifiesta que los servidores públicos concebirán el procedimiento de selección de contratista como un medio y no como un fin en sí mismo, lo cual nos lleva al principio de eficiencia, el cual en su esencia conlleva la aplicación de los medios adecuados para cumplir las tareas y obligaciones con ahorro de tiempo y de gastos, simplificando los procedimientos burocráticos.

La entidad contratante obtuvo de primera mano a través de los informes técnicos la incertidumbre manifestada por los socios estratégicos, mismos que constituyen un elemento fundamental en la realización del objeto contractual en cuanto a que los implantes de plántones no surtirían los efectos debidos en el tiempo en que correspondía la siembra, lo cual fue corroborado con el informe climático, y más aún con los mismos resultados obtenidos, los cuales arrojaron un porcentaje de supervivencia de 5% por debajo de los rangos normales, reforzando las inquietudes de los socios que manifestaron que las fechas para la siembra no era la adecuada, aunado a la negativa de aquellos socios que no accedieron a realizar dichos implantes.

Situación que en aras de cumplir con los términos establecidos no se contempló la posibilidad de extender el periodo de tiempo para llevar a cabo el producto 3 a fin de que se cumpliera con el objetivo y no así la obtención de pérdidas cuantificadas en cada finca, respecto a los plántones que no lograron sobrevivir tomando en cuenta que esto ocasionaría la remoción de plántones, arar la tierra y volver a sembrar.

Por las razones antes expuestas, mal pudiese la empresa contratista, buscar paliativos para afrontar los efectos que causara el fenómeno climático

acaecido en esas fechas en la cuenca de Río Grande con antelación, puesto que, por ser una situación de causa mayor, la misma se presentó de manera sorpresiva sin dar margen a otras alternativas por tratarse de un fenómeno atmosférico que afecta diversas partes del mundo en diferentes escalas, tal como explicó Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A (ETESA).

Por otro lado, nótese que el contrato establece las medidas que el contratista debe tener en caso de accidentes ambientales, para evitar posibles impactos, estos con relación a plagas y enfermedades, por lo que deberá seguir las normas de seguridad establecidas a nivel nacional, sin embargo la entidad contratante no previó situaciones climatológicas, aún cuando el objeto contractual guarda una estrecha relación con las mismas en la consecución de su ejecución, por tal motivo cabe destacar que, dichas alteraciones a las condiciones climáticas normales se presentaron durante la ejecución de este contrato, e influyeron directamente en el bajo desempeño del objeto contractual, mismas que fueron informadas no sólo por el contratista, sino también por la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A, (ETESA) Dirección de Hidrometeorología, la cual rindió informe climático, concerniente a varios países afectados por el Fenómeno del Niño, entre ellos Panamá, 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.

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

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

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

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



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

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

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

Ahora bien, de igual manera se estableció en el contrato; el mantenimiento de las áreas reforestadas o restauradas, el traslado del material vegetativo (plantones), desde los viveros hacia los sitios destinados, para su establecimiento por lo que deberán mantener una calidad y garantizar sobrevivencia. Estos deben manipularse cuidadosamente para evitar la fragmentación o desmejoramiento del terrón o pilón de tierra y el quiebre de daños de los tallos y hojas.

Ello sin dejar de lado, según lo establecido en el contrato, que el contratista debe considerar como mínimo la reposición de plantones cuando la sobrevivencia sea menor al 80%, en cuyo caso el porcentaje de sobrevivencia establecido en el caso que nos ocupa atendió a un 5%, aun siendo previsto por la empresa contratista, en cuanto a que las posibilidades que esta situación ocurriera fuesen bastante elevadas, situación que fue reforzada con el informe emitido por ETESA, por lo que llevar a cabo la siembra de plantones en esa época del año, con las condiciones climáticas existentes iba en contra de las cláusulas contractuales pactadas por ambas partes, ya que el objeto del mismo era garantizar la sobrevivencia de los plantones.

Toda vez que estamos en presencia de plantones que son trasladados de los viveros (reservas orgánicas) que conllevan un proceso de siembra y estricto cuidado para que puedan surtir los frutos requeridos después de meses de tratamiento, con lo cual se exigió como cláusula contractual, garantizar la sobrevivencia de estos, de manera que al observar que el periodo de siembra no era el propicio para llevar a cabo la ejecución del producto No.3, en estricto cumplimiento del contrato firmado por ambas partes y en aras de evitar daños irreversibles para todas las partes objeto del contrato, lo correspondiente era prorrogar el tiempo acordado a fin de cuidar los plantones y así evitar el porcentaje tan bajo de sobrevivencia que arrojó el informe técnico siendo este un 5%.

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

Sobre la Resolución del Contrato, el autor GASNELL, Carlos Alberto, en la obra titulada ¿Cómo contratar eficientemente con el Estado?, Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2003, página 225, ha señalado lo siguiente:

“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”.

Dromi, 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.”

Por consiguiente, consideramos se pondere más la argumentación sobre principios de justicia, sentido común y equilibrio, entre otros, que han de regir en las relaciones contractuales ya que no solo la previsibilidad y la fluctuabilidad son diversas, sino que también hay sectores en los que más allá del daño inmediato, por su proyección en el tiempo, tienen posibilidades de que cuando la situación crítica cese en no largo tiempo, puedan recuperarse e incluso reactivarse a medio o largo plazo.

En consecuencia, las decisiones jurisdiccionales de este Tribunal deben orientarse según los parámetros de la buena fe, la razonabilidad, transparencia y economía procesal.

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



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen Solís
Secretaria General, Encargada

