

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 661

Panamá, 25 de agosto de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.**

El Licenciado José Tejedor Barsallo, en representación de **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto 104 de 14 de enero de 2014, emitido por la **Ministra de Educación**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

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

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fs. 102 y 103 del expediente judicial).

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Vigésimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la sociedad demandante sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las disposiciones que a continuación pasamos a enumerar:

A. Los artículos 13 (numerales 5, 7, 8, 12 y 14) y 21 del Texto Único de 27 de junio de 2011, que ordenó sistemáticamente la Ley 22 de 27 de junio de 2006, sobre las obligaciones de las entidades contratantes; y el equilibrio contractual (Cfr. fs. 21-25 y 34-35 del expediente judicial);

B. Los artículos 34, 52 (numeral 4), 155 (numeral 1) y 201 (numeral 37) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales establecen, de manera individual, los principios que informan al procedimiento administrativo general; que se incurre en vicio de nulidad absoluta, cuando se dictan actos administrativos con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal; que serán motivados los actos que afecten derechos subjetivos; y que se entiende por desviación de poder, la emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a Derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley (Cfr. fs. 26-32 del expediente judicial); y

C. Los artículos 34d y 1109 del Código Civil que, de manera respectiva, se refieren a la fuerza mayor; y al perfeccionamiento de los contratos (Cfr. fs. 32-34 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

La lectura del expediente en estudio nos permite establecer que el acto acusado lo constituye el Resuelto 104 de 14 de enero de 2014, emitido por la Ministra de Educación, a través del cual se declaró la resolución administrativa del Contrato MEDUCA-EECA-006-2012, suscrito con la empresa **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá**, para el “Diseño, Planos y Construcción de las instalaciones que albergarán al Centro Educativo de Lajas Blancas, ubicado en el Corregimiento de Lajas Blancas, Distrito de Cemaco, Comarca Emberá Wounaan, República de Panamá”, por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista (Cfr. fs. 137-139 del expediente judicial).

Producto de su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la recurrente interpuso el correspondiente recurso de apelación, el cual fue decidido mediante la Resolución 082/2014-/TAdeCP de 31 de julio de 2014, expedida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Esta resolución confirmó en todas sus partes la decisión anterior; quedando así agotada la vía gubernativa y fue notificada el 4 de agosto de 2014 (Cfr. fs. 103 y 105-135 del expediente judicial).

En virtud de ello, el apoderado judicial de la empresa **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá**, interpuso la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, en la que solicita que se declare nulo, por ilegal, el resuelto acusado; que se restablezca el derecho subjetivo lesionado; y que se le reconozca la correspondiente indemnización, la cual estima en cinco millones noventa y nueve mil cuatrocientos veinticinco balboas con sesenta y cinco centésimos (B/.5,099,425.65) (Cfr. fs. 4 y 5 del expediente judicial).

Antes de entrar al análisis de fondo del caso bajo examen, estimamos pertinente señalar que dentro de las disposiciones legales que se dicen infringidas, la parte actora ha

incluido la supuesta infracción de los artículos 201 (numeral 7) y 34 de la Ley 38 de 2000, así como del artículo 1109 del Código Civil, los cuales no serán examinados por esta Procuraduría, porque no se hizo la confrontación entre el hecho generador de su pretensión y las normas que estima vulneradas, habida cuenta de que se limitó a exponer criterios doctrinales, que si bien son una ayuda al momento de explicar los conceptos de infracción, no pueden sustituir el requisito formal que establece la norma en cuanto a la necesidad de expresar de forma clara y lógica de qué manera el acto o resolución impugnados violan las disposiciones previamente indicadas.

En sustento de su pretensión, el apoderado judicial de la accionante también señala la violación del **artículo 21 del Texto Único de 27 de junio de 2011, que ordenó sistemáticamente la Ley 22 de 27 de junio de 2006**, referente al equilibrio contractual y, a este respecto, manifiesta que las afectaciones climatológicas de inicio de obra constituían condiciones físicas imprevisibles que precisamente abrían el compás para introducir modificaciones al contrato; ya que dichas afectaciones provocaron un desequilibrio económico en la contratación (Cfr. fs. 21-25 del expediente judicial).

Discrepamos de tal argumentación; toda vez que el propio Contrato **MEDUCA-EECA-006-2012**, suscrito con la empresa **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá** prevé en su cláusula octava los eventos en los que se considerará que existe un desequilibrio contractual económico, a saber: a) La expedición de una ley o decreto que afecte económica o financieramente a la contratista; y b) Si por culpa del Estado se origina un atraso en el programa de obra; sin embargo, en el caso que analizamos, no hay evidencia que ése haya sido el caso, por lo que no le es dable a la recurrente alegar la existencia de un desequilibrio contractual económico (Cfr. f. 151 del expediente judicial).

Manifiesta la accionante, que el acto acusado de ilegal vulnera los **artículos 155 (numeral 1) y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 2000**; infracciones que sustenta en una supuesta falta de motivación del Resuelto 104 de 14 de enero de 2014, emitido por la Ministra de Educación y de su acto confirmatorio, pero también en la existencia de

motivaciones falsas en las que aparentemente se basó la ministra para resolver administrativamente el Contrato MEDUCA-EECA-006-2012, suscrito con la empresa **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá** (Cfr. fs. 27 y 30 del expediente judicial).

Con relación a la supuesta violación de las normas indicadas en el párrafo anterior, esta Procuraduría estima que ambos argumentos utilizados por la actora se contradicen; ya que al alegar la supuesta existencia de motivaciones en el mencionado Resuelto 104 de 2014, que a su juicio, son “falsas”, nos lleva al convencimiento que para ella, ese acto administrativo fue motivado.

En estas circunstancias, resulta preciso señalar que de acuerdo con el artículo 146 de la mencionada Ley 38 de 2000, el funcionario expondrá razonadamente en la decisión el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponda, cuando el acto emitido deba ser motivado de acuerdo con la Ley; exigencia que claramente se observa fue cumplida por la Ministra de Educación al emitir el Resuelto 104 de 14 de enero de 2014; ya que la entidad lo motivó debidamente al enunciar en forma detallada todas y cada una de las circunstancias que se traducen en un claro incumplimiento de las cláusulas pactadas en el Contrato MEDUCA-EECA-006-2012: **1) el incumplimiento en desarrollar los servicios de acuerdo a los documentos de los avances mensuales; 2) el incumplimiento con la entrega de los informes trimestrales de acuerdo a la resolución del estudio de impacto ambiental aprobado por la Autoridad Nacional del Ambiente; 3) incumplimiento en la entrega de los resultados de las pruebas de calidad y otra serie de documentación; 4) la mala gestión de la Gerencia del proyecto al permitir el desabastecimiento de materiales en la obra; 5) la obra presenta poco avance físico, a pesar de habersele otorgado a la empresa un tiempo adicional de ciento veinte (120) días calendario.** Estas circunstancias fueron debidamente verificadas por la Dirección Nacional de Proyectos del Ministerio de Educación, así como por la firma supervisora APPLUS NORCONTROL, S.L.U. sociedad unipersonal, con lo cual se sustentó la decisión

de la Ministra de Educación de declarar la resolución administrativa del referido contrato (Cfr. fs. 137-139 del expediente judicial).

Por consiguiente, este Despacho es del criterio que tampoco se ha producido la infracción de los artículos 155 (numeral 1) y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 2000, como alega la recurrente.

El apoderado judicial de la sociedad demandante también señala como infringido, el **artículo 34d del Código Civil**, por considerar que los retrasos en la obra se debieron a la falta de diligencia de la entidad contratante, al variar las instrucciones acerca de trabajos adicionales no contemplados en el proyecto original (Cfr. f. 32 del expediente judicial).

Conforme el criterio de este Despacho, este cargo de infracción también debe ser desestimado, habida cuenta de que el argumento empleado para sustentarlo resulta contradictorio con el planteamiento hecho por el apoderado judicial al explicar la supuesta vulneración al artículo 21 del Texto Único de 27 de junio de 2011, que ordenó sistemáticamente la Ley 22 de 27 de junio de 2006, pues en dicho planteamiento señaló que el desequilibrio contractual tuvo lugar, debido a las **afectaciones climatológicas de inicio de obra**, las cuales constituían condiciones físicas imprevisibles y, **en esta ocasión, se refiere a actuaciones de la entidad contratante, que no específica, pues sólo alega que la entidad varió las instrucciones acerca de trabajos adicionales no contemplados en el proyecto original**. Vale acotar que lo que se varió fue el término de duración del contrato (ver Adenda número 1, visible a foja 40 del expediente judicial), pero ello fue a solicitud del propio contratista.

Finalmente, la sociedad demandante señala la supuesta violación del artículo 13 (numerales 5, 7, 8, 12 y 14) y 21 del Texto Único de 27 de junio de 2011, que ordenó sistemáticamente la Ley 22 de 27 de junio de 2006, relativos a las obligaciones de la entidad contratante (Cfr. fs. 34 y 35 del expediente judicial).

Según se desprende del Resuelto 104 de 14 de enero de 2014, cuya declaratoria de ilegalidad se persigue, la empresa contratista incumplió con el numeral 1 del artículo 113

del Texto Único de la Ley 22 de 2006, al no ejecutar los trabajos con la diligencia, eficacia y prácticas profesionales generalmente aceptadas y la de prestar sus servicios en los términos, condiciones y plazos pactados en el pliego de cargos que sirvió de sustento al acto de la licitación pública internacional número 002-2011, por ende, igualmente al plazo estipulado en el contrato y sus enmiendas (Cfr. f. 138 del expediente judicial).

En dicho resuelto se detallaron los motivos que llevaron a la entidad a resolver administrativamente el contrato suscrito con **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá** y ellos son: 1) el incumplimiento en desarrollar los servicios de acuerdo a los documentos de los avances mensuales; 2) el incumplimiento con la entrega de los informes trimestrales de acuerdo a la resolución del estudio de impacto ambiental aprobado por la Autoridad Nacional del Ambiente; 3) incumplimiento en la entrega de los resultados de las pruebas de calidad y otra serie de documentación; 4) la mala gestión de la Gerencia del proyecto al permitir el desabastecimiento de materiales en la obra; 5) la obra presenta poco avance físico, a pesar de habersele otorgado a la empresa un tiempo adicional de ciento veinte (120) días calendario (Cfr. fs. 137 y 138 del expediente judicial).

En ese mismo acto administrativo, la entidad contratante también indicó que la empresa **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá** durante su ejecución no cumplió a cabalidad con lo señalado en el pliego de cargos y así lo demuestran los informes, lo cual ha causado un perjuicio al Ministerio al incumplirse la correcta ejecución de la obra, afectando a la comunidad educativa del Centro Educativo de Lajas Blancas, quienes son los principales beneficiarios de este proyecto (Cfr. f. 138 del expediente judicial).

En la Resolución 082/2014-/TAdeCP de 31 de julio de 2014, expedida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para decidir el recurso de apelación propuesto por la accionante, se determinó que a la actora no le asiste la razón en cuanto a lo que hoy reclama, debido a que si bien señaló que el retraso en la entrega del trabajo convenido, le es imputable a la entidad contratante, lo cierto, es que no aportó elementos probatorios que respalden dicho señalamiento (Cfr. f. 131 del expediente judicial). En esa

misma línea de pensamiento, el Tribunal concluyó que el incumplimiento le es imputable única y exclusivamente a la empresa **Heliopol, S.A.U.-Sucursal Panamá**, por lo que considera viable la resolución administrativa del Contrato MEDUCA-EECA-006-2012, pues la misma se ajusta a lo establecido en el numeral 1 del artículo 113 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 (Cfr. f. 134 del expediente judicial).

En cuanto a la solicitud que hace el apoderado judicial de la accionante para que la Sala Tercera declare al Ministerio de Educación como responsable de los daños y perjuicios que afirma le han sido ocasionados, esta Procuraduría estima que la misma resulta a todas luces improcedente, puesto que **la determinación de posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contenciosos de indemnización y no de los de plena jurisdicción**, ya que, conforme se desprende de lo establecido en el artículo 42B de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946, estos últimos, por su naturaleza, sólo están encaminados a obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estiman lesionados, de lo que es posible concluir, que dentro de los mismos no resulta viable solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios ni su tasación por medio de peritaje, materia que es privativa de la acción de indemnización (Cfr. Auto de 2 de mayo de 2014, de la Sala Tercera).

En virtud de lo antes anotado, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Resuelto 104 de 14 de enero de 2014, emitido por la Ministra de Educación, ni su acto confirmatorio** y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la recurrente.

IV. Pruebas.

1. Este Despacho se opone a la admisión de las pruebas documentales que se detallan en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12 y 13 del apartado de pruebas contenido en la demanda, por constituir copias simples de documentos, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial que, como condición indispensable para que se

puedan incorporar al proceso pruebas de esta naturaleza, exige que las mismas se presenten en su forma original o mediante copias debidamente autenticadas.

2. Con el propósito que sea solicitado por el Tribunal e incorporado al presente proceso, se **aduce** como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho.

No se acepta el invocado por la accionante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 574-14