

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

Vista N°274

21 de junio de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Propuesto por la Licda. Ruby Sonia Rattray de Young, en representación de **Corporación Panameña de Vivienda, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°230-2001 de 12 de diciembre de 2001, expedida por el **Ministro de Vivienda** y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación de
la Demanda.**

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

Con el respeto que nos distingue, concurrimos respetuosos ante el Despacho que Usted preside, con la finalidad de externar nuestra contestación en torno a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción identificada en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

Nuestra intervención está debidamente fundamentada en el artículo 5, numera 2, del Libro Primero de la Ley N°38 de 2000, que contiene el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión.

La sociedad demandante solicita a Vuestro Tribunal que se formulen las siguientes declaraciones:

Primero: Que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°230-2001 de 12 de diciembre de 2001, emitida por el Director Nacional del Proyecto de Dinamización de la Ejecución del Presupuesto de Inversiones Prioritarias del

Sector Público PAN/95/01 y el Ministerio de Vivienda, mediante el cual se resuelve declarar Resuelto Administrativamente el Contrato N°2-66-97 de 16 de enero de 1998, suscrito entre el Proyecto de Dinamización de la Ejecución del Presupuesto de Inversiones en Instituciones Prioritarias del Sector Público PAN/95/001 y la empresa Corporación Panameña de Vivienda, S.A. para el Suministro de Materiales y Construcción de Viviendas Unifamiliares y Obras de Urbanización, Proyecto Pueblo Nuevo N°2, ubicado en Los Lagos, Provincia de Colón.

Segundo: Debido a que la Resolución N°230-2001 de 12 de diciembre de 2001 es de carácter definitivo y hace imposible la continuación del Contrato N°2-22-97 de 16 de enero de 1998 por la demandante; en consecuencia, se ordene al Proyecto de Dinamización de la Ejecución del Presupuesto de Inversiones en Instituciones Prioritarias del Sector Público PAN/95/001 a resarcir a Corporación Panameña de Vivienda, S.A., por la terminación injustificada del Contrato y por los derechos conculcados.

Tercero: Que se declare que el Estado y/o el Proyecto de Dinamización de la Ejecución del Presupuesto de Inversiones en Instituciones Prioritarias del Sector Público PAN/95/001 son los responsables por los daños causados a Corporación Panameña de Viviendas, S.A. producto de la ilegal Resolución N°230-2001 de 12 de diciembre de 2001 y de daños y perjuicios ocasionados en la ejecución del Contrato N°2-66-97 producto de los errores y omisiones de planos, las demoras en resolverlos, la extensión del tiempo para su ejecución, los sobrecostos, etc.

Cuarto: Que en consecuencia de lo anterior se condene al Estado y/o Proyecto de Dinamización de la Ejecución del Presupuesto de Inversiones en Instituciones Prioritarias del Sector Público PAN/95/001 al pago de la suma de B/.2,191.836.62 más intereses a favor de Corporación Panameña de Vivienda, S.A. en concepto de indemnización de daños y perjuicios. "Ver detalles y desglose de la cifra citada anteriormente en la Parte V. PETICIÓN de la presente demanda." (F. 451)

A este Despacho, por mandato constitucional y legal le corresponde la defensa de los Actos Administrativos acusados; por consiguiente, nos oponemos a las pretensiones consignadas en el libelo de la demanda y así solicitamos respetuosamente sea declarado en su oportunidad procesal.

II. Los hechos u omisiones en los que se fundamenta la acción, los contestamos en los siguientes términos:

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Tercero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Cuarto: Este hecho no es cierto tal como se expone. En la foja 405 del expediente judicial hay constancia que a la demandante se le proporcionaron los datos de la finca en su momento oportuno; por tanto, lo negamos.

Quinto: Este hecho no es cierto como se indica, porque en el expediente judicial hay suficiente evidencia documental que refleja que las incongruencias entre los planos y la topografía se corrigieron, lo que permitió a la empresa proseguir con la ejecución de las obras de construcción; por tanto, lo negamos.

Sexto al Décimo Quinto: Este hecho no es cierto; por tanto, lo negamos. El Ministerio de Vivienda sí atendió la solicitud de la contratista, hasta el punto de solicitarle a la Contraloría General de la República un adelanto del pago, para que la empresa pudiera avanzar en los trabajos de construcción. No es viable que se le impute a la entidad contratante la paralización de la obra, cuando en los documentos que conforman el expediente judicial hay evidencia de notas expedidas por la empresa en las que se argumenta que tienen problemas económicos y han tenido que recurrir a los bancos.

Décimo Sexto: La Ley 5 de 1995 señala que en los casos de Resolución Administrativa no cabe recurso alguno en la vía gubernativa y, por tanto, sólo procede el Recurso Contencioso Administrativo correspondiente.

III. Las normas que se aducen como infringidas y su concepto son las que a seguidas se analizan:

a. En primer lugar, se dice infringido el numeral 1, del artículo 106 de la Ley N°56 de 1995, que puntualiza:

"Artículo 106: Procedimiento de resolución.

La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo 105, con sujeción a las siguientes reglas.

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad pública adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.

No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

2. Si la entidad licitante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinente.

3. Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas, resolución que deberá ser comunicada personalmente. Las resoluciones siempre serán motivadas.

4. Contra la resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía gubernativa.

5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a instancia del afectado, de conformidad con las disposiciones de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial.

6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.

7. Se remitirá, a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, copia autenticada de la resolución administrativa del contrato, a los dos (2) días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispone la ley.

8. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento fiscal del Código Fiscal o, en su defecto, del procedimiento civil del Libro II del Código Judicial."

Concepto de la violación:

La sociedad demandante plantea que el numeral 1, del artículo 106 de la Ley de Contratación Pública tiene como objetivo principal dar inicio a un procedimiento legal que puede o no culminar en la resolución administrativa del contrato por parte de la unidad contratante con el contratista; y que en ese sentido es de justicia que el contratista tenga conocimiento de esa situación para que pueda defenderse.

En opinión de la sociedad demandante, nunca se le brindó la oportunidad de tener conocimiento del procedimiento que se iba a adoptar, por lo que esgrime la inexistencia de comunicación entre ella y algún servidor público autorizado para esos efectos, lo que a su juicio vulnera el numeral 1, del artículo 106 de la Ley de Contratación Pública.

A renglón seguido, la sociedad demandante se refiere a que el acto administrativo impugnado también vulnera lo establecido en el numeral dos de la norma invocada, porque no se le notificó personalmente la decisión de la Administración o entidad contratante de resolver administrativamente el contrato por incumplimiento, sin que se le concedieran los cinco (5) días establecidos en la ley para que contestara y se presentaran las pruebas pertinentes.

Al respecto, señala la demandante que solicitó una reunión, mediante la Nota CPV/UPN2/233 de 11 de diciembre de 2001 para solucionar los problemas de la propiedad de los terrenos donde se estaban ejecutando los trabajos, cuando fue sorprendida con la noticia que la entidad contratante le había comunicado a la Compañía Internacional de Seguros, S.A., garante del cumplimiento del contrato, por fax fechado 11 de diciembre de 2001, la decisión de resolver

administrativamente el Contrato N°2-66-97 por incumplimiento; y que al día siguiente la entidad contratante emitió la Resolución N°230-2001 de 12 de diciembre de 2001, en abierta violación de sus derechos.

Es el sentir de la demandante el quebrantamiento de las formalidades de Ley por parte de la entidad contratante, al notificársele el contenido de la Resolución N°230-2001 de 12 de diciembre de 2001, sin que se le permitiera desvirtuar los supuestos cargos, según lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 106 de la Ley de Contratación Pública.

b. En una segunda etapa, la sociedad demandante invoca la infracción del artículo 9, numeral 6, de la Ley de Contratación Pública, que a la letra dice:

"Artículo 9: Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes.

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

2. Exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato. Igual exigencia podrá formular al garante de la obligación.

3. Revisar periódicamente las obras ejecutadas, servicios prestados, o bienes suministrados, a fin de verificar que éstos 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 pliego de cargos.

4. Exigir que la calidad de los bienes, obras contratadas y servicios adquiridos por las entidades estatales, se ajuste a los requisitos mínimos

previstos en las normas técnicas obligatorias.

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

5. Adoptar las medidas para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras originales 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. *Proceder oportunamente, de manera que actuaciones imputables a las entidades 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 procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, de conformidad con el pliego de cargos.*

7. Efectuar los pagos dentro del término previsto en el artículo 80, reconociendo y pagando los intereses moratorios, a partir de los 90 días contados a partir de la presentación de la cuenta completa, en base a la tasa dispuesta en el artículo 1072-A del Código Fiscal, cuando ocurra retraso imputable a la entidad contratante.

8. Solicitar la actualización o revisión de los precios y los períodos de ejecución, cuando se produzcan fenómenos extraordinarios e imprevistos que alteren sustancialmente el contrato, de conformidad con el procedimiento previsto en el pliego de cargos.

9. Adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en el desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. Igualmente, tienen competencia y personería jurídica para promover las acciones y ser parte en procesos relacionados con el cumplimiento, interpretación, ejecución o terminación del contrato.

10. Sin perjuicio de la ejecución de la garantía, repetir contra los servidores

públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según sea el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

11. Gestionar el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias sin garantías a que hubiere lugar."

Concepto de la violación.

Al externar el concepto de la violación, la sociedad demandante manifestó que la norma citada constituye uno de los principales derechos del Contratista, y que se traduce en exigirle a la entidad contratante (Proyecto de Dinamización de la Ejecución del Presupuesto de Inversiones en Instituciones Prioritarias del Sector Público (PAN/95/001), quien era la contratante y al MIVI (el supervisor) el cese de las acciones que estaban causando perjuicio económico y financiamiento al contratista en la ejecución del contrato N°2-66-97.

La demandante considera que esa norma fue infringida por la entidad Contratante desde el inicio de la obra hasta el período de la emisión de la Resolución N°230-2001 de 12 de diciembre de 2001, por las diferencias surgidas entre el plano licitado y la topografía real del terreno, la existencia de un lago y el drenaje del lago, que no estaba contemplado en los planos y afectaba la urbanización, las cuales asevera no fueron corregidas ni se acordaron mecanismos para solucionar, rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que pudieran presentarse y que hoy nos ocupan.

La recurrente indica que el MIVI suspendió la obra desde el inicio del proyecto; pone de manifiesto nuevamente la diferencia entre los planos y la topografía del terreno,

habida cuenta de la existencia de un lago y un drenaje que afectaban la urbanización, y que diez (10) meses le llevó dejar sin efecto la orden de suspensión para reiniciar la obra sin haberles corregido las fallas, sino que a medida que avanzaba el proyecto, se iban corrigiendo las fallas.

Manifiesta, además, que la segunda suspensión duró cinco (5) meses y ello afectó los trabajos de excavación de material duro, alcantarillado, acueducto y viviendas, porque eran trabajos que requerían el uso de explosivos; y que ella como contratista no podía ejecutarlos por la inexistencia de la Orden de Cambio y la Addenda que autorizara dichos trabajos. Se menciona de una serie de trabajos que se realizaron sin la confección previa de la Addenda, lo que trajo como consecuencia la imposibilidad de cobrar por los trabajos realizados.

La sociedad recurrente indica que el traspaso de la propiedad o terreno donde se estaba ejecutando el Contrato N°2-66-97 tenía más de tres años desde el acto Público realizado el 25 de noviembre de 1997 y hasta el 12 de diciembre de 2001 aún no se había podido realizar.

A juicio de la sociedad Corporación Panameña de Vivienda, el espíritu del Legislador consignada en el numeral 6, del artículo 9 de la Ley de Contratación Pública tiene como finalidad que la entidad contratante está obligada a efectuar todas las diligencias que sean necesarias para resolver todas las diferencias y desajustes a ella imputables, para evitar posibles litigios y, por ende, perjuicios al contratista durante la ejecución del contrato.

c. En tercer lugar, se dice transgredido el numeral 5, del artículo 9 de la Ley de Contratación Pública, que indica:

“Artículo 9: Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes.

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

2. Exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato. Igual exigencia podrá formular al garante de la obligación.

3. Revisar periódicamente las obras ejecutadas, servicios prestados, o bienes suministrados, a fin de verificar que éstos 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 pliego de cargos.

4. Exigir que la calidad de los bienes, obras contratadas y servicios adquiridos por las entidades estatales, se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias.

5. Adoptar las medidas para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras originales 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. Proceder oportunamente, de manera que actuaciones imputables a las entidades 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 procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a

presentarse, de conformidad con el pliego de cargos.

7. Efectuar los pagos dentro del término previsto en el Artículo 80, reconociendo y pagando los intereses moratorios, a partir de los 90 días contados a partir de la presentación de la cuenta completa, en base a la tasa dispuesta en el Artículo 1072-A del Código Fiscal, cuando ocurra retraso imputable a la entidad contratante.

8. Solicitar la actualización o revisión de los precios y los períodos de ejecución, cuando se produzcan fenómenos extraordinarios e imprevistos que alteren sustancialmente el contrato, de conformidad con el procedimiento previsto en el pliego de cargos.

9. Adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en el desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. Igualmente, tienen competencia y personería jurídica para promover las acciones y ser parte en procesos relacionados con el cumplimiento, interpretación, ejecución o terminación del contrato.

10. Sin perjuicio de la ejecución de la garantía, repetir contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según sea el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

11. Gestionar el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias sin garantías a que hubiere lugar."

Concepto de la violación:

La sociedad Corporación Panameña de Vivienda señala que el artículo 9, numeral 8, de la Ley 56 de 1995 obliga a la Entidad Contratante a una revisión de los precios, por los fenómenos imprevistos que alteren sustancialmente el Contrato.

En su opinión, el Contrato N°2-66-97 sufrió alteraciones sustanciales que obligan a la entidad contratante a efectuar

una revisión, misma que estuvo solicitando el contratista mientras duró la ejecución de la obra; decisión ésta que siempre fue postergada.

En ese sentido manifiesta que el numeral 9, del artículo 5 también establece el derecho del contratista a solicitar una modificación del contrato cuando han variado las condiciones sustanciales del contrato por causas extraordinarias.

d. En cuarto lugar, se dice violado el artículo 1107 del Código Civil que estipula lo siguiente:

"Artículo 1107: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

Concepto de la violación:

La demandante esgrime que la entidad contratante pretende restarle importancia al hecho que el Ministerio de Vivienda ni el Banco Hipotecario Nacional eran los propietarios del terreno donde se estaba ejecutando el Contrato N°2-66-97. También alega que no le habían suministrado la información relativa al número de la Finca, Rollo y Documento; y que en diversas ocasiones le solicitó a la contratante el permiso de construcción a sabiendas que ellos estaban en incumplimiento y que sin esa información no era posible tramitar el permiso de construcción.

e. En quinto lugar, se dice el artículo 236 del Código de Comercio, que indica:

"Artículo 236: Aquél a quien se exigiere el cumplimiento de un contrato bilateral, no podrá ser obligado a ello sino en tanto que la otra parte hubiere cumplido el contrato en lo que le concierne o se declare dispuesta a cumplirlo, a no ser que tenga a su favor un plazo según las cláusulas o la naturaleza del contrato."

Concepto de la violación:

La sociedad demandante señala que el artículo 236 del Código de Comercio, citado, regula lo relativo al cumplimiento de las obligaciones entre las partes dentro de un contrato y en el cual se exime a una de ellas del cumplimiento de una obligación y no es exigible su cumplimiento por la otra cuando no se ha cumplido la propia.

Defensa de la institución demandada por la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría procede al análisis del expediente judicial y observa que el acto público celebrado por la entidad demandante se ciñe a lo establecido en el ordenamiento jurídico patrio, específicamente, la Ley 56 de 1995 de Contratación Pública.

Resultado del desarrollo del procedimiento de contratación, se expidió el Resuelto por el cual se adjudicó definitivamente a la empresa Corporación Panameña de Viviendas, S.A. el Acto Público para el "Suministro de Materiales y Construcción de Viviendas Unifamiliares y Obras de Urbanización, Proyecto Pueblo Nuevo N°2 ubicado en Los Lagos, Provincia de Colón."

Ello trajo como consecuencia la suscripción del Contrato N°2-66-97 por un valor de B/.2,810,510.75 y con un término de 360 días calendarios, contados a partir de la fecha fijada en la Orden de Proceder, para la construcción de 302 viviendas, originalmente, así como las obras de urbanización ubicado en Los Lagos, Provincia de Colón. Dicha Orden de Proceder se expide el día 1° de junio de 1998 y se estableció como fecha de terminación el día 26 de mayo de 1999.

Ciertamente, la demandante es veraz en sus afirmaciones únicamente cuando manifiesta que hubo discrepancias entre los planos y la topografía del terreno, lo que motivó que el Departamento de Inspección suspendiera parcialmente la obra el día 31 de julio de 1998, aclarando que se podía continuar con la tala de árboles el cual era un trabajo cuyo tiempo de ejecución estaba estimado en 3 meses.

Producto de lo anterior, la empresa demandante procedió a suspender todos los trabajos, hasta que el Departamento de Ingeniería hiciera el rediseño de la infraestructura correspondiente, el cual debía incluir un sistema de drenaje para las aguas provenientes del lago localizado hacia arriba, todo ello como forma de darle cabal cumplimiento a lo establecido en los numerales 5 y 6, del artículo 9 de la Ley N°56 de 1995, que a la letra dicen:

“5. Adoptar las medidas para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras originales 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. Proceder oportunamente, de manera que actuaciones imputables a las entidades 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 procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar, rápida y eficazmente, las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, de conformidad con el pliego de cargos.”

Después de efectuadas una serie de reuniones, de realizar estudios y levantamientos en la topografía del terreno en referencia, se le informó a la empresa demandante

que debía reiniciar los trabajos el día **25 de febrero de 1999**; no obstante, la misma inició la tala de árboles el día **19 de mayo de 1999** y el movimiento de tierra el **2 de agosto de 1999**; lo que se traduce, desde ese momento, como **incumplimiento por parte de la sociedad demandante**. (Cf. fojas 234 a 248 del expediente judicial)

Precisamente, la revisión periódica de las obras ejecutadas, así como la verificación de las mismas fue lo que determinó que la empresa Corporación Panameña de Vivienda no cumplió con los plazos establecidos para el reinicio de los trabajos, lo que denota que las aseveraciones de la recurrente carecen de sustento legal cuando manifiesta que el MIVI no procedió a corregir las fallas.

Es más, en aras de darle viabilidad al proyecto, se efectuaron cambios en la topografía los cuales generaron alteraciones en el volumen de movimiento de tierra que sumado al costo de la construcción del canal pluvial que ascendió a la suma de B/.197,791.15, y para hacerle frente a esa adición, **se eliminó la construcción de 44 viviendas, cuya constancia se consignó en la Addenda N°2**; y se concedió una prórroga como forma de compensar a la entidad demandante por los trabajos adicionales.

Es menester señalar, que como consecuencia de la paralización de las obras indicadas en párrafos superiores la empresa demandante solicitó un adelanto de B/.281,000.00 para continuar con los trabajos y luego de una consulta a la Contraloría General de la República, el Ministerio de Vivienda autorizó el pago por adelantado a la empresa, **siempre que ésta no hiciera reclamos de indemnización**

posterior como los que pretende efectuar a través de la **Ministerio Público/Procuraduría de la Administración** Demanda Contencioso Administrativa que hoy analizamos.

Posteriormente, se encontró material duro en algunas calles, lo cual motivó la suspensión del trabajo para hacer un rediseño y disminuir el volumen de material duro a excavar; también se suspende el vaciado de los pisos porque se temía que cuando se usaran los explosivos para las excavaciones se rajaran los pisos. Este rediseño se entrega a la empresa a mediados de 1999 y se procede a colocar explosivos para continuar con el movimiento de tierra.

Luego persiste el problema, porque aparece material duro (Gatún) al momento de hacer las excavaciones para colocar las tuberías del sistema sanitario. El costo de las tuberías para los cruces pluviales y los rellenos que produjo el nuevo rediseño, más la excavación de material duro que ascendían a la suma de B/.244,505.98 se pagaron mediante Addenda N°3 (refrendada el día 25 de junio de 2001) y para cancelar los mismos se eliminaron 50 viviendas más.

El 2 de agosto de 2001 **se expidió el oficio identificado como 14.605-486-01, por medio del cual se le llamó la atención a la empresa, porque los trabajos con los explosivos se hacían muy lentamente y el material dinamitado no se retiraba de las zanjas atrasando la obra; atraso éste imputable a la actual demandante.**

El día 17 de agosto de 2001 **se le llama nuevamente la atención a la empresa a través del Oficio N°14.605-531-01, porque los trabajos con los explosivos no se estaban realizando y el material dinamitado no se retiraba de las zanjas, atrasando** la colocación de las tuberías del sistema

sanitario; además que no cumplían el programa de trabajo
Ministerio Público/Procuraduría de la Administración
presentado por la empresa.

El día 3 de octubre de 2001, a través de la Nota N°14.605-637-01 se le llama la atención a la empresa, porque había informado mediante nota de 11 de septiembre, que los atrasos serían solucionados, dado que estaba obteniendo un nuevo financiamiento con otro Banco; sin embargo, esa situación no se suscitó, porque ya habían transcurrido 20 días y no había avance en el proyecto.

El 22 de noviembre de 2001, a través de **la Nota N°14.605-763-01 de 11 de octubre de 2001 nuevamente se le llamó la atención a la empresa, porque desde el 14 de noviembre de 2001 habían suspendido totalmente el proyecto** de manera unilateral y sin previo aviso al MIVI, violando así la relación contractual.

Siendo ello así, no es cierto que la entidad contratante vulneró el artículo 9 de la Ley N°56 de 1995, porque la actuación de la Administración siempre ha buscado obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos; además, se le exigió al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato.

En todo caso, fue la demandante y no la entidad contratante la que vulneró el texto legal y, con ello, el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Pública; por tanto, el Contratista no puede invocar como derechos exigibles lo establecido en los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la Ley N°56 de 1995, que indican:

“9. Adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños

que sufran en el desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. Igualmente, tienen competencia y personería jurídica para promover las acciones y ser parte en procesos relacionados con el cumplimiento, interpretación, ejecución o terminación del contrato.

10. Sin perjuicio de la ejecución de la garantía, repetir contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según sea el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual."

Resultado de la situación descrita en párrafos precedentes, la contratante promovió las acciones de responsabilidad contra la hoy demandante y comunicó a la sociedad garante del incumplimiento y la consiguiente resolución administrativa del contrato N°2-66-97, a través de la Nota N°14.605-01 de 11 de octubre de 2001, en la que se le comunica a la aseguradora los bajos porcentajes de avance de la obra que se estaban registrando durante siete semanas, antes de la suspensión total de la misma.

Recordemos que el numeral 4, del artículo 9 de la Ley N°56 de 1995 es claro al indicar que es obligación de la entidad demandante:

"4. Exigir que la calidad de los bienes, obras contratadas y servicios adquiridos por las entidades estatales, se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias."

Aún después, la empresa demandante alega que tenía problemas debido a que la finca asignada no le había sido traspasada al Banco Hipotecario Nacional; sin embargo, de acuerdo con lo manifestado por el señor Ministro de Vivienda en el Informe de Conducta, esa situación "también se le

aclaró al contratista". (Confróntese la foja 454 del expediente judicial)

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

El Ministerio de Vivienda argumenta que se produjeron reiteradas violaciones al Contrato, y que con el conocimiento de la empresa fiadora se procedió a resolver administrativamente el mismo; motivo por el cual la Compañía Aseguradora se subrogó y procedió a terminar la obra, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley N°56 de 1995, que dice:

"Artículo 105: 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, la que dispondrá de un término de treinta (30) 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 ésta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.

En estos casos, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 12 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."

Cabe destacar que la Cláusula Décima del Contrato, visible en la foja 13 del expediente judicial, se dispone textualmente lo siguiente:

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

"DECIMA. Sin perjuicio de las responsabilidades exigibles, el presente Contrato quedará resuelto administrativamente por las siguientes causales:

a. Cualquier incumplimiento de EL CONTRATISTA en lo referente a los aspectos señalados en las Condiciones Especiales, pero sin limitarse a ello, a saber:

1. La fecha del inicio de los trabajos, una vez expedida la Orden de Proceder.
2. **La paralización de los trabajos, una vez iniciados, de no ser por motivo anterior.**
3. El mantenimiento de personal no idóneo en el trabajo, en desacato de las recomendaciones de la inspección.
4. **La demora de la ejecución de los trabajos con respecto al programa de trabajo elaborado.**
5. La falta de equipo indispensable para la buena ejecución del trabajo.
6. La muerte de EL CONTRATISTA, en los casos en que debe producir la extinción del Contrato conforme al Código Civil, sino se ha previsto que el mismo pueda continuar con los sucesores de EL CONTRATISTA.
7. La formulación de concurso de acreedores o quiebra de EL CONTRATISTA o por encontrarse en un estado de suspensión o cesación de pagos sin que se hayan producido las declaratorias de concurso o quiebra correspondiente.
8. Incapacidad física permanente de EL CONTRATISTA certificada por médico idóneo.
9. Disolución de EL CONTRATISTA cuando éste sea una persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio, salvo que los demás miembros del consorcio puedan cumplir el Contrato de que se trata.
10. **La incapacidad financiera de EL CONTRATISTA, que se presume siempre en los casos indicados en el numeral 2, de este artículo."**

Como se observa, en el proceso que nos ocupa, la Resolución Administrativa del Contrato 2-66-97 está más que

justificada no sólo por mandato expreso del artículo 105 de la Ley de Contratación Pública, sino por la evidente violación, por parte del Contratista, de la Cláusula Décima del Contrato; concretamente, los numerales 2, 4 y 10, que para una mejor visual, los hemos resaltado en negrillas. (Remitirse a las fojas 13 y 14 del expediente judicial)

En el punto número 7, de la Addenda N°2 del Acto Público N°2-66-97 se señala expresamente que: **"El plazo de entrega total del proyecto, será de 360 días calendario que incluyen los 60 días calendario para la entrega del Estudio de Impacto Ambiental."** (Ver fojas 17 y 18 del expediente judicial)

En el punto 5.0 del Capítulo III de **las Condiciones Especiales del Acto Público N°2-66-97**, denominado **"Responsabilidades Legales y para con (sic) el público"**, se indica que: "El Contratista está obligado a cumplir y hacer cumplir todas las leyes, tanto nacionales como municipales, las resoluciones de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, los reglamentos y disposiciones en vigor y todos los instrumentos legales regulatorios que puedan afectar el desarrollo de este Contrato... 1. **Disposiciones de Ley:** Se consideran incluidas, todas y cada una de las disposiciones legales y cláusulas exigidas por las leyes y reglamentos vigentes, en el presente Documento, y el Contrato será leído y puesto en vigor como si aquí estuviesen incluidas..."

En ese mismo cuerpo normativo, en el punto 8, se establece lo relativo a las demoras y se estipula: "El Contratista informará inmediatamente al Ministerio el acontecimiento de cualquier condición que pueda demorar e impedir la terminación del Contrato de acuerdo con el

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

programa aprobado, e indicar qué medidas están tomando para corregir o mejorar tal condición. El Contratista deberá contratar suficiente personal y equipo de construcción y deberá trabajar tantas horas incluyendo turnos y horas extraordinarias como sean necesarias para la ejecución del trabajo, de acuerdo con el plan de trabajo aprobado sin costos adicionales para el MIVI..." (Cf. fojas 66 y 67)

Nótese que después que el Ministerio de Vivienda efectuó las correcciones correspondientes y eliminó las dificultades al Contratista para la ejecución del Contrato, éste incurrió en mora al ejecutar porcentajes muy bajos de la obra y, finalmente, en la suspensión total de la misma, lo que trajo como consecuencia todos los llamados de atención por parte del MIVI.

La única razón por la que en las Condiciones Especiales del Acto Público N°2-66-97, denominado "Responsabilidades Legales y para con (sic) el público" se excluye la responsabilidad de la demandante es en el evento en que la demora sea imputable al MIVI o por las causas de caso fortuito y de fuerza mayor que allí se describen (véase la foja 67 del expediente judicial).

En el punto 10, de las Condiciones Especiales del Acto Público N°2-66-97, se refiere a la Rescisión del Contrato y el mismo es claro al indicar:

"Si el Contratista persistiese en la omisión de una falta, el MIVI está facultado y así lo aceptan ambas partes, para rescindir el Contrato. Las faltas cuya petición podrá dar lugar a la rescisión del Contrato, serán aquellas que tiendan a desvirtuar la intención del Contrato, o a desconocer la autoridad del Inspector o la Supervisión.

Entre ellas se contarán, pero sin limitarse a ellas, el quebrantar voluntariamente las disposiciones del Contrato o descuidar su cumplimiento, abandonar o suspender la obra; dejar de mantener personal y equipo de calidad y en cantidades adecuadas, progreso insuficiente de trabajo, etc., todo a juicio de la Supervisión.

Al rescindir el Contrato, el MIVI tomará posesión de los materiales, equipos, herramientas e instrumentos, y estará facultado para emplearlos hasta la terminación de la obra. Suspenderá todos los pagos que haya que hacerle al Contratista hasta que la obra haya sido terminada. De los efectos del Contrato se tomará inventario. Los materiales serán acreditados a la cuenta del Contratista sino lo hubieren sido antes para efecto de pagos parciales. El equipo, herramientas e instrumentos serán usados por el MIVI sin compensación alguna para el Contratista.

Como ajuste final para el Contratista, la parte del costo de la obra a cargo del MIVI que exceda el costo que hubiese, si el Contratista hubiese terminado la obra, se deducirá de las sumas que se le adeuden a éste. Si estas sumas no fuesen suficientes, el saldo se deducirá de la Fianza de Ejecución y/o de la fianza de pago.

El remanente del trabajo podrá hacerse por nueva contratación. El fiador, podrá sin embargo, solicitar se le permita continuar y terminar la obra y el MIVI podrá si le conviene aceptarlo siempre que el Fiador presente en nuevo plan de trabajo y una organización en la cual se enmienden las causas de rescisión. De ser éste el caso el Fiador reemplaza en todo al Contratista. Por lo tanto, se subroga en los derechos y asume todas las obligaciones de éste.

Este artículo sin embargo, no exime al Contratista de manera alguna de la responsabilidad por los trabajos ejecutados bajo su dirección." (Ver fojas 67-68 del expediente judicial)

Como puede observarse de la cita ut supra, en el proceso in examine se han cumplido todas las fases estipuladas en las

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

Condiciones Especiales del Acto Público N°2-66-97, por lo que la Rescisión del Contrato ha cumplido con todas las especificaciones contractuales; incluso se le ha dado cabal cumplimiento a lo establecido en el numeral 1, del artículo 106 de la Ley N°56 de 1995, que puntualiza:

"Artículo 106: Procedimiento de resolución.

La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo 105, con sujeción a las siguientes reglas.

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad pública adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.

No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.

2. Si la entidad licitante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará personalmente al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinente.

3. Recibida por el funcionario la contestación, éste deberá resolver haciendo una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas, resolución que deberá ser comunicada personalmente. Las resoluciones siempre serán motivadas.

4. Contra la resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía gubernativa.

5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso, ante la jurisdicción

contencioso-administrativa, a instancia del afectado, de conformidad con las disposiciones de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial.

6. La decisión que ordena la resolución administrativa del contrato, sólo podrá ejecutarse cuando se encuentre ejecutoriada.

7. Se remitirá, a la Dirección de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, copia autenticada de la resolución administrativa del contrato, a los dos (2) días calendarios a partir de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada, para los efectos de lo que dispone la ley.

8. Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento fiscal del Código Fiscal o, en su defecto, del procedimiento civil del Libro II del Código Judicial."

Decimos esto, porque, en efecto, existe una causal para la resolución administrativa del contrato y la entidad pública adelantó las diligencias de investigación, mediante inspecciones; ordenó la realización de las actuaciones que condujeran al esclarecimiento de los hechos que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente, procediendo a efectuar diversos llamados de atención (mediante oficios) al Contratista, como forma de lograr que se corrigiera la irregularidad en la que estaba incurriendo.

Los llamados de atención tenían como finalidad lograr que, en un plazo perentorio, se corrigieran los hechos que determinaron el inicio del procedimiento, cosa que ignoró el Contratista; lo que trajo como consecuencia inevitable la ejecución del derecho de la entidad contratante de resolver administrativamente el contrato (a través de la Resolución impugnada) y la consiguiente notificación personal al

afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión, tal como consta en la foja 2 del expediente judicial.

La entidad demandada, acatando lo establecido en el numeral 4, del artículo 106 de la Ley de Contratación Pública incluyó en la Resolución impugnada: "Contra la resolución administrativa, no cabrá ningún recurso y agotará la vía gubernativa."

Y la entidad contratante, por su parte, se acogió al derecho consagrado en el artículo 106, numeral 5, de la Ley citada que dice: "5. Las decisiones serán recurribles, en todo caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a instancia del afectado, de conformidad con las disposiciones de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 y por el Código Judicial."

La interposición de la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción fue posible gracias a que la decisión que ordena la resolución administrativa del contrato está debidamente ejecutoriada.

De lo expuesto, se colige que en ningún momento la entidad demandada infringieron los numerales 1 y 2 del artículo 106 de la Ley 56 de 1995, ni los numerales 5, 6 y 8 del artículo 9 de la misma excerta legal.

En cuanto al artículo 1107 del Código Civil, el mismo no ha sido vulnerado por el MIVI, porque la validez y el cumplimiento del contrato no se dejó al arbitrio de una de las partes contratantes; ambas eran conscientes de los inconvenientes topográficos originales y evidenciaron las correcciones tanto a los planos como al terreno, como forma de hacer viable y posible la construcción de las viviendas.

En ningún caso, ello ocasionó las demoras en las que incurrió, al final, la empresa Corporación Panameña de Viviendas produciendo la paralización total de la obra y, por ende, el incumplimiento del contrato y la resolución administrativa del mismo.

A juicio de esta Procuraduría, el artículo 236 del Código de Comercio no es aplicable al caso sub júdice, toda vez que el mismo es aplicable a las relaciones del derecho privado.

La situación objeto de nuestro análisis está enmarcada en el contexto de la Contratación Pública, por lo que le son aplicables las normas de la Ley 56 de 1995 y, de manera supletoria, las normas generales de Contratos del Código Civil, tal como ha señalado la jurisprudencia emanada de la Sala Contencioso Administrativa.

Siendo que el MIVI procedió a la Resolución Administrativa del Contrato por incumplimiento del Contratista, no es factible que el mismo solicite indemnización alguna a la entidad Contratante.

No es cierto que no se le haya proporcionado los datos de la finca objeto del contrato, porque en la foja 405 del expediente judicial consta que sí se le dio la información.

Por lo expuesto, este Despacho reitera su solicitud a los Honorables Magistrados para que se desestimen las pretensiones de la demandante.

Pruebas: Aceptamos únicamente aquellas que estén debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo que contiene toda la actuación surtida en la vía gubernativa, el cual puede ser solicitado a la entidad demandada.

Tachamos la prueba pericial solicitada por el demandante; pero en el evento en que la Corte decida admitirla, designamos como peritos a:

1. Licda. Rafaela de Nimbley (Auditora)

Céd. N°8-357-657, C.P.A. 1112

2. César Kiamco: (Ingeniero Civil)

Céd. N°8-180-560

Aducimos como testigos y solicitamos se expidan las correspondientes boletas de citación y los mismos sean notificados por Vuestro Honorable Tribunal, para que se haga comparecer a las siguientes personas:

1. **Arquitecto Roque Alvarez F.**, Director General de Ingeniería y Arquitectura, a.i., del MIVI.

2. **Licdo. René Luciani L.**, quien fungía como Director Nacional del Proyecto.

3. **Ing. Francisco G. García M.**, Jefe del Departamento de Inspección del MIVI.

4. **Arq. Oris de Sadarriaga**, Supervisora de Obras de Colón.

5. **Arq. Rafael Atencio**, Jefe del Depto. de Inspección del MIVI.

6. **Ing. Manuel Mendieta**, del Depto. de Ingeniería del MIVI.

7. **Arq. Rodrigo E. Romero F.**, Subdirector General de Ingeniería y Arquitectura del MIVI.

8. **Ing. Diana Franco**, fungía como Jefa del Depto. de Ingeniería, a.i.

9. **Arq. Itzamara de Carrasquilla**, quien fungía como Directora General de Ingeniería y Arquitectura, a.i.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/5/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración