

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 346

Panamá, 11 de julio de 2012

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

La firma forense De Obaldía & García de Paredes, actuando en representación de **Cardoze & Lindo, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución ACP-FAAQ-RM12-C-249283-03 de 31 de enero de 2012, emitida por el **oficial de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá**, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda.**

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

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 el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

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

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

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.

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

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

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

II. Normas que se aducen infringidas.

La parte actora considera que el acto acusado infringe las siguientes disposiciones del reglamento de contrataciones públicas de la Autoridad del Canal de Panamá:

A. El artículo 1, el cual dispone que dicho reglamento establece normas y procedimientos uniformes aplicables a la contratación y adquisición de obras bienes y servicios para el funcionamiento, conservación y modernización del Canal de Panamá, así como los objetivos que debe garantizar el sistema de contratación de la entidad (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial);

B. El artículo 13, según el cual los oficiales de contrataciones están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución de los contratos adjudicados y proteger los derechos de la autoridad, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros; así como asumir las responsabilidades por sus actuaciones y omisiones (Cfr. foja 9 del expediente judicial);

C. El artículo 26, norma que establece que con anterioridad a la preparación del pliego de cargos o como parte del plan de adquisiciones, las unidades administrativas podrán llevar a cabo un análisis del mercado, a fin de determinar: posibles proveedores y prácticas referentes a la garantía, el plazo; la forma de entrega y el financiamiento; así como sobre la disponibilidad de los productos o servicios (Cfr. foja 10 del expediente judicial);

D. El artículo 90, de acuerdo con el cual los contratos celebrados por la Autoridad del Canal de Panamá estarán sujetos a lo dispuesto en el reglamento, así como a los términos y condiciones establecidos en cada caso en particular,

procurando que la interpretación que se haga de los mismos se corresponda con las funciones legales de la entidad y con el principio de equidad en su relación con los contratistas (Cfr. foja 10 del expediente judicial);

E. El artículo 130, que dispone que la celebración y la ejecución de los contratos tiene como propósito obtener la colaboración de los particulares y la eficacia de las funciones administrativas, a la vez que establece los principios que orientan la administración de dichos acuerdos (Cfr. f. 11 del expediente judicial); y

F. El numeral 6 del artículo 133 que prevé, entre las obligaciones de la Autoridad del Canal de Panamá, la de proceder oportunamente de manera que las actuaciones imputables a la misma no causen al contratista mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones (Cfr. foja 11 del expediente judicial);

III. Antecedentes.

Según consta en autos, el **4 de julio de 2011**, la Autoridad del Canal de Panamá adjudicó a la empresa Cardoze & Lindo, S.A., el contrato número CDC-249283-AGA, para la adquisición de un tractor oruga, por la suma de **B/.582,439.74**, el cual tenía como fecha de entrega el 7 de noviembre de 2011 (Cfr. foja 15 del expediente judicial).

El pliego de cargos que sirvió de marco al acto público que dio como resultado este acuerdo de voluntades, incorporó las cláusulas contractuales generales adoptadas por la Autoridad del Canal de Panamá mediante la resolución número ACP-AD-RM03-26 de 25 de junio de 2003, la cual desarrolla y complementa el reglamento de contrataciones de la institución. Entre estas cláusulas generales se encuentran las identificadas como **4.28.21** y **4.28.64** que, a grandes rasgos, se refieren a la sanción por el incumplimiento del contrato y a las causas de fuerza mayor o caso fortuito (Cfr. 74 del expediente judicial).

En el acto acusado, se expresa que el **2 de agosto de 2011**, Cardoze & Lindo, S.A., notificó a la Autoridad que por atraso en la fábrica Caterpillar, quien

debía proveer el tractor oruga objeto de la contratación, no podría realizar la entrega del mismo en la fecha que se había establecido en el contrato, sino hasta enero o febrero de 2012. En atención a lo indicado, la entidad le comunicó a la sociedad contratista que le extendería el plazo pactado hasta el 29 de enero de 2012, pero aplicándole una multa equivalente al 9.5% del monto de la contratación, o sea la cantidad de B/.55,331,78; **acciones que se concretaron a través de la resolución ACP-FAAQ-RM11-C-249283-02 de 12 de septiembre de 2011, emitida por el oficial de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá, sin que la actora presentara recurso alguno en contra de la misma** (Cfr. foja 15 y 194 del expediente judicial).

Con posterioridad a los hechos descritos, la entidad demandada realizó intentos infructuosos para que el contratista le informara sobre la ejecución del contrato, y el 27 de enero de 2012, obtuvo comunicación por parte del fabricante del equipo, en el sentido de que no había recibido orden alguna relacionada con el tractor oruga modelo DR7 II DS LGP, por parte de la empresa Cardoze & Lindo, S.A., lo que motivó que la Autoridad del Canal de Panamá emitiera la resolución **ACP-FAAQ-RM12-C-249283-01 de 31 de enero de 2012**, ahora objeto de reparo, a través de la cual dispuso: **1)** resolver el contrato CDO-249283-AGA por causa imputable al contratista, debido a su incumplimiento en las obligaciones pactadas; **2)** sancionar a la empresa con el impedimento de recibir adjudicaciones de órdenes de compra por 12 meses, de conformidad con lo establecido en la cláusula 4.28.21 del pliego de cargo; y **3)** ordenar la suspensión de los pagos adeudados a Cardoze & Lindo, S.A., por encontrarse en mora o ser deudor de la Autoridad, y compensarse la suma de **B/.55,331,78**, que la referida sociedad le adeudada en concepto de la multa previamente impuesta; lo que se haría mediante descuentos a realizarse de los pagos pendientes de recibir bajo otros

contratos que mantenía la recurrente con la Autoridad (Cfr. foja 15 y reverso del expediente judicial y 196 del expediente judicial).

Disconforme con tal medida, la actora interpuso un recurso de apelación, el cual fue decidido mediante la resolución **ACP-FAA-RM12-R12-C-249283-01 de 29 de febrero de 2012**, a través del cual se resolvió negar dicha impugnación, al igual que las peticiones del apelante y confirmar en todas sus partes el acto administrativo original, agotándose con ello la vía gubernativa (Cfr. fojas 16 a 24 del expediente judicial).

IV. Descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de los intereses de la institución demandada.

Según se ha indicado previamente, la sociedad recurrente aduce que el acto objeto de reparo infringe los artículos 1, 13, 26, 90, 130 y el numeral 6 del artículo 133 del reglamento de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá, cuyos cargos de infracción analizaremos en conjunto por estar estrechamente relacionados.

La actora argumenta que la entidad contratante, una vez informada del retraso en la entrega del tractor oruga objeto del contrato de suministro celebrado entre las partes, debió ordenar la resolución del contrato por decisión unilateral de la entidad, sin responsabilidad para el contratista, puesto que tal situación obedeció a un motivo de caso fortuito, como lo fue el terremoto ocurrido en Japón en marzo de 2011, de manera tal que la Autoridad no debió otorgarle una prórroga para la entrega del referido equipo ni imponerle una multa como consecuencia de su incumplimiento. Por la misma razón, la sociedad recurrente también cuestiona que la Autoridad del Canal de Panamá la haya inhabilitado para contratar con la entidad (Cfr. fojas 9 a 11 del expediente judicial).

En opinión de la recurrente, las medidas adoptadas en el acto objeto de esta acción contencioso administrativa en nada favorecen al logro de los fines de

la contratación pública, puesto que no contribuyen al efectivo y expedito suministro del bien requerido y, por el contrario, afectan la disponibilidad que debe garantizar todo el sistema de contrataciones de la Autoridad, al haber suspendido a un proveedor de la misma (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial).

Contrario a lo aducido por la sociedad recurrente, esta Procuraduría estima que los señalamientos utilizados para cuestionar la legalidad del acto administrativo demandado carecen de asidero jurídico, por resultar extemporáneos, tal como se explicara a continuación.

En efecto, a juicio de este Despacho los argumentos de la actora para oponerse a la concesión de la prórroga ordenada por la entidad para la entrega del bien contratado, así como para oponerse a la multa que le fue impuesta resultan extemporáneos, puesto que ambas medidas fueron adoptadas por la Autoridad, a través de la resolución ACP-FAAQ-RM11-C-249283-02 de 12 de septiembre de 2011, la cual es de fecha anterior a la del acto acusado, y contra este acto administrativo la sociedad recurrente no presentó en la vía gubernativa ningún recurso dirigido a impugnarlo, por lo que ambas medidas quedaron en firme y los cuestionamientos que hace la recurrente respecto a tales decisiones resultan improcedentes (Cfr. fojas 78 y 194 del expediente judicial).

Por otra parte, tampoco le asiste la razón a la sociedad recurrente al señalar que la Autoridad del Canal de Panamá debió abstenerse de resolver el contrato por causa imputable a la contratista e inhabilitarla para contratar con la entidad, para lo cual argumenta que su omisión en la entrega del bien requerido obedeció a un motivo de caso fortuito, como lo fue el terremoto acaecido en **Japón en marzo de 2011**, lo que también resulta extemporáneo habida cuenta de que dicho evento ocurrió con anterioridad al 4 de julio de 2011, fecha en que le fue adjudicado el contrato CDC-249283-AGA, es decir, más de 3 meses después de haberse producido ese acontecimiento de la naturaleza.

En consecuencia, no se puede exonerar de responsabilidad a la sociedad recurrente, que pretende sustentar su incumplimiento en la existencia de un fenómeno natural ocurrido con anterioridad a la adjudicación del contrato; y que por tal circunstancia no le resulta aplicable el supuesto de hecho establecido en la cláusula 4.28.64, incorporada al pliego de cargos que sirvió de base al contrato bajo estudio, y que es del siguiente tenor:

“4.28.64. CAUSAS DE FUERZA MAYOR O CASOS FORTUITOS. No constituirá causa imputable al contratista y por tanto no se podrá resolver el contrato al contratista ni cargar multas a éste en aquellos casos en que el incumplimiento del contrato se deba exclusivamente a sucesos que constituya fuerza mayor o caso fortuito.

Se entenderá como fuerza mayor o caso fortuito aquel suceso imprevisto, ajeno a la voluntad del obligado que, una vez surgido, el Contratista no pudiera haberlo evitado o mitigado razonablemente y el cual impide al Contratista el cumplimiento de sus obligaciones. Ejemplos de estas casuales, siempre y cuando no sean imputables al Contratista y sin limitarse a las aquí mencionadas, son: fuegos, inundaciones, epidemias, huelgas llevadas a cabo por personas distintas a las del personal del Contratista y de sus subcontratistas, cuarentenas y situaciones climática inusuales como terremotos, huracanes o tifones.

El Contratista deberá notificar al Oficial de Contrataciones por escrito, a más tardar al día siguiente hábil del momento en que se vea afectado por algún suceso de fuerza mayor o caso fortuito que le impida o retrase en el cumplimiento del contrato.

El Contratista podrá solicitar una extensión en el término de cumplimiento del contrato, siempre y cuando se compruebe que efectivamente se produjo la causal de Fuerza mayor o caso fortuito aducida por el contratista y que ésta le hubiese ocasionado un retraso comprobable. El término de la extensión dependerá del retraso que le hubiere causado la contratista el suceso.

Los costos adicionales ocasionados por el evento de fuerza mayor o caso fortuito serán responsabilidad del contratista”.

Como se advierte de la lectura de la cláusula contractual antes indicada, la causal de fuerza mayor o casos fortuitos guarda relación con aquellos sucesos imprevistos que, una vez surgidos sin que el contratista pudiera evitarlos o

mitigarlos razonablemente, le impiden el cumplimiento de sus obligaciones; situación que, como hemos visto, no ha ocurrido en la situación o caso bajo examen, habida cuenta de que el hecho al que se recurre como causa justificante del incumplimiento había ocurrido más de tres meses antes de la fecha en que se firmó y perfeccionó el contrato; de ahí que no se trata de un suceso imprevisto para el contratista ocurrido durante la ejecución del contrato, tal como lo prevé la cláusula 4.28.64, sino de hechos muy anteriores a la adjudicación del contrato, que fueron de conocimiento universal.

La Autoridad del Canal de Panamá reafirma este criterio en su informe de conducta, al indicar que “...no cabe aducir elementos muy anteriores a la adjudicación del contrato como casos de fuerza mayor o caso fortuito que justifiquen el incumplimiento contractual y eximan de responsabilidad por dicho incumplimiento, toda vez que hubo oportunidad durante la licitación, para que la empresa CARDOZE & LINDO, S.A. hubiese previsto e informado sobre su posible afectación por el caso fortuito que argumenta. También es pertinente mencionar que conforme a la cláusula 4.28.64 del pliego de cargos único de la licitación 113104, que hace parte del contrato CDC-249283AGA, el contratista tiene la obligación de informar lo antes posible la situación que afectaba el contrato aduciendo o haciendo mención expresa de que se trata de un caso fortuito o fuerza mayor, lo cual no fue realizado por el contratista sino hasta el momento en que recurre en apelación la Resolución ACP-FAAQ-RM12-C-249283-03, del 31 de enero de 2012”. (Cfr. fojas 81 y 82 del expediente judicial).

En atención a lo expresado y ante el evidente incumplimiento por parte de la sociedad recurrente de sus obligaciones contractuales, la Autoridad del Canal de Panamá estaba obligada a resolver administrativamente el contrato por causa imputable al contratista e inhabilitarlo por 12 meses para contratar con la entidad, tal como lo establecen el numeral **1 del artículo 221** del reglamento de

contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá y la cláusula **4.28.21**, incorporada al pliego de cargos que sirvió de base para la celebración del contrato celebrado entre las partes, que son del siguiente tenor:

Reglamento de contrataciones

“**Artículo 221.** Son causales de resolución administrativa por causa imputable al contratista:

1. El incumplimiento de las obligaciones contractuales.
...” (El subrayado es nuestro).

Cláusulas generales incorporadas al pliego de cargos.

“**4.28.21** Sanción por incumplimiento de contrato.

1. El contratista cuyo contrato haya sido resuelto por causas imputables al contratista no podrá recibir adjudicación alguna como sanción por incumplimiento de contrato por el plazo de:

a. Doce meses, cuando la cuantía del contrato sea superior a B/. 100,000.00.

b. Tres meses, cuando la cuantía del contrato sea hasta B/.100,000.00.” (El subrayado es nuestro).

De la lectura de las normas antes citadas, se advierte con claridad que la actuación de la Autoridad del Canal se enmarca dentro de los supuestos de hecho que contemplan ambos textos, de allí que consideremos que el acto objeto de la presente acción contencioso administrativa no infringe en forma alguna los artículos 1, 13, 26, 90, 130 y 133 (numeral 6) del reglamento de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá.

En atención a todo lo antes expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran ese Tribunal, se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución **ACP-FAQ-RM12-C-249283-03 de 31 de enero de 2012, emitida por el oficial de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá,** ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se denieguen las peticiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

1. Objetamos, por ineficaces, las pruebas documentales visibles en las fojas 36 a 44, 51 a 54, 56, 58 y 63 del expediente judicial, por constituir copias simples de documentos públicos que no han sido autenticados por la autoridad encargada de la custodia de sus originales, 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. También se objetan, por ineficaces, los documentos visibles a fojas 25 a 35, 45 a 50, 52, 53, 55, 57, 59, 60 a 62 y 64 del expediente judicial, que son constituir copias simples de documentos de naturaleza privada, que no reúnen los requisitos de autenticidad exigidos por los artículos 856, 857 y 861 del Código Judicial;

3 Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental la copia autenticada del expediente administrativo relativo a este caso, que reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 220-12