

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 375

Panamá, 1 de agosto de 2012

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción
(Acumulación)**

La firma forense Arias, Fábrega & Fábrega, actuando en representación de **Fursys, S.A., Danny David Cohen y Mike Btsh Btsh**, solicita que se declaren nulos, por ilegales, los numerales cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno de la resolución ACP-AD-RM 12-03 de 23 de enero de 2012, emitida por el **administrador de la Autoridad del Canal de Panamá**, y para 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 la finalidad 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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 19 a 49 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 19 a 49 del expediente judicial).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 1 a 5 del expediente administrativo).

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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 65 del expediente judicial).

Décimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 51 a 64 del expediente judicial).

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

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

Décimo Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 19 a 49 del expediente judicial).

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

Décimo Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 65 del expediente judicial).

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

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

II. Normas que se estiman infringidas.

La apoderada judicial de los demandantes alega que se han infringido las siguientes disposiciones:

A. El artículo 251 del Código de Comercio que señala, entre otras cosas, que la sociedad mercantil constituida con arreglo a las disposiciones de ese código, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios para todos sus actos y contratos (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial);

B. El artículo 71 del Código Civil, el cual establece que las personas jurídicas pueden contraer obligaciones (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial);

C. El artículo 34 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, que describe los principios que informan al procedimiento administrativo general (Cfr. fojas 14 a 17 y 84 a 88 del expediente judicial); y

D. Los artículos 181 y 182 del acuerdo 24 de octubre de 1999, por medio del cual se procedió a la aprobación del reglamento de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá, que hacen referencia a la inhabilitación como un mecanismo por el cual el administrador, previo cumplimiento de los procedimientos, excluye a personas naturales o jurídicas de participar en contratos con dicha entidad; así como a sus respectivas causales (Cfr. fojas 10 a 14 y 88 y 89 del expediente judicial).

III. Antecedentes

El proceso que nos ocupa tiene su génesis en el memorando FG-3851, M-538 de 13 de abril de 2011, emitido por la Oficina del fiscalizador general de la Autoridad del Canal de Panamá, mediante el cual se remitió al gerente ejecutivo de Compras, Almacenes e Inventario el informe I-09-328 que guardaba relación con la investigación de ciertas irregularidades detectadas en algunos procesos de compra realizados por la Unidad de Salud y Bienestar Laboral; investigación que se extendió a la revisión de adjudicaciones hechas a algunas empresas, entre ellas, Fursys, S.A., y en la que se determinó que Javier Córdoba, ex empleado de la Autoridad que participó en estas contrataciones, mantenía una

relación comercial y personal con dicha sociedad lo cual no fue notificada a la institución, tal como lo obliga el artículo 134 del reglamento de contrataciones. Este informe se sustenta en las evidencias obtenidas producto de la revisión de la correspondencia electrónica intercambiada entre Javier Córdoba y el personal de Fursys, S.A. (Cfr. fojas 1 a 20 del expediente administrativo).

Según consta en el informe relativo a la investigación realizada, en la misma se pudo corroborar la falta de transparencia en los negocios que la empresa celebró con la autoridad licitante y que se resumen de la siguiente manera:

- 1.** Javier Córdoba envió a la empresa Fursys, S.A., sin autorización para ello, información confidencial que no era pública y que se refería a otros proveedores, la cual fue utilizada por ésta para realizar actos preparatorios y de redacción de especificaciones técnicas relacionadas con mobiliario de oficina y sillas ergonómicas para la participación en contrataciones con la Autoridad del Canal de Panamá, en las que intervino este expleado como agente o intermediario para la obtención de dichos contratos;
- 2.** a solicitud de Fursys, S.A., y obviando al oficial de contrataciones, Javier Córdoba entregó a dicha empresa tres cartas de recomendación firmadas por él, con el membrete de la institución; y
- 3.** La mencionada empresa, siendo proveedor de la entidad durante los últimos ocho años, contrató los servicios profesionales de Córdoba para ofrecer a sus clientes charlas sobre ergonomía, mientras éste aún era empleado de la autoridad (Cfr. fojas 1 a 4 del expediente administrativo).

En virtud de lo anterior y luego de obtener la recomendación legal de la Oficina de Asesoría Jurídica, mediante la resolución ACP-AD-RM 11-47 de 1 de agosto de 2011, se dispuso dar inicio el proceso de inhabilitación en contra de la empresa Fursys, S.A., Danny David Cohen y Mike Btsh Btsh, estos últimos en su calidad de dignatarios y representantes legales de la empresa, por la falta de honestidad en los negocios con la Autoridad del Canal de Panamá (Cfr. fojas 145 a 152 del expediente administrativo).

Culminado el proceso investigativo, el administrador de la Autoridad del Canal de Panamá emitió la resolución ACP-AD-RM 12-03 de 23 de enero de 2012, por medio de la cual se resolvió inhabilitar y excluir a la empresa Fursys, S.A., Danny David Cohen y Mike Btsh Btsh para fungir como contratistas o subcontratistas de la Autoridad, por un término de 120 meses, contados a partir del 8 de agosto de 2011 (Cfr. fojas 19 a 49 del expediente judicial).

IV. Descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

Al explicar los conceptos relativos a la supuesta violación de las normas invocadas, la apoderada judicial de los recurrentes manifiesta que la sanción de inhabilitación dispuesta en contra de Fursys, S.A., Danny David Cohen y Mike Btsh Btsh, es desproporcionada si se toman en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, ya que su relación con Javier Córdoba era estrictamente profesional, fuera de la Autoridad del Canal de Panamá; que si bien éste laboraba allí, el mismo no ocupaba un cargo de oficial de

contrataciones y no tenía el rol de decisión respecto a la adjudicación de contratos en la entidad licitante, por lo que resulta incongruente e injusto que se les castigue por supuestos actos deshonestos cuando nunca se beneficiaron en los mencionados procesos de compras (Cfr. fojas 85 a 87 del expediente judicial).

Añaden los accionantes, que el reglamento de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá no contempla la posibilidad de inhabilitar a personas naturales que funjan como dignatarios, directores o representantes legales de una sociedad, en aquellos casos en que la misma haya cometido supuestos actos que se configuren en las causales establecidas en el artículo 181 de dicho reglamento (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente).

Finalmente, la parte actora indica que tal como se advierte en la resolución que da inicio al procedimiento de inhabilitación de contratistas, antes de que pudieran formular sus descargos ya se había tomado la decisión de aplicar la sanción máxima de 120 meses, lo que, a su entender, vulnera su derecho al debido proceso legal al haberse prejuzgado el fondo del asunto sin escuchar previamente a los investigados (Cfr. fojas 15, 16, 85 y 86 del expediente judicial).

Este Despacho no comparte los planteamientos expuestos por la apoderada judicial de los demandantes al explicar los conceptos relativos a la supuesta violación de las normas invocadas como fundamento de su pretensión, puesto que al examinar las constancias de los expedientes administrativo y judicial, se observa que lo actuado por la Autoridad del

Canal de Panamá se ciñe a lo dispuesto en el reglamento de contrataciones aprobado por la junta directiva de la institución mediante el acuerdo 24 de 4 de octubre de 1999, modificado por el artículo 8 del acuerdo 54 de 29 de enero de 2002, que en los numerales 2 y 5 del artículo 182 establecen como causales de inhabilitación de un proponente o contratista, la comisión de cualquier acto que se constituya en falta en los negocios o de honestidad en las contrataciones, o bien la utilización de cualquier empleado como agente o intermediario, con el propósito de obtener un contrato con la Autoridad (Cfr. fojas 19 a 49 del expediente judicial).

Tal como se desprende del informe de la Oficina del fiscalizador general de la autoridad, existía una relación comercial y profesional entre el personal de Fursys, S.A., y Javier Córdoba, quien tenía entre sus funciones en la Autoridad del Canal de Panamá las de realizar los estudios de mercado, emitir opiniones sobre ergonomía del mobiliario y, asimismo, formaba parte de los comités de evaluación de propuestas, de allí que se entienda configuradas las causales previstas en el mencionado reglamento de contrataciones (Cfr. fojas 1 a 4 del expediente administrativo).

Igualmente, se advierte que el artículo 185 del mencionado estatuto reglamentario establece que el inicio del proceso de inhabilitación debe ser notificado al proponente o contratista, con indicación de los hechos que lo originaron y las consecuencias de la inhabilitación, para los efectos que éste pueda presentar sus descargos en un plazo de 15 días calendario, contados a partir de la fecha de acuse de recibo;

requisito que fue cumplido por parte de la Autoridad demandada, por lo que resulta ajena a la realidad del proceso la afirmación hecha por Fursys, S.A., Danny David Cohen y Mike Btesh Btesh, en el sentido que la Autoridad del Canal de Panamá desconoció su derecho a defenderse (Cfr. fojas 145 a 152 del expediente administrativo).

Bajo el mismo criterio, resulta pertinente indicar que el artículo 186 del citado reglamento de contrataciones, le confiere al administrador de la Autoridad facultad para inhabilitar a cualquier proponente o contratista, recurriendo para ello a una resolución motivada, en la que se debe explicar las razones de tal inhabilitación y el alcance de la misma, lo que también se cumplió en el caso bajo análisis (Cfr. fojas 19 a 49 del expediente judicial).

En lo que respecta a la supuesta infracción del artículo 251 del Código de Comercio y el artículo 71 del Código Civil, debe tenerse en cuenta lo señalado en el informe de conducta de la entidad demandada, según el cual el artículo 181 del reglamento de contrataciones contempla, sin lugar a dudas, la facultad que tiene la Autoridad del Canal de Panamá de sancionar mediante la inhabilitación tanto a las personas naturales como a las jurídicas como consecuencia de sus actuaciones, ya sea a nombre propio o a través de sociedades o empresas (Cfr. foja 73 del expediente judicial).

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en párrafos precedentes, este Despacho es de la opinión que la actuación administrativa acusada no ha vulnerado las disposiciones legales y reglamentarias que las partes demandantes invocan como infringidas, razón por la que

solicitamos a ese Tribunal, se sirva declarar que es NO ES ILEGAL la resolución ACP-AD-RM 12-03 de 23 de enero de 2012, emitida por el administrador de la Autoridad del Canal de Panamá y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de los recurrentes.

V. Pruebas: Se aporta como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso que nos ocupa, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

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

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 162-12