

REPUBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1820

Panamá, 26 de octubre de 2022

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Alegato de Conclusión.

Expediente 330-19.

La firma forense Fábrega Molino, actuando en representación de la sociedad **Delta 9 Técnicas Auxiliares de la Construcción, S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución 267-18 DG/DAJ de 6 de noviembre de 2018, emitida por el **Instituto Nacional de Cultura**, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso descrito en el margen superior, momento procesal que nos faculta para reiterar lo expresado en nuestra contestación de la demanda, **en lo que refiere a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada por la apoderada judicial de la sociedad Delta 9 Técnicas Auxiliares de la Construcción, S.A., respecto a la decisión contenida en la Resolución 267-18 DG/DAJ de 6 de noviembre de 2018, emitida por el Instituto Nacional de Cultura, mediante la cual se resolvió administrativamente el Contrato 005-17 suscrito con la empresa demandante, que correspondía al proyecto para la "Reparación de cubierta de tejas y trabajo de mantenimiento de la antigua Aduana de Portobelo", debido al incumplimiento de las cláusulas pactadas en el mismo (Cfr. fojas 21-28 del expediente judicial).**

En ese sentido, podemos indicar que la acción en estudio se basó en que, en opinión de la apoderada judicial de la accionante, la medida adoptada por la entidad demandada transgredió el artículo 976 del Código Civil; del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el artículo 87; y de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el artículo 53 (Cfr. fojas 11-17 del expediente judicial).

Sobre este particular, al sustentar su pretensión, la parte actora manifestó lo que a seguidas se anota:

“VIGÉSIMO SEGUNDO: Ante dicha situación, DELTA muestra en numerosas reuniones con los responsables de la oficina de patrimonio histórico, su descontento con dicha decisión unilateral del INAC, solicitando un aumento de los importes ya que el monto de dinero fijado unilateralmente por INAC, no alcanzaba a cumplir con los gastos de DELTA.

VIGÉSIMO TERCERO: Al mes de agosto de 2018, DELTA mantenía un sobrecosto de los gastos incurridos, por razón de las actuaciones arbitrarias del INAC, la que se le debe agregar los costes de al menos sesenta días adicionales más hasta la aprobación de la adenda por parte de la Contraloría General de la República, ya que estos montos no fueron recogidos en la adenda económica.

VIGÉSIMO CUARTO: A la fecha, DELTA no ha recibido aceptación a dichas peticiones de indemnización, las cuales deberían haber sido recogidas en la adenda económica cuya firma propone el INAC, motivo por el cual el contratista en ejercicio de sus legítimos derechos ha venido solicitando la negociación de un nuevo monto de dinero de la adenda.

VIGÉSIMO QUINTO: Sin solucionar lo relacionado con la adopción de la Adenda, EL INAC emitió EL ACTO ACUSADO, el cual notificado por medio del sistema electrónico PANAMA COMPRAS, el día 7 de noviembre de 2018.” (Cfr. fojas 10–11 del expediente judicial).

Por nuestra parte, este Despacho **debe reiterar su oposición a los argumentos expresados por la apoderada judicial de la accionante**, toda vez que de acuerdo a las evidencias que reposan en el expediente de marras, mediante la Resolución 267-18 DG/DAJ de 6 de noviembre de 2018, objeto de reparo, la Directora Nacional del Instituto Nacional de Cultura resolvió, lo siguiente:

“PRIMERO: RESOLVER ADMINISTRATIVAMENTE el Contrato 005-17 emitido a favor de la empresa **DELTA 9 TECNICAS AUXILIARES DE LA CONSTRUCCIÓN, S.A.**, para la **‘REPARACIÓN DE CUBIERTA DE TEJAS Y TRABAJO DE MANTENIMIENTO DE LA ANTIGUA ADUANA DE PORTOBELO’**, debido al incumplimiento de las clausulas pactadas en el mismo.” (Cfr. fojas 21-28 del expediente judicial).

Al respecto, de las constancias procesales se observó que la decisión adoptada obedeció, entre otras consideraciones, a lo siguiente:

“Que la nota 1108-18 DNPH, señala adicionalmente, que la empresa Delta 9 Técnicas Auxiliares de la Construcción, S.A., no ha

entregado el comprobante de pago de Permiso de Construcción del Municipio de Portobelo, siendo información necesaria para aprobar los avances de obra.

Que el Informe Técnico de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico de fecha 5 de septiembre de 2018, indica que la inspección se realizó, con el fin de verificar el estado actual del inmueble de la Aduana de Portobelo, debido a los problemas de filtración luego de haber retirado la teja, siendo el procedimiento antes mencionado, parte de los trabajos que se estaban realizando para la reparación de la cubierta y demás trabajos de mantenimiento dentro del inmueble.

...
Que en virtud de lo anterior y conforme a lo señalado en el artículo 116, numeral 3 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (vigente a la celebración del contrato), el día veintisiete (27) de septiembre de 2018, mediante el cual se notificó a través del sistema de PanamaCompra a la empresa DELTA 9 TECNICAS AUXILIARES DE LA CONSTRUCCIÓN, S.A., que el Instituto Nacional de Cultura, consideró resolver administrativamente el Contrato 005-17, 'Reparación de cubierta de tejas y trabajos de mantenimiento de la Antigua Aduana de Portobelo' por lo cual, se le concedió un término de cinco (5) días hábiles, para que contestara y a la vez presentara las pruebas que considerara pertinentes.

Que la empresa **DELTA 9 TECNOCAS AUXILIARES DE LA CONSTRUCCION, S.A.**, no brindó respuesta a la notificación de la intención del Instituto Nacional de Cultura, de resolver administrativamente el **Contrato 005-117 para la 'Reparación de Cubierta de Tejas y Trabajos de Mantenimiento de la Antigua Aduana de Portobelo'**, en el término legalmente concedido." (Cfr. fojas 23 – 24 del expediente judicial).

En abono a lo anterior, la entidad demandada al emitir su informe de conducta, indicó lo siguiente:

"Que mediante Nota 759-18 DNPH de 21 de junio de 2018, la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico solicita formalmente aprobación a la Dirección General del Instituto Nacional de Cultura para otorgar el término adicional de ejecución, de doscientos sesenta y nueve (269) días adicionales, siendo la nueva fecha de entrega de los trabajos, el día treinta y uno (31) de octubre de 2018.

Que el día 6 de agosto de 2018, en reunión celebrada entre el Instituto Nacional de Cultura y la empresa Delta 9 Técnicas Auxiliares de la Construcción, S.A., se le solicitó mediante nota 227-18/DAJ, el endoso de la Fianza de Cumplimiento por extensión de vigencia y aumento del monto del contrato, los Paz y Salvo de la Caja de Seguro Social, del Ministerio de Economía y Finanzas y Certificado del Registro Público vigentes, la cual fue firmada de recibido por el representante legal de la empresa. Adjunto a la nota in comento, se le hizo entrega del borrador de la Adenda 1 al Contrato 005-17, para los trámites pertinentes en la compañía

aseguradora, a fin de obtener el endoso de la Fianza de Cumplimiento.

Se le advirtió a la empresa contratista la urgencia para que entregaran la documentación solicitada, indicando entonces, su Representante Legal, que lo tramitarían a la mayor brevedad posible, pero nunca fue entregada, con lo cual se aprecia el poco interés de la empresa por continuar la obra y cumplir sus obligaciones y dejando en total indefensión a la entidad al encontrarse vencida la fianza de cumplimiento.

...
Que la nota 1108-18 DNPH, señala adicionalmente, que la empresa Delta 9 Técnicas Auxiliares de la Construcción, S.A., no ha entregado el comprobante de pago de Permiso de Construcción del Municipio de Portobelo, siendo información necesaria para aprobar los avances de obra." (Cfr. fojas 174 – 175 del expediente judicial).

Así las cosas, y luego de efectuar un análisis de las disposiciones que la accionante estimó como infringidas, esta Procuraduría advierte **que no le asiste la razón**; en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por el **Instituto Nacional de Cultura** al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, fue contrario a Derecho, por supuestamente haber vulnerado las normas arriba mencionadas.

En relación con lo anterior, hacemos referencia nuevamente a las pólizas a las que, de conformidad a lo establecido en el pliego de cargos, debían mantenerse vigentes, y al día, durante el objeto del contrato.

Al respecto de la obligación arriba indicada, la entidad acusada señaló:

"Se le advirtió a la empresa contratista la urgencia para que entregaran la documentación solicitada, indicando entonces, su Representante Legal, que los tramitarían a la mayor brevedad posible, pero nunca fue entregada, con lo cual se aprecia el poco interés de la empresa por continuar la obra y cumplir sus obligaciones **y dejando en total indefensión a la entidad al encontrarse vencida la fianza de cumplimiento.**" (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 175 del expediente judicial).

Vemos pues que lo arriba expuesto, constituyó un primer elemento que se debe tomar en cuenta dentro del análisis que estamos llamados a realizar; toda vez que, como bien indicó la demandada en su informe de conducta, el que la fianza de cumplimiento se encontrara vencida, suponía un potencial peligro para la entidad contratante, el cual, no se justificaba, producto de la

obligación que la demandante mantenía; incurriéndose así, en una primera desatención a sus obligaciones como contratista.

Por otro lado, en lo que respecta al inicio de la obra, el Pliego de Cargos estableció lo siguiente:

"21.3. Inicio de la obra: Una vez aprobados el plan de trabajo y designación del Residente al Contratista previa autorización del Instituto Nacional de Cultura - INAC **iniciará los trabajos y sus operaciones normales de construcción** subsecuentes habrán de acusar el ritmo requerido por el programa de trabajo. No se reconocerán extensiones de tiempo por retrasos en el inicio de los trabajos por el incumplimiento de las condiciones previas establecidas en los artículos anteriores." (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

En relación a lo antes manifestado, nuevamente cobra relevancia el Informe de Conducta, en donde, al referirse a este punto, la entidad demandada indicó lo que a seguidas se anota.

Veamos:

"Que la nota 1108-18 DNPH, señala adicionalmente, que la empresa Delta 9 Técnicas Auxiliares de la Construcción, S.A., **no ha entregado el comprobante de pago de Permiso de Construcción del Municipio de Portobelo**, siendo información necesaria para aprobar los avances de obra." (El resaltado es nuestro) (Cfr. 175 del expediente judicial).

Resalta de lo ahí indicado, que la contratista en ningún momento entregó a la entidad contratante el Permiso de Construcción, requisito cuya tramitación previa, resultaba indispensable para el inicio de la construcción de mejoras como las que fueron objeto de la contratación bajo análisis.

Al referirnos a lo que fue la resolución administrativa del contrato, debemos indicar, que de conformidad a lo establecido en la normativa aplicable, y luego de resultar insostenibles las omisiones y dilaciones de la contratista, el **Instituto Nacional de Cultura** le notificó a ésta su intención de resolver administrativamente el compromiso contractual, otorgándosele en ese sentido, el término de cinco (5) días para que contestara, y a la vez presentara las pruebas que considerara pertinentes (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, tenemos que el 27 de septiembre de 2018, se publicó en el portal electrónico de PanamaCompra, la Nota 303-18 DG/DAJ fechada 25 de septiembre de

2018, mediante la cual se notificó a la empresa **Delta 9 Técnicas Auxiliares de la Construcción, S.A.**, la intención de resolver administrativamente el Contrato 005-17 para la *“Reparación de cubierta de tejas y trabajos de mantenimiento de la Antigua Aduana de Portobelo”*, otorgándosele, como indicamos anteriormente, el plazo de cinco (5) días para presentar sus consideraciones en relación a dicha intención (Cfr. foja 23-24 del expediente administrativo).

Por otro lado, y refiriéndonos a las causas que originaron la resolución administrativa del Contrato 005-17 de 25 de abril de 2017, tenemos que las mismas fueron claramente resumidas a través de la Resolución 039-2019-TACO- de 11 de marzo de 2019, en donde el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en grado de Tribunal de Apelación, indicó lo siguiente:

“... vemos que **inicialmente el contrato se pactó por un período de ejecución de la obra de noventa días (90) días calendarios** a partir de la fecha que se indicó en la Orden de Proceder, es decir que debió iniciar el 7 de noviembre de 2017. (Foja 361 del expediente administrativo).

En seguimiento al proyecto el INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA, realizó el 10 de enero de 2018 una inspección a la obra, y como resultado se observó que **el residente de la obra no se encontraba**, además que **el tipo de andamio que se utilizó no correspondió al requerido** en las especificaciones técnicas, así como se visualizó que **solo se había retirado el 30% de las tejas**, conforme el Informe Técnico 26180023 visible a fojas 362 a la 364 del expediente administrativo, donde la entidad recomendó informar a contratista de la situación, que se regularizaran los incumplimientos, así como se replanteara el cronograma de actividades debido al grado de atraso que presentaba la obra y por ende que se solicitara prórroga formalmente.

Posteriormente, el 23 de enero de 2018, se llevó a cabo otra inspección a la obra, básicamente en el área de la cubierta, esta vez fue requerida por la empresa contratista DELTA 9, **donde se observó un avance aproximado de 15%...**

En razón de lo anterior, mediante Nota fechada 23 de enero de 2018, la contratista solicitó extensión de tiempo fundamentado en el atraso en la ejecución de la obra, ...

Por su parte, la entidad administrativa (INAC), teniendo en cuenta los trabajos adicionales que se requerían para el suministro e instalación de las maderas del forro de la cubierta, debido al estado deplorable en que se encontró dicho forro, mediante Ajuste 01,

recomendó otorgar prórroga **de 260 días adicionales**, al igual que una adenda sobre el costo adicional por los trabajos ...

Pese a los intentos de consensuar una adenda al contrato, ... **se evidenció el atraso por parte de la empresa contratista en la presentación de los endosos** de la fianza requeridos mediante la referida Nota 227-18 DAJ de 6 de agosto de 2018.

El 5 de septiembre de 2018, se inspeccionó nuevamente el inmueble de la Aduana de Portobelo, con la finalidad de verificar el estado en que se encontraba la obra, donde se evidenciaron ciertas irregularidades detalladas en el Informe Técnico 20180643, como lo fue que durante el recorrido **nunca se observó a un personal supervisor en la obra**, así como se evidenciaron **filtraciones en el forro de madera del techo**, mostrando un **deterioro avanzado**, moho y eflorescencia, afectando también a las exposiciones y los muebles que se encontraron en el museo. (Fojas 383 – 391 del expediente administrativo).” (Cfr. fojas 28-29 del expediente judicial).

Como se pudo observar, el incumplimiento de la contratista en lo que respecta al objeto de la contratación, estuvo produciéndose desde el inicio de la obra, suscitándose avances muy por debajo de los esperados; la utilización de material distinto al pactado en el pliego de cargos; y además la falta de personal supervisor de la obra, todo lo cual, aconteció en un proyecto que originalmente fue pactado y así aceptado por la contratista, para que fuera culminado en noventa (90) días.

Por todo lo antes señalado, en el proceso en estudio resultaron aplicables los artículos 113 (numeral 1) y 115 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, tal como estaban vigentes a la fecha en que se dieron los hechos, que señalan como causal para la resolución administrativa del contrato, el incumplimiento de las cláusulas pactadas y el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que establecen:

“Artículo 113. Causales de la resolución administrativa del contrato. Como causales de resolución administrativa del contrato, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes:

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.

...”

“Artículo 115. 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, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta 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 esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

Para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.

Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 117 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.”

Actividad Probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, consideramos pertinente acentuar la nula o escasa efectividad de los medios ensayados por la demandante, a fin de demostrarle al Tribunal la existencia de las circunstancias que, desde su perspectiva jurídica, constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción contencioso administrativa de plena jurisdicción.

La Sala Tercera emitió el **Auto de Pruebas 446 de trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)**, el cual fue confirmado mediante la **Resolución del quince (15) de septiembre de dos mil veintidós**, admitiéndose como pruebas documentales las que se encuentran visibles a fojas 2, 3-4, 22-24 y 300-302, 25-33, 38-128, 129-134, 137 y 293, 138, 139 y 283, 140 y 250, 141-144 y 294-297, 149-151 y 251-253, 159, así como las apreciables a las fojas 34-37, 145-146 y 298-299, 147-148, 152-158, 254-282 y la 284-286, del infolio de marras (Cfr. fojas 309 a 311 y 348-353 del expediente judicial).

Igualmente, resulta necesario destacar que la Sala Tercera admitió como prueba aducida por esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el acto impugnado, esto es, la Resolución 267-18 DG/DAJ de 6 de noviembre de 2018, siendo así nuestro firme criterio que en base a lo que consta en autos, dichas constancias procesales prestan el mérito amplio y suficiente para que sean negadas todas las pretensiones de la accionante (Cfr. foja 311 del expediente judicial).

En lo que respecta al caudal probatorio admitido a favor de la recurrente, lo cierto es que, ninguno ha logrado acreditar que la Resolución 267-18 DG/DAJ de 6 de noviembre de 2018, objeto de reparo, carece de validez; por el contrario, ha quedado evidenciado que la medida adoptada en el acto acusado de ilegal, se efectuó dentro de los parámetros establecidos en la legislación vigente al momento de los hechos, la cual resulta ser la que disponía el Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regulaba la Contratación Pública.

De ahí que en el negocio jurídico bajo escrutinio, la actividad probatoria de la demandante no logró relevar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo acusado y acreditar de manera adecuada, lo señalado por la parte actora en sustento de su pretensión; en consecuencia, no cumplió con el principio jurídico consagrado en el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien demanda a cumplir con el deber de aportar las respectivas constancias probatorias, a fin de acreditar los hechos alegados en su libelo.

Sobre el particular, mediante la Resolución de 10 de julio de 2019, la Sala Tercera se refirió al deber que le asiste a quienes demandan, de incorporar al proceso las constancias que desvirtúen la presunción de legalidad que brinda cobertura a los actos administrativos; y acreditar el supuesto de hecho de las normas que les son favorables, señalando en torno a este tema lo siguiente:

"Luego del análisis de la normativa aplicable a este caso y analizando cada uno de los aspectos de las supuestas infracciones alegadas por el demandante, en el expediente no consta que haya aportado las pruebas para desvirtuar la legalidad del acto administrativo atacado. Todo lo anterior fundamentado en las normas relativas en este tema, por lo que las consideraciones presentadas por el demandante no fueron desvirtuadas, debido a que como lo establece el artículo 74 del Código Judicial, es preciso indicar lo siguiente:

...

Por ende, la carga probatoria se encuentra asignada a la parte demandante, quien debía aportar al proceso las pruebas de los hechos necesarios para constituir los hechos que ha enunciado, no se acreditaron, ni se aportaron los documentos necesarios para demostrar los hechos alegados en la demanda.

En consecuencia, la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL, El Decreto de Personal N° 153-A de 17 de mayo de 2016, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, su acto confirmatorio y se hagan otras declaraciones.

...” (El resaltado es nuestro).

Del precedente jurisprudencial antes expuesto, se colige que **las partes son las que deben probar los hechos que le sean favorables, de ahí que, quien alega uno o varios supuestos de hecho, deberá probarlos por los medios idóneos establecidos en nuestro Código Judicial, con la finalidad que el Tribunal pueda declarar la procedencia de la pretensión que solicita.**

En virtud de los planteamientos expuestos anteriormente, somos del criterio que al analizar el expediente de marras, se hace palpable que el caudal probatorio inserto no presta mérito suficiente para aceptar las pretensiones de la demanda; motivo por el cual, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 267-18 DG/DAJ de 6 de noviembre de 2018, emitida por el Instituto Nacional de Cultura**, y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la actora.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General