

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 181

Panamá, 14 de febrero de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Mario Augusto Arango Barragán, actuando en nombre y representación de **Transcribe Trading, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 165 de 7 septiembre de 2017, emitida por el **Ministerio de Obras Públicas**, su acto confirmatorio, y se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

Honorable 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 **Transcribe Trading, S.A.**, en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que se declare nula, por ilegal, Resolución 165 de 7 septiembre de 2017, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, y su acto confirmatorio.

Tal como lo indicamos en la Vista Fiscal 1854 de 30 de noviembre de 2018, mediante el acto acusado en la presente causa, el Ministerio de Obras Públicas resolvió administrativamente el Contrato AL-1-33-16 del proyecto "Asfaltando tu Ciudad (trabajando por tu Barrio) en las Divisiones de Metrovial DM2 y Metrovial DM3, área canalera, región 1"; e inhabilitó a la empresa demandante (Cfr. fojas 4-40 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la interesada presentó un recurso de apelación, el cual fue decidido mediante la Resolución 005-2018 Pleno/TACP de 3 de enero de 2018 (Decisión), que confirmó la medida anterior. Dicho pronunciamiento le fue notificado a la actora el 4 de enero de 2018, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 137-142 del expediente judicial y <http://www.panamacompra.gob.pa>).

En virtud de lo anterior, el 5 de marzo de 2018, el apoderado judicial de la demandante acudió a la Sala Tercera para interponer la acción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare que el acto administrativo impugnado es nulo, por ilegal, así como su acto confirmatorio, y que como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene a la institución que deje sin efecto la inhabilitación que se le hizo a la actora y que se proceda al pago de daños y perjuicios (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el abogado de la recurrente manifestó que el acto acusado vulnera 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 (Cfr. fojas 16-25 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la accionante con el objeto de sustentar los cargos de ilegalidad formulados en contra del acto acusado, esta Procuraduría procedió a contestar los mismos, advirtiendo, desde ese momento, que no le asistía la razón a **Transcaribe Trading, S.A.**

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, región 1” estuvo paralizado por causa atribuible a la contratista, **Transcaribe Trading, S.A.** (Cfr. foja 103 del expediente judicial).

La situación descrita en el párrafo previo, consta en la Nota TCT-OCP-C-170-056-03-17 de 9 de marzo de 2017, suscrita por la accionante, en la que señala que la 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 103 del expediente judicial).

Por medio de la Nota TCT-OCP-C-170-033-07-17 de 10 de julio de 2017, **Transcaribe Trading, S.A.**, comunicó formalmente a la entidad, que en vista que no había recibido a la fecha, 10 de julio de 2017, ninguna prórroga que le extendiera el plazo del contrato, ella suspendería totalmente la obra sobre la base del artículo 46.4 del pliego de cargos (Cfr. foja 103 del expediente judicial).

En respuesta, la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, por medio de la Nota DIAC-3010-17 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 104 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-1451-17 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 104 del expediente judicial).

Es importante destacar, que el **Ministerio de Obras Públicas** le envió una serie de notas a la contratista, tendientes a detallar los incumplimientos en la ejecución del contrato y los atrasos en los que la actora incurrió. Particularmente, resaltamos lo siguiente: ***“Que del Cuadro resumen del estado por cada calle intervenida, antes referido, se puede concluir que de 37 calles ninguna fue acabada en un 100%, de las cuales 7 tienen un porcentaje de avance inferior a un 35%, de las cuales podemos resaltar la Calle 6ta Las Tecas que sólo tiene un porcentaje de avance de 3.43%, ya que sólo se conformó la calzada, calle Arnulfo Escalona Ramal #1 con un avance de 19.69% que sólo se colocó capa base teniendo pendiente el resto de las actividades, y la calle Arnulfo Escalona Ramal #3 con un avance de 37.21% que sólo se realizó hasta el riego de imprimación. Entre los trabajos como pendientes se observan en general de acuerdo a este informe estarían: pintura, cunetas, losas, cabezales, reparaciones, tuberías, caja de registro, capa base, tratamiento superficial, carpeta de hormigón, desmonte de canal.”*** (Cfr. fojas 104-110 del expediente judicial).

Tales incumplimientos y atrasos por parte de **Transcribe Trading, S.A.**, motivaron la expedición de la Nota DM-AL-2298-17 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 110-111 del expediente judicial).

La resolución administrativa del contrato se fundamentó en lo siguiente: el punto 37.2 (responsabilidad del contratista por los trabajos) ***“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 50.3.4 (penalizaciones por el incumplimiento del Ingeniero Superintendente) “**El contratista podrá ausentar la superintendencia de la obra; es decir, que el Superintendente de la Obra podrá estar ausente solamente hasta un máximo de 18 días hábiles al año, y por no más de 18 días consecutivos, siempre y cuando el contratista presente (no más de cinco (5) días hábiles posteriores al hecho o previamente a la ausencia del Ingeniero Superintendente, mediante formal nota escrita dirigida al Director de Mantenimiento), las acciones que tomó o que tomará para mitigar la ausencia del Ingeniero Superintendente, y para garantizar al MOP la calidad exigida de los trabajos.**”; 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...**”; 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; así como 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 111-113 y 139 del expediente judicial).*

En el informe de conducta remitido por la demandada al Tribunal, se destaca lo siguiente: “**Insistimos en que el contrato se mantiene vigente, aún 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, aún cuando llegue la fecha de vencimiento del término del contrato sin haberse formalizado la adenda de extensión de tiempo, no menos cierto es que la obra presentaba en ese momento un retraso injustificado del 44.87%. 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 158 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).

Esos mismos elementos, nos llevaron al entendimiento que en el proceso que ocupa nuestra atención, **la Resolución 165 de 7 septiembre de 2017, emitida por el Ministerio de Obras Públicas,** ni su acto confirmatorio se expidieron con infracción de alguna norma jurídica vigente; de allí que reiteramos nuestra petición para que se declare la legalidad de los mismos; y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la accionante.

Actividad probatoria.

A través del Auto de Pruebas número 23 de 11 de enero de 2019, la Sala Tercera admitió como pruebas documentales aducidas por la demandante aquéllas que son requeridas por la Ley Contencioso Administrativa para la admisión de la acción; así como la prueba de informe pedida por la actora y este Despacho a los efectos de hacer llegar al Tribunal la copia autenticada del expediente administrativo contentivo del acto público, del contrato y de las actuaciones adelantadas por la entidad demandada por razón de la ejecución del mismo, por lo que se negaron aquellos medios de convicción cuya finalidad era acreditar los elementos que ya estén incluidos en esas constancias administrativas (Cfr. fojas 185-187 del expediente judicial).

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).

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 232-18