



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 027-2022

RECORRENTE: CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.

ACTO RECURRIDO: Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022, por medio de la cual la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, resuelve administrativamente el Contrato No. A-7007-2016, ejecuta la Fianza de Cumplimiento N°01-31-5100 y la Fianza de Pago Anticipado N°01-31-5101 e inhabilita por tres (3) años a la empresa contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No. 215-2023-PLENO/TACP de 19 de octubre de 2023 (Decisión).

Por la cual se resuelve el Recurso de Apelación propuesto por el **CONSORCIO MARITIMO INZELVA, S.A.**, en contra de la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, que declara resolver administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, proferida por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**.

CONSIDERANDO:

Que, la ley aplicable al caso en concreto, lo es la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011, tomando en consideración que el acto público en ejecución que nos ocupa data su convocatoria desde el día 11 de marzo de 2016, y el mismo fue refrendado el 13 de diciembre de 2016, el contrato en sí se encuentra fundamentado bajo las reglas de la Ley 48 de 2011. Ello es así, ya que de conformidad al artículo 75 de la Ley 153 de 2020, los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley (Ley 153 de 2020), se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento.

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 120 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Apelación contra la Resolución Administrativa de un Contrato y los efectos de la Inhabilitación del Contratista.



De igual forma, el artículo 131 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, el cual establece el procedimiento para la tramitación del recurso de apelación, así como los artículos 359 al 364 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006.

I. ANTECEDENTES:

El Estado, debidamente representado para este acto público por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, llevó a cabo el procedimiento de Selección de Contratista por Licitación por Mejor Valor N°**2016-2-03-0-08-LV-005031**, correspondiente al acto público para el **"ESTUDIO DISEÑO, CONTRUCCION DESARROLLO Y APROBACION DE PLANOS, ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL CONSTRUCCION Y MANTENIMIENTO DE LA NUEVA TERMINAL DE SERVICIO MARITIMOS AUXILIARES DEL SECTOR PACIFICO DEL MUELLE IMA"**, siendo adjudicado mediante Resolución ADM-AL N°016-2016, al **CONSORCIO MARITIMO INZELVA, S.A.**, por un monto total de **CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO BALBOAS con 00/100 (B/. 4,791,995.00)**. (visible en el portal electrónico "PanamaCompra", bajo el icono "Resoluciones" publicada el día 1 de septiembre de 2016).

Posteriormente, la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, a través de las facultades de ley y de sus autoridades correspondientes, suscribió el **Contrato No. A-7007-2016**, para el "Estudio, diseño, construcción, desarrollo y aprobación de planos, estudio de impacto ambiental, construcción y mantenimiento de la nueva terminal de servicios marítimos auxiliares del sector pacífico del muelle IMA", a favor de **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**

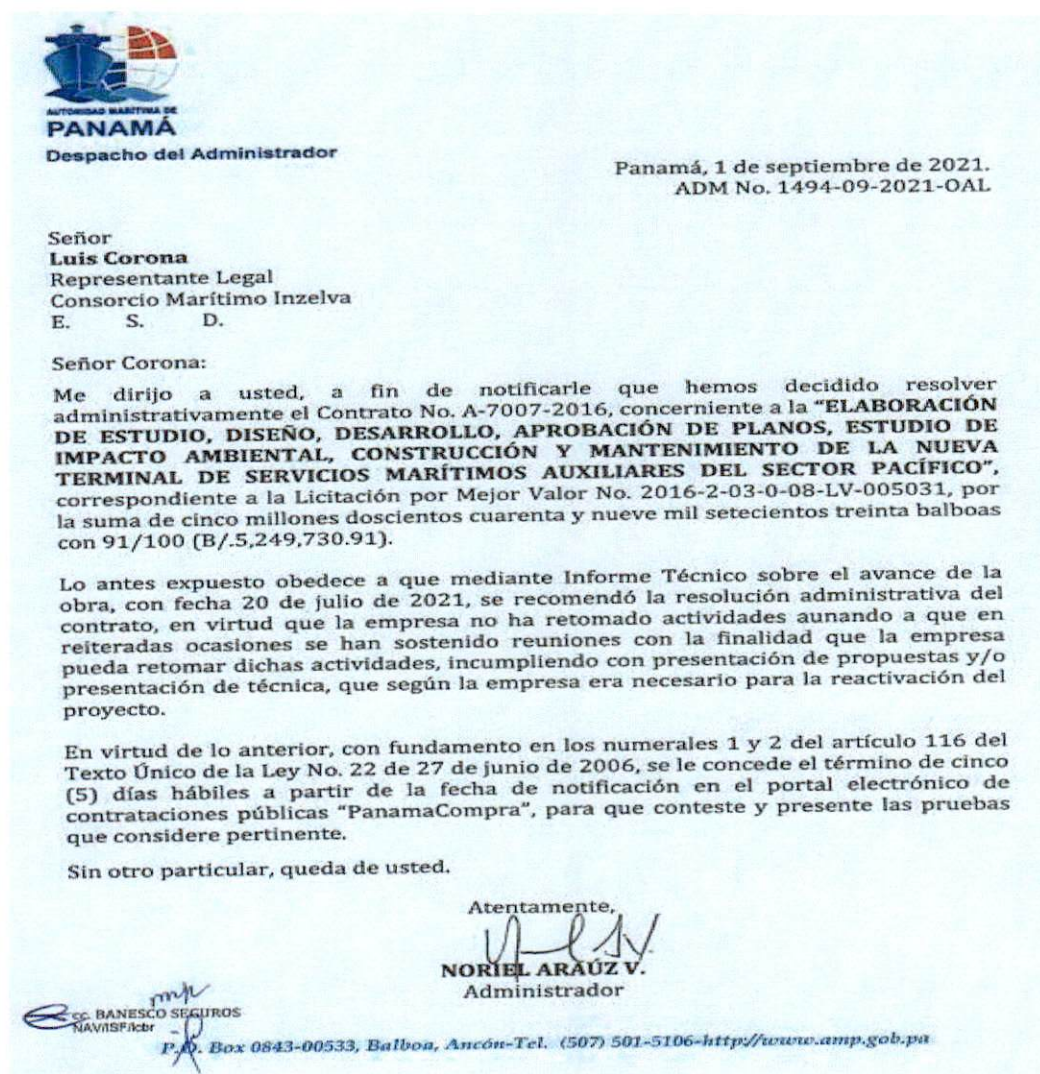
En igual forma tenemos que, posteriormente, el día 04 de mayo de 2018, la entidad publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", la **Adenda N°1 al Contrato No. A-7007-2016**, por medio de la cual se extendió la vigencia del contrato, el monto y la forma de pago, así el plazo total de ejecución del proyecto quedó establecido en **novecientos setenta y ocho (978) días calendario**.

Tenemos que, mediante Resolución N°051-2020 de 2 de marzo de 2020, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas resuelve el Recurso de Apelación interpuesto por **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, y revoca la Resolución Administrativa ADM N°091-2019 emitida por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, por lo que se iniciaron los trámites para continuar con la ejecución del proyecto según lo establecido en el contrato original y sus alcances establecidos, extendiéndose el período de entrega de la obra hasta **mil trescientos setenta y un (1,371) días calendario** contados a partir de la orden de proceder.



Asimismo, consta en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", la publicación realizada el día 14 de diciembre de 2020, de la **Adenda N°2 al Contrato No. A-7007-2016**, por medio de la cual se extendió la vigencia del contrato y el monto de este, así el plazo total de ejecución del proyecto quedó establecido en **dos mil ciento sesenta y nueve (2169) días calendario** contados a partir de la orden de proceder y el monto total del contrato quedó establecido en la suma de **B/.5,249,730.91**.

Así las cosas, la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, a través de la **Nota ADM N°1494-09-2021** de 01 de septiembre de 2021, publicada en el sistema electrónico el 13 de septiembre de 2021 a la 10:40 a.m., comunicó al contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, su intención de resolver administrativamente el referido contrato de obra, indicando sus razones y concediéndole el término de cinco (5) días para contestar y presentar las pruebas que estimara convenientes, en lo medular consigna lo siguiente:



II. DESCRIPCIÓN DEL ACTO APELADO:

La **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, a través de la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, resuelve administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, ejecuta la **Fianza de Cumplimiento N°01-31-5100** y la **Fianza de Pago Anticipado N°01-31-5101** e inhabilita a la empresa contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, por el término de tres (3) años para participar en actos de



selección de contratistas y celebrar contratos con el Estado, la cual aparece publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", a fecha 21 de febrero de 2022 a la 1:59 p.m. (visible de foja 020 a 030 del expediente del Tribunal).

III. ANUNCIO Y PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

El contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, en tiempo oportuno presentó el escrito de sustentación de la apelación contra la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, y adjuntó el recibido del anuncio del recurso de apelación presentado ante la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, el día 25 de febrero de 2022, a la 1:57 p.m., según el sello de recibido. (visible de folio 031 del expediente del Tribunal).

Siendo éste debidamente recibido de conformidad al artículo 131 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011 (norma vigente al momento del perfeccionamiento del contrato), el término oportuno para la sustentación del Recurso de Apelación es de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.

IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA:

El licenciado **Ramiro A. Esquivel Morales**, apoderado general del apelante **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, a lo largo de su escrito de sustentación del recurso de apelación, señaló las causas por las cuales se mantiene en desacuerdo con la decisión arribada por la entidad, entre las que se encuentran las siguientes:

1. Que, existe incumplimiento por razones de forma de la Nota de Intención de Resolución del Contrato, alega el recurrente que basta con la simple lectura de la Nota **ADM N°1494-09-2021** de 01 de septiembre de 2021, para constatar que la misma carece de motivación, no se explica razonablemente el porqué de la decisión, carece de fundamento jurídico sin hacerse acompañar de elementos fácticos, destacando el hecho de que se trata de una nota escueta a través de la cual, en un solo párrafo central compuesto por siete líneas, sin atender ninguna formalidad, comunican la intención de resolver el contrato administrativo, infringiendo así el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de motivación de los actos administrativos, entre otros, en abierta contravención del artículo 116 de la Ley 22 de 2006.
2. Que, la única referencia que hace la cuestionada Nota, es un supuesto Informe Técnico sobre el avance de la obra, de fecha 20 de julio de 2021, no obstante, dicho informe no ha sido colgado en el portal electrónico de PanamaCompra, y mucho menos se nos ha notificado o informado del mismo, por lo que desconocemos su contenido, lo que constituye una infracción al principio de transparencia, del derecho a la defensa y del debido proceso, a la obligación de comunicar todas las actuaciones en el referido portal electrónico.
3. Que, se evidencia la violación del principio del debido proceso y se merma el derecho a defendernos al no tener conocimiento sobre el contenido del Informe Técnico de fecha 20 de julio de 2021, máxime cuando de allí supuestamente deriva la recomendación de resolver el contrato, por lo que mal puede ser utilizado como un fundamento para comunicar la intención de resolver administrativamente el contrato, contenido en el artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006.



4. Que, se produce otra violación al debido proceso de suma gravedad, al incorporarse en la Resolución impugnada un nuevo hecho, consistente en el supuesto incumplimiento de la entrega de la fianza, cuando en la nota de Intención de Resolución Administrativa no se hizo ninguna referencia al tema de la fianza, lo que impidió que nos refiriéramos al mismo en el escrito de descargos, lo que también conlleva una violación al derecho de defensa y al principio de la bilateralidad de la prueba.
5. Que, la existencia de dicho Informe debió notificarse personalmente, toda vez que había transcurrido mucho tiempo debido a la paralización de los procesos por el COVID19, violando el principio de transparencia, contenido en el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006 (Principio de transparencia).
6. Que, la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, no se refiere al verdadero problema técnico que sufre la obra, ni busca la forma de resolver el poco calado del muelle para que atraquen las naves que pretende la AMP se sirvan este muelle bajo el diseño y alcance original. En este sentido, este informe parece no referirse a la imposibilidad de continuar la obra con el alcance original, sin la planta de aguas servidas y sin la extensión del muelle a 270 metros de largo, lo que haría de la obra un monumento a la decisión, un muelle inútil cuando la marea esté baja, siendo la actuación de los funcionarios una violación al principio de eficiencia de los actos públicos, contenido en el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006.
7. Que, por el contrario, en la Resolución ADM No. 049-2022 de fecha 15 de febrero de 2022, la Institución Contratante se refiere al "acercamiento técnico" de la Contratista, como si fuera un capricho de la empresa, que no impide la reactivación del proyecto, cuando la realidad es que ello es una muestra y reconocimiento del interés de la empresa Contratista de continuar el contrato y que está evitando una lesión patrimonial al Estado, lesión que parecen estar empeñados en cometer los funcionarios de la AMP, por instrucciones del Administrador de esta Institución, ya que resulta ilógico pagar por una obra del Estado panameño con el dinero de todos los contribuyentes, y que esta Institución insista con la terminación del muelle con el alcance original, a sabiendas que será resultaría ser inoperativa.
8. Dicho esto, además de la violación al principio del debido proceso, se infringen otros principios en que se enmarcan las Contrataciones Públicas, como el principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, que señala el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006.
9. Que, en síntesis, la violación a los principios de la Contrataciones Públicas antes mencionados, incide directamente en el Principio de Economía, toda vez que al incumplir el principio del debido proceso, la falta de transparencia, falta de eficiencia y responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, se afecta directamente el costo de la obra, provocando no sólo el encarecimiento de la obra, sino hasta la imposibilidad de cumplir con el propósito de la misma, afectado a los intereses públicos, que se ven desprotegidos al no satisfacer las necesidades de éstos, tal como se desprende del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006.
10. Que, la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ desatiende la Resolución No. 051-2020-Pleno/TACP de 02 de marzo de 2020 (Decisión) dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, mediante la cual se revoca la decisión de resolver administrativamente este contrato por primera vez, basando su decisión en el expediente administrativo del Contrato No. A-7007-2016 y de las pruebas de informes presentadas ante este Tribunal, por el Ingeniero EDGAR GUERRA, la Ingeniera ELIZABETH WOLFSCHOON HORNA y el ingeniero CARLOS VICENTE REINA CEDEÑO.
11. Que, el objetivo primordial del CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA S.A., es entregar una obra que sea 100% operativa y acorde a los mejores intereses del Estado, por lo que categóricamente rechazamos que las actividades se encuentren paralizadas por faltas de la empresa.



12. Que, es importante acotar, que la resolución apelada se sustenta primordialmente como causal para resolver el contrato, en el supuesto incumplimiento en la entrega de la fianza de cumplimiento actualizada en su monto, argumento que no fue siquiera mencionado en la nota de intención de resolver el contrato.
13. Que, sumado a la anterior pretermisión, que como hemos indicado infringe de forma grave el debido proceso y el derecho a la defensa, al incorporar como un "nuevo hecho" lo relativo a la fianza, y peor aún, como fundamento principal para resolver administrativamente el contrato, tenemos que alegar la AMP en este momento la no presentación de la fianza actualizada como fundamento de la cuestionada resolución resulta extemporánea y, además, desdice sus propios actos, como quiera que como veremos seguidamente, la última gestión de la entidad en relación con la fianza data de enero de 2019, es decir hace más de tres (3) años.
14. Que, la AMP exigía un aumento del monto de la fianza sobre la base del incremento del costo de la obra por la extensión del muelle a 200 metros, y la necesidad de crear la infraestructura para el tratamiento de aguas residuales. Por lo tanto, carece de sentido señalar que el incumplimiento de la fianza es lo que motiva la resolución administrativa objeto del presente recurso de apelación, cuando el propósito de dicha fianza queda sin efecto ni sustento jurídico al revocar la AMP que disponía modificar el alcance del objeto el contrato, debiendo aclarar en este punto que desde antes de la emisión de la citada Resolución J.D. No. 041-2021 de 27 de mayo de 2021, ya la entidad había manifestado abiertamente que no le interesaba -contrario a todo argumento racional, técnico y económico- ampliar el muelle.
15. Que, el acto administrativo que motivó o justificaba el aumento del monto de la fianza, fue dejado sin efecto por la propia entidad contratista, por lo que resulta un exabrupto jurídico ahora utilizar ese argumento para sustentar la resolución administrativa del contrato.
16. Que, la entidad Contratante no puede alegar incumplimiento de las cláusulas del Contrato, cuando es responsable de la imposibilidad en la continuidad del proyecto, habida cuenta que la Contraloría había refrendado la Adenda No. 2 al Contrato No. A-7007-2016, el 10 de diciembre de 2020, que guardaba relación con el requerimiento de equilibrio económico y aunque extiende el periodo de ejecución de la obra en un plazo de 2169 días calendarios, pero la misma no dice nada en cuanto a la extensión de la longitud del muelle a 270 metros de largo, ni aumenta el valor del contrato.
17. Que, esto hace cuestionar al CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA S.A. y BANESCO SEGUROS, de volver a afianzar un Contrato con un aumento en el monto a pesar de que no se garantizaba la extensión del muelle, en abierta contradicción con las recomendaciones técnicas, lo que representaba a pérdidas económicas importantes para éstos, frente una obra inoperable y con deficiencia de diseño en su origen.
18. Que, en este punto es relevante indicar, que la Nota de Intención ADM-No.1494-09-2021-OAL, de resolución del contrato data del 01 de septiembre de 2021, tomándose la entidad contratista más de cinco (5) meses para optar por resolver el contrato, lo que además de demostrar desidia de su parte, resulta ilógico que el tiempo transcurrido frente a los actos por ellos emitidos y sin siquiera querer atender las razones técnicas que proscriben continuar con el alcance original de la obra, pretendan ahora imputárselos al contratista.
19. Que, imponer el cumplimiento del objeto original del contrato, mediante la Resolución J.D. No. 041-2021 de 27 de mayo de 2021 dictada por la Junta Directiva de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, viola el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad, por lo irracional de la decisión y la falta de sinceridad de los argumentos aportados, y el Principio de Interés General, puesto que la decisión tomada es contraria al bien común y al interés colectivo al



pretender desconocer que el bien público objeto del contrato no podrá operar el 64% del tiempo, y su operación sería más onerosa porque se deberá incurrir en el gasto de dragado constante para poder ser utilizado, lo que es una infracción del ordenamiento jurídico y el deber que tienen los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, de velar por los mejores intereses del Estado sobre la base del Principio de Lealtad al Estado, desatendiendo que deben velar por el cuidado de los recursos del Estado sociedad y favorecer el interés general y el bienestar de los habitantes del país.

Por las anteriores motivaciones fácticas y de derecho el **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, solicita a éste Tribunal Colegiado que revoque y deje sin efectos la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, emitida por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, por incumplimiento del debido proceso legal y por consiguiente, se **ORDENE** dar continuidad al desarrollo de la obra contratada entre **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** y el **CONSORCIO MARITIMO INZELVA, S.A.**, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en la Resolución No. 051-2020 Pleno/TACP de 02 de marzo de 2020 (Decisión).

V. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO:

Mediante **Nota N°0483-03-2022-OAL de 07 de marzo de 2022**, visible a fojas 123 y 124 del expediente jurídico, recibida en la Secretaría General de este Tribunal, el 10 de marzo de 2022 a las 11:08 a.m. y publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" 10 de marzo de 2022 a las 11:19 a.m., la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, remitió el expediente administrativo del acto apelado, conformado por un total de 14 Tomos, según informe secretarial que reposa a fojas 127 y 128 del expediente jurídico.

VI. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN APELADA:

La **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, con fundamento en el artículo 115 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 8 de mayo de 2011, mediante la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, resuelve administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, ejecuta la **Fianza de Cumplimiento N°01-31-5100** y la **Fianza de Pago Anticipado N°01-31-5101** e inhabilita a la empresa contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, por el término de tres (3) años para participar en actos de selección de contratistas y celebrar contratos con el Estado, la cual aparece publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", a fecha 21 de febrero de 2022 a la 1:59 p.m. (visible de foja 020 a 030 del expediente del Tribunal).

VII. PRESENTACIÓN DE INCIDENTE DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS:

El 03 de marzo de 2022, la **Licenciada Cinthia N. Trotman G.**, en su condición de apoderada especial de **BANESCO SEGUROS, S.A.** presentó Incidente de



Intervención de Terceros dentro del Recurso de Apelación incoado por **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.** en contra de la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, que declara resolver administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016** suscrito con el **CONSORCIO MARITIMO INZELVA, S.A.**, por un monto total de **CINCO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA BALBOAS CON 91/100 (B/.5,249,730.91)**, para la "Elaboración de estudio, diseño, desarrollo, aprobación de planos, estudio de impacto ambiental, construcción y mantenimiento de la nueva terminal de servicios marítimos auxiliares del sector pacífico" (visible de folio 002 a folio 022 del Cuadernillo de Incidente 027-2022-A).

El incidente de Intervención de Terceros incoado por **BANESCO SEGUROS, S.A.**, fue admitido por este Tribunal mediante **Resolución N°015-2022A-TACP de 8 de marzo de 2022 (Admisión de Incidente)**.

VIII. PRUEBAS Y DESCARGOS DE LAS PARTES:

De acuerdo con el procedimiento dispuesto en el artículo 361 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, compete al Tribunal una vez recibido el expediente administrativo, la sustentación del recurso y admitido el incidente de intervención de tercero, el examen de las pruebas y los descargos, por lo que en consecuencia, mediante Resolución N°027-2022-Pruebas /TACP de 19 de mayo de 2022, este Tribunal admitió las pruebas presentadas por el apelante e incorporó como prueba el expediente administrativo contentivo de toda la actuación llevada a cabo dentro del acto público de selección de contratista por licitación por Mejor Valor N°2016-2-03-0-08-LV-005031. También, mediante Resolución N°028-2022-Pruebas /TACP de 20 de mayo de 2022, se este Tribunal admitieron las pruebas presentadas y aducidas por el Incidentista.

IX. DEL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL INCIDENTE DE INTERVENCIÓN DE TERCERO PRESENTADO POR BANESCO SEGUROS:

La **Licenciada Cinthia N. Trotman G.**, en su condición de apoderada especial de **BANESCO SEGUROS, S.A.** presentó Incidente de Intervención de Terceros dentro del Recurso de Apelación incoado por **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.** en contra de la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, que declara resolver administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, fundamento su intervención como terceros interesados, sobre el aval que son directamente afectados a responder por las fianzas de pago anticipado y de cumplimiento del Contrato, donde es beneficiaria la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, por ello, tiene razones para oponerse a la decisión de la entidad contratante en el sentido de resolver administrativamente el Contrato, por lo que fundamenta su incidente en los siguientes hechos:

Por todo lo antes expuesto, solicitamos a los Honorables Magistrados del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, lo siguiente:



1. Que, Banesco Seguros, S.A., suscribió los endosos de la Fianza de Cumplimiento 01-31-5100 y la Fianza de Pago Anticipado No. 01-31-5101 a favor del CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A., en virtud de la Decisión No. 051-2020 Pleno/TAC de 02 de marzo de 2020 del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas dentro de la Resolución Administrativa del Contrato No. A-7007-2016, la cual, entre otras cosas, reconoció haciendo referencia a un informe pericial arrojado por el perito del Tribunal, que existía la necesidad urgente de la ampliación del muelle por razones de que el mismo fuese un muelle operativo al 100%.
2. Que, de igual manera, por recomendación propia del perito del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se confirmó que era necesario hacer el ajuste del alcance original del contrato, para que no causará perjuicios a la biodiversidad en general, aunado al hecho de que quedó demostrado que sería un ahorro económico al Estado, luego de que se planteara la propuesta o solicitud de orden de cambio respecto al dragado, a la extensión en la longitud del muelle y a la planta de tratamiento de agua residuales, beneficiaba a la entidad contratante.
3. Que, Banesco Seguros, S.A., decidió seguir garantizando el proyecto en vista de que la misma entidad administrativa, ya había ordenado mediante el informe técnico de la Unidad de Proyectos de 1 de agosto de 2018, la extensión del muelle y que a su vez, este había sido aprobado legítimamente por la Junta Directiva mediante la Resolución No. 040-2028 de 31 de agosto de 2018. Es decir, que la propia Autoridad Marítima de Panamá reconoció los cambios necesarios al alcance original del contrato.
4. Que, luego de estas situaciones jurídicas que fueron legalmente consensuadas y certificadas tanto por la entidad administrativa y en la decisión del Tribunal de Contrataciones Públicas, la AMP sin mediar justificación técnica y legal solicito a nuestro fiado, ejecutar el alcance original del contrato, el cual ya había sido considerado no viable para los intereses y ventajas del Estado.
5. Que, ante la imposición de la entidad de desconocer los cambios del alcance original del contrato, consideramos a la entidad la intervención de la Contraloría General de la República, en virtud que el proceder a ejecutar un proyecto que en sus orígenes no era viable podría afectar los intereses del Estado, a tal punto que podríamos estar en presencia de una posible lesión patrimonial del Estado por parte de los funcionarios de la AMP. Situación que esta compañía de seguros no puede aceptar, dado que no suscribimos una nueva fianza para garantizar un proyecto que era inviable sino para garantizar que se ejecutará conforme a lo que convenía a los mejores intereses del Estado, es decir, garantizar la ampliación del muelle.
6. Que, pese a todas las solicitudes formuladas, la entidad publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas, la nota ADM No. 1494-09-2021OAL mediante la cual, comunicó su intención de Resolver Administrativamente el Contrato No. A-7007-2016.
7. Que, ante la decisión adoptada por la entidad administrativa de iniciar el trámite de resolución del contrato, Banesco Seguros, S.A., indicó categóricamente mediante nota del 20 de septiembre de 2021, que las causas o razones por las cuales se inició la resolución del contrato no estaban debidamente motivadas y definidas como lo exigía la ley de contrataciones públicas.
8. Que, ante ello, tenemos a bien advertir que, Banesco Seguros, S.A., hasta la presente fecha no ha sido notificada por parte de la entidad administrativa del contenido del Informe Técnico de 20 de julio de 2021, es decir, desconoce las razones o causas de los supuestos incumplimientos del contratista.
9. Que, en el marco de esta falta de notificación oportuna de los supuestos incumplimientos, esta omisión administrativa de no notificar a Banesco Seguros, S.A., de tales incumplimientos citados en el Informe Técnico de 20 de julio de 2021, vician los presupuestos legales exigidos para la presentación



y aceptación de la reclamación de la garantía, en ese sentido, nos permitimos citar el texto mismo de la Fianza de Cumplimiento 01-31-5101 emitida para este contrato que dice lo siguiente:

“LA FIADORA quedará exonerada de responsabilidad conforme a esta fianza en caso de que, producido cualquier incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD OFICIAL no reclamare por dicho incumplimiento a LA FIADORA dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, en sus oficinas principales, dando una relación escrita de los hechos principales reclamados. La notificación se efectuará por escrito a LA FIADORA.”

10. Que, la misma Contraloría General de la República, como ente fiscalizador de las fianzas, ha validado la obligatoriedad de la notificación formal de los supuestos incumplimientos del contratista a la compañía aseguradora. Es por ello, que cobra importancia resaltar que, así como, el Estado exige el cumplimiento de las obligaciones del contratista, también existen derechos de las fiadoras de ser notificadas de los hechos relacionados a la ejecución de la obra.
11. Que, en consecuencia, de lo anterior, para este caso en particular reiteramos que, la compañía de seguros (Banesco Seguros, S.A) no fue notificada de los supuestos incumplimientos del contratista citados en el Informe Técnico de 20 de julio de 2021, por lo que no pudo actuar en defensa de los intereses de las garantías emitidas al desconocer el contenido de este, lo que ha vulnerado las reglas exigidas para las reclamaciones oportunas de las garantías de cumplimientos.
12. Que, por todo lo antes expuesto, hemos evidenciado disposiciones legales infringidas, omisiones y actuaciones inconsultas e infundadas por parte de la entidad administrativa, sin dejar de mencionar que durante el desarrollo de la contratación ha habido cambios al contrato y modificaciones a las condiciones y términos de las actividades de la obra, sin la debida notificación a esta compañía de seguros, lo que atenta y produce una serie de eventos que vulneran los efectos legales de la responsabilidad de esta compañía frente a la fianza de cumplimiento emitida.
13. Que, otro aspecto que merece la pena recalcar, es el contenido de la Nota No. ADM No. 1525-09-2021-OAL de 3 de septiembre de 2021, donde la entidad indicó que no cuenta con la disponibilidad o capacidad financiera para la extensión del muelle, lo que contradice sus actuaciones entre sí, ya que recordemos que la misma entidad certificó a Banesco Seguros, S.A., a través de la nota ADM No.1069-09-2020-OAL del 23 de septiembre de 2020 que:

"La institución cuenta con los fondos en la partida presupuestaria para la Adenda No.2 al contrato, que incrementa el costo y extiende la ejecución de este."
14. Que también llama la atención que la entidad no ha querido a la fecha suscribir esta orden de cambio y/o adenda para modificar el objeto inicial del contrato reconocido como inviable, luego que la misma Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá de acuerdo con la Resolución J.D. No.040-2018 de 31 de agosto de 2018, autorizó los trámites necesarios para que el nuevo monto del contrato por la extensión del muelle por la suma de B/.6,699,411.82 a fin de realizar los trámites administrativos legales concernientes a la etapa contractual que se establece en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y su Reglamentación.
15. Que, en este sentido, es evidente que con la resolución administrativa del contrato se han vulnerado las garantías y derechos tanto del contratista como de la garante BANESCO SEGUROS, S.A., ya que le son imputables



- a la entidad estas omisiones y la falta de consultas a las entidades responsables en la marcha, planificación y ejecución del proyecto.
16. Que, por tales razones es que Banesco Seguros, S.A., por tratarse de bienes del Estado, solicitó a la entidad que antes de emitir cualquier decisión sobre la ejecución del contrato, se considerará la intervención u opinión de la Contraloría General de la República, a fin de que esta entidad fiscalizadora del Estado, actué ante la situación.
 17. Que, adicional a todas las vulneraciones cometidas a la fianza de cumplimiento expedida por Banesco Seguros, S.A., por parte de la entidad, esta también ha vulnerado el debido proceso en la manera de cómo ha dispuesto el procedimiento de resolución administrativa del contrato.
 18. Que, la entidad en su nota de inicio del procedimiento de la resolución del contrato no cumplió con los siguientes presupuestos legales exigidos por la ley para el contenido de esta comunicación. En primer lugar, la entidad no realizó en el tiempo establecido en la ley las debidas diligencias de investigación y ni ordenó la realización de las actuaciones que conducían al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. Esto quedó constatado en informes de peritos y en actuaciones de la propia entidad que no se recomienda la ejecución del contrato bajo el alcance original, en ese sentido la entidad se negó a realizar nuevas diligencias e informes Técnicos y/o consultas a la Contraloría, a la Unidad de Proyectos de la AMP que aprobó la extensión del Muelle, al Ministerio de Ambiente, IDAAN, etc., entidades que no han sido contempladas previamente por la entidad contratante para la ejecución de este proyecto. Lo que resulta necesaria su opinión para esclarecer los hechos y temas técnicos establecidos en el pliego de cargos. Véase que la entidad hace mención que por recomendación del Informe Técnico de 20 de julio de 2021 había optado por la resolución del contrato, pero dichas diligencias no se mencionan ni se conocieron al momento de la notificación del inicio del procedimiento de resolución del contrato. En segundo lugar, al observarse el contenido del acto administrativo apelado, podemos destacar que el mismo describe una serie de hechos y eventos que se omitieron en la nota de intención de la resolución administrativa del contrato, de igual manera, en la nota de intención tampoco se explicaron ni sustentaron las disposiciones legales infringidas.
 19. Que siendo así, resulta importante que este incidente de Terceros de BANESCO SEGUROS, S.A., como garante del contrato, sea surtido conforme los términos legales

X. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL:

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas atendiendo los postulados de transparencia, tiene la obligación de motivar en forma detallada y precisa los actos administrativos que expide, con ocasión de la actividad recursiva que se desarrolla en sus estrados, así pues, nos atañe analizar cada una de las piezas procesales que se encuentran en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra" así como en el expediente administrativo y en el expediente jurídico, en contraste con los argumentos esgrimidos por las partes, a fin de resolver la presente encuesta jurídica.

De conformidad con lo establecido en los artículos 120 y 131 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, esta Colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso.



Ante la exposición de los diversos motivos planteados por las partes corresponde a este Tribunal emitir un criterio cónsono a los principios procesales, a nuestra normativa jurídica y respaldado por las pruebas obrantes tanto en el expediente jurídico, como en el administrativo.

Por consiguiente, al observar que no existe ningún vicio o pretermisión que impida el conocimiento del fondo del recurso de apelación, este Tribunal procede a realizar el análisis de las diversas etapas que llevaron a la entidad a la decisión tomada por la entidad, con la finalidad de emitir un pronunciamiento cónsono y en derecho respecto a lo que aquí corresponde y a ello nos avocamos.

De manera tal que, antes de entrar a valorar el caudal probatorio en esta etapa contractual, consideramos oportuno manifestar que el objeto de este proyecto tiene como finalidad la construcción de un muelle que brindará servicios a las industrias marítimas auxiliares del Sector Pacífico, el cual operará como medio para optimizar la competitividad que demanda la industria marítima, con un desarrollo sostenible con el ambiente.

La construcción de esta nueva terminal marítima, se desarrolla en un lote de terreno ubicado en la Calzada de Amador en el Corregimiento de Ancón, Distrito y Provincia de Panamá, República de Panamá, en el área de influencia del Canal de Panamá, específicamente sobre la franja costera en la salida del Canal de Panamá hacia las aguas del Océano Pacífico, es evidente que el muelle de Industria Marítima Auxiliar es una necesidad para potenciar el sector de servicios marítimos a los barcos que navegan por nuestras aguas.

Es evidente que, la ejecución de este proyecto representa un crecimiento a nivel social, cultural, económico y ambiental, que expande la competitividad que nos caracteriza dentro del sector marítimo, por encontrarnos en un área privilegiada para puertos de embarque y desembarque a nivel mundial, por tal razón al momento de su implementación y desarrollo es menester dejar establecido que el servicio prestado dentro de esa nueva terminal, trasciende a una responsabilidad que va más allá de un contrato licitatorio, puesto que se debe velar por las posibles repercusiones que el mal desarrollo de dicha obra, pudiese ocasionar en el evento de una indebida ejecución dentro de un área tan importante para el comercio marítimo como es el sector pacífico de la República de Panamá, de ahí la importancia de los permisos respectivos por parte de la AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ.

Dicho esto, observamos que ambas partes aducen situaciones que a su juicio avalan su actuación, tanto al momento de suspender temporalmente la obra (empresa contratista/apelante), así como la actuación por parte de la entidad contratante concerniente a la emisión de la resolución que resuelve administrativamente el



contrato, precisamente debido a que a la fecha se encuentra suspendida la ejecución de los trabajos relativos a la obra en cuestión, por parte de la empresa contratista. Por tal motivo, consideramos prudente remitirnos a las pruebas contentivas dentro del expediente administrativo, a fin de esclarecer la verdad de los hechos.

Vemos que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, luego del trámite correspondiente al procedimiento de resolución administrativa del contrato, mediante **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, resolvió administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, ejecuta la **Fianza de Cumplimiento N°01-31-5100** y la **Fianza de Pago Anticipado N°01-31-5101** e inhabilitó a la empresa contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, por el término de tres (3) años para participar en actos de selección de contratistas y celebrar contratos con el Estado, la cual aparece publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", a fecha 21 de febrero de 2022 a la 1:59 p.m. (visible de foja 020 a 030 del expediente del Tribunal).

Tenemos que, el **Contrato No. A-7007-2016**, a favor de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, inicialmente se concertó por el monto de **CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO BALBOAS con 00/100 (B/. 4,791,995.00)**, con plazo de ejecución de trescientos (300) días calendario contados a partir de la orden de proceder.

Vemos entonces que, se perfeccionó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que reformó la Ley 22 de 2006, por lo que debemos atender lo dispuesto en el artículo 75 de la aludida excerta legal, en el sentido que se le aplicarán las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento.

Resulta importante establecer que conforme al artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación, veamos:

"Artículo 74. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. **Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República**, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas.
Todos los contratos, independientemente de su cuantía, se deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". (El resaltado es del Tribunal).

Así tenemos que, mediante **Adenda N°1 al Contrato No. A-7007-2016**, se extendió la vigencia del contrato, el monto y la forma de pago, así el plazo total de ejecución del proyecto quedó establecido en **novecientos setenta y ocho (978) días calendario**.



Reposa en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra" la publicación realizada el día 14 de diciembre de 2020, de la **Adenda N°2 al Contrato No. A-7007-2016**, por medio de la cual se extendió la vigencia del contrato y el monto de este, así el plazo total de ejecución del proyecto quedó establecido en **dos mil ciento sesenta y nueve (2169) días calendario** contados a partir de la orden de proceder y el monto total del contrato quedó establecido en la suma de **B/.5,249,730.91**.

El artículo 131 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, consagra los presupuestos procesales del recurso de apelación que se interpone en contra de la resolución administrativa de un contrato:

"Artículo 131. Recurso de apelación a la resolución administrativa del contrato. Las resoluciones que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato podrán ser recurridas en apelación, anunciándola ante dichas entidades dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, y sustentándola dentro del mismo término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante apoderado legal.

La entidad contratante, una vez anunciado el recurso de apelación, enviará el expediente completo, a más tardar el día hábil siguiente, al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

La apelación se surtirá en el efecto suspensivo".

Siendo así, el recurso de apelación que nos ocupa fue anunciado el día 25 de febrero de 2022, a la 1:57 p.m., según el sello de recibido (visible de folio 031 del expediente del Tribunal), presentado el día 03 de marzo de 2022 a la 11:58 a.m., es decir, en tiempo oportuno, dado que la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, fue publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el día 21 de febrero de 2022 a la 1:59 p.m. (visible de foja 020 a 030 del expediente del Tribunal), por lo que la actora tenía del 23 de febrero hasta el 04 de marzo de 2022, para anunciar y sustentar el recurso de apelación.

Por su parte, el artículo 113 de la misma excerta legal, consagra las causales de la resolución administrativa del contrato, como a continuación:

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

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.
2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.
3. La 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 Lev, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato". (El subrayado es del Tribunal).

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

"Artículo 115. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de 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.

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 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.

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).

Así tenemos que, en el artículo 116 de la Ley de Contrataciones Públicas, se establece el procedimiento para la resolución administrativa del contrato, como a continuación:

"Artículo 116. Procedimiento de resolución. La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas:

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 V. 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.
4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.
5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.
6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente. (El resaltado es del Tribunal).

Así las cosas, al examinar el registro electrónico, encontramos que a través de la **Nota ADM N°1494-09-2021** de 01 de septiembre de 2021, publicada en el sistema electrónico el 13 de septiembre de 2021 a la 10:40 a.m., comunicó al contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, su intención de resolver administrativamente el referido contrato de obra, indicando sus razones y concediéndole el término de cinco (5) días para contestar y presentar las pruebas que estimara convenientes, con lo cual corroboramos que la entidad brindó al contratista la oportunidad de defenderse, conforme al precitado artículo 116, cumpliendo también con el Principio del Debido Proceso, consagrado en la Constitución Nacional, 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 entes de control.

En ese orden de ideas, tenemos que de las constancias procesales que se contienen en el expediente administrativo, el contratista hizo uso de su derecho a presentar sus descargos, así el día 17 de septiembre de 2021, el **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, presentó su escrito de descargos en tiempo oportuno (visible de folio 168 a folio 181 del Expediente Administrativo Tomo I de Resolución Administrativa del Contrato)

La causal invocada por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, para la resolución administrativa del Contrato, fue el evidente incumplimiento de las cláusulas pactadas por parte de la contratista, teniendo su base en el Informe Técnico con fecha de 20 de julio de 2021, mediante el cual la Unidad de Proyectos recomendó la resolución administrativa del contrato, en virtud que la empresa no retomó actividades con la finalidad de culminar las obras (visible en el Expediente Administrativo Tomo I de Resolución Administrativa del Contrato folios 138-145).



Es oportuno indicar que la entidad manifestó que al 8 de noviembre de 2021 el avance físico de la obra es de un 46%, sin embargo, el tiempo de ejecución consumido es de 81%, por lo cual la entidad consideró que el contratista no podrá culminar la obra en el tiempo pactado.

Así las cosas, la carga de la prueba le corresponde al contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, por lo que estaba compelida a probar efectivamente el cumplimiento de las cláusulas pactadas, ya que en efecto a cada parte en el procedimiento de resolución administrativa, se le debe exigir que pruebe o despeje las dudas respecto a su responsabilidad, para lo cual no es suficiente expresar alegaciones o argumentaciones, se debe hacer el esfuerzo de dejar constancias y elementos probatorios suficientes, en sentido contrario, se entiende la existencia de responsabilidad, cuando nada se prueba.

En efecto, la entidad ante el incumplimiento del contrato por el contratista procedió con el adelanto de las investigaciones para determinar la causal correspondiente, para considerar resolver administrativamente el contrato, notificándole a la contratista; señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles para que contestara y, a la vez presentara las pruebas que considerase pertinente. Hecho que fue satisfecho con la notificación de intención del inicio resolución administrativa contenida en la **Nota ADM N°1494-09-2021** de 01 de septiembre de 2021, publicada en el sistema electrónico el 13 de septiembre de 2021 a la 10:40 a.m., en la que se describió, desde su inicio, que el incumplimiento del contrato es imputable al contratista, al no haber presentado justificación por el atraso generado en la ejecución de la obra contratada.

Situación que de igual forma le fue compartida a la empresa afianzadora, ya que dentro del expediente administrativo contentivo de las actuaciones realizadas dentro del Procedimiento de Resolución Administrativa del Contrato, específicamente de foja 190 a 193, reposa la **Nota fechada 20 de septiembre de 2021**, remitida por **BANESCO SEGUROS**, al Ingeniero Noriel Araúz, Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, la cual le da respuesta a la **Nota ADM N°1494-09-2021** de 01 de septiembre de 2021, que contiene la notificación del inicio del procedimiento de Resolución Administrativa del Contrato No. A-7007-2016.

En lo medular la aseguradora le informa a la entidad que, no están definidas las causas ni los elementos fácticos que den cuenta de esta posible resolución del contrato, además que la entidad no ha cumplido con el debido proceso para adoptar la decisión de la resolución administrativa del contrato, por cuanto ha omitido realizar las diligencias de investigación, no ha esclarecido los hechos o supuestos incumplimientos, no ha comprobado los hechos citados, ni en su comunicación contiene la exposición de los hechos comprobados ni las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte.



Es válido recordar que, el artículo 102 de la Ley 48 de 2011, en concordancia con el Decreto 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, en sus artículos 26, 27 y 28 disponen que la fianza de pago anticipado garantiza el reintegro de la suma de dinero entregada en concepto de adelanto al contratista, tendrá una vigencia igual al período principal y un término adicional de 30 días calendario posteriores a su vencimiento, la responsabilidad del fiador cesa al haber cancelado o reembolsado la suma adelantada, por lo que esta preserva sus efectos hasta tanto se cancele el reembolso total.

De acuerdo con el procedimiento, este Tribunal mediante Resolución N°027-2022-Pruebas/TACP de 19 de mayo de 2022, corregida por medio de la Resolución N°029-2022-TACP de 21 de junio de 2022 (FE DE ERRATA), admitió las pruebas y aducidas por las partes y ordenó la realización de una Prueba Pericial Ingenieril en el lugar o sitio donde se encuentra el proyecto del Muelle IMA estipulado mediante el Contrato No. A-7007-2016.

En esta diligencia se pudo apreciar que la ejecución de las obras dentro del proyecto se encuentra paralizada, se evidencio que la construcción de las instalaciones de las oficinas administrativas nunca se realizó, lo que incumple el cronograma de ejecución propuesto por el contratista. Como podemos ver en las actuaciones que reposan en el expediente administrativo, la entidad contratista solicitó al **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, el reinicio de las actividades del contrato que se podían ejecutar inmediatamente, esto debido a que no se había suscrito ninguna adenda que autorizara la modificación del alcance original del proyecto, por lo que se debía realizar tomando en cuenta el presupuesto disponible asignado al proyecto y el alcance original del proyecto.

Debemos tener en cuenta que, motivaciones o razones de orden público, que llevaron a la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)** a mantener el diseño original del muelle IMA con el requerimiento a la empresa contratista, de replantear el diseño del Proyecto con los mismos fondos asignados, se refiere a la disponibilidad presupuestaria, para su ejecución conforme al diseño original establecido en el pliego de cargos (120 metros), es decir, que la extensión del muelle, con independencia de las ventajas que pudiera representar, no contaba con una partida presupuestaria asignada, ni mucho menos con los fondos necesarios para su desarrollo, aunado a los retrasos que el Proyecto ya había representado, siendo que la entidad restableció el equilibrio económico al contratista, por un monto de B/.592,868.71.

Evidentemente, la entidad no puede asumir obligación alguna, ni disponer la extensión del muelle IMA, sin cumplir con las autorizaciones, procedimientos administrativos y prescripciones establecidas en la ley, entre ellas, contar con las partidas presupuestarias suficientes para poder contratar la extensión del muelle.



Por todo lo anterior, a efectos de que la obra pudiera avanzar, la entidad solicitó a **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, presentar una nueva propuesta que estableciera hasta dónde se podría extender el muelle con el presupuesto que ya tenía asignado al proyecto; para tal fin, la entidad le brindó el tiempo necesario.

Es importante tomar en cuenta que es imposible para la entidad, al no contar con la disponibilidad de fondos, realizar modificaciones al alcance original del proyecto toda vez que, ello representa un incremento de costo al contrato inicial, debido a las medidas de contención del gasto público existente, con lo cual le queda claro a este Colegiado que, la decisión de la decisión de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)**, estuvo basada en normas de orden público, que además de ser obligatorio cumplimiento, justificaban y sustentaban la decisión de no extender el muelle IMA.

Por otro lado, tenemos la posición del contratista, al plantear que es importante llevar el muelle de un largo original de 120 mts. a un largo total de 270 mts., para encontrar una profundidad operativa permanente sin necesidad de dragado, manifiesta que, el muelle sería inoperativo si se mantiene el alcance original de 120 metros de longitud, por las razones técnicas, además alude de que sus propuestas reflejan su interés de culminar con la obra, con la finalidad de que el Muelle IMA tenga una operatividad de 24/7 o lo más cercana posible, sin tener que depender de forma continua y permanente, con la onerosidad del dragado.

Sin embargo, de la lectura de las piezas que conforman el expediente administrativo del presente acto público, tenemos que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)**, le informó al **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, que debía reiniciar los trabajos en la obra y mantener el diseño original del muelle IMA y en el caso de no poder hacerlo, debía replantear el diseño del Proyecto con los mismos fondos asignados puesto que no podía acceder a una modificación del alcance si éste representa un incremento del costo del contrato.

No obstante, dándole seguimiento al proyecto que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)**, se tiene que la Unidad de Proyectos, emite el Informe Técnico con fecha de 20 de julio de 2021, donde recomendó la resolución administrativa del contrato, en virtud que la empresa no retomó actividades con la finalidad de culminar las obras.

Con lo anterior, consideramos que se dieron los presupuestos procesales para gestar el acto administrativo de Resolución del Contrato, validez que se promueve con el anuncio de intencionalidad para resolver el contrato en forma oportuna, otorgándole al contratista la oportunidad de invocar sus descargos sobre este y la facilidad de presentar sus pruebas al respecto, luego del cual se produce la Resolución in examine.

Dado que el contratista mantenía pleno conocimiento de los derechos y obligaciones que le atañen con relación a la ejecución del **Contrato No. A-7007-**



2016, y al no cumplirse con los términos contemplados en la contratación, a pesar de la comunicación y requerimientos por parte del ente estatal, la entidad ejecutante procedió a resolver el mismo ante la imposibilidad material de proseguir el contrato.

De esta forma, se advierte que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, lejos de infringir las normativas denunciadas por la apelante, las cumplió en su totalidad, toda vez que procuró los medios necesarios a fin de salvaguardar tanto los derechos del contratista como los intereses del Estado, motivando adecuadamente los elementos probatorios que sustentan su decisión de resolver administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, mostrando buena fe desde el inició de la ejecución de este.

Sin embargo, la sanción de inhabilitación impuesta por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, nos parece excesiva ya que, las causas del incumplimiento del contrato, no son imputables en su totalidad al contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, esto debido a que, si los acontecimientos imprevisibles o previsibles pero inevitables exoneran de responsabilidad al contratista, no puede ni debe la entidad, imponer una sanción de inhabilitación para contratar con el Estado, tal es el caso de la obtención de las autorizaciones necesarias para prosiguer la obra, ya que este riesgo lo debe soportar el contratante (Estado).

Por lo cual debemos tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 22 de 2006 ordenada, en lo relativo a la sanción de inhabilitación del contratista:

“Artículo 115. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

...

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente Ley, ... “(el subrayado es del tribunal)

Por otro lado, el Tribunal sugiere, que dado las contancias procesales, en el evento que subsistan obligaciones económicas –recíprocas o no- entre las partes, se proceda a la liquidación del contrato como mecanismo de compensación, ya que aún el contratista podría alegar algún alcance por trabajos adicionales, o gastos por conservación de la obra (entre otros), lo cual es justo y permitiría a la entidad saldar cualquier pasivo pendiente a fin de proseguir con la selección de otro contratista o aplicar algún otro esquema de contratación pública según el mejor interés público.

Expuestos los planteamientos del recurrente y desarrollados los correspondientes del recurso de apelación, corresponde a este Tribunal de Contrataciones Públicas, entrar a decidir el fondo de este, en consideraciones que se exponen a continuación, revisando el apego a las normas de contratación estatal, tanto por la entidad contratante como la parte actora del recurso.



En cuanto a la ejecución de las garantías contractuales debemos tener en cuenta lo dispuesto por la ley de contrataciones públicas en su artículo 130, que indica lo siguiente:

"Artículo 130. Devolución y cancelación de las garantías. La garantía será devuelta o cancelada cuando se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o cuando se declare la resolución de este sin culpa del contratista." (el subrayado es del tribunal)

Por lo anterior, analizados los hechos, este Tribunal Colegiado considera que, lo procedente es **confirmar** la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, por la cual la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** resuelve administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, sin embargo, **modificar** el resolutivo tercero de la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, en el sentido de eliminar la sanción de inhabilitación al contratista, con fundamento en el artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006:

"Artículo 354. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a:

- a. Confirmar lo actuado por la entidad contratante,
- b. Modificar lo actuado por la entidad contratante,
- c. Revocar lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado,
- d. Anular lo actuado por la entidad contratante". (El subrayado es del Tribunal).

De los razonamientos ut supra expresados, concluye el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, por medio de la cual la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, en cuanto a resolver administrativamente del **Contrato No. A-7007-2016**.

SEGUNDO: MODIFICAR el resolutivo tercero de **Resolución ADM N°049-2022 de 15 de febrero de 2022**, en el sentido de eliminar la sanción de inhabilitación impuesta al contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**

TERCERO: DECLARAR NO PROBADO EL INCIDENTE DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS interpuesto por la Compañía Afianzadora **BANESCO SEGUROS, S.A.**, por los motivos previamente expuestos en esta resolución, se le ordena a Secretaría **INCORPORAR** el Cuadernillo de Incidente de Intervención de terceros presentado por **BANESCO SEGUROS, S.A.**, al expediente jurídico principal.

CUARTO: DEVOLVER la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas dentro del acto público de selección de contratista por Licitación por Mejor Valor N°2016-2-03-0-08-LV-005031, correspondiente al acto público para el "ESTUDIO DISEÑO, CONTRUCCION DESARROLLO Y APROBACION DE PLANOS, ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL CONSTRUCCION Y MANTENIMIENTO DE LA NUEVA TERMINAL DE SERVICIO MARITIMOS AUXILIARES DEL SECTOR PACIFICO DEL MUELLE IMA", el cual está conformado por catorce (14) Tomos, tal y como fue recibido en este Tribunal y que se describen en el informe secretarial que reposa a fojas 127 y 128 del expediente jurídico.

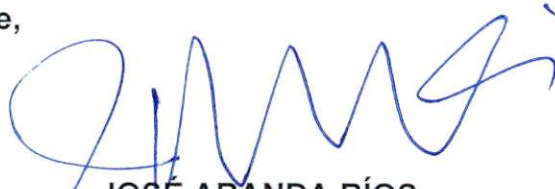
QUINTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución a través del portal electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°027-2022/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de la República de Panamá, Convención Americana de Derechos Humanos; Código Civil de la República de Panamá. Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011; Decreto Ejecutivo 366 de 2006 y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General





REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MARTÍN WILSON CHEN, EN PROCESO DE APELACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A., A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN ADM N°049-2022 DE 15 DE FEBRERO DE 2022, DICTADA POR LA AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ.

Con todo respeto y consideración me veo en la necesidad de reiterar mi desacuerdo con la resolución suscrita por el resto de mis homólogos (Resolución No.215-2023-Pleno/TACP de 19 de octubre de 2023) la cual fundamento de acuerdo con el artículo 115 del Código Judicial, norma supletoriamente aplicable de conformidad al artículo 3 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, positiva al momento de la convocatoria del presente procedimiento de selección de contratista por Licitación Por Mejor Valor No. 2016-2-03-0-08-LV-005031(Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenada por la Ley No. 48 de 2011), llevada a cabo para el “Estudio, diseño, construcción, desarrollo y aprobación de planos, estudio de impacto ambiental, construcción y mantenimiento de la nueva terminal de servicios marítimos auxiliares del sector pacífico del muelle IMA”, y que fundamento de la siguiente manera:

Se decidió confirmar la resolución ADM No.049-2022 de 15 de febrero 2022, por la que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** resolvió administrativamente del Contrato No.A-7007-2016, y a la vez se modificó el resolutivo tercero de la mencionada decisión, en el sentido de eliminar la sanción de inhabilitación impuesta a la contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, acto que me parece contradictorio, por el desconcierto argumentativo que se muestra en la parte motiva versus la resolutive, no existiendo armonía entre una porción y la otra, siendo que la redacción de la resolución se divorcia totalmente de los hechos que reposan en el expediente (verdad material) y que el propio fallo deja en evidencia por los siguientes extractos:

“

De acuerdo con el procedimiento, este Tribunal mediante Resolución N°027-2022-Pruebas/TACP de 19 de mayo de 2022, corregida por medio de la Resolución N°029-2022-TACP de 21 de junio de 2022 (FE DE ERRATA), admitió las pruebas y aducidas por las partes y ordenó la realización de una Prueba Pericial Ingeniería en el lugar o sitio donde se encuentra el proyecto del Muelle IMA estipulado mediante el Contrato No. A-7007-2016.

En esta diligencia se pudo apreciar que la ejecución de las obras dentro del proyecto se encuentra paralizada, se evidencio que la construcción de las instalaciones de las oficinas administrativas nunca se realizó, lo que incumple el cronograma de ejecución propuesto por el contratista. Como podemos ver en las actuaciones que reposan en el expediente administrativo, la entidad contratista solicitó al **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, el reinicio de las actividades del contrato que se podían ejecutar inmediatamente, esto debido a que no se había suscrito ninguna adenda que autorizara la modificación del alcance original del proyecto, por lo que se debía realizar tomando en cuenta el presupuesto disponible asignado al proyecto y el alcance original del proyecto.

Debemos tener en cuenta que, motivaciones o razones de orden público, que llevaron a la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)** a mantener el diseño original del muelle IMA con el requerimiento a la empresa contratista, de replantear el diseño del Proyecto con los mismos fondos asignados, se refiere a la disponibilidad presupuestaria, para su ejecución conforme al diseño original establecido en el pliego de cargos (120 metros), es decir, que la extensión del muelle, con independencia de las ventajas que pudiera representar, no contaba con una partida presupuestaria asignada, ni mucho menos con los fondos necesarios para su desarrollo, aunado a los retrasos que el Proyecto ya había representado, siendo que la entidad restableció el equilibrio económico al contratista, por un monto de B/.592,868.71.

Evidentemente, la entidad no puede asumir obligación alguna, ni disponer la extensión del muelle IMA, sin cumplir con las autorizaciones, procedimientos administrativos y prescripciones establecidas en la ley, entre ellas, contar con las partidas presupuestarias suficientes para poder contratar la extensión del muelle.





Por todo lo anterior, a efectos de que la obra pudiera avanzar, la entidad solicitó a **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, presentar una nueva propuesta que estableciera hasta dónde se podría extender el muelle con el presupuesto que ya tenía asignado al proyecto; para tal fin, la entidad le brindó el tiempo necesario.

Es importante tomar en cuenta que es imposible para la entidad, al no contar con la disponibilidad de fondos, realizar modificaciones al alcance original del proyecto toda vez que, ello representa un incremento de costo al contrato inicial, debido a las medidas de contención del gasto público existente, con lo cual le queda claro a este Colegiado que, la decisión de la decisión de la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)**, estuvo basada en normas de orden público, que además de ser obligatorio cumplimiento, justificaban y sustentaban la decisión de no extender el muelle IMA.

Por otro lado, tenemos la posición del contratista, al plantear que es importante llevar el muelle de un largo original de 120 mts. a un largo total de 270 mts., para encontrar una profundidad operativa permanente sin necesidad de dragado, manifiesta que, el muelle sería inoperativo si se mantiene el alcance original de 120 metros de longitud, por las razones técnicas, además alude de que sus propuestas reflejan su interés de culminar con la obra, con la finalidad de que el Muelle IMA tenga una operatividad de 24/7 o lo más cercana posible, sin tener que depender de forma continua y permanente, con la onerosidad del dragado.

Sin embargo, de la lectura de las piezas que conforman el expediente administrativo del presente acto público, tenemos que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)**, le informó al **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, que debía reiniciar los trabajos en la obra y mantener el diseño original del muelle IMA y en el caso de no poder hacerlo, debía replantear el diseño del Proyecto con los mismos fondos asignados puesto que no podía acceder a una modificación del alcance si éste representa un incremento del costo del contrato.

No obstante, dándole seguimiento al proyecto que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ (AMP)**, se tiene que la Unidad de Proyectos, emite el Informe Técnico con fecha de 20 de julio de 2021, donde recomendó la resolución administrativa del contrato, en virtud que la empresa no retomó actividades con la finalidad de culminar las obras.

Con lo anterior, consideramos que se dieron los presupuestos procesales para gestar el acto administrativo de Resolución del Contrato, validez que se promueve con el anuncio de intencionalidad para resolver el contrato en forma oportuna, otorgándole al contratista la oportunidad de invocar sus descargos sobre este y la facilidad de presentar sus pruebas al respecto, luego del cual se produce la Resolución in examine.

Dado que el contratista mantenía pleno conocimiento de los derechos y obligaciones que le atañen con relación a la ejecución del **Contrato No. A-7007-**

2016, condiciones que fueron aceptadas sin reservas por la contratista, las mismas constituyen un acuerdo de voluntades entre el ente estatal y el particular, por tanto no puede alegarse en este momento que el avance de 46% de la ejecución de la obra no supone un incumplimiento en los términos de entrega del contrato, toda vez que al no cumplir la parte actora con los términos contemplados en la contratación, a pesar de la comunicación y requerimientos por parte del ente estatal, la entidad ejecutante procedió a resolver el mismo ante el incumplimiento comprobado por parte del contratista.

De esta forma, se advierte que la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, lejos de infringir las normativas denunciadas por la apelante, las cumplió en su totalidad, toda vez que procuró los medios necesarios a fin de salvaguardar tanto los derechos del contratista como los intereses del Estado, motivando adecuadamente los elementos probatorios que sustentan su decisión de resolver administrativamente el **Contrato No. A-7007-2016**, mostrando buena fe desde el inicio de la ejecución de este.

Sin embargo, la sanción de inhabilitación impuesta por la **AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ**, nos parece excesiva ya que, las causas del incumplimiento del contrato, no son imputables en su totalidad al contratista **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, esto debido a que, la resolución del contrato es la consecuencia prevista por la norma jurídica para el caso de incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales; no obstante, si los acontecimientos imprevisibles o previsible pero inevitables exoneran de responsabilidad al contratista, no puede ni debe la entidad, imponer una sanción de inhabilitación para contratar con el Estado.

Por lo cual debemos tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011, en lo relativo a la sanción de inhabilitación del contratista indica lo siguiente:

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

...

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente Ley. ... "(el subrayado es del tribunal)



Se dice que la entidad cumplió con todo y que fue la contratista quien incumplió, posteriormente se indica que no le corresponde toda la responsabilidad a la contratista y por esa razón se le elimina la sanción de inhabilitación, pero sin ninguna argumentación jurídica que la respalde. Ese análisis es discordante y se aleja del principio de la motivación de las sentencias (precedentes administrativos).

La motivación de las sentencias "es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme a derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley", por lo que se pone de manifiesto las razones por las que se tomó una decisión aceptable desde la óptica del ordenamiento jurídico. (COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. "La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales", Editorial Tirant lo Blanch, España, Valencia, 2003, pág.

No hace sentido lo que se expresa con lo que se concluye y ni qué decir de las evidencias probatorias que reposan en autos, en el que mediante Informe Técnico sobre el avance de la obra, con fecha 20 de julio de 2021, se recomendó la resolución administrativa del contrato en examen, en virtud que la empresa no ha retomado actividades, aunado a que en reiteradas ocasiones se han sostenido reuniones con la finalidad de que la empresa pueda retomar dichas actividades, incumpliendo con presentación de propuestas y/o presentación de su diseño técnico, que según la empresa era necesario para la reactivación del proyecto.

Se defiende la empresa contratista y se justifica sobre el soporte del desconocimiento del informe, pero eso no le justifica para mantener en parálisis el objeto de la obra, cuando ella reconoce que está detenida y no ha promovido ninguna actividad desde 2018, y que inclusive fue objeto de una segunda adenda y aun así no activó la ejecución, a pesar de prolongadas reuniones de interacción frente a la labor que debe realizar y se auto justifica con la modificación que se propone, cual es reconocida en su libelo de recurso, visible a foja 46 del expediente del Tribunal (foja 15 del recurso de apelación).

La contratista alega desconocimiento de los efectos del informe de 20 de julio de 2021, pero dentro de su intención de resolver el contrato por parte de la entidad administrativa mediante la Nota ADM No.1494-09-2021-OAL de 1 de septiembre de 2021 se entiende otra cosa; sin embargo, dentro de los descargos que formula frente a ésta advierte y se encontraba propiciando y ensayando una ampliación al objeto contractual, ya que quiere un cambio del diseño aprobado y que fue el ofertado inicialmente, lo cual induce los efectos de un conocimiento concluyente sobre los mismos.

¿Cómo puede justificar una supuesta intención por continuar la obra, que según él deber ser por 270 metros de largo, cuando ni siquiera ha extendido 1 metro adicional al porcentaje de ejecución que según se indica tanto en el informe de 2018 como en el actual de 2021 es por el 46%, y sin que exista el personal técnico que lo haga posible en el área cuando solo tiene personal de soporte en seguridad "watchman" y que inclusive



se auto justifica indicando que de continuar la obra abría una lesión patrimonial al realizarla según lo plasmado en el contrato, contrato que él aceptó, se comprometió y que ahora no avanza.

Advierte que si bien se reconoce la existencia de una adenda 2, no se le satisfizo la extensión de los metros adicionales por él sugerido y que no se aceptó en su totalidad los metros indicados como parte del equilibrio económico del contrato, no le justifica para incumplir el contrato por cuanto él aceptó inclusive la adenda y la misma advierte el conocimiento y comprensión por el ente de control de los actos contractuales y de erogación mediante pagos, cual es la Contraloría General de la República y es ésta la que refrenda y acepta el reconocimiento del equilibrio y no el contratista, con lo cual hoy día pareciera una especie de protesta de manera extemporánea y que se justifica para incumplir con la obligación pactada, que dicho sea de paso no avanza desde el año 2018, a pesar de una nueva adenda 2

Por otra parte y en consideración al acto administrativo que viene en contencioso y objeto del recurso de apelación, el verbo rector en el efecto del resuelto segundo no puede generarse como **“la ejecución”** sin otorgar el procedimiento que al respecto se invoca en el artículo 115 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, y cual se le reconoce, como la oportunidad procesal para subrogarse el derecho en el evento de mantener vigentes los efectos de la resolución administrativa del contrato por cuanto así está reconocida en la norma, y que con humildad sugiero debió modificarse en la decisión del TACP, razón por la cual se le adversa el derecho que al respecto genera la defensa técnica de la incidentista, misma que debió enmendarse dentro de los efectos de la resolución objeto del contencioso, para adecuar sus consecuencias con el ordenamiento jurídico basado en el principio de legalidad y cual constituye el eje central del mecanismo de control de la legalidad de los actos administrativos dentro de la vía gubernativa conforme a la Doctrina del derecho procesal, sobre todo de nuestra formación originaria del derecho francés y que adopta nuestro ordenamiento jurídico nacional. Sobre todo por cuanto al derecho de defensa que argumenta la incidentista se le ha vulnerado, mismo que debe ser objeto de una instrumentación procesal posterior a los efectos subsiguientes al acto administrativo de la resolución administrativa del contrato, y cual debe continuar en la tramitación del acto conforme advierte el artículo 115 y otorga el derecho a defensa en la etapa procesal que le corresponda para así llevar a la práctica el cumplimiento de las garantías de que son objeto los contratos públicos y cual no es parte de la competencia primaria del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, pues, conforme a la estructura normativa de nuestras competencias indicadas por el artículo 120, numeral 2, se atiende sobre los efectos de la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista, pero que dentro de la resolución in comento, advierto con fundamento en el principio de congruencia, que se puede vulnerar el derecho de defensa con la formalidad de la estructura actual, al ordenarse su ejecución sin conceder el derecho a la subrogación que le corresponda, y cual constituye adelantar sus efectos sin otorgarle



la oportunidad procesal para defenderse, al indicar que no se le ha notificado de sus pretensiones y acciones legales por la Administración en cuanto a su oportunidad para presentar sus descargos con la presente.

La proporcionalidad es una regla importante, en donde se aleja del sentido común aprobar que, existe imputabilidad de la contratista en la no culminación de la obra, quien hoy no lleva ni el 50% de avance y que por otro lado se le elimine la sanción.

Lo que sí hubiera sido justo es la dosificación de la sanción con miras a reducirle el quantum, no así suprimirla, pues, ello sería como reconocer que la contratista no tuvo ninguna responsabilidad en la poca ejecución de la obra, y se castigaría drásticamente los fondos estatales, toda vez que la contratista con la confirmación del acto administrativo se desentendería de la obra, pero la necesidad persistiría, por consiguiente, la institución, al no tener la fianza de garantía, tendría que utilizar de sus fondos para finalizar en buenos términos el trabajo iniciado que no ha sido finiquitado, provocando una lesión patrimonial y la probable insatisfacción de otro servicio por atender distinto al que nos ocupa.

De manera que, con el fallo se está justificando el resto de los incumplimientos de la contratista como si nada hubiera pasado, lo que crea un precedente nefasto para el resto de los actos públicos que se reflejen en ese mismo espejo, quienes exigirán el mismo trato por parte del Estado.

Sobre la base de que no es razonable ni congruente, además de resultar contradictorio en lo que se motiva versus lo que se dictamina, ya que al indicar que la finalidad del contrato público es incursionar en el fin que se persigue en él por parte del Estado, toda vez que, éste, en sus compras o adquisiciones, procura por la satisfacción de una necesidad social, lo cual no vemos reflejado en la decisión, todo lo contrario, se cercena esa oportunidad, al dejar a la contratista con una obra inconclusa a pesar de su irresponsabilidad, sin la respectiva sanción que declara la legislación de contratación pública. En otros términos, comparto la confirmación de la resolución administrativa del contrato, al ser imputable su retraso en su inmensa mayoría a la empresa apelante, más no la exoneración de la sanción.

A foja 29 se advierte que la **"AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ** lejos de infringir las normativas denunciadas por la apelante, las cumplió en su totalidad, toda vez que se procuró los medios necesarios a fin de salvaguardar tanto los derechos de la contratista como los intereses del Estado, motivando adecuadamente los elementos probatorios que sustentan su decisión de resolver administrativamente el Contrato No.A-7007-2016, mostrando buena fe desde el inicio de la ejecución de este".

Si ello es así, ¿cómo se suprime la sanción?, entonces no existe razón válida para concluir de esa manera, suprimiendo la inhabilitación impuesta por la Administración, ya que la racionalidad resulta ser un tema fundamental en asuntos de motivación jurídica y



le sirve de límite al operador de justicia, pues se debe mantener una relación en lo que se fundamenta con la decisión final. Debe existir una correlación entre la norma y la decisión, no un divorcio, al punto de que también debe estar supeditado por los procedimientos legales establecidos y al principio de sumisión a la ley. De manera que, la normativa concede una excepción únicamente cuando el incumplimiento del contrato se deba a la no imputabilidad de la contratista.

En esta oportunidad sí existe responsabilidad, más allá de que se pueda atenuar por alguna desatención de la entidad que en este caso no ha sido plasmado en la decisión de mayoría, que de ser así, implicaría una revisión en la disminución en su sanción, pero no su eliminación total, porque sería desconocer los incumplimientos que han sido identificados en donde no hubo responsabilidad de la entidad sino de la contratista. Así, pues, si la ley refiere la sanción por el incumplimiento del contrato, no debe el juzgador hacer lo contrario, salvo que el incumplimiento sea notable y sin responsabilidad alguna de la contratista, pero eso no ha sucedido en la realidad. Si la entidad hubiera tenido algún tipo de culpa, podría dosificarse la inhabilitación, pero en este caso ha salido liberada de su obligación sin sufrir los rigores de la norma. No encuentro sintonía en lo decidido y lo construido en la motivación.

Tomando en cuenta que el caso en particular nació a la vida jurídica mediante el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No.48 de 2011, significa entonces que el artículo aplicable como cuestión de la ley en el tiempo, lo es el artículo 115 de la ley y el 371 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006, por lo que en el contexto del análisis de ambas normativas, tenemos que circunscribirnos a la realidad que allí se presenta, siendo esta que la consecuencia inmediata de la resolución administrativa del contrato como la que nos ocupa, es la inhabilitación; misma que será de tres (3) meses a tres (3) años, dependiendo de algunas circunstancias que se observan en la reglamentación, incluyéndose los criterios que sirvieron de fundamento para la individualización de la sanción.

“

Artículo 115. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

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

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

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

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



Artículo 371: (Causales de inhabilitación)

La inhabilitación de los contratistas será de tres (3) meses a tres (3) años, dependiendo de las siguientes circunstancias:

- a)
de la reincidencia,
- b)
de la cuantía del contrato, y
- c)
de la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento.

→ Al momento de dictar la resolución, la autoridad competente deberá incluir los criterios que sirvieron de fundamento para la individualización de la sanción. (Art. 102 L 22-2006)

Vemos entonces y como quiera que existe un incumplimiento de parte de la contratista, la sanción de inhabilitación debió estar comprendida entre los tres meses hasta los tres años, siendo la más grave la utilizada por la entidad; sin embargo, la decisión por mayoría confirma la decisión de incumplimiento, pero modificando la sanción, eliminando la inhabilitación, rebasando la norma sin ningún sustento legal que lo valide, ya que de acuerdo a la Doctrina Administrativa, la norma debe garantizar “una predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta cometida por el infractor de la norma”

Resulta desproporcional e incongruente la decisión que asume el Tribunal, en confirmar la resolución administrativa del contrato, que trata sobre la responsabilidad de la contratista en que la obra aún no se haya entregado de forma satisfactoria, cuyas notas narran un avance de obra del 46%.

De manera que, y según indicamos, el juzgador debe valerse en la ley como único objetivo, y su interpretación debe ser siempre en esa línea. No se trata de discrecionalidad, la ley y la reglamentación establecen las sanciones en estos casos. O sea, que la consecuencia inmediata de la empresa que ha incumplido es la resolución administrativa del contrato, los efectos sobre las garantías del afianzamiento y la inhabilitación, siendo la única excepción la contemplada el último párrafo del artículo 115, que expresa que: *“Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o por causas no imputables a este [el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 de la presente ley]¹, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor”*.

La apelante de acuerdo a la información que reposa en el expediente administrativo es la responsable de la no terminación del contrato, y así lo han expresado los homólogos en la decisión como he citado en párrafos anteriores, por ende, cabe no solo la resolución del contrato, sino también hacer el llamado a la garante para el pago del importe de las garantías o en su defecto otorgarle el derecho para subrogarse el contrato (sugerencia

¹ Éste viene derivado de los efectos del incumplimiento y no sobre la eximente de responsabilidad.



que debió enfocarse en la modificación al resuelto segundo del acto in examen), la ejecución de la fianza y la inhabilitación, como en efecto lo ha resuelto la entidad, quien le aplicó la más severa, la cual es congruente en apoyo de la estructura integral tomando en cuenta la cuantía del contrato que es de B/.5,249,730.91, de manera que no existe forma lógica para suprimirle la sanción cuando la ley es clara en su proceder. Esto quiere decir que la tipicidad tiene como marco los principios de juridicidad, verdad material, proporcionalidad y debido proceso, por ende, se debió realizar un análisis integral de los hechos versus la sanción a aplicar, tal y como lo señala la Doctrina en palabras de Domingo Sesín.

"Así bien lo ha establecido Domingo Sesín en su obra Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica, en donde señala que "En suma, el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la flexibilidad con que se lleva a cabo la tipificación de las infracciones, para permitir que la autoridad que debe aplicar la sanción valore las circunstancias concretas de cada caso y resuelva en consecuencia, flexibilidad que no implica en modo alguno discrecionalidad por cuanto integra, junto con la verificación material de los hechos imputados, el bloque de lo reglado o vinculado. (Domingo Sesín, Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, página 283.)."

La sanción es un efecto de la resolución administrativa del contrato, por ende, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, así, pues, la inhabilitación en este caso era lo potable, por el incumplimiento evidente de la contratista.

No cabe duda de que existe un incumplimiento, al no estar terminada la obra, teniendo un avance físico del 46%, como tampoco es cuestionable que la imputabilidad corresponda al **CONSORCIO MARÍTIMO INZELVA, S.A.**, ya que desde el momento que nace la obligación sólo queda su cumplimiento, porque hasta ese instante la contratista reunía todas las condiciones que la entidad exigía para su realización, y por esa razón logró la adjudicación. Por tanto, sólo queda satisfacer la necesidad para lo cual se contrató y le es justificable su no cumplimiento cuando haya surgido algún evento probado, no previsible y, por ende, no imputable a la responsable de ejecutar la obra, que en el caso en particular no ha sido demostrado.

Al no inhabilitarse e indicarle a la contratista como no imputable del incumplimiento se le está aperturando un portillo, que exonere indirectamente a la garante de la obligación de pagar el importe de la fianza de cumplimiento, y como quiera que la necesidad aún persiste, tendría el Estado panameño que buscar los fondos para culminar la obra. Lo más llamativo es que tampoco se dice nada respecto al pago anticipado que la institución le concedió a la contratista y no vemos reflejado su devolución, hecho de gran trascendencia que debió hacerse referencia para tener las cuentas claras.

Tomando la importancia del asunto, ya que se trata de dinero público adelantado y que de manera tibia se mencione sin establecerse en la parte resolutive resulta ser un

sofisma, y fuera del alcance del derecho, ya que lo que no se manifiesta en la parte resolutive carece de validez legal.

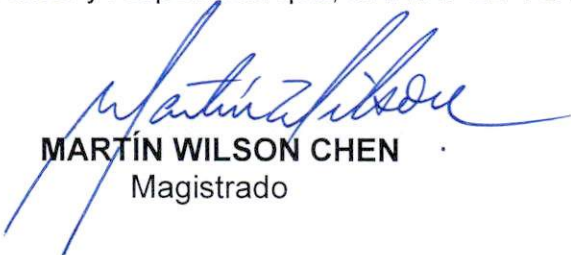
“

ANTICIPO: El contratista tendrá derecho al reconocimiento de un anticipo correspondiente al **veinte por ciento (20%)** del contrato luego de la firma de la orden de proceder. **LA AUTORIDAD** descontará el **veinte por ciento (20%)** del monto total de cada cuenta por avance de obra presentada por **EL CONTRATISTA**, en concepto del descuento del pago anticipado.

”

Debemos detenernos en medir las consecuencias que implican expeler a la contratista de la sanción de inhabilitación, cuyos efectos no solo se extienden a ésta, sino que indirectamente se afecta y extiende sus perjuicios sobre la fianza de cumplimiento, provocando a la institución un perjuicio grave, pues le deja entrever un potencial impedimento para ejecutar dicha garantía, lo que la dejaría indefensa sobre un acto que no ha provocado en su totalidad, premiando a una contratista que incluso abandonó la obra.

En consecuencia, o, como los razonamientos expuestos no han sido compartidos por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, no me queda otra alternativa que expresar de manera firme y respetuosa que, **SALVO EL VOTO**.


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

