



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 079-2018

RECORRENTE: CONSORCIO OH/GSE

ACTO RECURRIDO: Resolución No.105-2018 de 4 de julio de 2018, proferida por el Municipio del Distrito de Panamá, que decidió resolver administrativamente el Contrato de Obra No. 044-2015, suscrito con el consorcio OH/GSE, para la construcción de piscina olímpica Mañanitas, y la inhabilitación por un término de tres (3) años.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

RESOLUCIÓN No.065-2019/TACP de 02 de mayo de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley No. 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, entre otras cosas.

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 panameño representado en esta oportunidad por el Municipio del Distrito de Panamá, convocó el acto público de selección de contratista N° 2015-5-76-0-08-LV-008141, para la "Construcción de Piscina Olímpica Mañanitas, Corregimiento de Mañanitas, Distrito de Panamá", el cual, luego de las formalidades de la ley de contrataciones públicas y de la aplicación del procedimiento legalmente establecido, le fue adjudicado al CONSORCIO OH/GSE, por un monto de Un Millón Ciento Treinta y Un Mil Seiscientos Treinta y Dos Balboas con 96/100 (B/.1,131,632.96), por haber cumplido con todos los requisitos del pliego de cargos para esa contratación.



Ya en la etapa de ejecución, el Municipio del Distrito de Panamá decidió mediante la Resolución No. 105-2018 de 4 de julio de 2018, Resolver administrativamente el Contrato de Obra No. 044-2015 de 16 de diciembre de 2015, por las siguientes razones.

Que el proyecto presentó atrasos en las actividades del cronograma que no debían ser afectadas por el cambio de diseño y que el consorcio OG/GSE justifica con demora en la conexión de servicios temporales, como la electricidad y el agua.

También sustentan que el día 22 de diciembre de 2016 se inspeccionó el proyecto, encontrándose en abandono, es decir, no había personal del consorcio OG/GSE laborando. Indica que debido a la inconsistencia mostrada se llevó a cabo una reunión entre ambas partes y que producto de esa reunión la recurrente se comprometió a finalizar el proyecto, tomando las riendas la empresa OH INGENIERÍA, S.A., quien es parte del consorcio y en donde se aprobó de forma preliminar una extensión de 150 días.

Otro de los argumentos sostenidos es que después de dos (2) meses de haber reformulado la orden de cambio No. 2 contenida en la adenda No. 2, la misma no se había podido gestionar porque el consorcio no había realizado la entrega del endoso de la fianza.

Mediante informe técnico de 30 de abril de 2018, el Departamento de Estudio y Diseño reporta que el estado de la construcción refleja un avance físico del 40.38 hasta el 20 de abril de 2018, siendo incluso un porcentaje menor al del 11 de agosto de 2017, debido a la corrección de dos renglones. De igual forma comunican que desde julio de 2017 no se han visto avances significativos en la obra, sumado a que el mismo denota un estado de abandono con mano de obra presente pero no realizan las actividades.

II. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Luego del agotamiento de las fases previas del presente proceso y de los planteamientos antes vertidos, esta Colegiatura, en virtud del contenido del numeral 2 del artículo 120 del Texto Único de la Ley N°22 del 27 de junio de 2006, procede a desatar lo contencioso, a fin de darle respuesta a los administrados y a la administración, respecto al acto administrativo en etapa de ejecución, como consecuencia del recurso de apelación que fue anunciado y sustentado dentro del marco de la ley especial de contrataciones públicas.

Por ello, lo que procede es determinar si estamos ante un desatino jurídico que deba ser remediado o no en esta fase de agotamiento de la vía gubernativa, verificando si la entidad realizó el procedimiento dentro del marco de la ley sustantiva-adjetiva, para posteriormente concluir con la confirmación del acto público en debate, la revocatoria de la decisión administrativa o la declaratoria de nulidad relativa o absoluta del proceso.

Así, pues, tenemos que el Municipio del Distrito de Panamá a través de la Resolución No. 105-2018 de 4 de julio de 2018, decidió declarar resuelto administrativamente el Contrato No. 044-2015 de 16 de diciembre de 2015 e inhabilitar a la recurrente por el término de tres (3) años, por considerar que la misma incumplió con las cláusulas del contrato.



No obstante, no podemos entrar en el fondo del asunto, es decir, determinar si en efecto existe o no incumplimiento en la finalización de la obra en feliz término, sin antes evaluar la actuación de la entidad en el tema del procedimiento legalmente establecido, y para ello, debemos remontarnos a lo que dispone el artículo 116 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que trata sobre el procedimiento de resolución administrativa de contrato.

En la revisión del recurso de apelación presentado por la recurrente y el expediente administrativo suministrado por la entidad contratante, esta instancia administrativa observa que se presentaron deficiencias en la aplicación del procedimiento de resolución administrativa del contrato, vulnerando lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

Apreciamos que la entidad mediante Nota MUPA –NOTA-2018-01269 de 23 de mayo de 2018, decide **RESOLVER ADMINISTRATIVAMENTE** el Contrato de Obra O. 044-2015, suscrita con la empresa asociación accidental denominada Consorcio OH/GSE, para la “**CONSTRUCCION DE PISCINA OLIMPICA MAÑANITAS, CORREGIMIENTO DE MAÑANITAS, DISTRITO DE PANAMÁ**”, manifestando que la empresa incurrió en incumplimiento del objeto y plazo para la ejecución de las etapas del contrato, dentro termino pactado.

En esta oportunidad, verificamos que de acuerdo a la Orden de Proceder el recurrente debió iniciar la ejecución del proyecto objeto del contrato, el cual contaba con Ciento Veinte (120) Días Calendarios, de conformidad con la Cláusula Sexta referente a la vigencia.

Que en efecto hemos observamos que el contratista solicitó confección de Adenda No. 1 de extensión de tiempo por un lapso de Setenta y Cinco (75) Días, en los cuales estimaba concluir las obras enumeradas, dentro del mismo.

Efectivamente la entidad aprueba dicha solicitud, mediante Adenda No.1, se les aumentó el plazo del Contrato a Ochenta (80) Días más, lo que hizo un total de Doscientos (200) Días Calendarios, para su ejecución.

Que una vez transcurrido dicho período, el avance fue mínimo según el recurrente, ya que la entidad se atrasó e la entrega del rediseño eléctrico. El Municipio de Panamá decide extenderle el periodo a Cuatro (4) meses más, después de refrendada la adenda.

Aun así y luego de varias Notas e Informes Técnicos, la obra sigue teniendo un avance físico lento (41.22) hasta el 6 de julio de 2017.

Se tramita otra Adenda denominada Adenda No. 2, la cual se retrasó porque la empresa Líder del Consorcio, no se encontraba a paz y salvo, por lo que esta situación le impedía firmar el contrato.

A foja 700 del expediente de marras y por medio de la Nota no. DEYD-1220-343-16 de 18 de julio de 016, el municipio de Panamá le manifiesta a la empresa que os planos se encuentran en proceso de diseño y que los mismos no debían generar atraso, ya que los planos se basaban principalmente en el rediseño de la gradería y cuarto de máquinas, pues el de otras áreas ya le había sido entregado.

A su vez, a foja 697 de dicho expediente, se observa Nota No. 0020-2016 de 2 de agosto de 2016, donde la empresa responde y deja de manifiesto, que el día 25 de julio de 2016, no contaban con personal dentro de la obra, ya que tenían atrasos, debido a percances.



Observamos que aun con los retrasos y el poco avance, mediante Nota No. 2927/DS/2017 de 7 de noviembre de 2017. El MUNICIPIO DE PANAMA comunica mediante el portal electrónico "PanamaCompra" a la empresa CONSORCIO OH/GSE, S. A., la intención de resolver administrativamente el Contrato de Obra No. 044-2015, sin embargo, el recurrente presentó en tiempo oportuno sus descargos, por lo que la entidad procede a conceder la prórroga solicitada por el contratista.

Posteriormente es presentado el avance en cuentas proyectando un 23.41% dentro del período contractual.

Se dieron diferentes hechos por parte de la Contratista, que no permitieron continuar con el desarrollo de la obra, lo que da origen a el presente proceso.

Por su parte el recurrente manifiesta que, si la obra no se ejecutó durante el período otorgado, fue debido a los constantes eventos, entre ellos: hurtos de materiales, dificultades en la contratación del personal, debido a la inseguridad prevalente en el sitio, conflictos laborales, climático, topográficos, entre otros.

El Contratista debió tomar las precauciones debidas, toda vez que el proyecto se encuentra ubicado en un área de riesgo social, que el mismo que ya conocía, por lo que es inexcusable el tema de los hurtos, en cuanto a los problemas de índole laboral, éstos fueron previos a la adjudicación del Contrato, por lo que mal se los puede enunciarlos para justificar los retraso y para finalizar con el análisis de las excusas por la dilatación del proyecto, en nuestro país existen dos estaciones seca y lluviosa, esta última es constante y copiosa por lo que tampoco es eximente para el cumplimiento por parte del Contratista.

Somos de la opinión que, aunque también es responsabilidad del MUNICIPIO DE PANAMÁ, darle seguimiento e impulsar las gestiones necesaria para el avance de la obra en cuestión, según lo indica el recurrente en su escrito de apelación.

Artículo 13. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

6. Cumplir con las obligaciones que contractualmente les correspondan, de forma que el contratista pueda ejecutar oportunamente lo previsto en el contrato y en el pliego de cargos.
7. Proceder oportunamente para que las actuaciones imputables a las entidades públicas no causen una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, estando obligadas a corregir, en el menor tiempo posible, los desajustes que pudieran presentarse, acordando los mecanismos y los procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, de conformidad con el contrato y el pliego de cargos. (Destacamos)

Es evidente en el Contrato de marras, la buena fe por parte de la entidad ya que, en reiteradas ocasiones extendió plazos para la construcción de dicha obra. Aun cuando el recurrente no contaba con las Adendas refrendadas, autorizando la continuación las obras del Contrato No. 044-2015 de 16 de diciembre de 2016, ni la orden de proceder en la forma que la ley de contrataciones públicas ordena y aunque hubo retrasos de toda índole, entre ellas la falta de refrendos como se reitera, el Municipio de Panamá siguió dando un margen amplio para concluir la misma.



También es menester del Contratista cumplir con todo lo solicitado en el Contrato y es por ello que, que no pasamos por alto lo expresado por el Contratista, ya que cita el Texto único de la Ley que nos regenta, en la modalidad de las obligaciones de las entidades contratante, pero no es menos cierto que también el Contratista tiene responsabilidades tales como las que seguidamente exponemos:

Artículo 14. Derechos de los contratistas. Son derechos de los contratistas los siguiente:

.....

- 3. Que las entidades les reciban los bienes, los servicios o las obras contratadas y les emitan el documento de recepción en el plazo estipulado en el numeral 8 del artículo 13 de la presente Ley.**

Artículo 15. Obligaciones y deberes del contratista. Son obligaciones del contratista las siguientes:

- 1. Cumplir con el objeto del contrato y sus Condiciones, dentro del término pactado.**

En relación al período de inhabilitación, que le fue impuesta por un término de tres (3) años, nos remitimos de inmediato a lo preceptuado en el artículo 117 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, que establece lo siguiente:

"Artículo 117. Competencia. La competencia para inhabilitar a los contratistas por incumplimiento de contratos u órdenes de compra recae en el representante de la entidad o en el servidor público en quien se delegue esta función. La sanción de inhabilitación se decretará en el mismo acto en que se declara la resolución administrativa de contrato. Será responsabilidad de la Dirección General de Contrataciones Públicas reglamentar esta materia.

Para efectos de la inhabilitación, se entenderá que los contratistas inhabilitados no podrán participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación, la cual será de tres meses a tres años, dependiendo de la reincidencia, de la cuantía del contrato y de la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que resulte de su actuación, las personas naturales o jurídicas que incurran en falsedad o en fraude en el acto de selección de contratista, en el procedimiento excepcional de contratación o durante la ejecución del contrato, de la adenda o de la orden de compra, comprobado en el proceso de resolución administrativa del contrato u orden de compra, serán inhabilitadas por la Dirección General de Contrataciones Públicas por un período mínimo de dos años.

Cuando concurren en forma simultánea dos o más sanciones de inhabilitación hacia un mismo contratista, se le aplicarán las sanciones en forma acumulativa, entrando a regir la posterior al día siguiente de la finalización de la sanción anterior".

Dicho lo anterior, somos del criterio que, a pesar del evidente incumplimiento por parte del CONSORCIO OH/GSE, la misma no es cónsona con el presente proceso, puesto que no se cumple con uno de los preceptos que la ley establece como parámetro para determinar el tiempo que debe inhabilitarse a la empresa, por lo que no se justifica el tiempo máximo, puesto que no se ha acreditado la reincidencia, ni el alcance del daño al Estado, por Ende corresponde aplicar una inhabilitación menos severa, acorde con la realidad en la presente encuesta administrativa.



De tal manera el presente Tribunal difiere con la inhabilitación plasmada en cuanto al periodo y otorga un periodo de dieciocho (18) meses de inhabilitación a la empresa contratista, tal como lo establece el párrafo segundo del artículo, por no haber incurrido en ninguno de los supuestos plasmado con anterioridad.

Estas situaciones corroboran la falta de compromiso por parte del Contratista, por lo que no es factible para este Tribunal atender la solicitud de revocar la decisión ante la falta de responsabilidad del apelante, siendo así, lo que corresponde es **Confirmar** la Resolución No. 105-2018 de 4 de julio de 2018, lo actuado por la entidad contratante de conformidad al contenido del artículo 354, literal d, de la Ley No. 22 de 2006, y que es del siguiente tenor.

*“Artículo 354: (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) Confirmar lo actuado por la entidad contratante,
b) Modificar lo actuado por la entidad contratante,
c) Revocar lo actuado por la entidad contratante,
restableciendo el derecho vulnerado,
d) Anular lo actuado por la entidad contratante”.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el artículo primer de la Resolución No. 105-2018 de 4 de julio de 2018, dictada por el Municipio del Distrito de Panamá, correspondiente al acto público No. 2015-5-76-0-08-LV-008141 y **MODIFICAR** el artículo segundo que se refiere al periodo de inhabilitación de tres (3) años impuesta por la entidad, reduciéndolo a dieciocho (18) meses, toda vez que no se justifica el tiempo máximo, puesto que no se ha acreditado la reincidencia, ni el alcance del daño al Estado, por Ende corresponde aplicar una inhabilitación menos severa, acorde con la realidad en la presente encuesta administrativa.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente Administrativo del presente proceso, contentivo de tres (3) tomos conformado de mil treinta y nueve (1,039) fojas útiles, tal y como se indica en la Nota MUPA-NOTA-2018-01850 de 18 de julio de 2018, emitida por el Municipio de Panamá que se observa a foja 51 del expediente del Tribunal.

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 correspondiente ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

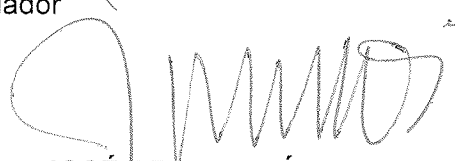
QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.079-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de 1972, reformada por los Actos Reformativos de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983, y con las reformas introducidas por los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994 de Panamá, Texto Único de la Ley N°22 del 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley No. 48 de 2011 y por la Ley No. 61 de 2017; Decreto Ejecutivo N°366 del 28 de diciembre de 2006, Ley 38 de 31 julio de 2000; Código Judicial.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


KAREN SUE SOLÍS M.
Secretario General, Encargada

