



REPUBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 048-2021

RECURRENTE: GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.

ACTO RECURRIDO: Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021, proferida por el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE)**, mediante la cual se resuelve administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16 y se inhabilita por Tres (3) años a **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No. 068-2021-Pleno/TACP de 4 de junio de 2021 (Decisión).

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:

Dando inicio a la encuesta administrativa por parte del Estado, debidamente representado para este acto público por el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE)**, llevó a cabo el procedimiento de Selección de Contratista No. 2015-0-03-0-09-LP-018928, correspondiente al Acto Público para la "Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas", siendo adjudicado mediante la resolución No. 312 de 30 de noviembre de 2015, a la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.** por un monto total de **SEISCIENTOS SETENTA Y**

21



CINCO MIL DOSCIENTOS DIECISEIS BALBOAS con 55/100 (B/. 675,216.55) (visible en el portal electrónico "Panamacompra", bajo el icono "Resolución de Decisión" publicada el día 3 de diciembre de 2015).

Posteriormente, el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE)**, a través de las facultades de ley y de sus autoridades correspondientes, suscribió el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, para la "Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas", a favor de la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**

Uteriormente, el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE)**, a través de la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021 declara resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, suscrito con la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, por un monto total de **SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS DIECISEIS BALBOAS** con 55/100 (B/. 675,216.55), para la "Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas". (visible a fojas 011 a la 013 del expediente del Tribunal, así como en su publicación dentro del portal electrónico "PanamaCompra" de fecha 4 de mayo de 2021 a las 1:19 p.m.).

II. ANUNCIO DEL RECURSO DE APELACIÓN:

El 7 de mayo de 2021, en tiempo oportuno, el Lcdo. Ezequiel Reales Zuñiga, quien actúa en nombre y representación de la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, anuncia ante la Entidad Administrativa el Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021, cual se encuentra debidamente acreditada a infolio 014 del expediente del Tribunal.

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, lo cual indica que el término transcurrió del día 7 al 13 de mayo de 2021; siendo oportuna ambas actuaciones descritas anteriormente.

III. DESCRIPCIÓN DEL ACTO APELADO:

El acto atacado a través del recurso de apelación lo constituye la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021 que declara resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, suscrito con la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, por un monto total de **SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS DIECISEIS BALBOAS** con 55/100 (B/. 675,216.55), para la "Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos

51



de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas” he inhabilita a la empresa contratista, por el término de tres (3) años correspondiente al acto público N° 2015-0-03-0-09-LP-018928. (Resolución visible de foja 011 a 013 del expediente del Tribunal, así como en el Portal Electrónico “PanamaCompra”, en la publicación de fecha 4 de mayo de 2021 a las 1:19 p.m.)

IV. PRESENTACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

El 12 de mayo de 2021, el Apoderado especial, el Lcdo. Ezequiel Reales Zuñiga, quien actúa en nombre y representación de la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, presentó ante la Secretaria General del Tribunal, el libelo de sustentación del recurso de apelación incoado en contra de la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021, que declara resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, por el monto total de **SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS DIECISEIS BALBOAS** con 55/100 (B/. 675,216.55), para la “Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas” (escrito de sustentación visibles a infolios 016 a la 027 del expediente del Tribunal).

Que el apoderado judicial de la empresa recurrente formula como pretensiones dentro del libelo sustentatorio de sus descargos frente al acto administrativo apelado, las descritas así que se revoque la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021 en donde se declara resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16 y se indica la inhabilitación por tres años de sus representados.

V. NOTA REMISORIA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE) AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

Que el día 18 de mayo de 2021 el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (CONADES))** presentó ante la Secretaria General del Tribunal, la Nota CONADES-UCEP-SE-070-2021 de 17 de mayo de 2021, que fue publicada el día 18 de mayo del presente año, en el portal electrónico denominado “PanamaCompra”, por la cual remite el expediente administrativo del acto público No. 2015-0-03-0-09-LP-018928, el cual consta según informe secretarial a fojas 081-082 del expediente jurídico del Tribunal de tres (3) tomos, conformado por 869 folios útiles.

VI. RESOLUCIÓN DE PRUEBAS:

Mediante la Resolución No. 015-2021-Pruebas/TACP de 27 de mayo de 2021, el Tribunal se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas aportadas y aducidas por la parte recurrente. Misma que se encuentra en el Portal Electrónico

27



“PanamaCompra”, bajo el icono “Resolución de Pruebas” en la publicación del día 27-5-2021 a las 3:17 p.m.).

VII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

Este Tribunal se avoca en éste instante a la valoración de las actuaciones de la entidad contratante en contraste con los hechos y consideraciones esgrimidas por la apelante, a fin de determinar si éstas han sido generadas conforme al querer legislado por la Ley 22 de 2006 sobre Contrataciones Públicas (Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017), y de acuerdo a lo dispuesto en forma íntegra en el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, que constituye el vínculo jurídico o nexo de causalidad jurídica que ata las voluntades concertadas para el acto público de servicios el cual tiene como objeto principal la “Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas”.

Para resolver lo pertinente esta Colegiatura, retoma la problemática jurídica propuesta por las partes, precisando el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión. Por lo que, este Tribunal indica que se encuentra en presencia de un proceso donde debe valorarse la validez o la procedencia de un acto administrativo que le pone fin o término a una relación contractual por incumplimiento de la misma. Dentro de ese contexto es que el Tribunal pasa a realizar el examen de las constancias procesales frente a las pretensiones de las partes.

El acto administrativo que en esta oportunidad se recurre ante esta instancia jurisdiccional administrativa es la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021, por la cual se declara resolver administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, en base al artículo 113 (126), numeral 1, de la Ley 22 de 2006, el cual dispone que: “El incumplimiento en cualquiera de las cláusulas pactadas. ...” es causal de resolución administrativa.

De esta manera tenemos que el caso *in estudio* guarda relación con un contrato obras que, en términos generales, consiste en lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 2 de la Ley 22 de 2006, mismo que expresa que este es “Aquel que celebren las entidades estatales para la construcción, el mantenimiento, la reparación, la instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes muebles e inmuebles, cualquiera que sea la modalidad y pago”. Es actividades en esta oportunidad consisten en la Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas. La mencionada obra claro esta debe según los términos convenidos por las partes entregarse dentro de un lapso determinado.

21



Ahora bien obsérvese que esta modalidad contractual, la constituye según la doctrina y la jurisprudencial "toda construcción integral y reparación realizada por la Administración pública, directamente, sea por contratistas, o bien por concesionarios, sobre cosas (muebles e inmuebles) directa o indirectamente afectadas al uso público"¹. Siendo así que el Contrato de Obra Pública² es un contrato en marcha, y de resultados, puesto que, es "aquel por el cual una persona (contratista) se obliga respecto a otra (comitente), mediante precio cierto, a la obtención de un resultado (opus consumatum et perfectum³) al que, con o sin suministro de materiales, se encamina la actividad creadora del contratista que asume los riesgos de su cometido...."⁴. La esencia del contrato de obra es la obtención de un resultado (opus consumatum et perfectum). El ejecutor de la obra o contratista se obliga frente al que encargó la obra o comitente a obtener un determinado resultado, por lo que, lo determinante no es la actividad que el contratista deba llevar a cabo sino el resultado que deberá producir⁵. Así pues, es indubitable que el contrato de obra es un contrato con obligaciones recíprocas para el comitente (Entidad Contratante) y para el contratista, de forma tal que la contratista está obligada a ejecutar la obra conforme a las instrucciones dadas por la entidad contratante que viene compelido a su vez a abonarlas como contraprestación.

Definida la figura contractual, la siguiente cuestión a dilucidar es el objeto del contrato. El objeto del contrato es la obra concluida y ejecutada. Por lo que, en base a las consideraciones anteriores, este Tribunal en sede administrativa se dispone a dilucidar las diferencias existentes respecto al cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato *supra citado*, de acuerdo a que la entidad contratante atribuye el retraso en la entrega de la obra contratada a la empresa contratista **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.** Así las cosas, no cabe duda de que la decisión a la que arribe esta Colegiatura es producto del estudio en su conjunto de cada una de las piezas probatorias que reposan en el expediente administrativo y jurídico del Tribunal concatenado a la información que consta en el portal electrónico; elementos de pruebas que serán valorados en su justa dimensión conforme a las reglas de la sana crítica, que no es más que las máximas de la lógica, experiencia y sentido común. En cumplimiento de los trámites para la solución del presente proceso, se procede a un

¹ BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", T.3. p. 396.

² Para García De Enterría el contrato de obras es la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. En cuanto a su objeto y contenido señala: "Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Esta definición fue sustituida (...) por otra más abstracta y mucho menos expresiva que entiende por "obra el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica que tenga por objeto un bien inmueble", sustitución que no tiene mayor trascendencia". GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo I". Décimo Sexta Edición. Civitas. Thomson Reuters. Reimpresión 2014. Pág. 776 y 777. De tal manera es posible definir la obra pública como el resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física o intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente a un cometido público y cuya ejecución es de competencia de un ente público. (BARRA, Rodolfo Carlos, "Contrato de obra Pública", Tomo I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1988)

³ ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentarios a los artículos 1583 y ss. del Código Civil", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XX, vol. 2º, Madrid, 1986, p. 170 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las obligaciones de actividad y de resultado", Barcelona, España, 1993.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios al Código Civil", Aranzadi, 2013, p. 1820.

⁵ MELGAREJO VARGAS, Atenea "La Transmisión de Riesgos en el Contrato de Obras en el Derecho Europeo", tesis doctoral en derecho civil comparado programa de doctorado en ciencias jurídicas y políticas, Universidad Pablo de Olavide. España, 2020, página 21.

91



examen de las constancias procesales y los argumentos exteriorizados por las partes por lo que el Pleno del Tribunal debe verificar la conformidad del acto apelado con el ordenamiento jurídico aplicable, haciendo referencia a los aspectos más relevantes contenidos en el caso *sub lite*.

De esta forma de las constancias procesales que reposan tanto en el expediente adelantado ante esta instancia administrativa, como en el procedimiento administrativo surtido por el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (CONADES))**, se observa que la decisión sancionatoria obedece a los declarados incumplimientos en la ejecución del proyecto en que incurre el adjudicatario, la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, que provocaron la mora en la entrega de la obra dentro del término pactado.

Ahora bien, de un análisis de la resolución apelada (Resolución DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021) y de los documentos allegados al proceso, se desprende el status de la contratación celebrada entre el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (CONADES))** y la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**; así, este Tribunal, observa que la contratación en cuestión no ha cumplido todos sus efectos y por ende la misma no ha superado la etapa de ejecución, toda vez que la obra contratada no ha sido aceptada a satisfacción o en su totalidad, tal y como consta en el expediente administrativo.

A fin de aclarar preliminarmente, el alcance de este supuesto, es conveniente señalar que los actos propios de la actividad contractual pueden ser clasificados de acuerdo al momento en que los mismos son expedidos. De esta forma, la doctrina especializada ha señalado que si los actos son expedidos con anterioridad al perfeccionamiento del contrato los mismos son *precontractuales*. Por otra parte, si las actuaciones se ocasionan durante la ejecución del contrato, es decir, después que el contrato ha sido perfeccionado, se clasifican como actos de ejecución o ejecutivos. Finalmente, si los actos se expiden después de cumplido el objeto del contrato, nos encontramos en presencia de los actos pos-contractuales.

En atención a esta clasificación y al material probatorio aportado al proceso, se evidencia que la resolución administrativa del Contrato de Obra Civil No. COC-02-16 (fs. 075-077 del expediente administrativo, "Tomo de Inicio de Proceso de Resolución Administrativa"), fue dictada dentro del periodo de ejecución del contrato cumpliendo con lo que dispone la normativa referente a las contrataciones públicas en nuestro país. De esta forma, podemos concluir que la actuación de la entidad contratante se constituye en un acto de naturaleza evidentemente de ejecución o de carácter ejecutivo.

27



Ahora bien, tomando en consideración lo anterior, es preciso advertir que, tal como lo indicó la entidad contratante, el objeto de la contratación no ha sido cumplido, razón por la cual procede a la resolución administrativa del contrato en cuestión, pues, esta medida administrativa es viable al ser adoptada durante la ejecución del contrato y no con posterioridad al cumplimiento del objeto contractual. Aún, dentro de la etapa procesal correspondiente, la representación legal del contratista realizó afirmaciones relacionadas con el cumplimiento de la obra, aduciendo que la obra no ha sido ejecutada en su totalidad en vista de las demoras en trámites y aprobaciones en otras instituciones. Empero, mediante nota CONADES-UCEP-ALYADQ-010-2021 de 19 de enero de 2021, se le comunica a la empresa recurrente por parte de la entidad contratante la decisión de iniciar el procedimiento de resolución administrativa, en base a lo que indica la *Cláusula Trigésima del Contrato* de Obra Civil No. COC-02-16 de acuerdo a lo que dispone el numeral 2 del artículo 116 (126) de la Ley 22 de 2006, por el incumplimiento de las cláusulas convenidas, ya que la empresa recurrente había descuidado el cumplimiento del mencionado contrato, al tener un progreso insuficiente según el cronograma de trabajo entregado, aunado a que deja de mantener el personal capacitado en el área, lo que acarrea el tener un avance físico mínimo de treinta por ciento (30 %) correspondiente a 80 unidades intervenidas, a la fecha de inicio (6 de octubre de 2016) y a la fecha de entrega del proyecto (23 de abril de 2017) el proyecto se encuentra desfasado en un setenta (70 %); esto último claro está tomando en cuenta que la empresa recurrente debió a la fecha tener un avance físico mayor que el *supra citado*, lo antes mencionado, acredita que debido al nivel de atraso de la empresa recurrente esta no podría entregar a satisfacción la obra contratada para la fecha pactada del 23 de abril de 2017 (periodo total estipulado en el Contrato de 200 días calendarios a partir de la orden de proceder emitida el 6 de octubre de 2016). Siendo este bajo porcentaje (30%) de avance, lo que a todas luces demuestra que la empresa recurrente no podrá cumplir con la fecha de entrega de la obra (23 de abril de 2017), esto es de suma importancia, para el abono de la decisión que este Tribunal efectuara.

En ese mismo orden de ideas, puntualizamos que los contratos en general, entre ellos los contratos públicos, son de obligatorio cumplimiento, como lo dispone el artículo 976 del Código Civil, el cual consagra el principio de obligatoriedad de los contratos, según el cual "lo pactado en un contrato tiene fuerza de ley entre las partes" y el Artículo 1109 del Código Civil, el cual desarrolla este principio, no sólo en cuanto a las cláusulas pactadas, sino también, en lo que respecta a las consecuencias que según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la Ley, el *in comento* artículo señala al respecto:

"Artículo 1109. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias

✓



que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Se exceptúan los actos y contratos enumerados en el artículo 1131, los cuales no se perfeccionan mientras no consten por escrito, con especificación completa de las condiciones del acto o contrato y determinación precisa de la cosa que sea objeto de él".

Todo lo anterior goza de trascendencia en la causa administrativa que a colación nos trae, ya que es importante contextualizar la importancia de la *buena fe* en la celebración y cumplimiento de los contratos; siendo que la falta de esta es un punto neurálgico de censura tanto para la entidad contratante, como para la recurrente. Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, se encuentran concatenados en vista de que parte del objeto procesal y de los cargos de injuridicidad han sido, precisamente, respecto a la oportunidad procesal que ha tenido la entidad para declarar el incumplimiento o no del contrato administrativo de marras.

En ese mismo hilo conductor cobra relevancia, como hemos mencionado, el hecho que la entidad contratante no ha recibido en forma sustancial la obra, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 (102) 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, que señala lo siguiente:

"Artículo 87 (102). Terminación de la obra. La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acto de aceptación final, después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato. La fianza de cumplimiento continuará en vigor por el término de un año, si se tratara de bienes muebles, para responder por vicios redhibitorios, tales como la mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en la cosa objeto del contrato, salvo bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis meses, y por el término de tres años para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de obra o bien inmueble. Por decisión unilateral de la entidad contratante y con fundamento en las condiciones establecidas en el pliego de cargos, puede recibirse, para su uso u ocupación, una obra sustancialmente ejecutada, aunque queden pendientes etapas o trabajos por realizar. En estos casos, la fianza de cumplimiento para responder por vicios redhibitorios y defectos de reconstrucción o de construcción, empezará a regir desde el recibo de la parte sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado, y para el resto de la obra, a partir del acta de aceptación final".

Ahora bien, analizando los cargos de injuridicidad planteados por el censor administrativo el cual alega que no fue cumplido taxativamente el punto 36 del pliego de cargos, en donde se explica de igual manera, el procedimiento convenido en el contrato administrativo de obras (cláusula trigésima) que dibuja el *iter* procesal y las causales de resolución administrativa para el *Contrato* de Obra Civil No. COC-02-16, (las cuales son establecidas por la Ley 22 de 2006 de igual forma); siendo el criterio de este Tribunal que los cargos invocados por el recurrente contra la nota CONADES-UCEP-ALYADQ-010-2021 de 19 de enero de 2021, por la cual la entidad contratante

21



notifica la intención de resolver el contrato al contratista, no son lo suficientemente coherentes para demostrar que el recurrente ha sufrido un perjuicio en sus derechos *per se*, siendo que del contenido de la misma, la entidad contratante realiza un repaso de las causales que, a su juicio, han sido configuradas y que motivan la resolución administrativa del contrato. Ante estas consideraciones vertidas en los párrafos que antecede, este Tribunal mantiene su postura al respecto de que dentro del presente proceso la contratista no puede, de modo superficial, desligarse de sus propios actos, ya que ha sido notorio (y así consta ampliamente en el material documental del dossier administrativo) que la entidad contratante ha comunicado por varios medios (por ejemplo: memorando, correos electrónicos, entre otras vías) en muchas ocasiones los supuestos incumplimientos que le son imputables al contratista; a pesar de la buena fe desplegada por la entidad contratante, se observa que la contratista continua en la misma senda del incumplimiento; a lo cual esta colegiatura debe señalar que no es válido jurídicamente el proceder del contratista, ya que a efectos del cumplimiento de un contrato las partes no deben obrar con tales contradicciones fácticas y jurídicas (*venire contra factum proprium non valet-nadie puede ir contra sus propios actos*); siendo esto último de suma trascendencia al momento de interpretar los motivos y/o circunstancias que rodean el incumplimiento de un contrato.

Al hacer mención a los *supra* indicados derechos que alega el Contratista, debemos hacer referencia al principio del “equilibrio financiero del contrato” o a la “honesta equivalencia de prestaciones”, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo. Sencillamente este principio significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas.

Del presente recurso de apelación se infiere de las circunstancias y hechos planteados por la empresa recurrente que esta alega una afectación producto del inobservancia de “la ecuación contractual” pues esta se ve perturbada por la conducta de la entidad contratante, ya que, el recurrente considera que fue alterado el acuerdo de voluntades, debido a que la entidad contratante actuó de una manera distinta a la solicitada en la licitación pública y descrita en la oferta ganadora, al no haber cumplido con el pago oportunamente de las cuentas presentadas de acuerdo a lo ya construido, aunado a lo invertido en los materiales, puesto que, esta situación acarrea la *sub-utilización* del equipo y el personal, costos estos que no fueron materia de pago ni de reconocimiento por parte de la administración. Es conocido en la doctrina administrativista que al nacimiento del contrato administrativo, tanto la entidad

h



contratante como la empresa contratista tienen conocimiento del provecho que les reportará el llevar a cabo este negocio jurídico, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y el contratista obtendrá un beneficio económico a su favor, siendo así que es desde ese instante de la asunción del vínculo, que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución. De este modo dicho provecho económico que mueve al contratista, se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a las empresas contratistas a obligarse a construir obras, suministrar bienes y servicios objeto de un determinado contrato administrativo para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual⁶.

Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge a la vida jurídica el contrato administrativo tiene un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a diferentes razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas.⁷ En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato administrativo se busca que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo tanto de la entidad contratante como de la empresa contratista, cual debe permanecer durante toda su vigencia del mismo, de tal manera que, a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con la celebración del contrato⁸.

De igual manera la doctrina y la jurisprudencia administrativa, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* y al principio *rebus sic stantibus*, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, siendo que este debe asumir el riesgo normal y propio del negocio jurídico, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación

⁶ Cfr. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 2011, expediente No. 18.080.

⁷ Idem.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 2011, expediente No. 18.080. En el mismo sentido, Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia de enero 18 de 2012, expediente No. 20.459, Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia de abril 25 de 2012, expediente No. 21.909, y Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia de agosto 16 de 2012, expediente No. 20.007.



contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Teniendo claro que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por

a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo - *ius variandi*-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato, pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. Así las cosas, y aun cuando se discute que el incumplimiento del contrato sea una causa de ruptura de la equivalencia del contrato, puesto que se trata de la infracción de las estipulaciones contractuales por una de las partes, o sea que, *estricto sensu*, se refiere a una violación con culpa de la *lex contractus* y por tanto, es uno de los elementos que junto con la imputación configura la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados⁹.

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 al manifestar sobre el particular lo siguiente:

“(…) 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

⁹ Fallo del Consejo de Estado de Colombia, de treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b, que decide el recurso de apelación interpuesto por la empresa PAVICON LTDA. en contra de la sentencia de 28 de octubre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

27



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 consecuencia de la modificación de sus presupuestos y de esta manera acudir a su restablecimiento**¹⁰.

Por tanto, 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 presupuestados¹¹.

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 álea¹² 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”¹³.

Así, nos encontramos con esta clasificación la cual distingue tres áleas del contrato: a) Áleas administrativas. Hace referencia a todos los riesgos derivados de la “naturaleza jurídica” de las Administraciones Públicas (administración subjetiva)

¹⁰ Sentencia de octubre 31 de 2007 (Radicación número 25000-23-26- 000-1996-02098-01- 15475, consejero ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez)

¹¹ Cfr. Fallo del Consejo de Estado de Colombia, sentencia del 9 de mayo de 1996 (EXP. 10151)

¹² 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.

¹³ ESCOLA, Héctor Jorge; “Tratado integral de los contratos administrativos”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1977, Pág. 467



y del ejercicio de actividades administrativas por parte de la Administración o de sus vicarios (administración objetiva)¹⁴ y, en ese sentido, a las modificaciones contractuales producto de la acción unilateral de la Administración, —que pueden llevarse a cabo por norma o acto administrativo no contractual (factum principis), así como a las modificaciones contractuales introducidas por —actos contractuales de la misma Administración (potestas variandi). *b) Áleas empresariales (comerciales internas). Se refieren al riesgo implícito en la prestación misma del objeto del contrato. Por ejemplo, los aparejados a la construcción de grandes obras o del suministro de un bien por un período prolongado. En el ámbito doctrinario, se citan como supuestos de hecho —las equivocaciones o destrucciones en las obras (error calculi), el acaecimiento de daños o destrucciones de las obras (periculum rei) y las dificultades materiales de ejecución, que, sin producir daño a las obras o el servicio, las encarecen considerablemente (dificultades de excavación o cimentación, temporales de agua o nieve que paralizan las obras, huelgas prolongadas y, en general, las denominadas por el Conseil de'Etat sujétions imprévues).* c) Áleas económicas (comerciales externas). Constituye el riesgo económicocomercial no imputable a ninguna de las partes del contrato y cuya previsibilidad o imprevisibilidad se debate. Se afirma que es externa a la ejecución del contrato y agrava la situación del contratista al hacerla más onerosa. Se trata de fenómenos económicos, por lo general macroeconómicos, que pueden perjudicar solo al contratista, o al contratista y a la Administración, como una hiperinflación, una guerra, el aumento de salarios, el aumento de un tributo o impuesto que afecte directamente la ejecución del contrato, entre otros, además de fenómenos económicos internacionales que no solo afectan a un área específica de la economía, sino a la economía en general”.

Esta elaboración se encuentra quizás de forma más depurada en la obra de MARIENHOFF, quien nos dice que —en todo contrato, el cocontratante en un contrato —administrativo debe soportar, a su propio costo y riesgo, el álea normal de toda negociación, no así el álea —anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas¹⁵. (el Subrayado es del Tribunal) En cuanto a la primera, se señala que: —El álea ordinaria es la circunstancia desfavorable, de la que se puede decir razonablemente que las partes han debido prever en sus previsiones. Este álea la soporta el contratante¹⁶. Por otro lado, explica: —Álea —extraordinaria o —anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes,

¹⁴ CASETTA, Elio, “Manuale di Diritto Amministrativo”. Sétima ed. Giuffrè Editore. Capítulo 1. Italia. 2005.

¹⁵ MARIENHOFF. Tratado de derecho administrativo. T. 3-A. p. 470

¹⁶ JÉZE. Principios generales del derecho administrativo. Vol. V. p. 43. El precedente de esta teoría viene formulado desde 1916 por el Consejo de Estado francés, como afirma JÉZE, en los siguientes términos: —La variación del precio de las materias primas, en razón de circunstancias económicas, representa un álea del contrato, pudiendo, según el caso, ser favorable o desfavorable al proveedor y quedar a su cargo, considerándose que cada parte ha tenido en cuenta dicha álea, en los cálculos y previsiones que ha hecho antes de contratar. El juez del contrato sólo puede derogar estos principios en caso de que circunstancias imprevistas impongan al proveedor recargos excepcionales (Cons. de Est., 30 marzo 1916, Société du gaz de Bordeaux; 8 febrero 1918, Société du gaz de Poissy; 3 diciembre 1920, Fromassol; 9 noviembre 1921, Société des carbures, etc.) [...]. p. 43; cfr. p. 17.

21



constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir áleas ~~anormales~~ excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depresiones monetarias, las crisis económicas, etc¹⁷.

Ante las consideraciones vertidas en los párrafos que anteceden, esta Colegiatura señala que se puede coligar que toda propuesta-oferta dirigida a la Administración dentro de cualquier procedimiento de selección de contratistas, como cualquier otra que se hace en materia contractual, lleva implícita el "álea normal", lo que significa que si el interesado se equivoca en su propia proyección y concepción del negocio, y dentro de las condiciones normales de ejecución, sufre pérdidas, la Administración no está obligada a resarcir suma alguna; ya que estamos en presencia de un escenario como el caso en estudio, en el cual lo que existe es una mala administración del contratista meramente imputables solo a éste.

Como puede verse, en las circunstancias jurídicas y fácticas indicadas, lo alegado por el recurrente es lo que se conoce como un riesgo normal contractual (álea empresarial) el cual razonadamente debe ser tomado en cuenta al formalizar el vínculo jurídico (contrato administrativo). Por lo que, este Tribunal debe distinguir entre las alteraciones contractuales imputables a las partes de las que no lo son, de manera que la parte imputable tendrá siempre la obligación de asumir y absolver los desequilibrios sobrevinientes de forma integral y plena; y las alteraciones imprevistas o no imputables a ninguna de las partes, las cuales desnivelan las contraprestaciones, alterando la ecuación financiera, teniendo la obligación de la restitución del nivel financiero del contrato.

De manera que, en atención a lo antes citado, la entidad contratante ha motivado su actuación en las causales señaladas en la legislación sobre contrataciones públicas, para ejercer esta facultad exorbitante, de acuerdo a lo que consta en el expediente administrativo y según lo que dispone la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en los artículos 34 y 155 (primer numeral) los cuales puntualmente señalan que todo acto administrativo debe proferirse conforme al Principio de Legalidad, garantizando su motivación y cumpliendo con el debido proceso.

En lo concerniente a la resolución de grado que es recurrida en sede administrativa de este Tribunal, resulta necesario indicar que el objeto del recurso de apelación es que el recurrente logre desvirtuar con sus pruebas la presunción de legalidad que ampara al acto apelado, máxime cuando se trata de enervar los efectos de la resolución administrativa de contrato; porque como se ha visto, en autos constan probados los constantes requerimientos que el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (CONADES)** le hizo al apelante para que continuara con la ejecución de las obras contratadas. Si la

¹⁷ Op. cit, pag. 524



intención de la contratista es contradecir y revisar la resolución de grado, en un contrato declarado inexecutado o no cumplido, y en el cual se ha afirmado que no ha sido entregado según los plazos de ejecución, la correspondiente defensa procesal lo serían las alegaciones relacionadas con: excepciones del contrato no cumplido por la contraparte el Estado (*non adimplenti contractus*); que la conducta de la administración contribuyeron o propiciaron el incumplimiento; exclusiones de responsabilidad relacionadas con casos fortuitos, fuerza mayor o imprevisiones que conlleven a nivelar el equilibrio económico del contrato; sin embargo nada de ello ha sido alegado, y menos probado en esta instancia, lo cual nos impide realizar un ejercicio crítico jurídico del acto administrativo de declaratoria de incumplimiento.

Conjuntamente, y en la línea de determinación del incumplimiento de las cláusulas pactadas nos encontramos con los literales b,c,d,i,j,k,l de la cláusula séptima del contrato de obras resuelto, los cuales estipula que la contratista se obliga b. “Desarrollar la ejecución de la obra contratada en su totalidad y de acuerdo a lo establecido en los documentos descritos en las cláusulas primera y segunda, manteniendo los equipos y maquinarias necesarias en el sitio de la obra. c. Mantener el/los profesionales idóneos en calidad y cantidad necesarios, a fin de ejecutar la obra en el término acordado en el presente contrato. d. Cumplir con el programa de trabajo presentado y aprobado por MP/CONADES/UCEP. i. Conocer plenamente todo lo que pudiera ser aparente en cuanto se relaciona al sitio, condiciones generales y locales, así como todo cuanto pueda influir en el desarrollo de los trabajos. j. Realizar todo el trabajo requerido para la ejecución de EL PROYECTO, incluyendo, pero no limitado a: diseño, construcción y todos los aspectos administrativos, incorporando la obtención de permisos y licencias que fuesen necesarios para dicha ejecución, todo ello de acuerdo con lo descrito y especificado en el pliego de cargos y en este contrato. k. Suministrar los materiales, el equipo, accesorios, transporte, incluyendo combustible, agua, energía eléctrica, mano de obra y cualquier bien o servicio que se requiera para la ejecución total de la obra contratada”.

De lo anterior, queda consignado de forma clara y precisa las causales por las cuales se resolvería administrativamente el Contrato, por lo que, se entiende que la empresa recurrente tenía conocimiento de los motivos o hechos que arrojarían terminación del contrato, así nos remitimos a la formalización efectuada por la entidad administrativa mediante el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, en el cual se establece en su *cláusula quinta* la duración total del mismo, el cual es de **DOSCIENTOS (200) DIAS CALENDARIOS**, contados a partir de la fecha fijada en la orden de proceder.

Como puede apreciarse, nuevamente se observa, que el recurrente debió conocer plenamente la fecha de terminación contractual y de cumplimiento de prestaciones a las que convencionalmente se obligó, para tales efectos no hemos evidenciado información dentro del *dossier* administrativo *verbigracia* comunicaciones o esfuerzos

21



tendientes del recurrente para finalizar el proyecto dentro de la época de ejecución, ni mucho menos, algo que demuestre en su propio beneficio, alguna exención de responsabilidad que justificara el retraso en la entrega total de la obra.

Cuando se examina el expediente administrativo del *Contrato* de Obra Civil No. COC-02-16, también existe evidencia del cronograma inicial de trabajo acordado previamente, en el que consta que esta empresa estaba obligada a iniciar y culminar dichas obras en los términos pactados arriba indicados. De ello se infiere, la ocurrencia de la mora en que incurrió la apelante; se deduce que, como contrapartida, la contratista conocía de antemano que el transcurso del tiempo sin que la obra fuera finalizada configuraba un evidente incumplimiento.

Así las cosas, basados en los variados intentos realizados por la entidad contratante para que la empresa ejecutara sus obligaciones pactadas en el *Contrato* de Obra Civil No. COC-02-16; los cuales en este punto debemos reconocer, ya que la *entidad contratante* despliega una conducta diligente en aras de comunicar a la empresa recurrente las diferentes circunstancias que eran objeto de disconformidades y es que en el cumplimiento de los contratos las partes deben obrar con evidente buena fe, lealtad, legítima confianza, y aun no colaborando a agraviar o maximizar el daño que se alega provocado en virtud de los incumplimientos.

La jurisprudencia ha señalado en cuanto a este principio que el mismo es aplicable a los contratos o convenios celebrados por la Administración Pública. En Sentencia de 13 de junio de 1991 se dijo:

"Por último, la Sala debe enfatizar en este caso la vigencia del principio de la buena fe en el Derecho Administrativo, que vincula a la Autoridad Portuaria Nacional en las relaciones con los servidores públicos que en ella laboran. La doctrina y jurisprudencia comparadas aceptan que dicho principio es aplicable al Derecho Administrativo."

La Sala igualmente, ha manifestado que el principio de buena fe debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados, pues, le permite a éstos recobrar la confianza en la Administración, que según Jesús González Pérez, consiste en "*que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, aquélla no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones*". Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos.¹⁸

De lo anterior esta colegiatura encuentra inconsistencias con lo planteado por el recurrente, respecto de la *buena fe* que este debe desplegar en sus actuaciones contractuales, toda vez que aunque la entidad contratante mediante variados comunicados le anuncia que debido a su inacción en la ejecución de la obra contratada

¹⁸ Cfr. Opinión doctrinal adoptada por Sentencia de 19 de diciembre de 2000, 18 de mayo de 2001 y 23 de julio de 2003

27



recaería en un posible incumplimiento del contrato pactado; es de acuerdo a esto último que carece de sustento las supuestas alegaciones de las infracciones a la normativa sobre contrataciones públicas, (artículo 22 (30) de la Ley 22 de 2006 Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017 en concordancia con lo preceptuado por artículo 1109 del Código Civil); desvirtuándose de esta manera el cargo de injuridicidad invocado por el recurrente. En torno al citado principio, la tratadista NEME VILLARREAL, M.; indica que:

“Otorgar especial realce al deber de información que se deben las partes como manifestación de los deberes de corrección y lealtad exigibles en todo trato negocial; deber que no se agota en la etapa precontractual, sino que debe cumplirse durante todo el desarrollo del negocio”.¹⁹(*el Subrayado es del Tribunal*)

En referencia a lo anterior este Tribunal debe recordar lo que dispone el numeral 1 del artículo 15 (18), 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 cual establece que una de las obligaciones y deberes del contratista es cumplir con el objeto del contrato y sus condiciones, dentro del término pactado. Un aspecto que desea destacar en esta ocasión esta Colegiatura es la función de supervisión del Contrato Estatal la cual otorga al ente administrativo que lleva acabo un determinado contrato público las herramientas emitidas por la Ley, para que pueda dar la debida vigilancia y seguimiento respecto de la debida ejecución del objeto contractual; en base a esta noción de supervisión estatal se ejerce la actividad de dirección, supervisión, seguimiento, control de desarrollo y consecución satisfactoria del objeto contractual. En el presente caso el seguimiento técnico, administrativo, financiero y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal lo cual es realizado por parte de la entidad contratante por el coordinador de sanidad básica de la unidad coordinadora y ejecutora de programas del Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible adscrita al Ministerio de Ambiente, según disponen las cláusulas: Vigésima Primera y Vigésima Segunda del *Contrato* de Obra Civil No COC-02-16. (f. 008 del expediente administrativo).

En base a estos supuestos nuestra legislación sobre contrataciones públicas texto único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, señala en los artículos 13 (16) y 20 (23) lo siguiente:

“Artículo 13 (16). Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1.....

2

¹⁹ NEME VILLARREAL, Martha. “El principio de buena fe en materia contractual en el Sistema Jurídico Colombiano”, pág. 93. Sitio web: <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537587004.pdf>



2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

3.....

4. **Revisar periódicamente las obras ejecutadas, los servicios prestados** o los bienes suministrados, **a fin de verificar que cumplan las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas**, debiendo promover las acciones de responsabilidad contra ellos y/o sus garantes cuando dichas condiciones sean incumplidas, **de conformidad con el contrato y el pliego de cargos**.

Artículo 20 (23). Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

1. **Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros**.

2. Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad

penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.

3. Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.

4. **Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual, el jefe o representante de la entidad licitante**, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.

5.....

.....”
.....

27



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

Es como señala el autor **GARCIA DE ENTERRIA**, E., al respecto:

“Conviene subrayar también que el contrato administrativo y, muy especialmente, el contrato de obra tienen el carácter de “negocio fijo”, en el que “el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica ipso iure la calificación de incumplimiento a causa de este”...., la interpelación se produce *ex lege no ex persona*) sin necesidad de interpelación o intimación previa por parte de la administración, a menos que el contratista haya solicitado de esta dentro del plazo contractual la correspondiente prórroga, en cuyo caso la administración habrá que concedérsela si el retraso **se ha producido por motivos no imputables a aquel**.²⁰” (el subrayado es del Tribunal)

En consecuencia la entidad contratante inicia el procedimiento de resolución administrativa del Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, comunicando a la contratista su intención a través de la nota CONADES-UCEP-ALYADQ-010-2021 de 19 de enero de 2021, publicada el 1 de febrero del 2021, en el portal electrónico “Panamacompra”, en la cual en resumidas cuentas se le indica al contratista las causas o motivos de su incumplimiento según lo dispuesto en el pliego de cargos y el contrato; siendo las principales razones el quebrantar voluntariamente las disposiciones del Contrato o descuidar su cumplimiento al demostrar desinterés en la terminación del proyecto, abandonar o suspender la obra; dejar de mantener el personal capacitado en el área y el progreso insuficiente de trabajo; ya que con esto ocasionó la paralización de las actividades programadas para la entrega de las unidades sanitarias a la población.

Obsérvese que la entidad contratante decide proceder con el ejercicio de las facultades o potestades que le brinda la normativa según lo establece el artículo 72

²⁰ **GARCIA DE ENTERRIA**, Eduardo; “Curso de Derecho Administrativo, editorial temis, Colombia, 12 edición, 2008, págs. 744-745

3



(85) de la Ley 22 de 2006 (Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017) el cual indica al respecto lo siguiente:

Artículo 72 (85). Medios para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, la entidad contratante tendrá las siguientes potestades:

1. Ejercer la dirección general, la responsabilidad del control y la vigilancia de la ejecución del contrato, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, y de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.
2. ...
3. Resolver administrativamente el contrato por las causas establecidas en esta Ley, observando las formalidades en ella previstas, referentes al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones, a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas.

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.

Siendo necesario en virtud de lo anterior compeler a la entidad contratante a la realización del procedimiento de liquidación independientemente de que exista o no la presentación de la interpelación al respecto por parte del contratista; ya que por ministerio de ley tanto la entidad contratante esta supedita a dicha realización. O sea, la liquidación unilateral de lo ejecutado parcialmente en el contrato, a fin de establecer si la contratista tiene derecho a lo pagado o no, por los trabajos realizados, ya que, la figura de la liquidación del contrato amplía el termino de vigencia del contrato y es que el contrato no se extingue hasta tanto se liquide el mismo; con fundamento en el artículo 97 (99) del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, el cual reza de la siguiente manera:

“Artículo 97 (99). 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 el 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

27



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 ...”

En base a esto último este Tribunal debe recordarles a las distintas entidades contratantes que hay que tener presente siempre en virtud de la normativa vigente que en los contratos de obras como el que nos ocupa, si no existe una entrega parcial por avance de la obra o proyecto, no hay que liquidar, pero igualmente incumplida la obligación, la entidad puede resolver en cualquier momento el contrato, eso sí, luego del plazo sostenido para la entrega de la obra, antes no. En ese mismo orden de ideas esta colegiatura cree necesario recordarle a la entidad contratante que de existir pagos pendientes, en concepto de los avances físicos en el sitio del proyecto a la empresa recurrente, toda entidad contratante debe cuantificarlos de tenerlos, al igual que los correspondientes daños y perjuicios por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contratista, en vista de que según las disposiciones legales sobre la materia, exigen que se realice las peticiones al respecto de estos posibles pagos.

En síntesis, un contrato se entiende vigente hasta tanto no se haya realizado la liquidación, lo que significa que las entidades pueden resolver administrativamente cualquier contrato administrativo, puesto que, la vigencia de este, no depende del plazo que establece la entidad contratante tanto en un pliego de cargos determinado, una orden de compras o en el mismo contrato, el mismo se encuentra sujeto a la realización del procedimiento de liquidación, finalizando de esta manera la relación jurídica contractual. Así las cosas, la entidad resolvió administrativamente el contrato *in comento*, dentro del tiempo que la ley le permite.

De acuerdo a las consideraciones anteriores, este Tribunal manifiesta que ninguna de las piezas probatorias en el proceso demuestran los supuestos fácticos en que se basan las pretensiones de la recurrente, en este contexto se colige que de acuerdo al principio de legalidad, las apreciaciones realizadas en el acto apelado emitido por la entidad contratante están revestidas de la conocida presunción de legalidad la cual caracteriza a los actos administrativos, misma que no puede ser desconocida, a menos que el recurrente aporte elementos de prueba, que acredite lo contrario (*presunción*

21



iuris tantum), situación que no ha ocurrido en el caso *sub-judice* encontrándose fundada la utilización de la facultad otorgada bajo el régimen de jurídico exorbitante del derecho común cumpliéndose con el deber de servir objetivamente a la administración según la posición jurídica especial (prerrogativas de la administración) haciendo prevalecer la consecución del interés público.

Por lo tanto, acreditado los elementos anteriormente referidos, podemos observar cómo se consolida la ecuación, que da pie al incumplimiento ante la falta de finalización y entrega conforme de la obra objeto contractual por parte del contratista, respecto a lo requerido por la entidad contratante dentro del término estipulado dentro del Contrato de Obra Civil No. COC-02-16, a través de las pruebas obrantes en el *dossier administrativo*.

Siendo, así las cosas, este Tribunal estima que no le asiste la razón al recurrente, (el Lcdo. Ezequiel Reales Zúñiga, quien actúa en nombre y representación de la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, que el incumplimiento por parte del contratista, no es producto de un caso fortuito, fuerza mayor o en una causal no imputable a ella, sino a la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones pactadas. En consecuencia, se hace merecedora de la sanción de inhabilitación dispuesta en el artículo 115 (128) y 117 (130) de la Ley 22 de 2006 (Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017) lo que conlleva el no poder participar en ningún acto de selección de contratista, ni celebrar contrato alguno con el Estado. Como lo dispone el artículo 117 (130) de la excerta legal antes citada, la entidad contratante **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (CONADES))**, actuó bajo los límites de la competencia atribuida a ella, para establecer la correspondiente sanción de inhabilitación, en cuanto que los intereses generales han sido vulnerados con el incumplimiento de la obra contratada. En razón de los mismos factores objetivos que conllevan a la selección del recurrente como empresa contratista para el acto público No. 2015-0-03-0-09-LP-018928, determinan que esta colegiatura llegue a la conclusión de que, en el mayor beneficio del Estado y el interés público, se decida *confirmar* la decisión tomada por la entidad contratante, en base a la utilización de una de las prerrogativas de la administración que en esta materia son potestades legales de naturaleza reglada.

Dado que en el estudio del presente recurso de apelación se observó que la contratista incumplió con las obligaciones pactadas, por razones imputables a ella, este Tribunal considera que lo procedente es *confirmar* la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021, mediante la cual el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (CONADES))**, resolvió administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16 y se inhabilita por tres (3) años, suscrito con la **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, con fundamento en el literal a) del artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28

21



de diciembre de 2006, recientemente derogado por el artículo 213 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR lo actuado por el **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE)**, a través de la Resolución No. DM-PC-CONADES-0009-2021 de 23 de abril de 2021, mediante la cual se resuelve administrativamente el Contrato de Obra Civil No. COC-02-16 y se inhabilita por tres (3) años, suscrito con la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.**, para la "Construcción de 196 Unidades Sanitarias en el Corregimientos de Viguí, Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas", por un monto total de **SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS DIECISEIS BALBOAS** con 55/100 (B/. 675,216.55).

SEGUNDO: DEVOLVER el Expediente Administrativo del Acto Público No. 2015-0-03-0-09-LP-018928, contentivo según informe secretarial a foja 092 del expediente jurídico del Tribunal de tres (3) tomos, conformado por 869 folios útiles, al **MINISTERIO DE AMBIENTE (CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE)**, y la inhabilitación del Contratista para participar en Actos de Selección de Contratista y celebrar contratos con el Estado por el término de tres (3) años.

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

CUARTO: NOTIFICAR a la **DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS (DGCP)**, del contenido de la presente Resolución, para que proceda a la Inscripción dentro del registro de inhabilitados a la empresa **GLOBAL INVESTMENT & FINANCE, INC.** en virtud de los efectos de la presente.

QUINTO: 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.

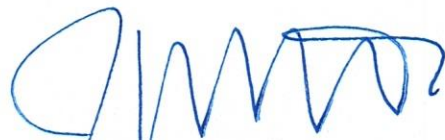
SEXTO: DISPONER la salida y archivo del Expediente No.048-2021/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

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

21

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.

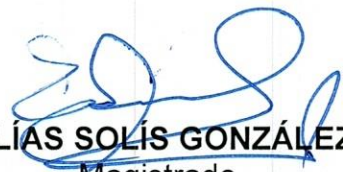
Notifíquese y Cúmplase,



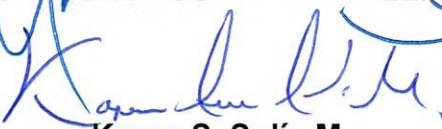
JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

