

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 251

Panamá, 3 de marzo de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Alegato de conclusión.

La firma forense De Obaldía & García de Paredes, actuando en representación de **Teginser, S.L.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 32-2015 de 9 de abril de 2015, emitida por el **Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales**, sus actos confirmatorios y se hagan otras declaraciones.

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 descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón al recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nula, por ilegal, la Resolución 32-2015 de 9 de abril de 2015, emitida por el **Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales**.

Tal y como consta en autos, la empresa **Teginser S.L., Sucursal en Panamá**, suscribió con la Fiduciaria Lafise, Administradora de los fondos del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), el **Contrato COC-03-CAF-2013, del 13 de noviembre de 2013**, para las "Mejoras al Sistema de Alcantarillado y Acueductos en el distrito de San Miguelito, provincia de Panamá, en los sectores de la Urbanización de la Pulida, Churrasco, Carlos Ramos y Don Bosco", por un monto de un millón ciento cincuenta y seis mil doscientos noventa

y tres balboas con treinta y dos centésimos (B/.1,156,293.32); y mediante la Nota 3922 de 13 de noviembre de 2013, recibió la Orden de Proceder para iniciar con dichos trabajos, por un término de doscientos cuarenta (240) días calendario (Cfr. fojas 32 – 34 y 96 – 112 del expediente judicial).

De acuerdo con lo que consta en autos, la sociedad contratista **no desarrolló el proyecto de conformidad con lo establecido en el pliego de cargos**, por lo que **incurrió en el incumplimiento de las cláusulas pactadas en el Contrato COC-03-CAF-2013**, el cual quedó acreditado en el **Informe de Cumplimiento de febrero de 2015**, suscrito por funcionarios de la Dirección de Inspección y Seguimiento del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, situación que le fue notificada el día 13 de marzo de 2015, mediante el portal electrónico de contrataciones públicas, que refleja la intención de la entidad contratante de resolver el citado contrato, fundamentando su intención, entre otras cosas, en que la empresa no cumplió con realizar las diligencias necesarias a fin de llevar a cabo la obra, dentro del plazo pactado (Cfr. fojas 32 – 34 del expediente judicial).

En este mismo sentido sostiene la entidad demandada, que la empresa contratista, **para la fecha de la emisión de la Resolución 32-2015 de 9 de abril de 2015, aún no había extendido el endoso de las fianzas de cumplimiento y de anticipo**; además que desconoció sus órdenes al no disponer del personal, ni del equipo con la calidad, la capacidad ni la cantidad necesaria para efectuar satisfactoriamente la obra dentro del período establecido y, finalmente, haber procedido el contratista a suspender la obra de manera unilateral (Cfr. fojas 32 - 34 del expediente judicial).

En este marco conceptual y siendo que la empresa contratista no presentó argumentos que, a juicio de la entidad demandada, justificaran las causas del incumplimiento a lo establecido en el contrato y el pliego de cargos, esta última,

mediante la **Resolución 32-2015 de 9 de abril de 2015**, procedió, entre otras cosas, a declarar resuelto administrativamente el **Contrato COC-03-CAF-2013 de 13 de noviembre de 2013**, para las “Mejoras al Sistema de Alcantarillado y Acueductos en el distrito de San Miguelito, provincia de Panamá, en los sectores de la Urbanización de la Pulida, Churrasco, Carlos Ramos y Don Bosco”, así como a inhabilitar por el término de tres (3) años a la empresa **Teginser S.L., Sucursal en Panamá**, para la celebración de cualquier acto de selección de contratista, así como a celebrar contratos en el Estado, mientras dure la inhabilitación (Cfr. fojas 32 - 34 del expediente judicial).

En razón de su disconformidad con lo dispuesto por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN) mediante la **Resolución 32-2015 de 9 de abril de 2015**; la recurrente, **Teginser S.L.**, interpuso, ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, un recurso de apelación en contra de dicha decisión, el cual fue resuelto mediante la **Resolución 207-2015-TACP de 18 de septiembre de 2015 (Decisión)** a través de la cual se dispuso, entre otras cosas, confirmar en todas sus partes, los efectos de la resolución anterior, por medio de la cual se declaró la resolución administrativa del Contrato COC-03-CAF-2013, suscrito entre el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), y la empresa **Teginser S.L.**, para las “Mejoras al Sistema de Alcantarillado y Acueductos en el distrito de San Miguelito, provincia de Panamá, en los sectores de la Urbanización de la Pulida, Churrasco, Carlos Ramos y Don Bosco”. Ese acto administrativo fue notificado el 22 de septiembre de 2015 (Cfr. fojas 35 – 95 y 189 del expediente judicial).

Una vez agotada la vía gubernativa de la forma antes descrita, la recurrente, por conducto de su apoderada judicial, presentó el 23 de noviembre de 2015, la demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción que ocupa nuestra atención, sustentándose en que el acto objeto de reparo infringe los

artículos 3, 13, 21, 22, 71, 79 y 109 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el artículo 475 del Código Judicial y el artículo 985 del Código Civil; cargos de infracción que por estar estrechamente relacionados serán analizados en conjunto (Cfr. fojas 2 – 30 del expediente judicial).

En nuestra contestación de la demanda, esta Procuraduría al analizar el concepto en que la recurrente considera se ha dado la violación de los artículos 3, 13, 22, 71 y 109 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006; el artículo 475 del Código Judicial y el artículo 985 del Código Civil; debemos destacar lo escueto de los motivos en los que ésta fundamenta la supuesta infracción de las normas antes mencionadas.

Respecto del artículo 3 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, la recurrente se limita a indicar lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no se utilizó por la entidad contratante para fundamentar lo decidido a través del acto administrativo demandado.

De haber utilizado en debida forma, la normativa jurídica que le asiste a la contratación pública en general, y a la ejecución del Contrato Administrativo en particular, se lograría la correcta ejecución del mismo, salvaguardando los intereses del Estado y de la contratista.” (Cfr. fojas 21 – 22 del expediente judicial).

En igual manera, al analizar el concepto de violación del artículo 475 del Código Judicial, la recurrente se limita a indicar lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión como quiera que no se utilizó para fundamentar el acto confirmatorio.

De haber sido utilizada, la sede de apelación administrativa hubiera revocado el acto administrativo, habida cuenta de que se acreditó en el trámite de impugnación el cúmulo de incumplimientos contractuales del IDAAN, se le impedía resolver el Contrato.” (Cfr. fojas 28 del expediente judicial).

Tal y como advierte esta Procuraduría, para explicar el concepto de violación de los artículos 13, 22, 71 y 109 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y el artículo 985 del Código Civil, la recurrente ha utilizado una redacción muy similar a la transcrita en párrafos que anteceden, en donde no hay un análisis de la forma en que las normas indicadas fueron supuestamente mal aplicadas, no señala cuáles son las normas, que según ella, resultaban aplicables al caso que ocupa nuestra atención y no establece en qué consiste la supuesta infracción de la norma; explicaciones que resultan indispensables para poder analizar y consecuentemente entrar a emitir un concepto en cuanto a la legalidad de un acto administrativo cuya legitimidad se encuentre cuestionada.

Tal como lo mencionamos en su momento en la contestación de la demanda, debemos recordar que el acto administrativo, como expresión de voluntad de la Administración y que produce efectos jurídicos, se presume legal, y corresponde a quien alega su ilegalidad, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto, sea el juez administrativo quien tenga que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos acusados de ilegales. De ahí que el legislador, a través del artículo 784 del Código Judicial y la Sala Tercera, a través de su jurisprudencia, hayan impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

Sin perjuicio de lo antes indicado, en su momento pasamos a analizar las supuestas violaciones en las que la recurrente fundamenta su accionar, a saber:

El artículo 3 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 3. Normas reguladoras. En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la presente Ley y sus leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones contenidas en los contratos y en los pliegos de cargos.

Los vacíos en el procedimiento de selección de contratista se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo general, y en su defecto, con los principios y las normas de procedimiento civil y comercial.”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no se utilizó por la entidad contratante para fundamentar lo decidido a través del acto administrativo demandado.

De haber utilizado en forma debida, la normativa jurídica que le asiste a la contratación pública en general, y a la ejecución del Contrato Administrativo en particular, se lograría la correcta ejecución del mismo, salvaguardando los intereses del Estado y de la contratista.” (Cfr. fojas 21 - 22 del expediente judicial).

De la lectura del concepto de violación que hace la recurrente de esta norma podemos observar a simple vista que la misma no ha realizado el mínimo esfuerzo por establecer de qué manera se dio la supuesta infracción.

Si partimos de la supuesta falta de utilización de la misma, como cimiento de la omisión, lo anterior se desestima con facilidad al ver el fundamento de Derecho del acto objeto de reparo, en donde se establece claramente que, como sustento para la emisión del mismo, se utilizó el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

En atención a lo arriba expuesto, debemos indicar que realizar un análisis más profundo de la supuesta violación de este artículo resulta imposible por la falta de argumentos que brinda el supuesto concepto de violación de la recurrente.

El artículo 13 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 13. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1. Acatar las instrucciones y los dictámenes emanados de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

3. Seleccionar al contratista en forma objetiva y justa. Es objetiva y justa la selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que esta busca, con base en lo estipulado en el pliego de cargos y en las disposiciones jurídicas. Esta obligación también le corresponde a los funcionarios de la entidad licitante.

4. Revisar periódicamente las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados, a fin de verificar que cumplan las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, debiendo promover las acciones de responsabilidad contra ellos y/o sus garantes cuando dichas condiciones sean incumplidas, de conformidad con el contrato y el pliego de cargos.

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

6. Cumplir con las obligaciones que contractualmente les correspondan, de forma que el contratista pueda ejecutar oportunamente lo previsto en el contrato y en el pliego de cargos.

7. Proceder oportunamente para que las actuaciones imputables a las entidades públicas no causen una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, estando obligadas a corregir, en el menor tiempo posible, los

desajustes que pudieran presentarse, acordando los mecanismos y los procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, de conformidad con el contrato y el pliego de cargos.

8. Recibir los bienes, los servicios y las obras por parte de los contratistas y emitir el documento de recepción en la forma y dentro del plazo señalado en el artículo 90 de esta Ley.

9. Recibir las cuentas presentadas por el contratista y, si a ello hubiera lugar, a devolverlas al interesado en un plazo máximo de tres días, con la explicación por escrito de los motivos en que se fundamenta la determinación para que sean corregidas y/o se completen.

10. Efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dichos pagos los realiza la entidad contratante en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, éste tendrá derecho al pago de los intereses moratorios, con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal. Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado, debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo.

11. Programar dentro de su presupuesto los fondos necesarios para hacerle frente al pago de intereses moratorios cuando éstos se presenten, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral anterior.

12. Solicitar la actualización o la revisión de los precios y de los periodos de ejecución, cuando por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, se altere sustancialmente el contrato, de conformidad con el procedimiento previsto en el pliego de cargos.

13. Adelantar las acciones necesarias para obtener la indemnización correspondiente por los daños que sufra la entidad en virtud del incumplimiento de lo pactado en el contrato, y cuando éste es atribuible al contratista. Igualmente, tienen personería jurídica para promover las acciones judiciales y ser parte en procesos relacionados con el incumplimiento, la interpretación, la ejecución o la terminación del contrato.

14. Permitir la libre participación de los interesados en los actos de selección de contratista, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la entidad licitante. En ningún caso podrá

condicionarse la adjudicación, la adición o la modificación de contratos, la cancelación de las sumas adeudadas, la renuncia, el desistimiento o el abandono de peticiones, las acciones, las demandas y las reclamaciones por parte de éste a requisitos y condiciones previamente establecidos para el acto.

15. Vigilar el estricto cumplimiento del contrato y denunciar todas las contrataciones públicas que lesionen el interés o patrimonio de la Nación.”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no se utilizó para gobernar la ejecución del Contrato COC-03-CAF-2013.

De haber dado cumplimiento el IDAAN a sus obligaciones como contratante, entre la que destacan pero no se limitan a: procurar medidas durante la ejecución del contrato para mantener las condiciones técnicas y financieras, pudiendo realizar modificaciones para tal efecto; cumplir con sus respectivas obligaciones que permitan al contratista ejecutar el contrato, no causar con sus actuaciones mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones del contratista; recibir las cuentas presentadas por el contratista y efectuar los pagos correspondientes; se hubiese garantizado la fiel ejecución del contrato, salvaguardando los intereses del Estado y de la contratista.” (Cfr. fojas 22 – 24 del expediente judicial).

La demandante en este apartado hace mención de una serie de supuestas violaciones al contrato, tales como no mantener las condiciones técnicas y financieras, pudiendo realizar modificaciones para tal efecto; no cumplir con sus respectivas obligaciones que permitan al contratista ejecutar el contrato, no causar con sus actuaciones mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones del contratista; sin embargo, no indica en qué consistieron ninguna de estas supuestas violaciones.

La actora en este apartado no desarrolla ni explica los conceptos en los cuales fundamenta la supuesta violación del artículo al que hace alusión a través de las conductas que arriba describe, lo cual podemos indicar es así debido a que la emisión de la Resolución Ejecutiva 32-2015 de 9 de abril de 2015, se sustentó

en el Informe de Incumplimiento de febrero de 2015, en donde se acreditaron todos los inobservancias de la recurrente (Cfr. foja 32 del expediente judicial).

En este sentido, deseamos indicar a la Sala Tercera que el ejercicio del rol que corresponde a esta Procuraduría se encuentra supeditado a que en las demandas, así como en los conceptos de la violación de las normas infringidas muestren claridad en cuanto a sus argumentos, toda vez que es a los recurrentes a quienes les corresponde realizar un análisis lógico-jurídico que permita conocer el modo en que la norma supuestamente fue vulnerada, y no como en el caso que nos ocupa, que el ejercicio de la defensa del acto se debe realizar sobre conjeturas debido a lo parco e insuficiente de los argumentos de la actora.

El artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, cual dispone lo siguiente:

“Artículo 21. Equilibrio contractual. En los contratos públicos de duración prolongada se podrán pactar cláusulas y condiciones encaminadas a mantener, durante la vigencia del contrato el equilibrio contractual existente al momento de la celebración del contrato con la finalidad de que, si tales condiciones se alteran por hechos extraordinarios e imprevisibles, se pueda modificar para mantener el equilibrio.

Las partes podrán suscribir los acuerdos y pactos que sean necesarios para restablecer el equilibrio contractual, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiera lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiera, se realizará de la manera establecida en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado de la vigencia en que se deba hacer dicha erogación.

El equilibrio contractual al que se refiere este artículo no comprenderá, en ningún caso, la modificación de las cláusulas del contrato celebrado con el Estado para conseguir la equiparación de las condiciones y los términos de la contratación. En consecuencia, queda eliminada toda forma de equiparación para garantizar la competitividad y el

desarrollo de obras y actividades, así como la prestación de servicios a través de normas uniformes, claras y transparentes en concordancia con el equilibrio contractual.

En los contratos de obra, suministro de artículos de construcción o llave en mano, cuando por hechos o circunstancias posteriores a la celebración del contrato que no hayan podido preverse en ese momento o por causa de fuerza mayor o caso fortuito, se produzca una alteración u obstaculización sustancial de los costos que impida el cumplimiento del objeto del contrato, el Estado podrá tener como incluida en el contrato la cláusula de equilibrio contractual, aunque no haya sido pactada, a efectos de permitir la correspondiente adenda.”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no fue utilizada por la entidad Contratante para gobernar la ejecución del Contrato COC-03-CAF-2013.

Tratándose el presente contrato de uno de tracto sucesivo o de duración prolongada, el IDAAN ha debido procurar en todo momento, las condiciones que garanticen el equilibrio contractual.

Tratándose el presente Contrato de la ejecución de una obra, frente al advenimiento de hechos posteriores a la celebración del contrato, que se tradujeron en una alteración u obstaculización sustancial de los costos que impide el cumplimiento del Contrato, tales como el hallazgo de tuberías que no constaban en ningún plano o levantamiento de rigor, así como la necesidad de realizar excavaciones no contempladas, **el Estado ha debido tener como incluida en el Contrato, la cláusula de equilibrio contractual, que permita la correspondiente adenda.**” (El resaltado es nuestro) (Cfr. fojas 24 – 25 del expediente judicial).

En cuanto a lo alegado por la actora, la cláusula de equilibrio contractual en nuestra normativa solo puede ser regulada en los contratos de tracto sucesivo o de duración prolongada **y no en aquellos que no se extienden más allá de un período fiscal.**

En el marco de lo antes expuesto, debemos indicar que el último párrafo del artículo 21 establece una excepción a esta regla para los casos de los contratos

de obra, suministros de construcción o llave en mano, siempre y cuando se cumplan con una serie de presupuestos legales que den lugar a dar por incluida la cláusula aún y cuando no haya sido pactada, siendo estas condiciones: que se den circunstancias posteriores al contrato que en su momento no se pudieron prever; que se hayan configurado situaciones de caso fortuito o fuerza mayor y que se produzca una alteración u obstaculización sustancial de los costos que impida el cumplimiento del objeto del contrato.

Tal y como se desprende del numeral 1 del artículo 72 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, es obligación de la entidad contratante ejercer la dirección general y la vigilancia de la ejecución del contrato, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, y de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.

El artículo 22 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el cual establece que:

“Artículo 22. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos.”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no fue utilizada por la entidad contratante para gobernar la ejecución del Contrato COC-03-CAF-2013.

De haber utilizado la norma citada, el IDAAN hubiese tenido en consideración que los contratos públicos deben ejecutarse con apego a los principios de buena fe, igualdad y equilibrio entre las obligaciones de las partes, lo cual no se consigue, en el presente contrato, pretendiendo que la contratista asuma una serie de costos por trabajos no contemplados en el pliego de cargos, ni

obstaculizando la presentación de cuentas por avance de obra, ante la falta de inspecciones; ni ante la falta de colaboración de la entidad contratante.” (Cfr. fojas 25 – 26 del expediente judicial).

En cuanto a lo indicado por la recurrente resulta necesario aclarar la resolución administrativa del contrato COC-03-CAF-2013 de 13 de noviembre de 2013, se fundamentó, entre otras cosas en lo siguiente:

“**OCTAVO:** Que la obra del Contratista durante su ejecución no se desarrolló conforme con lo establecido en el Pliego de Cargos, ni en la Propuesta, ni en las Especificaciones Técnicas solicitadas por parte del IDAAN.

Para detallar el incumplimiento del Contratista desglosamos los puntos siguientes que hemos evaluado del proyecto.

1. Personal

El Pliego de cargo establecía el personal **mínimo obligatorio** para la ejecución del proyecto el cual era:

1. Un (1) Director de Proyecto (Tiempo Completo)
2. Un (1) Ingeniero Diseñador (Tiempo Parcial)
3. Tres (3) Ingenieros Residentes (Tiempo Completo)
4. Dos (2) Gestor Social (Tiempo Completo)
5. Tres (3) Topógrafos (Tiempo Completo)

El personal que fue presentado en la propuesta para el concurso de la Licitación Pública No.2013-2-66-0-08-LV-005856, **no fue el que se asignó al proyecto**, una vez dada la Orden de Proceder. Razón que motivó al IDAAN a solicitar los nuevos profesionales (Minuta de Reunión y en Notas) **y a reiterar** la contratación del personal faltante.

A continuación se listan las notificaciones cursadas al contratista:

- Nota No.697-2013-UP, del 04 de diciembre de 2013
- Nota No.724-2013-UP, del 19 de diciembre de 2013
- Minuta de Reunión No.1, 20 de diciembre de 2013
- Nota No.025-2014-UP, del 16 de enero de 2014

2014 Nota No.094-2014-UP, del 13 de febrero del
2014 Nota No.167-2014 del 17 de marzo del 2014
Nota No.279-UP-2014, del 28 de abril del 2014
Nota No.305-UP-2014, del 05 de mayo del
2014 Nota No.465-UP, 20 de junio del 2014
Nota No.2476-D.E., del 20 de junio del 2014
Nota No.624-UP, del 11 de agosto del 2014

En virtud de lo anterior el IDAAN declaró el incumplimiento del Contratista fundamentado en la cláusula siguiente del Contrato:

Cláusula No.65, Numeral 8.

‘No disponer del personal, ni del equipo con la calidad, capacidad, y en la cantidad necesaria, para efectuar satisfactoriamente la obra dentro del período fijado.’

...” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

Tal y como se desprende del fragmento citado, la entidad contratante, atendiendo al principio de buena fe y tomando en consideración los intereses públicos, envió a la contratista diez (10) notas a través de las cuales le se solicitaba cumplir con la cantidad de profesionales requeridos para la ejecución de la obra, requerimiento que no se llegó a satisfacer por parte del contratista (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

Lo anterior, evidencia la intención que siempre tuvo el IDAAN de llevar adelante el proyecto, así como las comunicaciones que en todo momento sostuvo con la sociedad contratista a fin de ponerlos en conocimiento de las desatenciones a lo establecido en el pliego de cargos a medida que el proyecto se adelantaba.

Las observaciones que citamos en párrafos que anteceden no se dieron solamente en lo que respecta al personal necesario para la realización de la obra, igual situación se experimentó con **el equipo, los materiales, la metodología de trabajo**, entre otras; en donde la entidad contratante de manera reiterada le solicitó a la contratista que se subsanaran las observaciones que se iban

realizando, sin que esta última mostrara disposición a realizar las correcciones solicitadas, lo que a la postre sirvió de fundamento para la resolución administrativa del contrato que ocupa nuestra atención (Cfr. fojas 47 - 51 del expediente judicial).

El artículo 71 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el cual indica que:

“Artículo 71. Disposiciones aplicables a los contratos públicos. Los contratos públicos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones de la presente Ley y disposiciones complementarias, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública.”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no se utilizó por la entidad contratante para gobernar la ejecución del Contrato No. COC-03-CAF-2013.

De haber utilizado en debida forma, la normativa jurídica que le asiste a la contratación pública en general, y a la ejecución del Contrato No. COC-03-CAF-2013, en particular, se lograría la correcta ejecución del mismo, salvaguardando los intereses del Estado y de la contratista.” (Cfr. fojas 25 - 26 del expediente judicial).

Del análisis del concepto de violación que hace la recurrente de esta norma, resalta lo escueto del argumento utilizado, ya que, se limita a indicar que la norma no fue utilizada en debida forma; sin embargo, no indica de qué manera fue mal utilizada, así como tampoco la norma que según ella hubiera resultado aplicable al caso en concreto.

Tal y como indicamos en párrafos que anteceden, el desarrollo del concepto de la violación de una norma exige por parte de quien la alega un mínimo de esfuerzo tendiente a explicar de manera clara, tanto para el demandado, así como la Sala Tercera, las causas en que el demandante sustenta

su accionar, de lo que decantará posteriormente una efectiva posibilidad de defensa de quien resulte demandado; ya que resulte evidente que ante comentarios o explicaciones tan genéricos como las que observamos en el caso que nos ocupa, la defensa del acto acusado se ve disminuida por la imprecisión y falta de claridad del demandante al delimitar o describir la supuesta violación.

En este sentido, debemos recordar que la Sala Tercera ha mantenido una jurisprudencia constante en el sentido de exigir al demandante una explicación lógica, coherente y detallada acerca de la forma en que el acto, norma o resolución acusado de ilegal violó el contenido del precepto jurídico que se estima conculcado. El concepto de la infracción, por tanto, no es una exposición de hechos, como tampoco de argumentaciones subjetivas; por el contrario, es un juicio lógico-jurídico en el que, partiendo de unos hechos concretos, se confronta el acto impugnado con el contenido de las disposiciones que se dicen vulneradas, de modo que a través de este ejercicio mental se pueda establecer si dicho acto es contrario o no al orden jurídico.

En este sentido, la Sala Tercera, mediante el Auto de 17 de noviembre de 2015, indicó lo siguiente:

“Al respecto, el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 135 de 1943, exige la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación de las mismas; de ahí, que el libelo de demanda debe contener la transcripción literal de dichas disposiciones legales y el señalamiento de los motivos de ilegalidad expuesto de una manera clara y detallada.

Ahora bien, la parte actora incluyó, en el segundo punto un apartado que denominó ‘Consideramos violadas las siguientes disposiciones’, sin embargo, éste no llena el aludido requerimiento formal, es decir, en el referido apartado, no se hizo una confrontación entre los actos atacados y alguna de las normas legales citadas, dirigida a demostrar a la Sala la supuesta ilegalidad de aquellos actos.

Debemos indicar que la Sala Tercera se ha pronunciado de manera reiterada sobre el tema; así,

vemos por ejemplo, entre otros, el pronunciamiento vertido en el Auto de 22 de marzo de 2002, Florencio Barba Hart contra el Ente Regulador de los Servicios Públicos:

'Para comprender lo anotado es preciso recordar que conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el cumplimiento de este requisito, establecido en la norma citada, exige de parte del demandante una explicación lógica, coherente y detallada acerca de la forma en que el acto, norma o resolución acusado de ilegal violó el contenido del precepto jurídico que se estima conculcado.

El concepto de la infracción, por tanto, no es una exposición de hechos, como tampoco de argumentaciones subjetivas; por el contrario, es un juicio lógico-jurídico en el que, partiendo de unos hechos concretos, se confronta el acto impugnado con el contenido de las disposiciones que se dicen vulneradas, de modo que a través de este ejercicio mental se pueda establecer si dicho acto es contrario o no al orden jurídico.'

Vemos que constituye un requisito esencial para la presentación de este tipo de demandas ante esta Sala, el citar las normas legales que se estiman violadas y explicar el concepto de la infracción de forma clara e individualizada."

El artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el cual establece que:

"Artículo 79. Pago. Las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dichos pagos los realiza la entidad contratante en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, este tendrá derecho al pago de los intereses moratorios con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal. Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo."

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no se utilizó por la entidad contratante para gobernar la ejecución del Contrato No.COC-03-CAF-2013.

A pesar de que la Contraloría ha presentado oportunamente cuentas que le corresponden para su pago por obra ejecutada y aceptada, a la fecha la entidad contratante no ha honrado la misma, lo cual atribuye derecho a la contratista para el cobro de interés moratorios, en virtud de los perjuicios que representa para TEGINSER, S.L., ejecutar al pie de la letra una obra de tal envergadura, sin prácticamente recibir contraprestación alguna ni compensación por los sobrecostos. Además de lo anterior, la contratista tiene derecho al pago por la obra ejecutada no facturada, por falta de inspecciones a evaluaciones pendientes por el IDAAN.” (Cfr. fojas 26 - 27 del expediente judicial).

En relación a este último punto, la entidad demandada indicó lo siguiente:

“Aspectos financieros

El monto de ejecución previsto del proyecto es de B/.1,156,293.32.

6.1 Anticipo

En concepto de pagos al Contratista, sólo se efectuó el pago relacionado con el Anticipo, el cual corresponde al veinte 20% por ciento del contrato, el cual representa B/.223,694.12.

6.2 Cuentas

El contratista presentó la cuenta No.1 por un valor de B/.171,875.65 que representa un 15.90% del avance del contrato. Esta cuenta no fue pagada, producto de que el Contratista no presentó los endosos a las fianzas correspondientes, documentos necesarios para continuar con dicho trámite.

SEGUNDO: Que se otorgó la Adenda No.1 Período: 12 de julio del 2014 al 30 de septiembre 2014.

La adenda no fue firmada por el Contratista y este no presentó los endosos de las fianzas que garantizaban este contrato (cumplimiento y pago anticipado), aunque se le solicitó reiteradamente la entre de esta documentación mediante las notas siguientes:

Nota No.821-UP del 10 de octubre del 2014
Nota No.967-UP del 27 de noviembre del
2014” (Cfr. foja 202 del expediente judicial).

Tal y como se observa del fragmento citado, la supuesta violación al artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, carece de todo fundamento jurídico ya que, aun y cuando el contratista haya podido haber presentado una cuenta, el pago de esta se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos que la ley establece a tal fin, **lo que en el caso que nos ocupa se traduce, entre otras cosas, a la presentación de los endosos de las fianzas correspondientes, los cuales de conformidad a la entidad demandada, nunca fueron presentados**, situación que impide la tramitación del pago de las cuentas presentadas por la sociedad demandante (Cfr. foja 202 del expediente judicial).

El **Artículo 109 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006**, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 109. Prórroga. Corresponde a las entidades contratantes aprobar o negar las solicitudes de prórroga que soliciten los contratistas. Los retrasos que fueran producidos por causas de fuerza mayor no imputables a estos o por caso fortuito, darán derecho a que se extienda el plazo del contrato por un periodo no menor al retraso. Las prórrogas modificarán, proporcionalmente, 66 los términos establecidos, y se documentarán como adiciones o adendas al contrato u orden de compra originalmente suscrito.

La facultad para otorgar las prórrogas de un contrato u orden de compra, así como para establecer el término de la prórroga es de la entidad contratante, tomando en consideración la urgencia o necesidad del suministro, servicio u obra contratados.

La Dirección General de Contrataciones Públicas quedará facultada para reglamentar la presente materia.”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión, como quiera que no se utilizó por la entidad

contratante para gobernar la ejecución del Contrato No.COC-03-CAF-2013.

A pesar del cúmulo de circunstancias no imputables a la contratista, que afectaron directa e indirectamente la ejecución de la obra contratada, el IDAAN no formalizó la prórroga que requiere el contrato, para llevar a feliz término la ejecución de la obra, plenamente culminada.” (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

De conformidad al artículo 109 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, es potestad de las entidades contratantes aprobar o negar las solicitudes de prórroga que soliciten los contratistas, siempre y cuando los retrasos fueran producidos por causas de fuerza mayor y no imputables a éstos, requisitos que no se cumplen en el caso que ocupa nuestra atención, ya que, como se ha mencionado en párrafos que anteceden, la empresa contratista incumplió de manera reiterada con una serie de requerimientos contemplados en el pliego de cargos, entre los que podemos mencionar: el personal requerido, el equipo de trabajo y los materiales a utilizar para el desarrollo de la obra; desatenciones que ponen de manifiesto el actuar negligente por parte de la contratista, lo que a su vez trae como consecuencia que no se justifique la extensión la emisión de prórroga alguna.

Sin perjuicio de lo antes indicado, la actora no ha aportado al proceso prueba alguna que acredite la ocurrencia de alguna causa de fuerza mayor o caso fortuito que justifique la concesión de una prórroga por parte de la entidad contratante, lo que deviene en la inaplicabilidad de este artículo en el caso que ocupa nuestra atención.

El Artículo 475 del Código Judicial, el cual que indica que:

“**Artículo 475.** Toda decisión debe recaer sobre la cosa, cantidad o hecho disputado, declaración solicitada o el punto controvertido. Si se ha pedido menos de lo probado, sólo se concederá lo pedido. Si el demandante pidiere más, el juez sólo reconocerá el derecho a lo que probare.

...”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión como quiera que no se utilizó para fundamentar el acto confirmatorio.

De haber sido utilizada, la sede de apelación administrativa hubiera revocado el acto administrativo, habida cuenta de que se acreditó en el trámite de impugnación el cúmulo de incumplimientos contractuales del IDAAN, se le impedía resolver el Contrato.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

El concepto de violación que utiliza la sociedad recurrente llama poderosamente la atención de este Despacho, ya que, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, **en virtud del recurso de apelación promovido por la sociedad Teginser, S.L.**, en contra de la Resolución 032-2015 del 9 de abril de 2015, dictó la Resolución 207-2015-TACP de 18 de septiembre de 2015 (Decisión), a través de la cual se resolvió confirmar en todas sus partes, los efectos de la Resolución 032-2015 del 9 de abril de 2015, por medio de la cual se declaró la resolución administrativa del Contrato COC-03-CAF-2013; motivo por el cual resulta, además de injustificado, incomprensible que la sociedad recurrente alegue la falta de apelación en la vía gubernativa, cuando en su momento fue ella quien acudió ante el Tribunal de Contrataciones Públicas en virtud del recurso de apelación presentado en contra de la resolución arriba mencionada.

El **artículo 985 del Código Civil**, el cual dispone que:

“**Artículo 985.** Incurrirán en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento, de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1. Cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término expresamente estipulado;
2. Cuando la obligación o la ley declaran expresamente que no es necesaria la intimación;

3. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurren en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente de los que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora del otro.”

De conformidad a la recurrente la violación se da en virtud de lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por omisión habida cuenta de que no se utilizó para informar el acto administrativo de nulidad.

De haber sido utilizada, la sede de apelación administrativa hubiese encontrado que el incumplimiento del Contrato por el IDAAN, le impide declarar la resolución del contrato, bajo la teoría de la Excepción del Contrato No Cumplido.” (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

La resolución administrativa del contrato suscrito entre el IDAAN y la sociedad **Teginser, S.L.** se dio de conformidad al procedimiento y a las causales establecidas en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, Capítulo XV, denominado, Causales de la Resolución del Contrato, motivo por el cual, pretender aplicar una norma como la que indica la recurrente, resulta fuera de todo contexto.

En este contexto, debemos recordar que las normas especiales priman sobre las genéricas, premisa que ha sido recogida en el *principio de especialidad*, el que, para el caso que ocupa nuestra atención, se traduce en la aplicación de la ley que de manera específica regula el tema de contrataciones públicas, tal y como lo es el Texto Único de la Ley 22 de 2006, por encima de la norma genérica, a saber, el Código Civil.

En abono a lo arriba expuesto, resulta totalmente improcedente pretender hablar de mora por parte de la entidad contratante, cuando de conformidad a las constancias que reposan en autos, desde el 4 de diciembre de 2013, el Instituto

de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN) se encontraba haciendo llamados de atención a la empresa contratista habida cuenta que estos no estaban cumpliendo, entre otras cosas, con el personal mínimo establecido en el Pliego de Cargos (Cfr. fojas 194 - 205 del expediente judicial).

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, copia autenticada de la Resolución 32-2015 de 9 de abril de 2015 y copia autenticada del contrato de Obras con el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN).

Como consecuencia del material probatorio aportado, este Despacho estima que en el presente proceso el accionante **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en que sustenta su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su 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.**

‘Artículo 784. **Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...**’
(La negrita corresponde a la Sala Tercera).

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 debe 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)..."

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, este Despacho reitera al Tribunal su solicitud tendiente a que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 32-2015 de 9 de abril de 2015**, emitida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales ni sus actos confirmatorios, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente: 822-15