

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 096

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 1 de febrero de 2016

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Raúl Vinda, actuando en representación de la empresa **Niedgaban S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 30 de 26 de febrero de 2013, emitida por la **Directora del Instituto Rubiano**, así como la negativa tácita en la que supuestamente incurrió la referida autoridad al no dar respuesta, dentro del término legal, al recurso de reconsideración presentado en contra del anterior acto administrativo, 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 contenciosa 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. fojas 50 y 51 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 52 y 53 del expediente judicial).

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.

II. Disposiciones que se aducen infringidas:

1. Los artículos 70 y 80 de Ley 22 de 2006, sobre Contrataciones Públicas, los que en la actualidad corresponden a los artículos 79 y 90 del Texto Único de la referida ley, y que, en su orden, establecen que las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del

término previsto y la indicación que al momento de la entrega total de los bienes objeto del contrato se levantará un acta de aceptación final (Cfr. fojas 22, 25 y 26 del expediente judicial);

2. Los artículos 13 (numerales 8 y 10) y 14 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, los cuales se refieren, respectivamente, a las obligaciones de las entidades contratantes, entre éstas, recibir los bienes y efectuar los pagos; y a los derechos de los contratistas (Cfr. fojas 22, 23 y 26 del expediente judicial); y

3. Los artículos 218, 219, 242 y 244 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006 que, en su orden, disponen que las entidades deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y el contrato; los intereses moratorios cuando la entidad realiza los pagos en una fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista; al acta de aceptación final y al documento de recepción (Cfr. fojas 22, 23, 25 y 26 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de la entidad demandada.

Según consta en autos, la Directora del Instituto Rubiano, a través del Aviso de Convocatoria 2011-0-07-12-08-CM-002291, publicado el 1 de febrero de 2011, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios de la entidad, hizo un llamado a las empresas interesadas en participar en un acto público de selección de contratista para la contratación menor 2011-0-07-12-08-CM-002291, consistente en "*Mano de obra para la construcción de pared divisoria de hormigón, construcción sobre en cafetería.*" El referido acto público fue adjudicado a la empresa **Niedgaban, S.A.**, por la suma de mil doscientos noventa balboas (B/.1,290.00) (Cfr. foja 50, 51, 52 y 141 del expediente judicial).

Al respecto, debemos precisar que la obra antes indicada no pudo culminarse; puesto que, según lo expone la entidad en su informe explicativo de conducta, la empresa incumplió con la terminación de la misma (Cfr. foja 141 del expediente judicial).

La circunstancia descrita no fue impedimento para que la recurrente, mediante un escrito de 8 de enero de 2013, solicitara a la entidad demandada que **se cancelara**: "*... por Incumplimiento de Contrato en el Término de pago pactado (5 días hábiles) el monto licitado del Proyecto en los*

Criterios de Selección del Pliego de Cargos del Acto Público 2011-0-07-12-08-CM-002291.” En el mismo escrito, la actora igualmente requirió que se le pagara la suma de dos mil setecientos dieciocho balboas con sesenta y ocho centésimos (B/.2,718.68) (Cfr. fojas 37, 54 a 65 del expediente judicial).

Por su parte, la Directora del Instituto Rubiano dio respuesta a la solicitud anterior mediante la Resolución 30 de 26 de febrero de 2013, por cuyo conducto no accedió a la pretensión de la recurrente; no obstante, sí dispuso cancelar los trabajos que habían sido realizados (Cfr. foja 37 a 39 del expediente judicial).

En contra de la decisión indicada, la demandante interpuso un recurso de reconsideración; sin embargo, aduce que la Directora del Centro Educativo no dio respuesta dentro del término legal, por lo que, en su opinión, se configuró en la negativa tácita, por silencio administrativo (Cfr. fojas 21, 22 y 40 a 44 del expediente judicial).

Agotada la vía gubernativa de la forma antes descrita, la actora ha acudido a la Sala Tercera mediante la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, cuyos cargos de infracción serán analizados en conjunto por la estrecha relación existente entre los mismos.

Al sustentar la infracción de las disposiciones jurídicas que adujo en su demanda, el apoderado judicial de **Niedgaban, S.A.**, **lo hace de forma confusa**, señalando que la entidad debió ceñirse a los procedimientos que señala la ley en el proceso de contractual y, por ende, tenía cinco (5) días hábiles para recibir la obra parcialmente y emitir el documento de recepción, lo que no hizo (Cfr. fojas 23 a 25 del expediente judicial).

También expresa que se le debió efectuar el pago correspondiente dentro del término previsto, pues, le había informado a la directora de la escuela la terminación de todas las actividades del proyecto en ejecución, quedando pendiente solamente las puertas de la cocina que ésta no quiso cambiar en su momento (Cfr. fojas 26 a 30 del expediente judicial).

Esta Procuraduría disiente de los señalamientos de la demandante; ya que en el informe explicativo de conducta la entidad demandada expresó: “...*esta obra para la construcción de pared divisoria y construcción sobre cafetería del Instituto Rubiano no se concretó, toda vez que la empresa*

NIEDGABAN, S.A., incumplió con la terminación de la obra...” (Cfr. foja 141 del expediente judicial).

En igual sentido, en la propia Resolución 30 de 26 de febrero de 2013, emitida por la Directora del Instituto Rubiano, objeto de reparo, se consignó:

“... consideramos que no le asiste el derecho a la empresa en su pretensión, fundamentada en los siguientes aspectos:

1. Efectivamente no se elaboró el documento de Inspección Final, toda vez que nunca hemos considerado que la Obra haya sido concluida y muchos menos a satisfacción, ni recibida a satisfacción.

2. En el Acta de Inspección Final realizada por el Departamento de Mantenimiento, fechada 09 de agosto de 2012, se lee: **‘EN LA CUAL DETALLAMOS LOS (sic) QUE NO SE LLEGÓ A REALIZAR: INSTALACIÓN DE AZULEJOS EN LAS PAREDES NO CUMPLIERON CON EL METRAJE TOTAL, YA QUE LES FALTÓ = 30 M2 Y FUE TERMINADO POR EL DEPARTAMENTO DE MANTENIMIENTO DE SAN MIGUELITO, LA INSTACIÓN DE UNA PUERTA CON VISOR CON BISAGRAS DE DOBLE ACCIÓN NO FUE EJECUTADA POR EL CONTRATISTA.**

...” (Cfr., fojas 38 y 39 del expediente judicial).

De lo anterior, se desprende claramente que no es cierto, como lo afirma **Niedgaban, S.A.**, que hubiese culminado todos los trabajos inherentes a la contratación menor 2011-0-07-12-08-CM-002291, consistente en *“Mano de obra para la construcción de pared divisoria de hormigón, construcción sobre en cafetería.”*; razón por la cual, carecen de sustento los cuestionamientos de dicha empresa en relación con la supuesta falta de recepción de los trabajos por parte del Ministerio de Educación, así como la exigencia al pago íntegro del acto público en referencia.

En efecto, en relación con los otros montos que la actora reclama como presuntamente adeudados en concepto de los trabajos realizados y no pagados, así como los intereses derivados de los mismos, consideramos oportuno traer a colación lo establecido en los artículos 79 y 87 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 que, en su parte pertinente, establecen lo siguiente:

“Artículo 79. Pago. Las entidades contratantes deberán efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo...”

“Artículo 87. Terminación de la obra. La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acta de aceptación final, **después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato...**” (Lo subrayado es de este Despacho).

De lo expresado en las normas antes transcritas, se puede advertir que, en términos generales, en toda contratación estatal, los pagos se harán de **conformidad con lo establecido en el pliego de cargos o el contrato respectivo, y que al culminar la obra, dicho momento se concretiza a través del acta de aceptación final**, en el cual se verifica el cumplimiento de los términos pactados.

Visto lo anterior, debemos indicar que en las **condiciones especiales incorporadas a la contratación menor 2011-0-07-12-08-CM-002291**, relativas a la mano de obra para la construcción de la pared divisoria de hormigón, en el Instituto Rubiano, se estableció: **1) que la entrega de la obra debía ser en su totalidad; 2) que el término para la entrega de la misma era de diez (10) días hábiles; 3) que la forma de pago del contrato era al crédito; y 4) que el término para el pago era de cinco (5) días hábiles** (Cfr. fojas 50 y 51 del expediente judicial).

En atención a lo expuesto, podemos advertir que nos encontrábamos frente a un contrato de obra, **cuya entrega se concretaría al ejecutarse la totalidad de la misma**, que, como hemos visto, debía materializarse a través de un acta de aceptación final. Sin embargo, en la situación en estudio tal circunstancia no ha ocurrido, por incumplimiento por parte del contratista. En las condiciones especiales igualmente se estableció que la **modalidad de pago de la contratación era a crédito y que se haría efectiva en un plazo específico**, de manera tal que resulte válido indicar que la obra pactada no **estaba sujeta a entregas y pagos parciales, como sostiene la actora** (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

En conclusión, las condiciones especiales de la contratación establecidas en la orden de compra pactada entre el Instituto Rubiano y la empresa **Niedgaban, S.A.**, **no incluía entregas y pagos parciales por avance de obra, como asevera la demandante**; de ahí que lo procedente era que la **empresa terminara la obra contratada para entonces exigir el pago respectivo**, en tal sentido la entidad demandada ha sido precisa al expresar: **“... debo indicar que el plantel hasta el momento no ha recibido la obra a satisfacción, por lo tanto no existe acta final de recibido conforme y es por eso que no se puede hablar de pagos pendientes hasta que la empresa cumpla con el objeto del contrato”**, razón por la cual, en la situación en estudio la entidad demandada no

ha infringido las normas aducidas por la recurrente (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 142 y 143 del expediente judicial).

Finalmente, se advierte que la sociedad también pretende que la Sala Tercera declare que en su caso ha operado la negativa tácita, por silencio administrativo, en la que afirma incurrió la Directora del Instituto Rubiano, al no contestarle **en tiempo oportuno** el recurso de reconsideración que presentó en contra de la Resolución 30 de 26 de febrero de 2013; por lo que luego de transcurridos dos (2) meses contados a partir de la interposición del mencionado medio de impugnación, procedió a presentar en el Tribunal la demanda contencioso administrativa en estudio.

Sin embargo, no hay que perder de vista que en este caso la configuración del fenómeno jurídico de la negativa tácita, por silencio administrativo, más allá de permitirle al accionante acceder al control jurisdiccional de la Sala Tercera, no afecta la decisión adoptada por la entidad, en el sentido de estimar que no podía acceder a la solicitud que le había efectuado la sociedad **Niedgaban, S.A.**

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados **se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Resolución 30 de 26 de febrero de 2013**, emitida por la **Directora del Instituto Rubiano** y, en consecuencia, se desestime las peticiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

4.1 Pruebas que se objetan.

4.1.1 Objetamos, **por ineficaces**, las pruebas documentales visibles en las fojas 66, 57, 68 a 71, 76 a 78 y 85 del expediente judicial, por constituir **copias simples de documentos públicos** que no han sido autenticadas por las autoridades encargadas 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;

4.1.2 También objetamos, por **ineficaces**, al tenor de lo establecido en el artículo 783 del Código Judicial, las pruebas documentales visibles en las fojas 28 a 31, 33, 67 a 71, 78 a 86, 72 a 81,

93 a 102 del expediente judicial, por tratarse **de documentos privados**, que no reúnen los requisitos de autenticidad establecidos en los artículos 856 y 857 del expediente judicial;

4.1.3 Igualmente, objetamos los testimonios de Sugey Alvarado, Elizabeth Gil de Solís, Cipriano López, Geneva Villamil; puesto que, al proponerlos, la recurrente **omitió hacer referencia a los hechos que estas personas deben acreditar como testigos**, lo que no es conforme a lo dispuesto en el artículo 948 del Código Judicial, según lo ha señalado en Auto de Pruebas de 6 de marzo de 2014, que en lo pertinente indica:

“... ”

No se admiten como pruebas aducidas por la parte actora:

Los testimonios aducidos de Roger Guerra, Mireya Chong, **toda vez que no versa la solicitud bajo lo establecido en el artículo 948 del Código Judicial, al no especificarse los hechos que se pretenden acreditar por cada uno de ellos como testigos.**” (La negrilla es de este Despacho).

4.1.4 Se objeta el testimonio de **Edgar Rivera**, puesto que de conformidad con lo que consta a fojas 1 y 3 del expediente judicial, se trata del apoderado general de la empresa **Niedgaban, S.A.**, y es quien otorgó el poder al Licenciado Raúl Vinda; en consecuencia, tal testimonio corresponde en realidad a una *“declaración de parte”*, lo cual no resulta procedente, pues, al tenor de lo establecido en el artículo 903 del Código Judicial, la referida **declaración de parte** únicamente podía ser solicitada **por la contraparte**, en este caso, por la Procuraduría de la Administración, actuando en representación del Ministerio de Educación.

4.1.5 Finalmente, objetamos, por **ineficaz**, la **inspección judicial** a realizarse en el sitio de la obra, puesto que al aducirse tal diligencia se incumplió con lo establecido en el artículo 967 del Código Judicial, debido a que **no se indicó el punto o los puntos sobre lo que debe versar la misma y tampoco designó el o los peritos que debían participar** en ella en representación de la demandante, elementos éstos que deben verificarse al momento de aducirse la prueba, en este caso, en su escrito de demanda.

Al respecto, la Sala Tercera en el Auto de Pruebas número 84 de 2 de abril de 2014, dictado al decidir sobre una prueba pericial aducida en términos similares a la que ahora nos ocupa, se pronunció de la siguiente forma:

“NO SE ADMITEN LAS SIGUIENTES PRUEBAS:

...

--Los puntos 10 y 11 de la demanda Corregida, **en donde se solicita que la Sala Tercera con auxilio de perito... verifique** si el Ministerio de Obras Públicas remitió todo el expediente que vincula a Grupo Howard, S.A., para la fase de apelación de rescisión de contrato y constatar el monto que la empresa reportó al MOP mediante gestión de cobros y cuánto fue cancelado por la entidad estatal, **así como la diligencia de inspección ocular con participación de perito...** a fin de que verifique en el expediente, los periodos en que el Grupo Howard, S.A., presentó informes, **además de otras pericias.**

Dichas pruebas no son admitidas en vista que el pretensor de la misma ha omitido anunciar o designar el o los peritos contables que realizarían tales verificaciones, tal como lo exige el artículo 967 del Código Judicial... (La negrilla es de este Despacho).

4.2. Se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

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

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 413-13