



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No.: 002-2022.

RECURRENTE: AIR CARE CORP.

ACTO RECURRIDO: Resuelto No.5743 de 30 de diciembre de 2021, mediante la cual el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, resolvió declarar la resolución administrativa del Contrato No. O-41-2017, ejecutar la Fianza de Cumplimiento 01-31-5838 e inhabilitar al contratista por tres (3) años, dentro del acto público de selección de contratista No.2016-0-07-0-12-LV-027396.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS MARISCAL.

RESOLUCIÓN No.061-2023-PLENO/TACP de 30 de marzo de 2023 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El contrato objeto del presente recurso de apelación se perfeccionó bajo el régimen anterior a la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 que reformó la Ley No.22 de 27 de junio de 2006 (en adelante Ley 22 de 2006), que reguló la contratación pública; por lo que debemos atender lo dispuesto en el artículo 75 de la aludida excerta legal, en el sentido que **“a los procedimientos de selección de contratistas o contratos perfeccionados, iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento”**. (Destaca el Tribunal).

Así pues, la norma aplicable a esta controversia lo es el Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006 (en adelante Ley 22 de 2006), que reguló la contratación pública, ordenado mediante la Ley No.61 de 27 de septiembre de 2017, quien en su artículo 136, creó al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (en adelante el Tribunal), como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia del Recurso de Apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista, en concordancia con el artículo 193 del Decreto Ejecutivo No.40 del 10 de abril de 2018.

I. ANTECEDENTES DE LOS HECHOS RELEVANTES

1. El Ministerio de Educación (en adelante la entidad o MEDUCA), a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, (sistema electrónico o simplemente el sistema “PanamaCompra”), convocó el 16 de marzo de 2017, el Acto Público de Selección de Contratista para la Licitación por Mejor Valor No.2016-0-07-0-12-LV-027396, referente al *Diseño, desarrollo de planos, demolición de estructuras tipo rancho, remodelaciones y construcción de las nuevas infraestructuras de los centros educativos: Quebrada de Peces y Camarón Arriba, Corregimiento de Camarón Arriba,*



Distrito de Besiko, Comarca Ngäbe Buglé, cuyo precio de referencia fue de cinco millones ochocientos doce mil trecientos ocho balboas con un centésimo (B/. 5,812,308.01). (Ver fojas 002-007 del expediente del Tribunal y fojas 2-389 del expediente administrativo).

2. Mediante Resuelto No.2436 del 30 de mayo de 2017, la entidad adjudicó el acto público a la empresa Air Care Corp., (en lo sucesivo el apelante o contratista), suscribiendo el Contrato O-41-2017, con fecha 13 de noviembre de 2018, por un monto de seis millones doscientos cincuenta mil balboas (B/. 6,250,000.00), siendo refrendado por la Contraloría General de la República el 13 de febrero de 2019 y publicado en el sistema electrónico el 25 de febrero de 2019. (Ver fojas 1557-1558 y 1734-1740 del expediente administrativo).
3. El 12 de marzo de 2019, se notificó la Orden de Proceder DNIA.GSP.139.3.0005-19, del 25 de febrero de 2019, señalando el periodo de seiscientos cincuenta (650) días calendarios para ejecutar los trabajos objetos contractuales, a partir del día hábil siguiente de la notificación, es decir, a partir del 13 de marzo de 2019; sin embargo, mediante la Adenda de Tiempo del 21 de mayo de 2021, se concedió una prórroga de trecientos cincuenta y seis (356) días calendario para el plazo de entrega, siendo refrendada por la Contraloría General de la República el 15 de julio de 2021. (Ver foja 1792 y 2950-2952 del expediente administrativo).
4. El 26 de octubre de 2021, mediante Nota DM/DNAL-3243-2021-15, dirigida Banesco Seguros, S. A., como garante de la empresa contratista, la entidad comunicó su intención de resolver administrativamente el referido Contrato O-41-2017, obedeciendo al supuesto incumplimiento de lo pactado en dicho contrato, así como la ejecución de la Fianza de Cumplimiento No.01-31-5838. (Ver fojas 3339-3351 del expediente administrativo).
5. Posteriormente, el 09 de noviembre de 2021, la entidad le comunicó al contratista su intención de resolver administrativamente el Contrato O-41-2017, mediante Nota DM/DNAL-3246-2021-15 de 27 de octubre de 2021, obedeciendo al supuesto incumplimiento de lo pactado en dicho contrato. (Ver fojas 3327-3338 del expediente administrativo).
6. El 15 de noviembre de 2021, mediante Nota O-41-2017-No.085, el contratista presentó sus descargos, cuestionando que los supuestos incumplimientos se debieron a dilataciones por parte de la propia entidad; y por su parte, el 18 de noviembre de 2021, Banesco Seguros S. A., presentó respuesta a la intención de la resolución administrativa del contrato, señalando sus consideraciones al respecto. (Ver fojas 3396-3401 y 3404-3407 del expediente administrativo).
7. Mediante Resuelto No.5743 del 30 de diciembre de 2021, la entidad declaró la resolución administrativa del Contrato O-41-2017, suscrito con la empresa Air Care Corp., además de la ejecución de la Fianza de Cumplimiento 01-31-5838 y la inhabilitación del contratista por el término de tres (3) años, para participar en actos públicos de selección de contratista con el Estado, basándose en el supuesto incumplimiento de las cláusulas pactadas para la ejecución del objeto contractual, que conforme el último Informe Técnico de Inspección, a la obra se ejecutó solo un 11%. (Ver fojas 008-012 del expediente administrativo y fojas 3472-3481 del expediente administrativo).



8. A través de la Firma Sanjur & Asociados, en calidad de apoderados especiales, el contratista presentó el 7 de enero de 2022, ante la Secretaría de Impugnación de este Tribunal, escrito de sustentación del Recurso de Apelación en contra del alusivo Resuelto No.5743; solicitando la revocatoria de la decisión de la entidad contratante, fundamentando que los incumplimientos no fueron imputables al contratista. (Ver fojas 013-037 del expediente del Tribunal).
9. Por su parte, el 7 de enero de 2022, la licenciada Cinthia N. Trotman G., actuando en representación de Banesco Seguros, S. A., siendo garante de la empresa contratista, presentó ante la Secretaría de Impugnación de este Tribunal, escrito denominado Incidente de Intervención de Terceros de Banesco Seguros, S. A., alegando que la resolución administrativa del contrato le afectaría directamente, por lo que solicitó se revoque los efectos de dicha decisión, o en su defecto se le conceda una extensión de tiempo al contrato; mismo que fue admitido por este Tribunal mediante la Resolución No.018-2022-TACP de 31 de marzo de 2022, accediendo a su anteverción, en calidad de tercero interesado. (Ver fojas 113-129 y 140-143 del expediente del Tribunal).
10. Mediante Nota DNAL-CTO-405-2022-15 de 27 de enero de 2022, la entidad envió el expediente administrativo original, contentivo de ocho (VIII) Tomos, con un total de tres mil cuatrocientos noventa y una (3491) fojas útiles, según Informe Secretarial de 27 de enero de 2022. (Ver fojas 105 y 108 del expediente del Tribunal).

II. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL APELANTE

En el recurso de apelación, el actor se opone a la resolución administrativa del contrato, cuestionando que los supuestos incumplimientos cuestionados obedecen a dilataciones por parte de la propia entidad por demoras en aprobaciones de cierta documentación y la falta de pago de las gestiones de cobro aportadas; sustentando en lo medular lo siguiente:

1. La Adenda No.1 sobre la extensión del tiempo, fue refrendada siete (7) meses después de haber culminado la vigencia del contrato suscrito, violentado e incumpliendo con los parámetros establecidos en las normas y principios de las contrataciones públicas, y de los propios intereses del Estado.
2. Al 30 de diciembre de 2021, cuando la entidad toma la decisión de resolver administrativamente el Contrato No. O-41-2017, el mismo se encontraba vencido, siendo la propia entidad que dejó vencer dicho contrato incumpliendo con sus responsabilidades y obligaciones establecidas en la norma de contrataciones públicas.
3. La entidad ha incumplido con sus obligaciones de pago sobre las cuentas presentadas oportunamente por el contratista, provocando un desequilibrio económico al contrato en perjuicio de la empresa, y a la fecha de la resolución del contrato solo ha recibido el 10% del anticipo previsto en el contrato.



4. Respondió cada uno de los señalamientos aducidos por la entidad para la resolución administrativa del contrato, refiriéndose a ciertos hechos que afectaron la correcta ejecución del contrato, cuya responsabilidad no es del contratista, a saber:

- Aprobación de Planos: la entidad dilato la aprobación y entrega de los planos, siendo el 2 de marzo de 2021, que fueron aprobados completamente, cuando ya habían transcurrido 554 días del contrato.
- Estudio de Impacto Ambiental: la dilatación en la aprobación del estudio de impacto ambiental, siendo que las autoridades de la Comarca Ngäbe Buglé, están retrasados en obtención del certificado del Registro Público de las fincas o documentos de propiedad de las mismas, siendo un requisito obligatorio dicho trámite, cuando el mismo se encuentra pendiente de aprobación por parte de MiAmbiente.
- Pandemia Covid-19: la paralización de la obra a causa de la pandemia, siendo una causa de fuerza mayor no imputable al contratista, cuya reactivación se dieron a partir de septiembre de 2020.
- Avance de la obra: según el contratista el avance real de la obra obedece al 25%, manifestando que siempre ha mantenido personal trabajando en el proyecto, excusando que en la última inspección el residente no se encontró en la obra puesto se encontraba verificando los materiales, por ello no se encontró en el proyecto esa fecha.

5. Finalmente, solicitó a este Tribunal revocar la resolución que resolvió administrativamente el contrato y, en consecuencia, se le conceda una adenda de tiempo, puesto que los incumplimientos se deben a causas de la entidad y no del contratista aseguro.

III. PERIODO PROBATORIO

Mediante Resolución No.033-2022-TACP de 31 de mayo de 2022 (Pruebas), el magistrado sustanciador se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas aportadas y aducidas por la empresa contratista (Air Care Corp.) en su escrito de Recurso de Apelación. De igual forma, ordenó una Prueba de Informe para las partes (MEDUCA y Air Care Corp.) y la entidad afianzadora (Banesco Seguros, S. A.), a fin de que atendieran algunas interrogantes respecto al porcentaje de avance y cumplimiento en la ejecución del contrato, cuyas respuestas fueron publicadas en el sistema electrónico el 8 y 9 de junio de 2022. (Ver fojas 156-163 del expediente del Tribunal).

1. Prueba de Informe

- Air Care Corp.: básicamente en su respuesta a la prueba requerida, argumentó que, a la fecha de resolución del contrato, el avance de la obra era de 28.5%, por lo que solicitó una extensión de tiempo, pero la entidad en su lugar decidió resolver el contrato, siendo que solamente se había hecho el pago del anticipo por la suma de B/. 625,000.00, más no así se gestionó el pago de las gestiones de cobro sobre las cuentas No. 1 y 2



presentadas por avance de la obra. Posteriormente, el 22 de febrero de 2022, se presentó la solicitud para la cesión de dicho contrato, siendo aceptada por la entidad, quien requirió la documentación correspondiente sobre la empresa proponente para la cesión. (Ver fojas 172-173 del expediente administrativo).

- MEDUCA: la entidad detalló que al mes de diciembre de 2021 el avance físico de la obra era de 13.50%, para el Centro Educativo de Quebrada de Peces y un porcentaje de 15.35% para el Centro Educativo Camarón Arriba, cuando el contratista solicitó una extensión de tiempo, misma que fue autorizada mediante Adenda No.1 por 356 días calendario adicionales al término de ejecución del contrato, sin embargo, luego se inició con el trámite para la resolución administrativa del contrato. Posteriormente, el 5 de abril de 2022 el contratista presentó la intención de cesión del contrato, empero, dicho trámite no se logró concretar, pese a que la entidad dejó entrever dicha posibilidad siempre y cuando se cumplieran con los requerimientos legales, técnicos y financieros para hacer frente al objeto contractual.
- Banesco Seguro, S. A.: la afianzadora se refirió al porcentaje de avance físico de la obra, que a su entender era de 7.55%; con el conocimiento que el contratista había solicitado una extensión de tiempo, pero que la misma nunca se concretó, y en su lugar la entidad optó por la de la resolución administrativa del contrato, sin que le hubieran notificado de los supuestos incumplimientos. Refirió conocer la solicitud de cesión del contrato, que fue aceptada por la entidad, pese a que señaló no ser la responsable de la ejecución de la fianza de cumplimiento, puesto que no se han cumplido las garantías y presupuestos legales exigidos para la aceptación de un reclamo frente a la garantía.

2. Prueba de Oficio

Mediante Resolución No.051-2022-TACP de 22 de julio de 2022 (Pruebas), este Tribunal ordenó una prueba de oficio a las partes y la afianzadora, a fin de atender algunas interrogantes esta vez, respecto a la intención de cesión del contrato, quienes respondieron las siguientes consideraciones. (Ver fojas 197-199 del expediente del Tribunal).

- Air Care Corp.: alegó que cuenta con la posibilidad de presentar a la empresa Goldman Plus Investment Corp., quien reúne y cumple con todos los requerimientos para la formalización de la cesión del contrato.
- MEDUCA: reiteró su anuencia de acceder a la cesión del contrato siempre que la empresa propuesta cumpla con todos los requerimientos legales, técnicos y financieros para hacer frente a las actividades pendientes de la obra.
- Banesco Seguro, S. A.: manifestó su anuencia sobre la tramitación de la cesión del Contrato No. O-41-2017, siempre que se den las garantías necesarias para su aprobación.

Ahora bien, de la prueba oficiosa requerida por el magistrado sustanciador, quedó evidenciada la anuencia de las partes sobre la posibilidad de formalizar la solicitud de cesión del Contrato, para la culminación de los trabajos contractuales.



IV. MEDIDA PREVIA

Mediante Resolución No.038-2022-PLENO/TACP de 18 de octubre de 2022, publicada en el portal de PanamaCompra el 20 de octubre de 2022, este Tribunal como medida previa, reconoció la voluntad manifiesta de las partes para la cesión del contrato, concediendo el tiempo necesario para la formalización de la misma, y ordenó a la entidad gestionar oportunamente las pólizas, adendas y demás documentación administrativa para la continua ejecución de las obras, previa notificación al Tribunal del cumplimiento de la formalización de la cesión. (Ver fojas 223-249 del Expediente del Tribunal).

Dicha comunicación se dio formalmente a través del Oficio No. 178-2022-TACP del 21 de octubre de 2022, visible a fojas 252-253 del expediente jurídico.

Al respecto de la ordenanza, el 14 de febrero de 2023, la entidad publicó en el sistema electrónico, el Resuelto 341-AL, donde la entidad resolvió autorizar la cesión del Contrato No. O-41-2017, suscrito con el contratista Air Care Corp., para la empresa Goldman Plus Investment Corp., a fin de que continúe los trabajos de la obra, así como también autorizó la Adenda No.2 de extensión de tiempo por 1,004 días calendario, como plazo para la entrega del objeto contractual, tal como se muestra a continuación:

RESUELVE:

PRIMERO: Autorizar la Cesión del Contrato O-41-2017, suscrito con la empresa AIR CARE CORP., a la empresa GOLDMAN PLUS INVESTMENT CORP., a fin que continúe los trabajos del Acto Público Número 2017-0-07-0-04-LV-031545, para el Proyecto: "DISEÑO, DESARROLLO DE PLANOS, DEMOLICION DE ESTRUCTURAS TIPO RANCHO, REMODELACIONES Y CONSTRUCCIÓN DE LAS NUEVAS INFRAESTRUCTURAS DE LOS CENTROS EDUCATIVOS: QUEBRADA DE PECES Y CAMARÓN ARRIBA, CORREGIMIENTO DE CAMARON ARRIBA, DISTRITO DE BESIKO, COMARCA NGÁBE BUGLÉ".

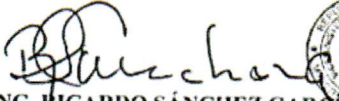
SEGUNDO: Autorizar la Adenda 2 por Extensión de Tiempo por mil cuatro (1,004) días calendario a la empresa GOLDMAN PLUS INVESTMENT CORP., al plazo de entrega de la obra objeto del Contrato O-41-2017, del Proyecto: "DISEÑO, DESARROLLO DE PLANOS, DEMOLICION DE ESTRUCTURAS TIPO RANCHO, REMODELACIONES Y CONSTRUCCIÓN DE LAS NUEVAS INFRAESTRUCTURAS DE LOS CENTROS EDUCATIVOS: QUEBRADA DE PECES Y CAMARÓN ARRIBA, CORREGIMIENTO DE CAMARON ARRIBA, DISTRITO DE BESIKO, COMARCA NGÁBE BUGLÉ".

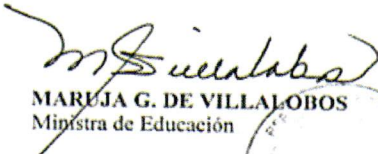
TERCERO: Publicar el presente Resuelto en el Sistema Electrónico de "PanamaCompra", por el término de un (1) día hábil, para efecto de su notificación.

CUARTO: Remitir copia de este Resuelto a las Direcciones, Departamentos e Instituciones para su debido cumplimiento.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 76, 77 y 81 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006.

COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,


ING. RICARDO SÁNCHEZ GARCÍA
Viceministro de Infraestructura Educativa


MARIJA G. DE VILLALOBOS
Ministra de Educación



Según se desglosa del documento arriba ilustrado, la entidad estimó viable la cesión del contrato con la empresa propuesta, quien aportó la documentación requerida para la formalización de la misma, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, para la ejecución de la obra extendida hasta el 11 de septiembre de 2024.



En ocasión de las constancias de la causa, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los acontecimientos aquí planteados por las partes.

V. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Profundizando en el análisis de los elementos a considerar para el caso bajo estudio, reiteramos que el Contrato O-41-2017, data del 13 de noviembre de 2018, refrendado por la Contraloría General de la República el 13 de febrero de 2019, según se observa en el sistema electrónico, por lo que, en ese sentido, iniciamos con el estudio de la normativa aplicable al caso en particular.

1. Aplicación de la normativa en el tiempo

Ciertamente el Contrato O-41-2017, objeto del presente recurso de apelación, data del 13 de noviembre de 2018, refrendado por la Contraloría General de la República el 13 de febrero de 2019, cuando ya se encontraba vigente el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley No.61 de 27 de septiembre de 2017; es decir, que a la fecha en que se formalizó o entró en vigencia dicho contrato (13 de febrero de 2019), el Texto Único de la Ley 22 de 2006, aplicado en ese momento (ordenado por Ley 48 de 2011), había sido reformado o modificado por la Ley 61 de 2017, cuya entrada en vigencia fue promulgada a partir del 14 de septiembre de 2018, tiempo en que aún no se encontraba refrendado el contrato referido, puesto que el mismo queda perfeccionado justamente cuando es revisado por el contralor, quien da fe del mismo con el refrendo, es decir el 13 de febrero de 2019.

Al respecto de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, en su artículo 100 señaló que *“a los procedimientos de selección de contratistas o contratos perfeccionados, iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, **se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento.**”*

En consecuencia, corresponde aplicar el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley No.61 de 27 de septiembre de 2017 y el Decreto Ejecutivo No.40 De 10 de abril de 2018, que la reglamentó, conforme lo consagrado en el artículo 87; pese a que el acto público, adjudicación y el contrato fueron iniciados con anterioridad a dicha Ley, es decir, que se inició con la Ley 48 de 10 de mayo de 2011.

2. Criterios de interpretación

a. Constitucional

La interpretación de las normas aplicables al perfeccionamiento, ejecución y terminación de los contratos administrativos, se deben a la fuente de toda norma, refiriéndonos a las disposiciones constitucionales, de las cuales son resaltables los artículos 184 y 266 de la Carta Fundamental. Veamos:

“Artículo 184. Son atribuciones que ejerce el presidente de la República con la participación del ministro respectivo:

...

8. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a lo que disponga esta Constitución y la Ley.



...". (La negrita es del Tribunal).

"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. Legal

Según lo establece 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 30 de la Ley 22 de 2006.

"Artículo 30. 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. Resolución administrativa del contrato

Mediante Resolución Administrativa No.044-2022-CONADES del 18 de octubre de 2022, la entidad decidió resolver administrativamente el Contrato O-41-2017 del 13 de noviembre de 2018, suscrito con la empresa Air Care Corp., e inhabilitar al contratista por el término de tres (3) años, sustentado su decisión en el incumplimiento de las de las cláusulas pactadas para la ejecución del objeto contractual, puesto que los informes de inspección arrojó tan solo el 11% de avance de la obra, evidenciando el abandono o suspensión de la misma.

a. Causal de incumplimiento invocada por la entidad

Respecto a la causal invocada en la resolución administrativa del contrato, se sustenta en el artículo 126 de la Ley 22 de 2006, veamos:

"Artículo 126. 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.

...". (El subrayado es del Tribunal).

Por su parte, el artículo 128 de la Ley 22 de 2006, desarrolla la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, determinando lo siguiente:

"Artículo 128. 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 a de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

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

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

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

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 130, 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.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de incumplimiento total en contrataciones menores, la entidad podrá convocar a otro acto público o adjudicar al proponente que haya llegado en segundo lugar, según sea más beneficioso para los intereses públicos, sin perjuicio de las sanciones aplicables. Esta materia será desarrollada en el reglamento". (El subrayado es del Tribunal).

b. Procedimiento aplicable para la resolución administrativa del Contrato

El artículo 129 de la Ley 22 de 2006, señala el procedimiento a seguir para la resolución administrativa de cualquier contrato público, regulando lo siguiente:

"Artículo 129. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.

...". (El subrayado es del Tribunal).

En ocasión de la intención de resolver administrativamente el contrato, la entidad comunicó al contratista su intención mediante Nota DM/DNAL-3246-2021-15 de 27 de octubre de 2021, justificado en el incumplimiento a lo pactado, básicamente sobre la falta de personal y equipo necesarios para la ejecución de la obra, y el abandono o suspensión de la obra sin autorización debida; en la cual se le concedió al contratista el término de cinco (5) días hábiles para que contestara y a la vez, que presentara las pruebas que considerara pertinentes, oportunidad que aprovecho la hoy día recurrente, al refutar y aclarar los incumplimientos expuestos, afirmando su desacuerdo con dicha decisión, a través de la Nota O-41-2017-No.085 del 15 de noviembre de 2021. (Ver fojas 3396-3401 del expediente administrativo).

Igualmente, la entidad comunicó a la empresa garante del contratista (Banesco Seguros, S. A.), sobre la resolución administrativa del contrato y ejecución de la Fianza de Cumplimiento No.01-31-5838, mediante Nota DM/DNAL-3243-2021-15 de 26 de octubre de 2021; quienes presentaron sus descargos el 18 de noviembre de 2021, objetando tal decisión, señalando que la ejecución de la fianza de cumplimiento ocasionaría afectaciones a dicha aseguradora. (Ver fojas 3339-3351 y 3404-3407 del expediente administrativo).

Ahora bien, una vez transcurrido el término de ley, la entidad expidió el Resuelto No.5743 de 30 de diciembre de 2021, que resolvió la resolución administrativa del Contrato O-41-2017, así como ejecutar la Fianza de Cumplimiento 01-31-5838 e inhabilitar al contratista por tres (3) años, basándose en el incumplimiento de las cláusulas establecidas en el contrato; decisión que fue recurrida dentro del término procesal oportuno, puesto que el apelante el 7 de enero de 2022, presentó escrito de anuncio y sustentación del Recurso de Apelación.

Visto lo anterior, nos atañe analizar los hechos que dieron origen a la causa bajo estudio, con miras a esclarecer los planteamientos expuestos por las partes, frente a las normas reguladoras de los mismos.

4. Análisis del supuesto incumplimiento por parte del contratista

a. Extensión de tiempo (prórroga)

Ciertamente el Contrato O-41-2017, tenía por objeto el *Diseño, desarrollo de planos, demolición de estructuras tipo rancho, remodelaciones y construcción de las nuevas infraestructuras de los centros educativos: Quebrada de Peces y Camarón Arriba, Corregimiento de Camarón Arriba, Distrito de Besiko, Comarca Ngäbe Buglé*, cuya vigencia inicialmente se estipuló en seiscientos cincuenta (650) días calendarios (cláusula tercera del contrato), contados a partir del día hábil siguiente a la notificación de la Orden de Proceder, para el desarrollo y ejecución del proyecto.

La Orden de Proceder, se notificó al contratista el 12 de marzo de 2019, por ende, la fecha de inicio se dio el 13 de marzo de 2019, cuya fecha de vencimiento se estipuló para el 21 de diciembre de 2020, tiempo máximo para la ejecución



completa de la obra, conforme lo contemplado en el Contrato y el Pliego de Cargos. (Ver foja 1792 del expediente administrativo).

No obstante, en el primer periodo de ejecución, con un porcentaje de 7.55% de avance de la obra, el contratista solicitó una extensión de tiempo de 270 días calendario (Ver Nota O-41-2017-No.040 del 22 de septiembre de 2020), justificado a situaciones ajenas a su voluntad que dilataron y afectaron las actividades, como fueron las aprobaciones de los planos de construcción de los pabellones de los centros educativos, por parte de la Dirección de Ingeniería y Arquitectura. (Ver fojas 2902-2918 del expediente administrativo).

Siendo así, la entidad, mediante Resuelto No.1518 del 22 de marzo de 2021, autorizó una extensión de tiempo al contrato, de trecientos cincuenta y seis (356) días calendario, justificada en el Informe Técnico que realizó, visible a fojas 2920-2926 del expediente administrativo, que arrojó que las situaciones de retrasos se debieron a la declaración de emergencia nacional producto de la pandemia por Covid-19.

Claramente la Adenda modificó diversas cláusulas del referido contrato: la cláusula tercera sobre la vigencia del contrato, la cláusula quinta sobre la fianza de cumplimiento y la fianza de pago anticipado, así como la cláusula vigésima sexta, sobre la póliza de seguros, siendo la más relevante la que contiene el tiempo de ejecución, así como la fianza de cumplimiento a fin de asegurar el cumplimiento del objeto contractual. Veamos:

PLAZO DE ENTREGA TOTAL	ENTREGA DE DISEÑOS Y PLANOS EN ANTEPROYECTO	DESARROLLO, REVISIÓN, APROBACIÓN DE PLANOS DE CONSTRUCCIÓN	CONSTRUCCIÓN Y ENTREGA DEL PROYECTO
	EN UN PERIODO DE 60 DÍAS CALENDARIOS DESPUES DE NOTIFICADA LA ORDEN DE PROCEDER, EL CONTRATISTA DEBERÁ PRESENTAR EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL APROBADO POR EL MINISTERIO DE AMBIENTE		
1,006 Días calendario	30 Días calendario	120 Días calendario	<u>856 Días calendario</u>

b. Supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales

La resolución administrativa del Contrato No. O-41-2017, obedeció a los supuestos incumplimientos del contratista sobre la ejecución del objeto contractual, explícito en la Justificación Técnica Legal de la entidad, acaecidos sobre la falta de personal y equipos necesaria para la ejecución de la obra dentro del periodo fijado, además del abandono o suspensión de la obra sin la autorización debida.

En su defensa, el apelante objetó tales incumplimientos, argumentando que los mismos se debieron a dilataciones por parte de la propia entidad en cuanto a las aprobaciones de cierta documentación (planos) y la falta de pago de las gestiones de cobro aportadas por la empresa, que afectaron directamente la ejecución normal de las labores de diversas actividades. (Ver Notas visibles a foja 3396-3401).

No obstante, de las constancias procesales, evidenciaron sendos Informes Técnicos de inspección a las obras, a través del Departamento de Ejecución e Inspección de Obras de la Dirección Nacional de Ingeniería y Arquitectura de la



entidad, los cuales mostraban la realidad del poco avance de los trabajos realizados por el contratista. Veamos:

INFORMES TECNICOS DE INSPECCION A LAS OBRAS			
No. Informe	Fecha de Inspección	Días transcurridos	Avance Físico
2	3 de febrero de 2021	694	10.11%
3	17 de marzo de 2021	735	8.56%
4	09 de abril de 2021	758	10.65%
6	27 de mayo de 2021	835	10.65%
7	26 de julio de 2021	866	10.70%
10	26 de agosto de 2021	901	11.00%
11	23 de septiembre de 2021	925	13.51%

En seguimiento al avance de las actividades propias del objeto contractual, la entidad propició el diálogo, a fin de llegar a un entendimiento sobre la continuidad de las labores encomendadas al contratista; siendo muestra de ello las reuniones realizadas entre las partes, celebrada el 24 de febrero de 2021 y el 05 de mayo de 2021, respectivamente. (Ver foja 3069 y 3133 del expediente administrativo).

Ahora bien, pese a los llamados de atención al contratista sobre el evidente atraso registrado en la ejecución del proyecto, el último Informe de Justificación Técnica Legal reveló que a esa fecha el contrato se encontraba en la primera fase de ejecución, sin avance alguno, lo que sirvió de sustento para la decisión de la resolución administrativa del contrato; esencialmente que a la fecha el término del contrato había vencido.

Finalmente, de las piezas procesales se evidencian que, dado el incumplimiento del contratista en la ejecución de la obra, puesto que no logró culminar dentro del término acordado, en el caso en particular, éste propuso a la entidad la viabilidad de cesión del contrato, avalado por la cláusula vigésima cuarta del contrato, proponiendo en calidad de contratista a la empresa Goldman Plus Investment Corp., a fin de ceder los derechos y obligaciones que nazcan del mismo, hecho avalado por la propia entidad y por la afianzadora, conforme las respuestas a la prueba de oficio requerida, quienes mostraron su anuencia en cuanto la necesidad que los trabajos contractuales culminen a satisfacción.

VIGÉSIMA CUARTA: Posibilidad de Cesión. EL CONTRATISTA podrá ceder los derechos que nazcan del contrato, previo cumplimiento de formalidades establecidas en la ley y reglamento, o por las condiciones consignadas en el Pliego de Cargos que hayan servido de base en el procedimiento de selección de contratista. Sin embargo, en todos los casos, será preciso que el cesionario reúna las condiciones y preste las garantías exigidas a EL CONTRATISTA y que EL ESTADO consienta la cesión, haciéndolo constar por escrito en el expediente respectivo.
Por su parte, EL ESTADO tiene el derecho de ceder y traspasar este CONTRATO sin la previa aprobación escrita de EL CONTRATISTA, a cualquier institución o dependencia gubernamental, con la condición de que el cesionario asuma todos los derechos y las obligaciones que el cedente tiene conforme a este CONTRATO.



En este punto, debemos entender que tanto la entidad como el garante han realizado su análisis previo sobre la capacidad legal, financiera y técnica del cesionario, así como también del grado de retraso que tiene la ejecución del contrato, que en esta obra presenta un porcentaje de avance del 7.55%, situándose en el primer periodo de ejecución, características éstas que constituyen un elemento esencial para la cesión del contrato.



c. Algunas consideraciones sobre la Cesión del Contrato

En atención a la decisión de la entidad de acceder al proceso de cesión del contrato, concebimos que la sesión es el inicio o continuidad del Contrato, pero con otro contratista, dejando el cedente de formar parte de la relación contractual; por lo que para su formalización se debe tener presente todos los requerimientos legales, técnicos y financieros para la continuidad de la ejecución total de las nuevas infraestructuras de los centros educativos Quebrada de Peces y Camarón Arriba, en la Comarca Ngäbe Buglé, cuyas obligaciones pasan a ser del cesionario, respaldado por el garante, en favor del Estado, siendo la esencia de la cesión la permanencia objetiva de la relación contractual.

En este sentido, el artículo 89 de la Ley 22 de 2006, referente a la cesión del contrato, señala lo siguiente:

“Artículo 89. Cesión de contrato. Los derechos y obligaciones que surjan por la celebración de un contrato o por una orden de compra podrán ser cedidos por el contratista a un tercero, siempre que la entidad contratante respectiva como el garante preste su autorización previa a dicho acto de cesión. Para tales efectos, el cesionario deberá contar con la capacidad técnica y financiera para proseguir o dar inicio a la ejecución del contrato o de la orden de compra cuyos derechos y obligaciones hayan sido cedidos, en los mismos términos que el cedente”. (Lo resaltado es del Tribunal).

La norma citada, deja claramente establecido que se trata de una prerrogativa del contratista el ceder a un tercero los derechos y obligaciones que nazcan del contrato, la cual está condicionada a autorización previa de la entidad contratante y del garante, cumpliendo con las formalidades establecidas por dicha ley, el reglamento o por las condiciones consignadas en el pliego de cargos que ha servido de base al procedimiento de selección de contratista que hoy atendemos.

Y es que, en los contratos administrativos, debemos extremar las posibles soluciones tendientes a la continuidad y consecución de las obras de interés público, salvaguardando siempre el bienestar de la sociedad, y obtener el mayor beneficio para el Estado, pero sin socavar el derecho de los particulares, por lo que para este Tribunal no existe obstáculo alguno para dar su anuencia a que las partes prosigan con la ejecución y culminación del Contrato O-41-2017.

En ese orden de ideas, estimamos viable advertir que entre los principios generales que deben imperar en la ejecución de los contratos administrativos que celebre la administración, se ubica el *Principio de la continuidad*, que da forma sustancial a los derechos y obligaciones de las partes contractuales.¹

Por su parte, la doctrina también ha señalado lo siguiente:

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

¹ Roberto Dromi, Licitación Pública, Cuarta Edición, Buenos Aires-Madrid-México, 2010, pag. 20.

² Roberto Dromi, Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 13-14.



Recordemos que el objeto contractual, es la construcción de las nuevas infraestructuras de los centros educativos: Quebrada de Peces y Camarón Arriba, en la Comarca Ngäbe Buglé, Corregimiento de Camarón Arriba, Distrito de Besiko, debido a las condiciones de deterioro de las viejas estructura tipo rancho, que representan un peligro para dicha población, siendo una obra que reviste un marcado interés público, por lo que es prioridad adaptar la continuidad del contrato, puesto que su obligación contemplaba además de la entrega de los diseños y planos de construcción, también contempló la obra completamente terminada.

Igualmente estimamos viable resaltar el *Principio de conservación de los contratos*, el cual busca garantizar todos aquellos actos que, con independencia de las posibles irregularidades incurridas, satisfagan su finalidad válidamente, que respecto a este principio la autora Beladiez Rojo señala que: Al tener todos los actos administrativos, por definición, un fin público, la finalidad que se persigue con esa conservación no es solo la realización de los intereses de las partes, sino la del interés general, que es el fin que todo acto de la administración debe pretender.³ (Lo subrayado es del Tribunal).

Por último, siendo que la controversia recayó sobre la decisión adoptada por la entidad de resolver administrativamente el Contrato O-41-2017, basado en el incumplimiento de las obligaciones contractuales; no obstante, las partes han convenido y aceptado la cesión de dicho contrato a la empresa Goldman Plus Investment Corp., quien asumirá todos los derechos y obligaciones que emergen del contrato; que al respecto, el tratadista Roberto Dromi señala que el contrato en sentido estricto significa un acuerdo de voluntades generador o creador de derechos y obligaciones.⁴ (Lo subrayado es del Tribunal).

En este sentido, lo correspondiente será emitir nuestra decisión sobre el caso bajo estudio.

5. Decisión del caso bajo estudio

Teniendo presente que en los contratos administrativos hay que adoptar y procurar soluciones para la pronta solución de las diferencias, en el caso en particular, mantener la continuidad y logro de éstas obras de interés público en beneficio de la comunidad, y por ende el mayor beneficio para el Estado, previendo cualquier situación contraria al objeto del contrato; por lo que en ese sentido este Tribunal considera preciso, en base a la aplicación del *Principio de buena fe*, reconocer la voluntad manifiesta de las partes para la cesión del contrato, encaminadas pues al cumplimiento del objeto contractual.

Igualmente, el ordenamiento jurídico panameño, en el artículo 22, numeral 3, se establece la obligación de cumplir con el principio de prevalencia del fin, veamos:

“Artículo 22. Principio de economía. En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

...

1. Se tendrá en consideración que las reglas y los procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual para servir a los fines estatales, la adecuada, continua y eficiente prestación de los

³ Margarita Beladiez Rojo, Validez y eficacia de los actos administrativos, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., España, 1994, pág. 47.

⁴ Roberto Dromi, Licitación Pública, Cuarta Edición, Buenos Aires-Madrid-México, 2010, pág. 20.



servicios públicos y la protección y garantía de los derechos de los administrados.
...”

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 22 de 2006, se refiere a las obligaciones para las entidades contratantes, resaltando las siguientes:

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

1...

4. ...

5. Adoptar las medidas para mantener, durante el desarrollo y la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras prevalecientes al momento de contratar y de realizar sus modificaciones, cuando así estén autorizadas por la ley o el contrato, de acuerdo con el pliego de cargos.

...” (Lo subrayado es del tribunal).

En definitiva, dado que las partes han accedido a formalizar la cesión del eludido contrato, para proseguir con la ejecución y culminación del Contrato O-41-2017, este Tribunal, actuando con la debida razonabilidad, se aboca a *revocar* el acto administrativo apelado, con fundamento en al artículo 213 del decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018:

“Artículo 213. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, **revocar** o anular lo actuado por la entidad contratante”. (Lo resaltado es del tribunal).

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes los efectos del Resuelto No.5743 de 30 de diciembre de 2021, proferida por el Ministerio de Educación, mediante la cual resolvió declarar la resolución administrativa del Contrato O-41-2017 suscrito con la empresa Air Care Corp., y ejecutar la Fianza de Cumplimiento 01-31-5838 e inhabilitar al contratista por tres (3) años, dentro del acto público de selección de contratista No.2016-0-07-0-12-LV-027396, referente al Diseño, desarrollo de planos, demolición de estructuras tipo rancho, remodelaciones y construcción de las nuevas infraestructuras de los centros educativos: Quebrada de Peces y Camarón Arriba, Corregimiento de Camarón Arriba, Distrito de Besiko, Comarca Ngäbe Buglé, **habida cuenta del acuerdo entre las partes para cesionar el referido contrato.**

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución, para los efectos legales pertinentes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles, posterior a su publicación en el indicado sistema electrónico.

TERCERO: 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.

CUARTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente No.002-2022, 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 mediante la Ley No.61 de 27 de septiembre de 2017; Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTIN WILSON CHEN
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General



TACF

'23 MAR-31 AM 11:59

RECIBIDO