



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE N°: 095-2022

RECORRENTE: BEST TRADERS, INC.

ACTO RECURRIDO: Resolución n.º MPSA-92-2022 de 12 de mayo de 2022 por la cual el **METRO DE PANAMÁ, S.A.** resolvió administrativamente el Contrato MPSA-31-2021, suscrito con **BEST TRADERS, INC.**, producto del procedimiento de selección de contratista por Licitación Pública N°2021-2-80-0-08-LP-003664, e inhabilitó a la contratista, por el término de 2 años, para participar en actos públicos.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: LUIS MARISCAL

Resolución N°148-2022-Pleno/TACP de 10 de agosto de 2022 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (Ley 22 de 2006), crea en su artículo 146 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Tribunal), como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia de los recursos de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la sanción al contratista por incumplimiento de contrato u orden de compra.

En el Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020 (Decreto 439 de 2020), que reglamenta la Ley 22 de 2006, en sus artículos 247 a 251, se ubica el procedimiento para la tramitación del recurso de apelación.

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de abril de 2021, el METRO DE PANAMÁ, S.A (en lo sucesivo MPSA o la entidad contratante), realizó la convocatoria del acto público de selección de contratista por Licitación Pública N°2021-2-80-0-08-LP-003664, para la contratación del servicio de *"Suministro e instalación de cristales para la red de Metro de Panamá"* (sic), cuyo precio de referencia fue establecido en ochenta y cinco mil cuatrocientos seis balboas con sesenta y ocho centésimos (B/. 85,406.68).
2. El acto público se celebró el 27 de abril de 2021, a las 10:01 a. m., en el que participaron tres (3) proponentes.
3. Mediante Resolución MPSA-165-2021 de 12 de mayo de 2021, MPSA adjudicó el acto público de marras a la empresa Best Traders, Inc., por haber cumplido con todos los requisitos exigidos en el Pliego de Cargos.
4. MPSA suscribió el Contrato No.MPSA-31-2021, calendado 17 de agosto de 2021, con el proveedor Best Traders, Inc., (en adelante, la contratista), por la suma de setenta y nueve mil novecientos noventa y nueve balboas con dos centésimos (B/.79,999.02), refrendado por la Contraloría General de la República el 23 de agosto



de 2021 y publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas *PanamaCompra* (en adelante, el sistema electrónico o *PanamaCompra*) el 1 de septiembre de 2021, y que también se ubica en el expediente administrativo de foja 347 a la 372.

5. El mismo 1 de septiembre de 2021, la entidad licitante dio publicidad a la Nota MPSA-ADM-1087-2021 de 30 de agosto de 2021, por la cual se expidió la Orden de Proceder del referido contrato, indicando que los dieciocho (18) meses de vigencia empezarían a partir del 1 de septiembre de 2021.
6. Posteriormente, a través de la Nota MPSA-OPR-89-2022 calendada 2 de marzo de 2022, visible en la carpeta 2 del expediente administrativo, a foja 402, y publicada en el sistema electrónico, dirigida al señor Rufino Valdés Vásquez, la entidad contratante comunicó su intención de resolver administrativamente el Contrato MPSA-31-201, en virtud del supuesto incumplimiento de lo pactado.
7. MPSA emitió la Resolución n.ºMPSA-92-2022 de 12 de mayo de 2022, por la cual resolvió administrativamente el Contrato MPSA-31-201 e inhabilitó a la contratista Best Traders, Inc., por el término de dos (2) años, para participar en actos públicos de selección de contratista con el Estado, fundamentándose en que, habiendo transcurrido más de siete (7) meses desde la entrega de la Orden de Proceder, la contratista aún no inició la ejecución del contrato. Dicha resolución se encuentra en la carpeta 2 del expediente administrativo, de la foja 408 a la 415, así como en el sistema electrónico.
8. El 25 de mayo de 2022, la contratista, a través de su representante legal y apoderado legal, el licenciado Rufino Valdés Vásquez, presentó escrito de sustentación del Recurso de Apelación en contra de la referida Resolución n.ºMPSA-92-2022 de 12 de mayo de 2022, dentro del término procesal oportuno, ante la Secretaría General de este Tribunal.

II. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO

El acto administrativo apelado es la Resolución n.ºMPSA-92-2022 de 12 de mayo de 2022, dictada por el METRO DE PANAMÁ, S.A., publicada en *PanamaCompra* el 16 de mayo de 2022, mediante la cual resolvió administrativamente el Contrato MPSA-31-201 e inhabilitó a la contratista, Best Traders, Inc., por el término de dos (2) años, para participar en actos públicos de selección de contratista con el Estado.

III. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DE LA APELANTE

El apoderado especial de la contratista se opuso a la sanción que le impuso la entidad, expresando, principalmente, que Best Traders, Inc., comunicó formal y oportunamente los motivos del retraso en el cumplimiento del objeto contractual; siendo una de ellas la escasez de productos como el EVA (film de acetato de vinilo y etileno), toda vez que *“el servicio de laminado estaba solo operativo por una de las tres empresas registradas en el país...”*. Igualmente, la recurrente remitió al MPSA una propuesta económica, a efectos de ajustar el precio unitario para los renglones 1 y 2 del pliego de cargos, debido a ciertas situaciones fortuitas a causa de la pandemia.

La apelante explicó que el objeto de la contratación no es un producto de manufacturación local, sino que todos los implementos y material necesario es elaborado en países como China, nación que actualmente (al momento de la interposición del recurso) enfrenta una situación logística compleja, la cual impacta negativamente la cadena de suministros.

En igual línea de planteamientos, manifestó que la pandemia continúa afectando los sectores económico y logístico, creando un desabastecimiento de insumos generalizado,



hecho este que impidió que Best Traders, Inc. cumpliera con el contrato. Por ello, a su entender, tales situaciones se enmarcan en el contenido del artículo 34-D de nuestro Código Civil, el cual define los casos fortuitos o de fuerza de mayor, norma que ha sido desatendida por la entidad, a pesar de que se encuentra inmersa en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato n.ºMSA-31-2021.

La parte actora enfatizó que siempre ha sido su intención cumplir con el objeto del contrato, pero causas ajenas a su control se lo han imposibilitado. En este sentido, también señaló que *“Best Traders Inc., ha buscado soluciones a lo largo del Contrato, y en forma permanente buscó soluciones, incluyendo la Cesión del Contrato”*.

El representante legal de la contratista finalizó su escrito solicitando a este Tribunal Colegiado que, al momento de emitir su pronunciamiento, considere la reducción de la sanción de inhabilitación impuesta por la entidad, al mínimo establecido por la ley. Esto en virtud de que Best Traders, Inc., mantiene condición de micro, pequeña y mediana empresa y *“el incumplimiento del contrato genuinamente obedece a un caso de fuerza mayor o caso fortuito, sin ninguna mala intención por parte de la empresa”*.

IV. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Mediante Nota MPSA-ADM-538-2022, calendada 26 de mayo de 2022, suscrita por la Jefa de Compras de MPSA, visible a foja 030 del expediente del jurídico del Tribunal y publicada en *PanamaCompra*, la entidad remitió el expediente administrativo original contentivo del acto apelado, el cual, según Informe Secretarial que reposa a fojas 033 y 34 del expediente del Tribunal, consta de dos (2) tomos con un total de cuatrocientos cincuenta (450) fojas útiles.

V. PRUEBAS

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante Resolución N°046-2022/TACP de 7 de julio de 2022 (Pruebas), en Sala Unitaria, se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas documentales aportadas por el apelante. Además, ordenó dos (2) Prueba de Informe; una dirigida a la propia contratista (Best Traders Inc.); y la otra, al Metro de Panamá, S.A., a efectos de estos respondieran a una serie de cuestionamientos necesarios para dilucidar puntos oscuros dentro de la presente encuesta jurídica. (Ver fojas 038 a 043 del expediente del Tribunal).

A través de memorial recibido en este Tribunal el 14 de julio de 2022 (visible de foja 052 a 054 del expediente jurídico), el Metro de Panamá, S.A., por conducto del Director de Asesoría Legal, respondió a las interrogantes formuladas, en los siguientes términos:

«Pregunta 1 formulada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

“¿El Metro de Panamá, S.A. ha recibido formal propuesta de cesión de contrato, por parte de Best Traders Inc.?”

Repuesta de Metro de Panamá, S.A.

En relación al primer cuestionamiento consistente en que le indiquemos si el Metro de Panamá, S.A. ha recibido formal propuesta de cesión de contrato por parte de Best Traders, Inc., hemos de indicarle que mediante nota presentada el día 6 de mayo de 2022, la compañía en referencia remite memorial en el cual indica que somete a consideración de Metro de Panamá, S.A., la cesión del contrato MPSA-31-2021; sin embargo, del texto del memorial se colige que la empresa contratista aún no había tenido acercamientos ni



concretado acuerdos de cesión con una determinada compañía, lo anterior se colige de lo indicado por el representante legal del proponente al expresar:

“En caso favorable para la Entidad, estaremos en acercamiento con las empresas referenciadas en el cuadro comparativo de precios Security Doors de Panamá y en MMOCSA”.

De lo anterior, se desprende con claridad prístina que la empresa Best Traders, Inc., no estaba en condiciones reales <<creíbles>> de efectuar en ese momento una cesión; toda vez que, al momento de la presentación de su memorial aún no había mantenido acercamientos, como señalamos en líneas anteriores, con algún potencial cesionario y la compañía afianzadora que garantiza la ejecución del contrato MPSA-31-2021.

Adicionalmente, es de rigor advertir que: “La Ley no obliga a la Administración a perfeccionar una cesión del contrato para evitar la resolución administrativa de este”. Así lo reconoció el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante Resolución n.°117-2022/TAdCP de 30 de junio de 2022 (Decisión).

Pregunta 2 formulada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

“En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa: Indique, por favor, en qué fecha se presentó dicha propuesta; cuándo y qué contestó MPSA”.

Respuesta de Metro de Panamá, S.A.

Honorable Magistrado, en relación a la segunda interrogante hemos de señalar que la empresa Best Traders Inc., presentó su memorial el día seis (6) de mayo de 2022, cuya copia se adjunta al presente escrito (Cfr. anexo n.° 1 al presente Informe).

Por otro lado, el día doce (12) de mayo de 2022 el Director General de Metro de Panamá, S.A., le brindó formal respuesta a la compañía mediante la nota MPSA-LEG-784-2022, indicándole que la solicitud no era procedente, toda vez que MPSA ya había iniciado el trámite de resolución administrativa de contrato (Véase anexo n.° al presente Informe). En este sentido, es de rigor advertir respecto a la cesión propuesta por la empresa Best Traders, Inc., que la Ley de Contrataciones Públicas no obliga a la Administración <<MPSA>>, para ejercer el derecho exorbitante a resolver un contrato incumplido, a agotar previamente la vía de una cesión con un tercero.

Pregunta 3 formulada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

“Tomando en consideración la necesidad del servicio, que solo puede conocer el Metro de Panamá, S.A., explíquenos, por favor, si para ustedes es conveniente proceder con la cesión del Contrato MPSA-31-2021”.

Respuesta de Metro de Panamá, S.A.

Honorable Magistrado, para Metro de Panamá, S.A., no resulta conveniente la cesión del Contrato MPSA-31-2021 por parte de la empresa Best Traders, Inc., en lugar de ello resulta más conveniente a los intereses del Estado y de MPSA, que la compañía Nacional de Seguros de Panamá y Centroamérica, S.A., pague el importe de la fianza de cumplimiento o se subrogue en los derechos de la empresa contratista.

Somos de esta posición en vista que desde el 8 de septiembre de 2021, MPSA ha sostenido diversas reuniones de trabajo con la empresa Best Traders, Inc., comunicándole la urgente necesidad de MPSA de iniciar la ejecución de los trabajos de reemplazo de los cristales rotos en la Red del Metro de Panamá, debido al hecho que los cristales rotos pueden ceder y se podrían ocasionar graves accidentes o incluso la muerte a usuarios del Sistema Metro



o de sus colaboradores; sin embargo, la empresa en un primer momento alegó que la dilación en la ejecución de los trabajos se debió al retraso en el envío de los materiales procedentes de China y luego en el aumento del precio de los materiales, en virtud de lo cual se desprende que la empresa nunca ha estado en la capacidad de cumplir con lo pactado en el contrato MPSA-31-2021.

Por último, hemos de indicarle que para Metro de Panamá, S.A., la decisión de rescindir el contrato administrativo MPSA-31-2021 fue sopesada detenidamente, tomando en consideración que la finalidad de toda contratación estatal es la consecución del bien común o el bien público <<Hauriou>>, que en el caso de Metro de Panamá, S.A., se traduce en brindar a nuestros usuarios un transporte de calidad, seguro, oportuno y accesible para todos».

Por su parte, Best Traders Inc. dio respuesta a la prueba de informe ordenada por esta Colegiatura, mediante escrito presentado en la Secretaría General del Tribunal el 18 de julio de 2022 (visible de foja 062 a 064), como se muestra a continuación:

«PREGUNTA NO.1:

¿BEST TRADERS INC. presentó de manera formal una propuesta de cesión de contrato a la entidad?

RESPUESTA NO.1:

La empresa Best Traders Inc. Si presentó ante el Metro de Panamá, S.A., Nota en la que se propuso respetuosamente la Cesión de Contrato No. MPSA-31-2021.

PREGUNTA NO.2:

En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa: Indique, por favor, en qué fecha presentó dicha propuesta; qué contestó **MPSA** y en qué fecha.

El día 6 de mayo de 2022 se entrega nota en las instalaciones del Metro de Panamá S.A. (se adjunta nota recibida) para la Cesión del Contrato.

En nuestra nota presentada ante la entidad, fue propuesto la Cesión de Contrato, sin mencionar a ninguna empresa en específico aún; pero al nosotros proponer esta medida es porque ya habíamos entablado previamente conversación presencial con el señor Miguei Antonio Amado, Representante Legal de la empresa Security Doors de Panamá, para ceder dicho contrato, y confirmando que dicha empresa posee las capacidades técnicas y financieras para ser propuesta por nuestro lado al Metro de Panamá S.A.

Dado que la empresa Security Doors de Panamá fue una de las empresas participantes en la licitación y también fue referida en la nota MPSA-OPR-204-2022 con fecha del 28 de marzo de 2022, emitida por el Metro de Panamá S.A., como cotización de referencia (se adjunta nota), solo estábamos a la espera de la aprobación de la Cesión de Contrato por parte del Metro de Panamá, S.A., para cumplir con la formalidad de presentar a dicha empresa su consideración de conformidad a lo que establece el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 y del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, en su siguiente artículo:

...

Respuesta del Metro de Panamá, S.A.: El Director General y Representante del Metro de Panamá, S.A., respondió el día 12 de mayo de 2022 mediante Nota MPSA-LEG-784-2022, indicando que la solicitud no era procedente toda vez que MPSA, ya había iniciado el trámite y resolución administrativa del contrato.



PREGUNTA NO.3:

En caso de que la respuesta a la primera pregunta sea negativa y que la cesión de contrato haya sido contemplada como posible, ¿La contratista ha tenido acercamientos con algún potencial cesionario con fortaleza financiera que cumpla con los parámetros establecidos por MPSA?

RESPUESTA NO.3:

Sí, hemos hecho acercamiento con la empresa Security Doors Panamá S.A., solo estábamos a la aprobación de Cesión de Contrato, por parte del Metro de Panamá S.A.

La propuesta de Cesión de Contrato se mantiene entre Best Traders Inc. y Security Doors Panamá S.A.

PREGUNTA NO.4:

Indique la contratista si tiene alguna compañía aseguradora en condición de sostener la propuesta de cesión del contrato.

RESPUESTA NO.4:

Best Traders Inc. cuenta con el respaldo de Nacional de Seguros».

De las respuestas a las Pruebas de Informe, se colige que, a pesar de la propuesta de cesión del contrato por parte de Best Traders Inc., MPSA estima que esta no es una alternativa conveniente a los intereses del Estado. Ello en virtud del peligro que, hasta la fecha, ha representado la falta de ejecución del contratista.

Concluido el periodo probatorio, procedemos a adentrarnos en el examen de la presente causa y emitir el pronunciamiento que en Derecho corresponde.

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

1. Tipología del procedimiento de selección de contratista de marras

En cumplimiento del artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, procedemos a resolver el presente recurso, con base en los criterios que a continuación se exponen y teniendo en cuenta que el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa es una Contratación Menor, desarrollada en el artículo 57 de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 58. Licitación pública. La licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00). En este procedimiento de selección de contratista, las entidades licitantes no aplicarán el margen de riesgo, a fin de fomentar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio para el Estado.

...”

2. Criterios de interpretación

a. Criterios constitucionales

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables al perfeccionamiento, ejecución y terminación de los contratos administrativos se deben a la fuente de toda norma; es decir, a las disposiciones constitucionales, de las cuales destacan los artículos 215 y 266 de la



Carta Fundamental. Veamos:

“Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios.

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial”.

“Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”.

b. Criterios legales

De acuerdo con lo establecido en la propia ley, la interpretación de las reglas contractuales se sustenta en los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006.

“Artículo 35. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

3. Causal de resolución administrativa de la orden de compra

El acto apelado es la Resolución n.ºMPSA-92-2022, que resolvió administrativamente el Contrato MPSA-31-2021 e inhabilitó a la contratista por el término de dos (2) años, fundamentándose en el incumplimiento de la ejecución de los servicios pactados en el referido contrato, de conformidad con el numeral 1 del artículo 136 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que consagra las causales de la resolución administrativa del contrato, así:

“Artículo 136. 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 declaratoria judicial de liquidación del contratista.
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).



En esta misma línea, el artículo 138 de la Ley 22 de 2006, desarrolla la resolución del contrato por incumplimiento del contratista determinando lo siguiente:

"Artículo 138. 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 veinte días hábiles, 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.

...

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 140, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará la fianza de cumplimiento consignada, previo cumplimiento de las formalidades de rigor." (El subrayado es del Tribunal).

4. Procedimiento aplicable para la resolución administrativa del contrato.

El punto central es determinar si la entidad contratante se pronunció conforme al ordenamiento jurídico para dar por terminada la relación contractual con la apelante, específicamente con el artículo 139 de la Ley 22 de 2006, que señala el procedimiento a seguir para la resolución administrativa de cualquier contrato público, a saber:

"Artículo 139. Procedimiento de resolución. La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las reglas siguientes:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.

No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.

2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes. Esta notificación le será comunicada a la fiadora.
3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas...". (Subraya el Tribunal).

5. Revisión del procedimiento de resolución administrativa de la orden de compra



Al examinar el sistema electrónico, encontramos que, mediante Nota MPSA-OPR-89-2022, fechada 2 de marzo de 2022 y publicada en *PanamaCompra* el 14 de marzo del año en curso, dirigida al señor Rufino Valdés Vásquez, la entidad contratante comunicó su intención de resolver administrativamente el Contrato n.ºMPSA-31-2021, debido al supuesto incumplimiento de lo pactado; y le concedió el término de cinco (5) días hábiles para responder y, a la vez, presentar las pruebas que considerara pertinentes, sobre el siguiente fundamento:

“Esto obedece a que no hemos recibido respuesta por parte de su empresa, en cuanto a la fecha de inicio de los trabajos, la entrega del Plan de Prevención de Riesgos Laborales, Protocolo de Bioseguridad, Plan de Gestión de Calidad, entre otros.

Tomando en cuenta que este incumplimiento afecta las actividades del Metro y sobretodo (*sic*) puede ocasionar un accidente al desprenderse alguno de los cristales actualmente comprometidos, le concedemos un término de cinco (5) días hábiles para responder y presentar las pruebas que a bien considere pertinentes”.

Con lo anterior, se corrobora que la entidad comunicó de forma precisa las razones de su intención de resolver el contrato y que concedió a la contratista la oportunidad de defenderse, tal como lo dispone el artículo 139 citado en párrafos que anteceden, cumpliendo también con el Principio del Debido Proceso, consagrado en nuestra Carta Magna, la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Ley 22 de 2006, que implica, entre otros, dar a las partes interesadas el derecho a ser oídos y hacer valer sus derechos ante la entidad contratante y los órganos de control.

Transcurrido el término de ley, MPSA expidió la Resolución n.ºMPSA-92-2022 de 12 de mayo de 2022, que ordenó resolver administrativamente el Contrato N.º MPSA-31-2021, suscrito con Best Traders, Inc., y la inhabilitó para participar en actos públicos de selección de contratista por dos (2) años.

Así, las piezas procesales demuestran que la entidad actuó con apego al artículo 160 de la Ley 22 de 2006, que desarrolla los presupuestos procesales del Recurso de Apelación contra la resolución administrativa del contrato; con indicación de que esta resolución podrá ser recurrida en grado de apelación, para lo cual deberá anunciarse ante la entidad correspondiente, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la referida resolución, misma que deberá sustentarse dentro de igual término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

En la causa que nos ocupa se satisfizo lo dispuesto en la norma, toda vez que, dentro del término procesal oportuno, la apelante presentó escrito de anuncio y sustentación del Recurso de Apelación ante la Secretaría General de este Tribunal. En consecuencia, procedemos con el análisis de los hechos que originaron esta encuesta jurídica, con el propósito de dilucidar los puntos controvertidos, según el contenido del recurso impetrado.

6. Análisis de los cargos contra la apelante

a. Objeto del contrato

El Contrato N.º MPSA-31-2021 tenía como propósito el suministro e instalación de cristales para la red del Metro y comprendía el reemplazo de aquellos que, al momento de la celebración del acto público, se encontraban dañados y fueron especificados en el pliego de cargos, así como de los cristales afectados no previstos en dichos términos de referencia.



El objeto contractual fue detallado en dos (2) renglones, clasificando los cristales según su tipo y uso: laminados templados para las estaciones (incluyendo accesorios de soporte y silicón); e insulados de ventana, para edificios en patios y talleres (incluyendo accesorios de instalación).

Además, la duración del contrato se fijó en dieciocho (18) meses para la ejecución y un (1) mes para su liquidación, obligándose la contratista a iniciar y concluir el objeto de la contratación en dicho término, mismo que empezó a regir el 1 de septiembre de 2021. En igual orden de compromisos, la Cláusula Quinta del contrato (visible a fojas 350 y 351 del expediente administrativo) dispuso lo siguiente:

"QUINTA: (OBLIGACIONES DE EL CONTRATISTA)

Además de las obligaciones establecidas en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, EL CONTRATISTA se obliga formalmente con MPSA, a lo siguiente:

...

4. EL CONTRATISTA debe tener disponibilidad de los distintos tipos de cristales, y deberá atender los llamados de incidencias o imprevistos en un periodo no mayor de veinticuatro (24) horas una vez notificado.

5. Desarrollar y suministrar impreso y en digital a más tardar en los primeros veinte (20) días calendario luego de firmado el Contrato, el Plan de Prevención de Riesgos Laborales (resolución 45,588 de la Caja de Seguro Social) (Anexo D del Contrato) para las actividades a desarrollar y un Protocolo de Bioseguridad (ambos en el Anexo D del Contrato) de EL CONTRATISTA estarán sujetos a cambios por solicitud del MPSA en caso de que existan cambios en las condiciones de trabajo y en la exposición del personal de EL CONTRATISTA a diferentes tipos de riesgos no contemplados previamente.

...

20. Presentar a MPSA en un plazo de quince (15) días calendario después de firmado el Contrato, el Plan de Gestión de Calidad (Anexo E del Contrato), mediante el cual se realizarán las distintas actividades y alcance del presente Contrato. El plan debe describir como mínimo: los objetivos y como se lograrán, proceso de las actividades de instalación, responsabilidades del inspector de calidad, control de documentos y materiales, seguimiento y control de residuos" (sic).

De modo que Best Traders Inc. quedó obligada a ajustarse estrictamente al tiempo pactado para la ejecución del contrato y, particularmente, al término de respuesta para el reemplazo de los cristales, según las especificaciones técnicas indicadas en el pliego de cargos y las necesidades de la entidad contratante.

b. Análisis del supuesto incumplimiento

MPSA determinó que el incumplimiento obedece a que, pasados más de siete (7) meses desde la entrega de la Orden de Proceder, luego de seis (6) reuniones y de una serie de comunicaciones que ambas partes sostuvieron por escrito, Best Traders Inc. aún no había iniciado la ejecución del contrato.

En el libelo del recurso de apelación (fojas 018 a 022 del expediente jurídico), la parte actora justificó el atraso en la ejecución apuntando que este se debe a la escasez de productos para el servicio de laminado de los cristales; el aumento de precios a causa de las repercusiones económicas a nivel mundial como resultado de la pandemia, y el hecho de que los materiales e implementos necesarios para producir el objeto de la contratación provienen de China, país que actualmente enfrenta problemas logísticos.

Al confrontar los argumentos de la apelante con las constancias del expediente administrativo, se aprecia que el 19 de octubre de 2021, es decir, cuarenta y nueve (49)



días después de notificada la Orden de Proceder, la entidad expidió las Notas MPSA-OPR-674-2021 y MPSA-OPR-675-2021, contentivas de las órdenes de pedido 1 y 2 respectivamente, las cuales fueron recibidas por la contratista el 20 de octubre de 2021 (ver fojas 425 a 428 del expediente administrativo).

Así mismo, observa el Tribunal que ambos pedidos corresponden a los cristales que el Metro de Panamá, S.A. detalló en el numeral 7 del Capítulo III (Especificaciones Técnicas) del pliego de cargos. En otras palabras, al momento de participar del acto público, el contratista tenía conocimiento de que la entidad ya requería el reemplazo de 71 cristales (19 laminados templados y 52 insulados) y el tiempo en que debía sustituirlos. Veamos:

7. DETALLE DE CRISTALES (CANTIDAD):

La cantidad de cristales que actualmente se requieren reemplazar en la Red de Metro de Panamá y que deben ser considerados dentro del alcance de **EL SERVICIO**, se muestran a continuación de acuerdo a cada renglón:

REGLÓN	DETALLE	UNIDAD	PORCENTAJE %
1	BARANDA	8	8.45
	FACHADA/ASCENSORES	5	7.04
	FACHADA/EDÍCULOS	8	11.27
2	INSULADO	52	73.24
TOTAL		71	100.00

Una vez se dé la orden de proceder del contrato, **MPSA** emitirá la Orden de Pedido número 1 solicitando el suministro e instalación de los cristales adjudicados en cada renglón, **EL CONTRATISTA** tendrá un periodo no mayor a cuarenta (40) días calendario para el reemplazo de los siguientes cristales en cada una de las instalaciones de acuerdo al renglón adjudicado:

LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021-2-80-0-08-LP-003884
Para el "SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE CRISTALES PARA LA RED DE METRO DE PANAMA"
pág. 56

Sin embargo, según se plasmó en el Informe del Contrato MPSA-31-2021 (visible de foja 397 a 401 del expediente administrativo), el 14 de octubre de 2021 se celebró la segunda reunión entre MPSA y Best Traders Inc. (5 días antes de la emisión de las órdenes de pedido), de la cual se concluye que hubo previo acuerdo concerniente al cambio de materiales y en la que la contratista informó que la materia prima llegaría al país el 15 de octubre de 2021:

- Reunión del 14 de octubre de 2021
Temas relevantes de lo acordado/conversado:
 - BT:
 - Informan que realizaron la inspección de todos los vidrios de la orden de pedido N.º 1 y 2.
 - Indican que coordinarían una reunión con el MPSA luego de la inspección y presentarían la fecha del inicio de los trabajos.
 - Indica que no debe haber retraso por el cambio de material ya que el contenedor de la materia prima llega el 15 de octubre de 2021.
- Reunión del 19 de octubre de 2021
Temas relevantes de lo acordado/conversado:
 - MPSA:
 - Entrega las dos primeras órdenes de pedido para ser firmadas por el representante legal de la empresa, comprometiéndose a entregarlas al día siguiente.
 - Se hace énfasis en que el tiempo de reemplazo de los cristales es sumamente importante y que se debe cumplir con lo estipulado en el Pliego de Cargos y el Contrato, a partir de la entrega de estas órdenes de pedido cuentan con un periodo no mayor a 40 días calendario para la ejecución del servicio.
 - Explica que en caso de retraso, el mismo debe ser sustentado, sin embargo, en caso de deberse a negligencia o abandono por parte del contratista se podrá aplicar lo estipulado en el contrato referente a las multas por atraso.
 - BT: indican que están trabajando en el plan de control de calidad y próximamente lo enviarían.



Cabe manifestar que, el 2 de noviembre de 2021, MPSA solicitó la reposición de un cristal que no estaba incluido en el pliego, pero que, en virtud de la cláusula sexta de dicho documento y la cláusula sexta del contrato, la contratista está obligada a brindar el servicio ante imprevistos de este tipo (ver Nota MPSA-OPR-704-2021 a foja 429 del expediente administrativo). En consecuencia, la contratista realizó la inspección de rigor y remitió la cotización respectiva el mismo 2 de noviembre de 2021 (foja 430 del expediente administrativo), mas no hizo el cambio correspondiente.

Siguiendo con el estudio del informe en mención, en este se señaló que, a la fecha de la cuarta reunión, celebrada el 9 de noviembre de 2021; la empresa Best Traders Inc. adquirió el compromiso de iniciar la instalación de los cristales de la Línea 1 el 15 de noviembre de 2021, de forma ininterrumpida (foja 399 del expediente administrativo).

Contrario a lo prometido, dos días después, en encuentro llevado a cabo el 11 de noviembre de 2021, la contratista manifestó lo siguiente:

- Reunión del 11 de noviembre de 2021

Temas relevantes de lo acordado/conversado:

- **MPSA:** le pregunta a la empresa Best Traders, cual es el tiempo real para iniciar los trabajos, responden que el material del EVA debió llegar a Panamá, en el mes de octubre de 2021, sin embargo la fábrica en China no pudo cumplir con los fletes. El distribuidor en China, se comprometió que la carga llegaría a finales del mes de noviembre o primeros días de diciembre 2021.
- **BT:** informa que los precios de los fletes aumentaron y que sustentarían el aumento con documentación.

En suma, a dieciocho (18) días para que finalizara el plazo para la instalación de los cristales requeridos en los pedidos 1 y 2, Best Traders Inc. comunicó que ni siquiera tenía los materiales y que los fletes habían aumentado, quedando en evidencia que no iba a cumplir en el periodo estipulado, mismo que concluyó el 29 de noviembre de 2021.

A raíz de dicha situación, MPSA emitió la Nota MPSA-OPR-803-2021, calendada 1 de diciembre de 2021, mediante la cual notificó a la contratista acerca de la penalización por incumplimiento de los procedimientos establecidos por la entidad (foja 431 del expediente administrativo), particularmente sobre la Orden de Pedido N°1, y le otorgó cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos. Dicha misiva fue recibida en las oficinas de Best Traders Inc. el 6 de diciembre de 2021.

En el expediente administrativo no se aprecia la respuesta de la parte actora, aunque a folios 432 y 433 consta la Nota MPSA-OPR-840-2021 de 9 de diciembre de 2021, por la que la entidad contestó a las alegaciones de Best Traders Inc., y en la que, entre otros, MPSA solicitó a la contratista que presentara copia de la guía de embarque de los productos y se constató un nuevo compromiso de la empresa para atender el pedido N°1, en el sentido de que se ejecutaría en la segunda semana de enero de 2022:



Estimado Señor Valdés:

En respuesta a su nota recibida el pasado 07 de diciembre del presente año, en donde brinda las explicaciones relacionadas al atraso que presenta la Orden de Pedido N.º1, procedemos a dar respuesta a sus comentarios:

1. Le recordamos que en reuniones de trabajo sostenidas el 09 y 11 de noviembre del 2021, en donde conversamos sobre el estado de avance los trabajos de la Orden de Pedido N.º 1, se nos comunicó que su empresa presentaba un atraso debido a la escasez de productos generada por la pandemia. En dicha reunión ustedes se comprometieron a entregar la documentación que sustentaba dicha demora, se les pidió en específico la copia de la guía de embarque de los productos. Esta prueba no ha sido aportada en su nota de descargo.
2. En relación a los acuerdos comerciales con terceros, es oportuno indicarle que el Contrato N.º MPSA-31-2021 en la Cláusula **DÉCIMA TERCERA (SUBCONTRATOS)**, establece lo siguiente: "Sujeto a los términos y condiciones establecidos en el Contrato, **EL CONTRATISTA**, no podrá celebrar subcontratos para la ejecución parcial de los Servicios sin la aprobación previa y por escrito de MPSA.

...

Nota MPSA-OPR-840-2021
Página 2 de 2

En su nota de descargo indica que en la segunda semana de enero de 2022 iniciará con los trabajos correspondiente a la Orden de Pedido N.º 1, es necesario que nos defina una fecha cierta para el cumplimiento de estos servicios, además de remitir un calendario de trabajo con el plan de instalación sugerido.

433

Atentamente,

Ingeniero Luis Carlos Díaz
Director de operaciones y mantenimiento

VL VG
VG/JCO/OS/mg
JCO

Respecto al contenido de la referida carta, hemos de acotar que en el expediente administrativo ni en el portal electrónico existe documentación que certifique que la contratista le envió a MPSA la constancia de que los productos se encontraban en tránsito.

Por otro lado, en cuanto a la Orden de Pedido N°2, la penalización por reincidencia de atraso fue notificada mediante Nota MPSA-OPR-890-2021, fechada 27 de diciembre de 2021, en la que también le fue concedido el término de cinco (5) días hábiles para remitir sus argumentos de defensa. No obstante, en el expediente administrativo no se observa documentación que nos permita inferir que la recurrente hizo uso de este derecho.

Después de haber culminado la segunda semana de enero de 2022, lapso en que Best Traders Inc. se comprometió a iniciar los trabajos, el Metro de Panamá, S.A., emitió la Nota MPSA-OPR-45-2022, calendada 25 de enero de 2022, en la que detalló los incumplimientos en que había incurrido la contratista hasta ese momento (ver folio 436 del expediente administrativo). Igualmente, mediante Nota MPSA-OPR-73-2022, fechada 7 de febrero de 2022, la entidad reiteró a la contratista su preocupación por los incumplimientos en la ejecución del contrato y solicitó un reporte del estado actual de las labores (véase foja 437 del expediente administrativo).



Posteriormente, en reunión sostenida por las partes el 15 de febrero de 2022, quedó de manifiesto que la justificación del retraso no era la demora del embarque con la mercancía, como indicó Best Traders Inc. desde octubre de 2021, sino que se trata de un tema de costos:

- Reunión del 15 de febrero de 2022
Temas relevantes de lo acordado/conversado:
 - MPSA:
 - Le comunica a BT del atraso presentado a la fecha.
 - Pregunta si la materia prima ya está en camino no obstante la empresa indica que no sabe.
 - Cuestiona si alguna de las dos órdenes establecidas en el pliego de cargos están en producción, ya que han pasado 5 meses desde la orden de proceder.
 - Informa que no se puede aumentar el precio que establece el contrato sin embargo, se evaluara la propuesta sin ningún compromiso.
 - BT:
 - Informa que no es viable mantener el mismo precio y que de lo contrario sería una *autodestrucción* para la empresa.
 - Solicita que el MPSA, evalúe una nueva propuesta debido al aumento de precio.

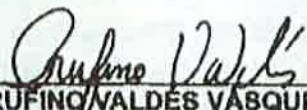
Frente a este escenario, MPSA inició el proceso de resolución administrativa del contrato, tal como fue expuesto en el punto 5 de la presente resolución. En virtud de ello, el 9 de marzo de 2022, la hoy apelante entregó a la entidad el escrito fechado 22 de febrero de 2022, visible a folio 404 del expediente administrativo, en el que detalló los nuevos precios, justificados así:

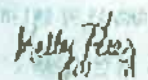
Nuestra justificación extrínseca obedece al marco legal del Contrato No. MPSA-31-2021, establecidas en la **CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA**, en referencia por caso fortuito del COVID19, este evento ha generado como consecuencias aumento triple en los costos de materia prima y en los fletes logísticos, y aún así su disponibilidad sigue siendo incierta.

Esperamos que sea de su consideración nuestra justificación y se logre solventar esta situación de la manera más razonable y favorable posible para ambas partes.

Panamá, 22 de Febrero de 2022.

Atentamente:


RUFINO VALDÉS VÁSQUEZ
C.I. No. 4-726-2257
Representante Legal
Best Traders, Inc.


Kelly Pineda

CC: ASEGURADORA NACIONAL DE SEGUROS

Nótese que la contratista señaló que la disponibilidad de la materia prima es incierta. En otras palabras, aunque MPSA hubiese aprobado los nuevos precios, Best Traders Inc. no estaba en capacidad de garantizar que los productos necesarios para la elaboración de los cristales estuvieran disponibles.



En respuesta a la dicha propuesta, el Metro de Panamá, S.A. emitió la Nota MPSA-OPR 204-2022, calendada 28 de marzo de 2022, por la cual comunicó a la contratista su posición de no aceptar el incremento de precios y en la que apuntó que las cifras propuestas no corresponden con la realidad de la plaza, de conformidad con el estudio de mercado realizado por MPSA. Véanse fojas 405 y 406 del expediente administrativo.

Ante la negativa de la entidad, y luego de la expedición de la Resolución n.º MPSA-92-2022 de 12 de mayo de 2022, por la cual resolvió administrativamente el Contrato MPSA-31-201 e inhabilitó a la contratista, Best Traders, Inc., por el término de dos (2) años para participar en actos públicos de selección de contratista con el Estado, dicha empresa propuso a la entidad proceder con la cesión de aludido contrato. Esta propuesta fue rechazada, tal como lo expuso y sostuvo MPSA en el informe rendido durante el periodo probatorio.

Así, de la narración cronológica de los hechos, se concluye que, en efecto, Best Traders Inc. incumplió con las obligaciones dimanantes del Contrato MPSA-31-201. En este sentido las piezas procesales demuestran que la imposibilidad de cumplir con lo pactado es ajena a problemas logísticos, como indicó inicialmente.

En el momento en que presentó su propuesta, Best Traders Inc. tenía pleno conocimiento de la necesidad de MPSA de reemplazar 71 cristales, mismos que serían requeridos en la orden de pedido N°1, tal como consta en el pliego de cargos. De modo que, tan pronto fue notificada de la Orden de Proceder, debió iniciar las gestiones pertinentes a objeto de tener la materia prima en inventario para hacer frente a ese primer pedido.

Recordemos que MPSA expidió los pedidos cuarenta y nueve (49) días después de notificada la Orden de Proceder, por lo que la contratista contó con tiempo suficiente para tramitar la adquisición de los materiales. Entonces, de haber actuado oportunamente, en la reunión del 14 de octubre de 2021 hubiese comunicado a la entidad el inconveniente de los costos, evitándole así los perjuicios que, hasta la fecha, le ha ocasionado.

Lo ideal es que el contratista sea honesto con la Administración, informando en el tiempo preciso si puede cumplir o no con el objeto contractual, o si, en la ejecución de este, surge alguna situación que le pudiera impedir concluir la prestación del servicio, el suministro de los bienes o la obra encomendada. El no hacerlo, dilatarlo o intentar ocultarlo deriva no solo en pérdida de tiempo y recursos del Estado, sino también en afectación de los intereses y el bienestar de la colectividad.

En el caso que nos ocupa, por el tipo de servicio que brinda el Metro de Panamá, S.A., el mantener más de medio centenar de cristales averiados representa un alto grado de peligrosidad para la integridad física (e incluso la vida) de miles de personas que diariamente utilizan las Líneas 1 y 2, tal como lo explicó la entidad en la parte motiva del acto administrativo atacado.

En otro orden de ideas, el Tribunal es del criterio de que, si bien el artículo 96 de la Ley 22 de 2006 establece la posibilidad de ceder el contrato, las entidades no están obligadas a autorizarlo. Para su aceptación o rechazo, cada institución debe hacer un análisis y ponderación de la conveniencia de acceder a dicha tramitación. En la presente causa, MPSA ha tomado la decisión de no aprobar la cesión del contrato, atendiendo a los perjuicios resultantes del incumplimiento de la contratista.

7. Sobre el cargo en contra de la entidad



En el libelo del recurso, el apoderado especial de la contratista expresó que en la Resolución n.°MPSA-92-2022 de 12 de mayo de 2022 no se consideró el numeral 26.1 de la Cláusula Vigésima Sexta (Fuerza Mayor o Caso Fortuito) del Contrato MPSA-31-2021 por cuanto el incumplimiento se debe a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, sin determinar exactamente en cuál de los dos se enmarca.

Así mismo, la apelante solicitó a esta Colegiatura que, debido a tales causas de fuerza mayor o caso fortuito, tome en cuenta su condición de micro, pequeña y mediana empresa y se disminuya la sanción de inhabilitación aplicada por MPSA al mínimo permitido por la ley.

Sobre el particular, resulta oportuno referirnos a nuestro Código Civil, el cual define ambos conceptos así:

“Artículo 34-D. Es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes.

Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos como naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole”. (El subrayado es del Tribunal).

A este respecto, debemos manifestar que, tal como se desarrolló en páginas anteriores, el incumplimiento de Best Traders Inc. radica en su negligencia e incapacidad de gestión y ejecución.

La propia empresa reveló su tergiversación de los hechos, al no entregar a MPSA copia de la guía de embarque de los productos y declarar, en la reunión del 15 de febrero de 2022, que desconocía si la materia prima estaba en tránsito. En ese mismo encuentro, expuso la verdadera razón del incumplimiento: la supuesta necesidad de incrementar los precios, argumentando que dicha situación es consecuencia de la pandemia. No obstante, al confrontar los nuevos montos propuestos con las consultas que hizo MPSA a dos empresas que compiten en el mercado, se constata que los precios que Best Traders Inc. sometió a aprobación están por encima de la media que ofrece la plaza. Veamos el cuadro comparativo plasmado en la Nota MPSA-OPR-204-2022 de 28 de marzo de 2022, visible a folio 405 del expediente administrativo:

Tipo de Cristal	Descripción	M2	Comparativo precios unitarios y %, versus el aumento		
			Best Traders	Security Doors de Panamá	MMOCSA
Barandas	Suministro e instalación de cristales laminados templados en estaciones. Incluye accesorios de soporte y silicón	1	B/ 650.00	B/ 292.52	B/ 265.00
				55%	59%
Ascensores / Fachadas	Suministro e instalación de cristales laminados templados en estaciones. Incluye accesorios de soporte y silicón	1	B/ 680.00	B/ 340.28	B/ 293.00
				50%	57%
Insulados	Suministro e instalación de cristales insulados de ventana para edificios en Patios y Talleres. Incluye accesorios de soporte y silicón	1	B/ 600.00	No presentó	B/ 245.00
				N/P	50%



Ciertamente, es un hecho notorio que las medidas tomadas por todos los Estados durante la pandemia del Covid-19, aunado a otros acontecimientos de impacto mundial, trastocaron las economías y provocaron un incremento en los costos de prácticamente todos los productos y materias primas; sin embargo, en el caso de marras, se ha constatado que los nuevos precios sugeridos por Best Traders Inc. son astronómicos, totalmente apartados de la realidad del mercado.

Así las cosas, mal puede alegar la contratista que los eventos antes señalados la obligaron a incrementar sus precios de forma exorbitante, cuando dos empresas de su entorno (también sujetas a los mismos factores y cambios) sí están en capacidad de suministrar e instalar los cristales a costos inferiores y que se mantienen dentro del rango del precio de referencia establecido por la entidad al momento de convocar el acto público.

En vista de lo anterior, este Tribunal concluye que el incumplimiento de Best Traders Inc. no responde a causas de fuerza mayor o caso fortuito, por lo tanto, no le es aplicable el numeral 26.1 de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato MPSA-31-2021.

Por otra parte, en lo que concierne a la petición de minimizar la sanción de inhabilitación, corresponde remitirnos a la Ley 22 de 2006, la cual dispone lo siguiente:

"Artículo 140. Imposición de sanciones. La competencia para imponer las sanciones a los contratistas por incumplimiento de contratos u órdenes de compra recae en el representante legal de la entidad o en el servidor público en quien se delegue esta función.

Sin perjuicio de las acciones civiles y penales que correspondan, los contratistas podrán ser susceptibles de las sanciones siguientes:

1. Multa, o
2. Inhabilitación.

La sanción se decretará en el mismo acto en que se declara la resolución administrativa del contrato y se impondrá en atención a la gravedad de la infracción, la reincidencia y la magnitud del daño y los perjuicios causados. El Órgano Ejecutivo reglamentará la gradación de las sanciones y la progresión de estas". (El subrayado es del Tribunal).

"Artículo 142. Inhabilitación. Dependiendo del monto del contrato u orden de compra, la inhabilitación se aplicará así:

1. En contratos u órdenes de compra cuyos montos no excedan de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), de tres meses a un año.
2. En contratos u órdenes de compra cuyos montos excedan de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) y no superen los trescientos mil balboas (B/.300,000.00), de un año a dos años.
3. En contratos cuyos montos excedan de trescientos mil balboas (B/.300,000.00) y no superen los tres millones de balboas (B/.3,000,000.00), de dos a tres años.
4. En contratos cuyos montos excedan de tres millones de balboas (B/.3,000,000.00) y no superen los diez millones de balboas (B/.10,000,000.00), de tres a cuatro años.
5. En contratos cuyos montos excedan de diez millones de balboas (B/.10,000,000.00), de cuatro a cinco años.

Dentro de cada tramo, la duración de la inhabilitación será fijada tomando en cuenta la reincidencia y la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento.

Cuando concurren dos o más sanciones de inhabilitación hacia un mismo contratista, se le aplicarán las sanciones en forma acumulativa, comenzando a



regir la posterior sanción el día siguiente de la finalización de la sanción anterior". (El subrayado es del Tribunal).

Pues bien, en la parte motiva de la resolución apelada, MPSA explicó que la duración de la inhabilitación se determinó tomando en consideración el monto del contrato, la gravedad y el daño ocasionado por el incumplimiento de la contratista.

En este aspecto, el Tribunal coincide con el criterio de MPSA, en el sentido de que el incumplimiento del contratista ha expuesto a los usuarios del Metro a accidentes que incluso pueden derivar en hechos fatales. De modo que la dosificación de la sanción es consona con la gravedad del incumplimiento de Best Traders Inc., toda vez que, al no ejecutar las labores de reemplazo de los cristales, ha puesto en peligro la vida e integridad física de la población que utiliza dicho sistema de transporte.

En atención a todas las consideraciones desarrolladas, es claro para esta instancia administrativa que la contratista incumplió con lo pactado, configurándose así una causal de resolución administrativa de contrato, según lo dispone la Ley de Contrataciones Públicas:

"Artículo 136. 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.

...

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".

Así las cosas, estima este Tribunal que la actuación del Metro de Panamá, S.A. se ajustó al procedimiento para resolver administrativamente el Contrato MPSA-31-2021. En virtud de ello, lo procedente es confirmar lo actuado por la entidad, con fundamento en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020:

"Artículo 244. 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 confirmar, modificar o revocar restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o anular lo actuado por la entidad contratante".

En consonancia, el artículo 164 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 establece:

"Artículo 164. Cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Las resoluciones emitidas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante las cuales se deciden o resuelven los recursos de impugnación y apelación son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes.

La entidad contratante deberá acatar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución que resuelve el recurso".

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 n.º MPSA-92-2022, mediante la cual el METRO DE

PANAMÁ, S.A. resolvió administrativamente el Contrato MPSA-31-2021 e inhabilitó a la contratista, BEST TRADERS INC., por el término de dos (2) años, para participar en actos públicos de selección de contratista con el Estado.

SEGUNDO: DEVOLVER a METRO DE PANAMÁ, S.A. el expediente administrativo original contentivo de las actuaciones surtidas con ocasión de la ejecución del Contrato MPSA-31-2021, el cual está conformado por dos tomos con un total de cuatrocientos cincuenta (450) fojas útiles, según Informe Secretarial que reposa a fojas 033 y 034 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 transcurridos dos (2) días hábiles posteriores 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, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente 095-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de la República de Panamá, Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020; Ley 38 de 31 de julio de 2000; Código Civil de la República de Panamá.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

