

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Alegato de conclusión.

Vista Número 1484

Panamá, 21 de diciembre de 2020

El Licenciado Mario Augusto Arango Barragán, actuando en nombre y representación de la sociedad **Transcaribe Trading, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 163 de 7 de septiembre de 2017, emitida por el **Ministerio de Obras Públicas**, y que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón a la demandante en lo que respecta a su pretensión.

De acuerdo con lo que consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nula, por ilegal, **la Resolución 163 de 7 de septiembre de 2017, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, por medio de la cual se decidió resolver administrativamente el Contrato AL-1-34-15: Proyecto "Asfaltando tu ciudad (Trabajando por tu Barrio) en las Divisiones de Metrovial DM2 y Metrovial DM3, área canalera, Renglón 2", celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa Transcaribe Trading, S.A., por configurarse la causal establecida en el artículo 113 (numeral 1) del Texto Único de**

la Ley 22 de 27 de junio de 2006, "el incumplimiento de las cláusulas pactadas", particularmente, rehusar o fallar en llevar a cabo cualquier parte de la obra con la diligencia que garantice su terminación satisfactoria dentro del periodo señalado; y abandonar o suspender la obra sin la autorización debidamente expedida; e **inhabilitar a la mencionada sociedad por el término de tres (3) años durante el cual no podrá participar en ningún acto público de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado** (Cfr. fojas 121-128 del expediente judicial).

En la Vista de contestación de la demanda, este Despacho se opuso a los argumentos expresados por la actora, puesto que de acuerdo con las evidencias que reposan en autos, la resolución administrativa del contrato se fundamentó en el hecho que la obra relativa al proyecto "Asfaltando tu ciudad (Trabajando por tu Barrio) en las Divisiones de Metrovial DM2 y Metrovial DM3, área canalera, Renglón 2", estuvo paralizado por causa atribuible a la contratista, **Transcribe Trading, S.A.** (Cfr. foja 95 del expediente judicial).

Según indicamos en nuestra mencionada Vista, el 13 de junio de 2016, la demandante recibió la orden de proceder para iniciar los trabajos del proyecto con un periodo de ejecución de doce (12) meses calendario, contados a partir de su notificación. Dicha empresa presentó la fianza de cumplimiento GBR04716001562 y el Endoso 1 y 2 que extendió su vigencia hasta el día 11 de septiembre de 2017 (Cfr. foja 95 del expediente judicial).

La situación relativa a la paralización del proyecto consta en la Nota TCT-OCP-C-169-055-03-17 de 9 de marzo de 2017, suscrita por la accionante, en la que señala que dicha paralización de la obra fue por parte del Sindicato Único de Trabajadores de la Construcción y Similares (*Suntracs*), desde el 16 de junio al 14 de septiembre de 2016, motivo por el cual la demandante pidió al Ministerio de Obras Públicas que le otorgara una extensión de tiempo de ciento veinte (120) días para la finalización de ésta (Cfr. foja 95 del expediente judicial).

Entre nuestros argumentos mencionamos que, por medio de la Nota DIAC-1452-17 de 11 de abril de 2017, la Dirección Nacional de Contratos le comunicó a la empresa **Transcaribe Trading, S.A.**, la aprobación de la prórroga por noventa (90) días calendario para la ejecución del proyecto y le señaló como nueva fecha para la finalización de éste, el 11 de septiembre de 2017, conforme se consignaría en la respectiva adenda al contrato (Cfr. foja 95 del expediente judicial).

Sin embargo, en las constancias documentales quedó dicho que la entidad contratante y la sociedad contratista no suscribieron adenda alguna (Cfr. foja 95 del expediente judicial).

Por medio de la Nota TCT-OCP-C-169-032-07-17 de 10 de julio de 2017, **Transcaribe Trading, S.A.**, solicitó a la entidad que se le concediera la suspensión total de la obra como resultado del vencimiento del contrato; y, en consecuencia, se procediera a la confección del acta final del proyecto fundamentándose en el Capítulo II-Condicionales Especiales, Punto 3 y la Sección 46.4 del Pliego de Cargos y en el Contrato de Obra (Cfr. foja 95 del expediente judicial).

En esa misma nota, la contratista le comunicó formalmente a la entidad contratante que en vista que no había recibido al 10 de julio de 2017, prórroga alguna que le extendiera el plazo del contrato, suspendería totalmente la obra con base en lo dispuesto en el artículo 46.4 del Pliego de Cargos (Cfr. foja 95 del expediente judicial).

En respuesta, la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, por medio de la Nota DIAC-3012-17 de 28 de agosto de 2017, rechazó la solicitud de suspensión total de la obra y de confección del acta de aceptación final del proyecto en referencia (Cfr. foja 96 del expediente judicial)

Independientemente de lo manifestado por la entidad contratante, **Transcaribe Trading, S.A.**, procedió a paralizar el proyecto el 10 de julio de 2017; es decir, con una antelación de dos (2) meses de la culminación del contrato, habida

cuenta que, según lo señalado en la Nota DIAC-1452-17 de 11 de abril de 2017, el contrato estaría vigente hasta el 11 de septiembre de 2017, en virtud de la prórroga de noventa (90) días que le fue concedida a la empresa (Cfr. foja 96 del expediente judicial).

En ese contexto, la Dirección Nacional de Mantenimiento, mediante la Nota DNM-849-17 de 17 de julio de 2017, presentó ante la Dirección Nacional de Administración de Contratos la solicitud de notificación a la fiadora para la resolución administrativa por el incumplimiento del Contrato AL-1-34-16, **por causa imputable a la contratista**, misma que se hizo efectiva a partir del 10 de julio de 2017 (Cfr. foja 97 del expediente judicial).

Aunado a lo anterior, la Dirección Nacional de Mantenimiento, de acuerdo con la Nota DNM-849-17 de 17 de julio de 2017, indicó que la solicitud de resolver el contrato se basaba en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la contratista, ya que ello se evidenciaba el abandono de la obra sin autorización, lo que constituía una causal imputable a **Transcribe Trading, S.A.**; y, para tal fin, se invocó la cláusula décima segunda del contrato relativo a las causales de resolución del contrato (Cfr. foja 97 del expediente judicial).

En adición, esa misma dirección nacional con la nota en referencia, adjuntó el Informe Técnico con el listado de las actividades pendientes por ejecutar en ese proyecto, especificado por calle, que en total sumaron treinta (30) las actividades pendientes por ejecutar y los precios de las mismas (Cfr. foja 97 del expediente judicial).

Se añadió, además, el detalle de las órdenes de trabajo expedidas, en las cuales se señaló la información general sobre los trabajos a realizar y la actividad, la unidad, la cantidad final estimada, el porcentaje de avance estimado, el precio unitario, el precio total estimado, el costo de los trabajos realizados y el costo de los trabajos pendientes de realizar (Cfr. foja 97 del expediente judicial).

En el Informe Técnico DAC-165-1- de fecha 26 de julio de 2017, de la Dirección de Área Canalera, rendido ante la Dirección Nacional de Mantenimiento, se indicó el estado que en ese momento tenía el proyecto, así: *"...el cual tiene a la fecha antes indicada un 88% de avance físico en campo; se adjuntan copias de los memos de campo emitidos al contratista, en los cuales se indican causas de retraso y los contratiempos presentados en los trabajos realizados"*.

Ese Informe Técnico presentó un cuadro con dichas actividades detalladas por calle (Cfr. foja 97 del expediente judicial).

En lo que respecta a los memos de campo remitidos mediante la Nota DNM-887-17 de 27 de julio de 2017, la Dirección Nacional de Mantenimiento notifica las causas de retrasos y los contratiempos presentados en los trabajos realizados emitidos desde el 25 de octubre de 2016 a 8 julio de 2017, que se resume así:

"Memo de Campo 1 de 25 de octubre de 2016: Solicitamos que se retiren el material de desperdicio del área de edificio del antiguo compra de Curundú, ya que está contaminando el reciclado y el área que se necesita para depositar más material.

Memo de Campo 2 de 30 de diciembre de 2016: Solicito que se hagan las reparaciones de daños en la carpeta en Ave. Central, así como las nivelaciones de CI y limpieza de tragantes.

Memo de Campo S/N de 7 de enero de 2017: Solicito se hagan las reparaciones de daños en la carpeta Calle 36 E y calle 36 Oeste.

Memo de Campo S/N de 30 de enero de 2017: Solicito se limpien resto de reciclado que queden después del barrido antes de colocar carpeta en la Ave. 3 de los Mártires y restos de desechos que quedó en la Ave. 3 de nov al lado del mercado de artesanía.

Memo de Campo S/N de 8 de julio de 2017: Solicitamos reparar áreas de carpeta en la Ave. Perú y Ave. Justo Arosemena.

Memo de Campo S/N de 8 de julio de 2017: Solicitamos reparaciones con parcheo en la carpeta de calle 36 E, 36 OE y Ave. Central" (Cfr. foja 98 del expediente judicial).

Por medio del Informe Técnico de 7 de agosto de 2017, rendido ante la Dirección Nacional de Mantenimiento se señala que el estado de los trabajos realizados a la fecha por la empresa, indican un porcentaje de avance de 88.46%

de las calles intervenidas, y detalla por cada calle, cuál fue la fecha de inicio de los trabajos, los trabajos que se han completado y los que no se han finalizado (Cfr. foja 98 del expediente judicial).

En ese sentido, el citado informe señala, que entre las actividades que no han sido finalizadas, se observan las siguientes: *“franja reflectante, cunetas transitables o lleneras reforzadas, limpieza de tragantes, nivelación de tapa de cámara de inspección, suministro e instalación de parrilla de alto tránsito, suministro e instalación de tapa para C.I., nivelación de tapa de cámara de inspección, excavación de desechables de reposición de losas, material selecto o sub-base, capa base, pavimento de hormigón de cemento portland, geomalla biaxial”* (Cfr. foja 98 del expediente judicial).

Tales incumplimientos y atrasos por parte de **Transcaribe Trading, S.A.**, motivaron la expedición de la Nota DM-AL-2300-17 de 24 de agosto de 2017, por la entidad contratante, publicada en el portal electrónico el 29 de agosto de 2017, en la que le comunicó a la hoy demandante su decisión de iniciar los trámites de resolución administrativa de contrato y le concedió el término de cinco (5) días para que presentara por escrito sus descargos; mismo que fue aprovechado por la actora, quien, en tiempo oportuno los presentó, luego de lo cual se dictó la resolución objeto de reparo (Cfr. foja 98-99 del expediente judicial)

La resolución administrativa del contrato se fundamentó en lo siguiente: el punto 37.2 (responsabilidad del contratista por los trabajos) del Pliego de Cargos que indica: *“El contratista mantendrá a sus expensas, todos los trabajos conforme a lo establecido en el Pliego de Cargos, mientras dure la ejecución de los mismos y hasta que se firme el acta de aceptación final de la misma...”*; el punto 46.3 (demoras) *“El Contratista será responsable por el debido cumplimiento del Cronograma aprobado. El Director de Mantenimiento verificará, en la fecha de presentación de las cuentas parciales, que el*

progreso obtenido en la obra concuerde con el progreso estimado para el periodo correspondiente al Cronograma..."; así como los artículos 113 (numeral 1) y 115 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que señalan como causal para la resolución administrativa del contrato, el incumplimiento de las cláusulas pactadas y el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; y el artículo 117 de ese mismo cuerpo normativo, que indica que la entidad contratante podrá inhabilitar a los contratistas por incumplimiento de contrato (Cfr. fojas 99-101 del expediente judicial).

El artículo 115 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, dispone:

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."

Respecto a los cargos que formula la demandante, en el sentido que la entidad violó los principios generales y las reglas de interpretación de la contratación pública, así como el pliego y las cláusulas pactadas en dicho acuerdo, porque, a su juicio, no se podía iniciar el trámite de resolución administrativa de contrato cuando éste ya estaba vencido, debemos remitirnos al informe de conducta suscrito por la demandada y dirigido a la Sala Tercera, en el que se destaca lo siguiente: ***“Insistimos en que el contrato se mantiene vigente, aun cuando se concluya el término de entrega, por disposición del artículo 97 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, hasta que se cumpla con el objeto del contrato o se liquide el mismo. Es decir, que contrario a lo argumentado por la demandante, aun cuando llegue la fecha vencimiento del término del contrato sin haberse formalizado la adenda de extensión del tiempo, no menos cierto es que la obra presentaba a ese momento un retraso injustificado de 11.54%. Por lo que la demandante no estaba facultada para suspender la obra unilateralmente sino que debió seguir los trabajos hasta cumplir con el objeto del contrato”*** (Cfr. foja 14 del expediente judicial).

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en la resolución confirmatoria, indicó:

“Previamente se anotó que la finalización de las obras fue estipulada hasta el 13 de junio de 2017, sin embargo, aun cuando haya vencido dicho término el contrato mantiene sus efectos, postura que ha sido reiterada por este Tribunal al reiterar que el vencimiento del plazo, no constituye *per se* la cesación inmediata de los efectos del contrato, ya que en los contratos de obra la extinción se configura por el incumplimiento del objeto contractual.

Respecto a lo anterior, debemos anotar que, aunque el plazo de doce (12) meses para la entrega de la obra había concluido, la figura de la liquidación del contrato amplía el término de vigencia del contrato. Así, el contrato no se extingue hasta tanto se liquide el mismo, por ende el Contrato AL-1-34-16 de 13 de abril de 2016, se mantiene vivo y cabe la resolución administrativa del contrato, con fundamento en el artículo 97 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006:

En relación a lo argumentado por la apelante, en el sentido que la entidad contratante violó los principios de debido proceso, buena fe y legitimidad de los actos de la Administración, debemos señalar que dentro del expediente administrativo repesan múltiples correspondencias entre la contratista y el MOP, en los cuales se le comunicó carencias en las obras, conforme a lo estipulado en el pliego de cargos, cronograma de trabajo y contrato; así como en referencia a la calidad del material asfáltico, por tanto no considera esta Colegiatura que no le asiste la razón en cuanto a que la entidad lo dejó en indefensión, más aun cuando se le concedió el término para presentar sus descargos, derechos el cual utilizó oportunamente.

Por último, dado que en el estudio del presente recurso se observó que la contratista incumplió con la entrega de la obra en el periodo determinado para ello, dentro del respectivo contrato, por razones imputables a ella, este Tribunal considera pertinente confirmar la Resolución 163 de 7 de septiembre de 2017, mediante la cual el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (MOP), resolvió administrativamente el Contrato AL-1-34-16 de 13 de abril de 2016, e inhabilitó a la empresa TRANSCARIBE TRADING, S.A., por el término de tres (3) años, con fundamento en el literal a) del artículo 35 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006.

...” (Cfr. foja 128 del expediente judicial).

Finalmente, en cuanto a la solicitud que hace la recurrente para que el Tribunal le reconozca el pago de una indemnización por los daños y perjuicios por la cantidad de diez millones quinientos noventa y nueve mil doscientos ochenta y un balboas con noventa y un centésimos (B/.10,599,281.91) que, según argumenta, le fueron ocasionados por la emisión de la resolución objeto de reparo, estimamos que **resulta a todas luces improcedente**, puesto que **la determinación de posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contenciosos de indemnización y no de los de plena jurisdicción**, debido a que estos últimos, por su naturaleza, sólo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estiman lesionados, conforme se desprende de lo establecido en el artículo 42B de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946.

En relación con lo expresado en el párrafo que antecede, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Sala Tercera en el Auto de 12 de septiembre de 2006, cuando al referirse a una solicitud de indemnización formulada en un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción indicó lo siguiente:

“En definitiva, la Sala se ve precisada a concluir con lo siguiente:... 3. **La pretensión de indemnización señalada por el petente, corresponde a un recurso legal distinto al de plena jurisdicción, que puede claramente ser reclamado a través de la vía correspondiente.**

...
 En cuanto a esto último, como ya se dijo, la justicia contencioso administrativa contempla una serie de recursos legales con los cuales los administrados pueden acceder a ella, en busca del restablecimiento de sus derechos, dentro de ellas podemos mencionar con relación al asunto en comento, que **‘con la llamada demanda de reparación directa o reparación de daños y perjuicios que busca precisamente reparar los daños y perjuicios causados por alguno de estos mecanismos...’** (ibidem. pág. 102). De manera pues, que es por medio de estos tipos de demandas contempladas en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial que el administrado debe acceder a la justicia para lograr un control efectivo sobre la responsabilidad de los actos y demás formas de actividad administrativa que exigen pues, la responsabilidad extracontractual del Estado, **y no así por intermedio del recurso de plena jurisdicción.**

...” (La negrilla es nuestra).

A juicio de esta Procuraduría, las razones explicadas en la parte motiva de la resolución objeto de reparo, así como el fundamento de derecho expuesto en los párrafos previos, respaldan la actuación desplegada por la institución, lo que deja sin sustento los argumentos y los cargos de ilegalidad planteados por la accionante en su demanda respecto de las disposiciones invocadas en el libelo analizado.

Etapas Probatorias.

La Sala Tercera emitió el Auto de Pruebas número 416 de 25 de noviembre de 2020, por medio del cual se admitieron, entre otros, los actos acusados de ilegales y el expediente administrativo que fue aducido por las partes (Cfr. fojas 200-202 del expediente judicial).

Las evidencias admitidas muestran que la accionante no ha aportado pruebas tendientes a modificar lo señalado en las resoluciones objeto de reparo, por lo que resulta indiscutible que no ha logrado desvirtuar el fundamento de Derecho que sustentó la decisión en estudio, lo que se traduce en la nula o escasa efectividad de los medios probatorios ensayados por ella.

Por consiguiente, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen **la accionante no asumió de forma suficiente la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial**, que obliga a quien demanda, a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión; deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘...’

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: ‘en las actuaciones administrativas se deben observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones

Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (La negrilla es nuestra).

En el marco de lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita a ese Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución 163 de 7 septiembre de 2017, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, ni su acto confirmatorio, y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaría General

Expediente 336-18