

Panamá, 31 de enero de 2006

Proceso Contencioso Administrativo de Plena jurisdicción	Demanda interpuesta por la firma De Obaldía & García de Paredes, en representación de la empresa CONSORCIO CENTENARIO DE PANAMA , para que se declare nula, por ilegal, la Resolución Núm. 415-04 de 20 de diciembre de 2004, emitida por el Ministro de Obras Públicas, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.
Contestación de la demanda	

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

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, acudo ante usted con la finalidad de contestar la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción descrita al margen superior.

I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

Primero: no es cierto, por tanto, se niega.

Segundo: Es cierto, por tanto, se acepta. (cfr. foja 40 a 47 del expediente judicial).

Tercero: No es cierto, por tanto se niega.

Cuarto: Es cierto, por tanto, se acepta. (Cfr. foja 41 este expediente).

Quinto: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Sexto: No es cierto, por tanto se niega.

Séptimo: No es cierto; por tanto, se niega.

Octavo: No es cierto; por tanto, se niega.

Noveno: No es cierto; por tanto, se niega.

Décimo: No es cierto; por tanto se niega.

II.- Disposiciones que se aducen violadas, los conceptos de las supuestas infracciones y los descargos de la Procuraduría de la Administración:

a. La firma forense que representa judicialmente al demandante considera que al emitir la Resolución No. 415-04 de 20 de diciembre de 2004, "Por la cual deniega el reclamo presentado por el Consorcio Centenario en el Contrato N° DINAC-1-14-03, Diseño, Construcción y Estudio de Impacto Ambiental de la Autopista Oeste de Acceso al segundo Puente sobre el Canal de Panamá, por efecto del aumento del precio que han sufrido los insumos y materiales de construcción en el mercado", el Ministerio de Obras Públicas infringe el numeral 8 del artículo 9 de la Ley 56 de 1995, que se refiere a la obligación de la entidad estatal contratante de solicitar la actualización o revisión de los precios y los periodos de ejecución, cuando se produzcan fenómenos extraordinarios e imprevistos que alteren sustancialmente el contrato, de conformidad con lo previsto en el pliego de cargos.

Argumenta que la norma ha sido violada de manera directa por omisión puesto que la entidad licitante no efectuó los

ajustes de precios en relación al sobrecosto sustancial por "aumento de precio de los insumos y materiales de construcción en el mercado", para evitar que fenómenos extraordinarios e imprevistos alterarán el contrato; lo que afecta al contratista, y genera un enriquecimiento injustificado por parte del Estado.

La Procuraduría de la Administración observa que no le asiste la razón al demandante, porque el numeral 8 del artículo 9 de la Ley 56 de 1995, que se refiere a la obligación de la entidad contratante de solicitar la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos extraordinarios e imprevistos que alteren el contrato, establece claramente que tal medida se estipulará en el pliego de cargos.

El pliego de cargos que sirvió como "documento Base" a la licitación pública internacional No. 01-02 convocada por el Ministerio de Obras Públicas para que el "Diseño, Construcción y Estudios de Impacto Ambiental de las autopistas de Acceso al Segundo Puente sobre el Canal de Panamá", no señala en ninguno de sus capítulos, apartados o numerales, la modificación del contrato en razón de un ajuste de precios o reconocimiento de pago por sobrecostos.

Más bien, se hizo énfasis en que dicho ajuste no se podía efectuar, al establecerse en el Capítulo III de las Condiciones Especiales, en el punto 14.5, referente al **"alcance de los pagos"** a efectuar por la ejecución de la obra, lo siguiente:

"Queda entendido que el Contratista recibirá y aceptará la compensación fijada en el contrato, para el pago de cada una de

las etapas, como **pago total** por el suministro de todos los materiales, mano de obra, equipos, acarreos, arrendamientos, transporte, incluida la movilización y desmovilización; y por **la ejecución de todo el trabajo necesario para la terminación del proyecto objeto del contrato**, en forma completa y aceptable, así como **por todo riesgo, pérdida, gasto de cualquier índole o contingencia que resultase de la naturaleza del trabajo o durante el desarrollo del mismo hasta su aceptación final**, incluyendo sus costos de administración, además de su utilidad, tanto en la República de Panamá como en su Casa Matriz".(cfr Condiciones Especiales, punto 14. medida y pago, específicamente punto 14.5 alcance de los pagos, foja 84 de 103).

Lo expuesto evidencia la obligación del demandante de asumir el monto correspondiente al sobrecosto alegado, toda vez que así fue aceptado por él de conformidad con lo establecido en el pliego de cargos.

b. Se dice infringido de manera directa por omisión el artículo 17 de la Ley 56 de 1995, que enumera los parámetros que deben aplicar las entidades contratantes en cumplimiento del Principio de Economía que rige a las Contrataciones Públicas, entre los que se encuentran adelantar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, con el propósito de evitar dilaciones y retardos en la ejecución del contrato, constituir la reserva y compromiso presupuestario requerido, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato, y registrar los ajustes que resulten necesarios de acuerdo a lo establecido por la ley vigente y la disponibilidad presupuestaria.

Se argumenta que el incumplimiento del Ministerio de Obras Públicas crea un ambiente de inestabilidad jurídica que viola el principio de Economía.

Esta Procuraduría no comparte el criterio esbozado por los representantes judiciales de la parte actora, pues la norma que se alega infringida no es aplicable a la presente controversia ya que se refiere a la obligatoriedad de la entidad licitante de contar con la disponibilidad presupuestaria cuando sea necesario realizar ajustes en el contrato.

El artículo 17 de la Ley 56 de 1995 citado como violado, tiene relación directa con el artículo 76 de la ley en referencia, que señala cuáles son las reglas que deben seguirse para poder modificar o adicionar un contrato administrativo, indicando que tales cambios, (llamados acuerdos suplementarios o adendas) constituirán parte del contrato principal, lo que puede representar un aumento o no del monto ofertado, trabajo adicional o extensión al periodo de ejecución del proyecto; como sucedió en el presente caso, donde al contrato en referencia se le extendió a través de una adenda, el periodo de ejecución con una prórroga de seis meses, para totalizar un plazo de entrega de 25 meses, (cfr. foja 1 del expediente judicial), o de una adenda si se trata de trabajos adicionales que representan un incremento económico a la oferta económica original.

En el caso de trabajos adicionales que significaren incremento de costos, si es necesario contar con una disponibilidad o reserva presupuestaria adicional que debe

ser contemplado en el Presupuesto fiscal de la institución para el siguiente periodo, o realizar traslado de partidas de las reservas correspondiente al presupuesto de inversiones según el manejo autorizado en la Ley de Presupuesto General del Estado para la vigencia del año de que se trate.

En la presente situación, las partes no suscribieron ninguna adenda que produjera una alteración en la suma a pagar por parte de la entidad licitante, por lo que no fue necesaria efectuar una reserva presupuestaria; por consiguiente, el artículo 17 de la Ley 56 de 1995, no resulta aplicable a este caso.

c. Se señala violado el artículo 18 de la Ley 56 de 1995, que consagra el principio de responsabilidad, que se refiere al deber de los funcionarios públicos de procurar cumplir con los fines de la contratación, de vigilar la correcta ejecución del contrato y de proteger los derechos de la entidad licitante sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.

La firma forense que representa al Consorcio demandante manifiesta que la norma citada ha sido violada de manera directa por omisión, puesto que el Ministerio de Obras Públicas no ha realizado los ajustes a que tiene derecho el contratista, con lo que le ha ocasionado severos perjuicios en concepto de sobrecostos por un monto de UN MILLON DIEZ MIL DIECINUEVE BALBOAS CON TRES CENTESIMOS (B/. 1,010,019.03).

La Procuraduría de la Administración no comparte el criterio expuesto por la representante judicial del consorcio demandante, ya que en el proceso que se analiza se

evidencia, que ni en el pliego de cargos, ni en el contrato, las partes acordaron efectuar ajustes de precios en relación a la propuesta original, ni tampoco en el transcurso y ejecución de la obra se suscribieron adendas para efectuar trabajos adicionales que representaran modificaciones al contrato principal en relación al pago por la ejecución del proyecto. Por consiguiente, esta norma no ha sido violada.

d. Se señala como violado el artículo 19 de la Ley 56 de 1995, que se refiere al principio de equilibrio contractual, el cual establece que en los contratos de duración prolongada, se podrán pactar al momento de celebrar el contrato, cláusulas y condiciones que permitan mantener el equilibrio contractual ante causas extraordinarias e imprevisibles que surjan en el transcurso del mismo.

Esta Procuraduría observa que esta norma tampoco ha sido infringida, toda vez, que el mismo se refiere a contratos públicos de duración prolongada, que son aquellos cuya ejecución sobrepasa la vigencia presupuestaria.

Ante tal situación, la norma comentada establece que las partes pueden suscribir los acuerdos y pactos que resulten necesarios para restablecer el equilibrio contractual, si a ello hubiere lugar en el contrato, al momento de ser modificado.

Observamos que el contrato principal no incluía ninguna cláusula relacionada al ajuste del contrato ante alguna eventualidad, ni tampoco sufrió modificaciones en relación al incremento del monto licitado, en la medida en que no se efectuaron adendas que representaran trabajos adicionales al

proyecto. Por consiguiente, el equilibrio contractual entre la entidad licitante y la empresa contratista se mantuvo hasta la aceptación final de la obra.

Con relación al equilibrio contractual en materia de contratación pública, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente forma:

“ La Sala concluye que no le asiste razón a la parte actora. Ello es así debido a que si se observa, el contratista alega que los atrasos en los pagos produjeron la ruptura del equilibrio económico que debe mantener el contrato de obra, no es menor cierto, que la responsabilidad y deber del contratista, era la terminación total de la obra en construcción, tal y como quedo plasmado en la cláusula segunda, acápite 1 del Contrato N° 023-98, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa Asfaltos Panameños, S.A., ...

Desde esta perspectiva, la obligación del contratista radica **en el cumplimiento a cabalidad del objeto del contrato**. El consentimiento prestado por el contratista para la suscripción de la Addenda N° 1 al Contrato N° 023-98, en virtud de la cual se le concede una prórroga para la culminación de la obra, **ratifica su compromiso contractual**. (Sentencia de 9 de febrero de 2004).

e. Se señala violado el artículo 81 de la Ley 56 de 1995, que se refiere a que la Contraloría General de la República podrá refrendar aquellos contratos que se extienden a más de un periodo fiscal, cuando no exista en el presupuesto de ese año la **totalidad** presupuestaria para la ejecución de la obra, siempre que se establezcan las cantidades que serán pagadas con cargo al ejercicio fiscal de que se trate.

De igual manera, indica la norma que de ser necesario incluir cláusulas de ajuste de precios por variaciones de costos, se podrán utilizar formulas polinómicas o matemáticas, previamente aprobadas en los documentos de la licitación.

Manifiesta la firma forense representante de la parte actora, que el artículo 81 de la Ley 56 de 1995, fue violado por omisión total, al haber señalado la entidad que los contratos de duración prolongada sólo son los de Concesión Administrativa y no aquellos de construcción como el suscrito por su representada.

Añade que el Contrato Núm. 1-14-03, reúne claramente las condiciones de un contrato de duración prolongada, no sólo por haber establecido originalmente una duración de 20 meses, sino por abarcar su ejecución tres (3) periodos fiscales, a saber 2003, 2004 y 2005, habiéndose suscrito extensiones al término de ejecución producto de demoras provocadas por el saneamiento de los polígonos de tiro entre otras circunstancias no imputables al Consorcio.(cfr. foja 32 del expediente judicial).

La Procuraduría de la Administración no comparte el criterio expuesto por los representantes de la parte actora, toda vez que en ninguna de las cláusulas del Contrato Núm. DINAC 1-14-03, para el "DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL DE LAS AUTOPISTAS DE ACCESO AL SEGUNDO PUENTE SOBRE EL CANAL DE PANAMÁ", ni en el pliego de cargos se indicó en ninguno de sus capítulos, apartados o numerales,

que se podían efectuar ajustes de precios o reconocimiento de pago por sobrecostos.

f. Se señala violado el artículo 20 de la Ley 56 de 1995, que se refiere a las reglas que deben regir la interpretación los contratos públicos, donde se deben tomar en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de la ley de contratación pública, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre obligaciones y derechos que -caracterizan los contratos conmutativos.

El apoderado judicial del demandante manifiesta que el artículo 20 de la Ley 56 de 1995, ha sido violado por omisión al no resolver el reclamo por sobrecostos en relación al incremento del acero en el mercado.

La Procuraduría de la Administración no comparte el criterio expresado por la parte actora, toda vez que la entidad contratante estableció, sin dejar abierta la posibilidad de interpretaciones, el alcance de los pagos y la ejecución de la obra , tal como lo indicó en el punto 14.5 de las condiciones especiales del pliego de cargos y demás apartados relacionados con la ejecución de este proyecto, situación que se mantuvo en las cláusulas contractuales y que no variaron al momento de ser refrendado y expedirse la orden de proceder del contrato.

g.- Se indica infringido el artículo 37-A del Código Fiscal, que se refiere a aquellos contratos públicos relacionados con actividades de construcción, en los cuales **se podrá** indicar tanto en los pliegos de cargos como en los contratos respectivos, que en base a la naturaleza y duración

de las obras, objeto del contrato, el valor o el precio pactado quede sujeto a modificaciones en proporción directa al aumento o disminución del costo producido por variaciones sustanciales e imprevisibles en los precios de los insumos principales que aumenten o disminuyan notablemente las ganancias del contratista.

El demandante manifiesta que se ha violado por omisión el artículo 37-A de la Ley 56 de 1995, al denegar su reclamo por sobrecostos y al no respetar los principios aplicables a la interpretación de las reglas contractuales y los mecanismos para restablecer el equilibrio contractual que prevé el código fiscal.

La Procuraduría de la Administración no comparte el criterio expuesto por el demandante, puesto que considera que no ha sido infringida la norma legal citada, ya que la misma indica el procedimiento a seguir para solicitar aumento de costos cuando así se haya establecido en el pliego de cargos o en el contrato y cuando la naturaleza y duración del contrato ameritan que se pacte un ajuste a los precios.

En el proceso que se analiza se evidencia que ni en el pliego de cargos ni en el contrato se pacta la posibilidad de realizar ajustes al precio por variación en los costos de los insumos, ya que se trataba de un contrato por precio global y no por precio unitario, lo que significaba además que la escogencia del contratista respondió, además de los criterios técnicos evaluados, al precio más bajo.

Se debe agregar, que el artículo 30 de la Ley de Contratación Pública establece la obligación de los

proponentes de aceptar sin condiciones ni objeciones el pliego de cargos. Esta obligación debe hacerse efectiva mediante una declaración que incluida en el formulario de propuesta o al presentar su oferta, cuando se trata de una contratación directa, en la que manifiesta lo siguiente: "Aceptamos, sin restricciones ni objeciones, todo el contenido del pliego de cargos". (cfr. Artículo 30 de la Ley 56 de 1995).

Con esta declaración debe entenderse que el proponente ha revisado minuciosamente el pliego de cargos, o el documento base o el formulario de propuesta, donde se le están indicando cuáles son los requisitos técnicos, económicos y legales que debe cumplir para poder ser adjudicatario de un proyecto, por lo que al presentar su propuesta, no la condicione a ninguna eventualidad.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución Núm. la Resolución Núm. 415-04 de 20 de diciembre de 2004, emitida por el Ministro de Obras Públicas, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Pruebas:

Aducimos como prueba de la Administración:

1. Expediente administrativo original que reposa en el Ministerio de Obras Públicas.
2. Rechazamos las pruebas presentadas por la parte actora, toda vez que las mismas no se encuentran debidamente autenticadas.

Derecho:

Negamos el derecho invocado.

Del honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.

OC/1062/iv.