

ALEJANDRO MONCADA LUNA -- WINSTON SPADAFORA FRANCO
JANINA SMALL (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA LICENCIADA NELLY B. GUARDAO EN REPRESENTACIÓN DE AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S. A., PARA QUE SE DECLAREN NULOS, POR ILEGALES, LOS PUNTOS 2, 3, 4 Y 5 DE LA RESOLUCIÓN NO.091-2008-PLENO/TADECP DEL 10 DE OCTUBRE DE 2008, EMITIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. - PONENTE: VICTOR L. BENAVIDES PINILLA - PANAMÁ, VEINTINUEVE (29) DE ABRIL DE DOS MIL DIEZ (2010).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Victor L. Benavides P.
Fecha: jueves, 29 de abril de 2010
Materia: Acción contenciosa administrativa
Plena Jurisdicción
Expediente: 794-08

VISTOS:

La Licenciada Nelly B. Guardao, actuando en nombre y representación del AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A., sociedad registrada a la Ficha #432290, Documento #456104, del Registro Público de Panamá, en virtud del poder a ella otorgado por su apoderada general la señora Orcilia Esther Vega de Constable, ha promovido Demanda Contenciosa-Administrativa de Plena Jurisdicción, para que se declaren nulos, por ilegales, los puntos segundo, tercero, cuarto y quinto de la Resolución No.091-2008-PLENO/TAdCP de 10 de octubre de 2008, y se confirmen además, los puntos segundo y tercero de la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, emitida por la sociedad demandante.

I. PRETENSIONES DEL DEMANDANTE.

La demandante pretende, previo agotamiento de los trámites inherentes a este tipo de causa, se resuelva por parte de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, declarar la nulidad por ilegal, de los puntos segundo, tercero, cuarto y quinto comprendidos en la Resolución No.091-2008-PLENO/TAdCP calendada 10 de octubre del año 2008, emitida en este caso a saber, por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y se confirmen además, los puntos segundo y tercero de la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, que fuere proferida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen. S.A.

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

La presente demanda Contenciosa Administrativa gira en torno a que la sociedad demandante, en este caso a saber, Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., para el día 11 de julio del año 2007, dispuso mediante el procedimiento de selección de contratista denominado "Contratación Menor identificada con el No.2007-2-02-0-08-CM-000362", con la cual se pretendía la realización del proyecto de remodelación denominado "Adecuación de Baños de los Satélites A y B para personas con movilidad reducida", adjudicar a la empresa PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., por un monto de Diecinueve Mil Trescientos Veinte Balboas con 00/100 (B/.19,320.00), la referida contratación, la cual se formalizó a través de la Orden de Compra No.621 de 22 de agosto de 2007.

Arguye la defensa de la empresa demandante, que en dicha orden de compra se consignó el término para la entrega de la obra, la cual se estipuló en cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la recepción de dicha orden de proceder, la cual se constituyó el 26 de noviembre del referido año, lo cual definía como fecha límite para la entrega de los trabajos a realizar producto de la mencionada contratación, el 8 de febrero del año 2008.

Expresa el accionante de la presente vía, que en reiteradas ocasiones el Departamento de Proyectos de la Gerencia de Proyectos y Mantenimiento del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., puso en conocimiento de los contratistas su incumplimiento en cuanto al plazo para la ejecución de la obra, lo que motivó, consecuentemente, la elaboración de un informe de inspección que mostraba trabajos no culminados, que repercutió en la programación de una reunión que tuvo como propósito principal notificar a PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., del interés del

contratante en dar por resuelto el contrato debido a los perjuicios ocasionados con la demora en la entrega de los trabajos que debían realizarse en consideración a la Orden de Compra No.621 antes aludida, la cual, a su juicio, fue desatendida pese a los esfuerzos y reiteradas intenciones de que la empresa cumpliera a cabalidad con la ejecución dentro del plazo estipulado en la orden de proceder.

Añade la sociedad promotora de la presente encuesta jurídica, que en cumplimiento de lo que dispone el artículo 102 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, se le notifica a la empresa contratista mediante la Nota 01.03.0205-AL-08 de 9 de abril de 2008, la decisión de resolver administrativamente la Orden de Compra No.621 de 22 de agosto de 2007, concediéndole el término de cinco días al afectado con la intentada medida para que realizara sus descargos, quien, dio contestación a la misma, pero, de modo extemporáneo.

Ante estas circunstancias, la demandante expresa en su libelo, que sólo quedó a consecuencia del incumplimiento de parte de PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., rescindir la Orden de Compra No.621 de 22 de agosto de 2007, respecto a la Contratación Menor 2007-2-02-0-08-CM-000362, para la "Adecuación de Baños de los Satélites A y B para personas con movilidad reducida" y, de ese mismo modo, inhabilitar a dicha empresa por el término de un (1) año y ordenar el pago de los trabajos reconocidos que comprenden, a su juicio, el 20.44% de lo realizado, que resulta en la suma de Tres Mil Novecientos Cuarenta y Nueve Balboas con Treinta y Un Centésimos (B/3,949.31).

Concluye el actor esbozando que a raíz de la decisión de rescindir el contrato, inhabilitar al contratista y ordenar el pago de trabajos realizados por el orden del 20.44% de la obra, el perjudicado con la misma interpuso recurso de apelación contra la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, procediéndose a conceder dicho recurso y remitir las constancias pertinentes al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, quienes, luego de las fase propias del trámite de alzada, emiten la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008 y resuelven confirmar la resolución proferida por la entidad contratante en cuanto al punto primero; no obstante, reforma el segundo punto y en su lugar dispone tasar el período de inhabilitación del contratista en un término de seis (6) meses. Así mismo, modifica el punto tercero estableciendo que el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., deberá efectuar un nuevo avalúo a las obras realizadas por PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A.

En ese mismo orden, menciona la letrada Nelly Guardao, que el referido Tribunal concedor del medio impugnativo establece en el punto cuarto que se mantiene la suspensión del punto tercero de la Resolución 025-AL, hasta tanto se dé cumplimiento a lo señalado en el punto tercero de la resolución No.091-2008 y; respecto al punto quinto de esta última resolución, menciona que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas solicitó a la entidad contratante y hoy demandante, mantener informado al despacho para ordenar el archivo del expediente No.014-2008.

Todas estas circunstancias llevan a la parte demandante a expresar que la decisión final adoptada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante el fallo contenido en la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, viola el debido proceso y es contradictoria, ya que se deja sin decidir el caso y se ordena a la entidad contratante a realizar una diligencia luego de agotada la vía gubernativa, entre otras cosas.

III. ADMISIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA.

Mediante la resolución s/n de fecha cuatro (4) de febrero del año dos mil nueve (2009), se dispone admitir la presente demanda y se establece la orden de correr en traslado la misma al representante de la Procuraduría de la Administración y requerir del funcionario demandado el respectivo informe de conducta en un término no mayor de cinco (5) días, tal y como lo preceptúa el artículo 33 de la Ley 33 de 1946, lo cual se materializó con la emisión del oficio N°214 de 4 de febrero visible en el infolio 61 del expediente.

IV. INFORME DE CONDUCTA.

A fojas 62-77 del cuaderno contentivo de la presente demanda Contenciosa Administrativa, reposa el informe de conducta emitido por la Magistrada Irasema Tijerino, sustanciadora en el conocimiento del recurso de apelación propuesto por la contratista en contra de la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, expedida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., quien, entre sus señalamientos medulares expone que PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A. presenta el 17 de junio de 2008, escrito de apelación contra la antes referida

resolución, la cual es admitida y enviada a ese Tribunal para que se le imprimiese el trámite correspondiente atendiendo para ello las normas contenidas en la Ley 22 de 27 de junio de 2006, modificada por la Ley 41 de 10 de julio de 2008, y el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006.

Según la entidad a la cual se le requirió la presentación del informe de conducta respectivo, la sociedad PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., expresó dentro los hechos que objetaron la decisión del hoy demandante-contratante, que los actos obstructores e impeditivos ejecutados por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. fueron la cusa que impidieron culminar dentro del plazo estipulado, con los trabajos requeridos por la parte actora en esta causa y que el procedimiento utilizado para la determinación del porcentaje de la obra llevada a cabo, no se compadecía de los informes realizados por varios ingenieros (fs.63) , mientras que, por su parte, la entidad demandante expuso que en virtud de que el contratista incumplió con las cláusulas pactadas en la Orden de Compra No.621 de 22 de agosto de 2007, sólo procede el reconocimiento de un 20.44% del monto original de la misma, de acuerdo al cuadro de actividades ejecutadas por la contratista.

Argumentó la funcionaria a quien se le requirió el informe, que el aspecto controvertido en el proceso ventilado ante dicha autoridad consistía en que no resultaban imputables a la sociedad contratista las causales de incumplimiento y atraso de la obra y, además, se reclamó el monto de la suma reconocida a pagar por las labores realizadas en el proyecto, por lo que se ordenó la práctica de prueba oficiosa, consistente en el examen pericial de ingeniería con el fin de determinar el avance real de las obras ejecutadas por Panama Contractor Company, S.A. al 5 de abril de 2008, en atención a lo pactado en la Orden de Compra No.621 de 22 de agosto de 2007; no obstante, pese a la intención de realizar la prueba de inspección por parte de expertos en ingeniería, la Contraloría General de la República no participó en la constitución de la prueba amparada en el contexto del artículo 971 del Código Judicial, lo que motivó, consecuentemente, que se emitiera la resolución que por esta vía se impugna.

Expresó la funcionaria requerida, que la controversia presentada por PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., hizo referencia a la procedencia de la resolución del contrato, a la necesidad de valoración en debida forma de las labores realizadas por la contratista y a la inhabilitación decretada por la empresa contratante; por tal razón, apegada al análisis de las constancias obrantes en el expediente que conformó el proceso por medio del cual el AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A. decidió, entre otras cosas, resolver administrativamente el contrato respecto a la Orden de Compra No.621, y siendo palpable una carencia de elementos dentro del juicio en esa instancia, que determinarían la existencia de la alegada fuerza mayor que le impidió la realización oportuna de las labores contempladas en las cláusulas que conformaban los pliegos para la constitución de los trabajos allí descritos, se estimó que la sociedad licitante actuó dentro de las atribuciones legales que le confiere el ordenamiento para resolver administrativamente la Orden de Compra antes referida, para los trabajos requeridos, habida cuenta de la morosidad en las fases del proyecto que mostró la empresa contratista.

Se alude en el informe de conducta, que para el cumplimiento de las normas de contratación pública se ordenó se llevara a cabo un avalúo de las obras hasta el momento en que se suspendió la labor del contratista, ordenando con ello la intervención de un representante de la Contraloría General de la República con la participación, de ser posible, de uno en nombre de la empresa PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A.

Por otro lado, expone la autoridad que presenta el informe en cuestión, que la inhabilitación impuesta por el término de un (1) año era excesiva frente a la inexistencia de una causal de reincidencia y del monto del contrato que no superaba los Veinte Mil Balboas (B/.20,000.00).

Y, finalmente, respecto a las violaciones argumentadas en esta demanda, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Público desglosó de manera detallada su posición frente a las imputadas transgresiones de las normas que rigen la Contratación Pública en nuestro país; en ese orden, se expresó de la siguiente forma:

3. Con respecto a la supuesta violación de los numerales 1 y 2 del artículo 11 dela Ley 22 de 27 de junio de 2006, en ningún momento se ha desconocido el derecho que ostenta la entidad contratante para exigir al contratista la ejecución de la obra dentro del oportuno período para ello, así como de repetir contra la obligada a la constitución de tal labor.
4. En cuanto a la aludida violación a los numerales 4, 6, 7,8 y 13 del artículo 12, comentó que en ese orden tampoco se ha desconocido las obligaciones inherentes de la sociedad demandante, es decir, a que la misma revise periódicamente las obras ejecutadas, que cumpla con las obligaciones contractuales que le corresponde, recibir los bienes contratados y ejercer las acciones pertinentes para obtener indemnización por daños sufridos, entre otras.

5. Sobre la presunta violación al artículo 16, mencionó que no puede apreciar de qué manera se han violado los principios generales de la contratación pública como el del debido proceso, economía y responsabilidad en la contratación.
6. Referente a la violación a los numerales 1 y 4 del artículo 19, se dirigió a esta Sala para exponer que no se lesionó el poder de vigilancia que le corresponde a la entidad pública en la ejecución del contrato y la responsabilidad del jefe de la entidad licitante por el manejo del proceso de selección y la actividad contractual.
7. Acerca de la presunta violación del artículo 21, dijo que en modo alguno dentro del conocimiento del proceso el Tribunal se refirió a la interpretación de las cláusulas del contrato o de la Orden de Compra.
8. En torno a la violación de los numerales 1 y 3 del artículo 63, se informó a esta Sala, que en ningún momento se ha desconocido las potestades administrativas del contratante, sino, que no le pareció correcto la forma de fijar la liquidación del contrato.
9. En consideración a la imputada violación del numeral 1 del artículo 99, aclara que la decisión del Tribunal fue la de confirmar la resolución impugnada por el contratista.
10. Respecto a la violación del artículo 101, manifiesta a esta Sala que el Tribunal avaló el procedimiento llevado por el demandante para resolver la Orden de Compra 621 de 22 de agosto de 2007, por lo que en modo alguno se incurrió en la aludida violación.
11. En relación a la presunta violación del artículo 102, la resolución atacada por esta vía no cuestionó o desconoció la facultad del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., para inhabilitar; sin embargo, lo que se decidió fue reformar el plazo del período por el cual la entidad primaria había sancionado a la contratista.
12. En respuesta a la imputada violación del artículo 115, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas afirmó, que no se observa una descripción concreta que determine en qué consiste dicha violación, ya que dicho tribunal mantuvo la inhabilitación, sólo que por un período que fue atenuado en la resolución que hoy se impugna.
13. Sobre la violación del artículo 361 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, esta fue rechazada bajo la concepción de que la norma supuestamente infringida, se refiere a las pruebas que puedan las partes aducir o aportar luego de interpuesto el recurso, ya que la que ordenó el Tribunal se amparó en el contexto del artículo 362 del Decreto Ejecutivo No.366, respecto a las pruebas oficiosas que puede dictar.
14. Dando respuesta a la imputada violación del artículo 362, arguye que la no realización de la prueba por causas ajenas al Tribunal, no implica que se haya actuado sin fundamento jurídico alguno.
15. Y, por último, atendiendo la alegada y presunta violación del artículo 364 del referido Decreto Ejecutivo N°366 de fecha 28 de diciembre del año 2006, se externó que lo que decidió el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, fue procurar el reconocimiento del derecho del contratista al pago del trabajo efectuado, razón por la cual, se decretó la prueba en líneas anteriores mencionada.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

En la Vista Número 793 calendada 31 de julio de 2009, que descansa en los infolios que van del 79 al 87 del expediente, el Licenciado Oscar Ceville, en su calidad de Procurador de la Administración emitió concepto en relación a la controversia aquí planteada, solicitando a los integrantes de esta Sala que se declare que NO ES ILEGAL la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y se nieguen las demás declaraciones solicitadas en el libelo de la presente demanda.

En sustento de este criterio, la entidad colaboradora de la instancia señala que ha quedado acreditado en el expediente, que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP en fecha 10 de octubre de 2008, se amparó en estricto cumplimiento a las disposiciones que regulan esta materia (art. 354 Decreto Ejecutivo #366), por cuanto tanto la modificación del plazo de inhabilitación al cual se vio afectado el contratista por la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, dictada por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, así como la ordenanza de la elaboración de una experticia que determinara el valor real del

porcentaje de la obra llevado a cabo (art. 362 Decreto Ejecutivo #366), fueron valoradas en estricto apego a las normas que definen con claridad todo lo relativo a las Contrataciones Públicas.

VI. ALEGACIONES FINALES DE LAS PARTES.

Sobre esta etapa procesal dentro de este proceso Contencioso Administrativo, tal cual lo prevé el artículo 61 de la Ley N°135 de 30 de abril de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley N°33 de 11 de septiembre de 1946, sólo podemos comentar que ninguna de las partes involucradas en la presente encuesta jurídica hizo uso de la misma, por cuanto sólo queda entonces a esta Sala proceder a emitir sus consideraciones finales, a lo cual pasamos de inmediato.

VII. ANÁLISIS DE LA SALA.

En consideración a que se han surtido todos los trámites establecidos por la Ley para este tipo de procesos, la Sala se avoca, seguidamente, a proferir la decisión correspondiente, previa las siguientes consideraciones.

Tenemos así que la pretensión ensayada por medio de esta vía, radica en la concepción que tiene la sociedad Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., de que los puntos segundo, tercero, cuarto y quinto de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP, expedida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el día 10 de octubre del año 2008, son NULOS, por ilegales.

En ese sentido, intenta la demandante por medio de esta acción, que se reforme el punto segundo antes aludido en el cual se reforma y, consecuentemente, se disminuye el período de inhabilitación al cual se vio sometido la sociedad PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A. al momento de ser resuelto de forma administrativa el contrato suscrito entre ambas partes y, en su lugar, se mantenga imposibilitada a la contratista por el plazo dictaminado en la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, emitida por la contratante, es decir, por el término de un (1) año.

La demandante espera en esas mismas condiciones, se modifique el punto segundo de la resolución que hoy se impugna a través de la presente encuesta, en el cual se impone al contratante que efectúe un nuevo avalúo de las obras ejecutadas por la contratista hasta el momento en que se dictaminó suspender los trabajos allí realizados; situación que se consideró ejecutar con la intervención de la Contraloría General de la República y de un representante, de ser posible, de parte de la empresa afectada con la resolución del contrato.

Como consecuencia de las declaraciones antes descritas y que la parte proponente de esta acción requiere se emitan por parte de esta Sala, solicita la demandante se confirmen entonces los puntos segundo y tercero de la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, proferida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.

En ese orden, otras de las expectativas que derivan de las pretensiones del demandante es la que se refiere a la revocatoria del punto cuarto de la resolución impugnada, que ordena mantener la suspensión del punto tercero de la Resolución No.025-AL hasta el momento en que se verifique la consecución del nuevo avalúo a las obras realizadas hasta el momento de la suspensión ordenada por la parte actora en esta causa.

Como punto de conclusión de las declaraciones pedidas por el accionante de la vía contencioso-administrativa, se requiere que la Sala revoque el punto quinto de la resolución objetada en este proceso, que dispone que el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. mantenga informado al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de que se han ejecutado las ordenanzas que derivan de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP, para entonces ordenar el archivo del expediente No.014-2008 ventilado ante el ente administrativo demandado en este momento.

Ahora bien, como cuestión de orden y que sin lugar a dudas es de vital importancia definir en el curso de este proceso, procederemos a continuación a realizar un pormenorizado e individual análisis de los cargos de ilegalidad o las imputadas violaciones de las disposiciones legales en que se amparó el ente administrativo demandado, al momento de proferir su decisión a través de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008.

Advertimos entonces, que se alegan infringidos los artículos 11 (#1 y 2), 12 (#4, 6, 7, 8 y 13), 16, 19 (#1 y 4), 21, 63 (#1 y 3), 99 (#1), 101, 102 y 115 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública; y los artículos 361, 362 y 364 del Decreto Ejecutivo N°366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley

#22 antes mencionada. Por ello, a continuación realizaremos un estudio de cada uno de los cargos de infracción cometidos.

I. VIOLACIÓN DE LOS NUMERALES 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Sobre la posición adoptada con respecto a la presunta violación de los numerales 1 y 2 del artículo 11 de la Ley No.22 de 2006, pertinente resulta señalar, que si bien la entidad administrativa demandada no confirmó en todas sus partes la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, ello no quiere decir que dicha autoridad carecía de competencia para delimitar el asunto sometido a su conocimiento por vía del recurso de apelación.

Es claro que el artículo 102 de la Ley 22 de 2006, otorga competencia a la autoridad o servidor público encargado de decretar la resolución del contrato, de inhabilitar en ese mismo acto a la empresa afectada con la medida; sin embargo, dicha normativa no quedó limitada en su redacción por el Legislador, a que sólo la parte encargada de resolver el contrato sería la que de manera privativa podría determinar el grado o término de la sanción impuesta para evitar que durante ese período la perjudicada contratase nuevamente con El Estado. Nótese que en dicha disposición los Congresistas previeron que la Dirección General de Contrataciones Públicas reglamentaría dicha materia y, en ese rumbo y posterior a ello, se reglamentó la figura de la inhabilitación dentro del contexto del Decreto Ejecutivo N°366, específicamente, en su artículo 368 en el cual, del mismo modo, se le atribuye esta facultad al contratante.

Sin embargo, apreciar de una manera aislada y restrictiva dicha norma, sería desconocer abiertamente la facultad jurisdiccional otorgada al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas por el artículo 319 literal b del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2008, que dice:

“El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas es el órgano facultado por la Ley 22 de 27 de junio de 2006 en sede administrativa, para:

- a)
- b) Conocer en apelación con efecto suspensivo, la resolución que resuelve administrativamente un contrato.
- c)

Aunada a esta función jurisdiccional otorgada legalmente al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas por el citado artículo 319 del referido Decreto-Ejecutivo, resulta obligante ligar a dicha disposición lo que establece el artículo 354 del mismo, o sea, las decisiones que este ente puede adoptar al momento de resolver la inconformidad mostrada por el recurrente. Es así entonces, como el mencionado artículo señala que:

“El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a:

6. Confirmar lo actuado por la entidad contratante,
7. Modificar lo actuado por la entidad contratante,
Revocar lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado,
8. Anular lo actuado por la entidad contratante. (Art. 114 L 22-2006)

De las disposiciones antes transcritas y de los hechos expuestos se colige, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas no violó o infringió los numerales 1 y 2 del artículo 11 de la Ley 22 de 2006, por cuanto, el Decreto Ejecutivo N°366 del 28 de diciembre de 2008, es precisamente, el medio por el cual se reglamentó la Ley de Contrataciones Públicas y la utilización de una y otra reglamentación, se hace necesaria e imperante para poder cumplir con los principios de transparencia y debido proceso al que se debe toda contratación pública, además, que la resolución cuestionada por esta vía en modo alguno vulneró el derecho del contratante de poder exigirle al contratista la ejecución idónea de la obra a realizarse cuyos pliegos fueron debidamente definidos en su momento (art. 11 #1) y, no se debate en este proceso la indemnización que pudiese tener lugar el incumplimiento que motivó la resolución del contrato por parte de la contratante (art. 11 #2).

II. VIOLACIÓN DE LOS NUMERALES 4, 6, 7, 8 Y 13 DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Sobre la alegada violación de los numerales 4, 6, 7, 8 y 13 del artículo 12 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, apropiado resulta expresar que la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas reflejada en la Resolución No.090-2008-Pleno/TAdCP, no está concebida en aras de entorpecer o minimizar las obligaciones de la contratante, en este caso a saber, el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., pues, lo decidido en dicha resolución no vulnera las facultades allí instituidas para el ente administrativo en cuanto a la revisión periódica de las obras y que la misma cumpla con sus obligaciones dimandantes del contrato suscrito entre las partes, entre otras. Por esta razón, en cuanto al cargo de violación que se le atribuye al demandado respecto al precepto citado, no se ha probado el mismo.

III. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Atendiendo ahora el cargo de violación formulado en contra del demandado respecto al artículo 16 de la Ley 22 de 2006, oportuno resulta para esta Sala mencionar que la disposición sobre la cual presuntamente se cometió una infracción, regula esencialmente los principios generales de la contratación pública, entre los cuales se menciona el debido proceso, la responsabilidad de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa y las reglas de interpretación de la contratación, lo que nos demuestra entonces que lo decidido en la resolución que motivó esta acción contencioso-administrativa no ha transgredido dicha normativa, ya que es evidente la facultad de confirmar, revocar, modificar o anular, que tiene el demandado al tenor de lo que establece el artículo 354 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2008, mismo que surgió a la vida producto de la necesidad de reglamentar la figura de la "inhabilitación" contemplada en dicha legislación, amén que dentro del contexto de la misma, se tiene previsto que con posterioridad a dicha legislación (Ley #22 de 27 de junio de 2006) se habría de reglamentar sobre esta materia (ver art. 102 Ley 22).

Resulta llamativo que el reclamante afectado con la supuesta violación a la norma, estime que resultaba procedente que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas CONFIRMARE en todas sus partes la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, proferida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., amparada en el artículo 354 del Decreto Ejecutivo N°366 de 28 de diciembre de 2006, porque en este caso, obviamente le resultaba favorable; pero, que habiéndose encontrado con puntos contrarios a la resolución inicialmente emitida por la autoridad administrativa facultada y encargada de resolver administrativamente el contrato suscrito con PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., ahora entonces, dicha disposición del mencionado decreto ejecutivo, no resultaba ser aplicable por parte de la entidad demandada por encontrarse en un nivel inferior en el ámbito de la jerarquía de las leyes, sobre la Ley 22 de 2006.

Bajo el principio de la lógica, es evidente que si una norma es aceptada al momento en que su aplicación redunde en un beneficio, así mismo debe ser estimada cuando no le favorece, pues, no aceptar esta condición sería mostrar una posición desleal con todos aquellos que han de ser regidos y sometidos al conocimiento y aplicación de las leyes y otros estatutos legales que existen en todo Estado de derecho.

IV. VIOLACIÓN DE LOS NUMERALES 1 Y 4 DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

En torno al concepto de violación plasmado en el libelo de la demanda por parte de la defensa del demandante y respecto a los numerales 1 y 4 del artículo 19 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, esta Sala debe señalar que la propia confirmación de la resolución del contrato, aunque en este momento se advierta que fue de manera parcial, evidencia la salvaguarda de las garantías existentes en la normativa acusada de infringida por la sencilla razón de que fue, precisamente, en consideración al incumplimiento de parte del contratista que así lo dispuso el contratante en la Resolución No.025-AL, que se aceptó válidamente la resolución decretada por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.

V. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Con respecto a la acusada violación del artículo 21 de la Ley 22 de 2006, presentada en iguales circunstancias que en otras ya referidas, es vital señalar que la esencia del artículo 102 de la Ley 22 de 2006, no está limitada a consideraciones aisladas que permitan generarse conceptos particulares sobre la supuesta facultad privativa que tienen las entidades contratantes de El Estado para la aplicación de las sanciones de inhabilitación, sin ser sujetas a conocimiento de otra instancia. Esto a todas luces sería una posición contraria a la permisibilidad de ser sujetas las decisiones proferidas por el ente administrativo contratante, que otorga el artículo 354 del Decreto Ejecutivo N°366 de 2006 en concordancia con el artículo 319 literal b del mismo texto regulatorio.

VI. VIOLACIÓN DE LOS NUMERALES 1 Y 3 DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Ahora corresponde valorar los cargos de infracción sobre los numerales 1 y 3 del artículo 63 de la Ley 22 de 2006, alegados por el demandante. En ese orden debemos comentar, que la decisión de confirmar la resolución del contrato dictaminada por la sociedad demandante avala la tesis de que no se ve infringido el articulado acusado de ser violado en su interpretación y aplicación, ya que al momento de que el ente administrativo resolvió el mismo, se materializa el espíritu de dicho precepto, que le permite al contratante ejercer la dirección general de todo lo que derive de la relación contractual que emana del instrumento en el cual se perfecciona la ejecución de determinados actos o labores, apegándose en todo momento al cargo de pliegos en él insertos. Por lo tanto, no vemos infracción cometida por la autoridad demandada con respecto a esta norma.

VII. VIOLACIÓN DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Seguidamente, hemos de tocar el aspecto relacionado con la alegada violación del numeral 1 del artículo 99 de la Ley 22. Al respecto podemos mencionar que dicho articulado se refiere a las causales de resolución administrativa del contrato y se menciona como la primera, el incumplimiento de las cláusulas pactadas en el mismo. En consideración a este aspecto, resultaría en este caso redundante volver a señalar que la mera confirmación de la resolución del contrato indica claramente que no ha sido infringida dicha disposición legal.

VIII. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 101 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

En iguales circunstancias se encuentra la infracción alegada sobre el artículo 101 de la Ley 27 de 2006, toda vez que la modificación y revocatoria dictaminada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Pública en su Resolución No.091-2008-Pleno/TAdeCP, no contravienen los argumentos que dieron lugar a la resolución del contrato por parte del contratante Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., sino, más bien, los cambios de la Resolución No.025-AL se fundan en criterios que no influyeron en la decisión de confirmar la resolución del contrato que vendría a constituirse en el factor primario en el proceso administrativo que el contratante inició por facultad expresa de Ley y que permitió evitar la extensión de daños y perjuicios que pudiese sufrir la demandante por el incumplimiento del contratista de las cláusulas del contrato derivado de la Orden de Compra No.621.

IX. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Corresponde seguidamente, analizar con sumo cuidado la imputada violación del artículo 102 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006. Siguiendo con los parámetros plasmados con anterioridad podemos revelar, que la naturaleza de dicha disposición legal no está dirigida indiscutiblemente a conceptuar la normativa como de aplicación privativa por parte de la sociedad demandante Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., y que en este caso quien figura como sujeto pasivo en la presente acción contencioso-administrativa, se haya extralimitado en la aplicación de mandatos contrarios a la competencia asignada por dicha disposición legal.

Precisamente, la parte accionante no puede alegar que la demandada se excedió en su valoración respecto al ámbito que resulta aplicable por cuenta del artículo 102 de la Ley 22 de 2006, al haber, a su juicio, estimado que esta entidad se amparó en lo que prevé el artículo 317 del decreto ejecutivo 366 de 2006, pues, la propia disposición que alega la parte demandante -se vio sometida a un exceso de criterio por parte de la demandada-, consigna que esta materia debe ser reglamentada por dicha entidad.

De esta manera se puede apreciar, que justamente este Decreto Ejecutivo No.366 que resulta ser posterior a la emisión de la ley en cuestión, es el que vino a reglamentar la referida Ley 22; y ello no significa, que ahora que la aplicación de esta reglamentación resulta contraria a los intereses de una de las partes involucradas, estime que el mecanismo regulatorio carezca de la fuerza necesaria para ser valorado por encima de la Ley.

Claro está, que la intención del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, era controlar de forma legal la normativa que regulaba esta materia en la Ley 22 de 27 de junio de 2006, pues, como antes expresáramos, no podía quedar al arbitrio de la entidad administrativa primaria, la posibilidad de sancionar a su entera consideración o discrecionalidad sin restricciones de ley alguna. Es por ello, que si bien la categoría en el orden de la Ley es inferior, ello no quiere decir que se aplique con intención de menoscabar los derechos que puedan derivar de la Ley 22, sino de regular concienzudamente el mecanismo sancionatorio en una instancia distinta al que decide por ley resolver un contrato de forma administrativa como lo prevé el ordenamiento positivo, observándose con ello la salvaguarda del principio de igualdad de las partes al que hace alusión el artículo 199 numeral 8 del Código Judicial y la aplicación de los principios del debido proceso y estricta legalidad a los que se refiere el artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

Adoptar una posición restrictiva sobre el hecho de que sólo la entidad contratante puede sancionar al tenor de lo que dispone el artículo 102 de la Ley #22-2006, sin ser objeto de supervisión o regulación por otra entidad

superior, sería considerar la existencia de una ilimitada facultad condenatoria sin restricción legal que violaría a todas luces ese principio del debido proceso al que todo proceso está sometido por mandato legal al cual nos hemos referido en el párrafo anterior; principio éste que deriva inclusive del mayor mandato legal en todo territorio soberano, la Constitución Política.

Inclusive, para salvaguardar esta garantía o principio de la doble instancia, mediante la Ley 41 de 10 de julio de 2008, se reformó a través del artículo 11 de la misma, el artículo 104 de la Ley 22 de 2006, quedando el mismo de la siguiente forma:

“Artículo 104. Creación. Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia, de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.
2. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista. (lo subrayado es de la Sala).
3. Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.

Sin discusión alguna y restringida ahora su interpretación con esta modificación, para el uso que ha querido otorgarle el demandante en este caso, el citado precepto evidencia que por mandato de Ley y no por una regulación de menor jerarquía a la misma, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, está legalmente facultado para conocer las decisiones adoptadas por el ente con competencia para resolver el contrato e inhabilitar a cualquier contratista, precisamente en virtud del recurso vertical de apelación contra esas decisiones que, indudablemente, evidencian en el numeral 2 del mencionado artículo 104, que será respecto a la resolución administrativa de un contrato y la inhabilitación del contratista, lo que desvirtúa la tesis del demandante de que se incurrió en violación por ampararse en una supuesta norma inferior a la que otorga la competencia para sancionar con el acto de inhabilitación previsto para quienes incumplan con lo pactado en un contrato suscrito con El Estado para el otorgamiento de un servicio o labor en especial.

Sencillo resulta advertir, que si la norma le permite al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, conocer del recurso de apelación interpuesto por el contratista en contra de la determinación de parte del contratante de la resolución del contrato y la inhabilitación a que fuere sometida la primera, es precisamente para que este ente encargado de adoptar la categoría de Tribunal de Segunda Instancia, pondere las actuaciones del contratante y decida si hubo exceso o aplicación indebida de una sanción y proceda inmediatamente a su reforma, modificación o revocatoria.

X. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 115 DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006.

Nos avocamos seguidamente, a realizar el análisis de los cargos de infracción imputados a la parte demandada conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

En ese sentido, el artículo sobre el cual se imputa el cargo de violación por comisión de parte del ente administrativo demandado en esta causa contenciosa administrativa, reza de la siguiente manera:

“Artículo 115: Apego a las normas. Todos los procesos se efectuarán con arreglo a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía y

eficacia y con apego al principio de estricta legalidad.”

De la norma transcrita se evidencia plenamente, que todo proceso administrativo y sus consecuentes fases ante el ente primario y el superior, en el caso de la segunda instancia, deberán, en todo caso, apegarse al principio de estricta legalidad; es decir, que en el curso de todo proceso ventilado en la esfera administrativa, la propia legislación regulatoria de dicha materia tiene contemplado como un principio universal, el acogimiento a los procedimientos legales existentes de una bien empleada legalidad de los actos definidos por autoridad competente para cada caso. En otras palabras, al dilucidar cualquier tipo de proceso la autoridad encargada de velar por su tramitación, siempre ha de estar aparejada en sus actos al principio de legalidad.

En este caso en particular, a juicio de la Sala, quien acude a esta jurisdicción en busca del reconocimiento de un derecho consignado en la ley substancial, cuenta con un sustento legal para imputar el cargo de infracción cometido por la entidad demandada.

Sobre este aspecto resulta importante acotar, que en efecto, la entidad demandante al emitir consideraciones en la parte resolutive de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, por medio de la cual modificó algunos puntos de la decisión adoptada en la Resolución No.025-AL de 4 de junio de 2008, por parte del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., violenta abiertamente la esencia del artículo 115 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, pues el punto tercero de la resolución que hoy motiva esta acción contenciosa-administrativa y que modificó el punto tercero de la resolución emitida por la entidad contratante, resulta contrario a los lineamientos de la norma que exige apegarse a los trámites legales en todo proceso que diriman controversias entre la entidad contratante del Estado y el particular.

Nótese que al modificarse el punto tercero de la Resolución N°025-AL, a través de la Resolución que emitiera el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se ordena la realización de un nuevo avalúo de las obras ejecutadas por la contratista hasta el momento en que se determinó suspender las labores realizadas por PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., posición que evidentemente pugna con el artículo 364 del Decreto Ejecutivo N°366 de 28 de diciembre de 2006, que regula la notificación de la resolución que decida el recurso instaurado contra la resolución administrativa de un contrato (Ver Capítulo IX del referido Decreto-Ejecutivo); esto es obviamente, en concordancia con lo estipulado en el artículo 116 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

Esta argumentación obedece a que la disposición a la cual nos hemos expresado en el párrafo anterior, trata sobre el agotamiento de la vía gubernativa, concluyendo que contra la resolución emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas no se admite recurso alguno, salvo la acción correspondiente ante esta Sala, situación que nos ocupa en estos instantes.

Lo dispuesto en el punto tercero de la Resolución No.091-2008, sólo refleja una determinación tomada por el ente administrativo que resolvió la apelación contra el contratante, bajo la hipotética posibilidad de que se practique una prueba luego de haberse agotado la vía gubernativa. El acto de la notificación surtido sobre la impugnada resolución a través de este procedimiento contencioso-administrativo, agotaba la vía gubernativa, y por lo tanto, impedía al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas abrir una brecha con ese dictamen que permitiera inclusive, estimar para alguna de las partes involucradas, que se pueda emitir una consideración futura al ordenar la práctica de una prueba que ya se había intentado de manera oficiosa por tal entidad dentro del marco que la ley otorga para tal actuación (ver último párrafo de la foja 2).

Siendo que la prueba en cuestión no se surtió por razones que sólo quedaban al ente administrativo definir antes de resolver la alzada, mal podía entonces dirimir la controversia y dejar sentado, dentro de un fallo final que no era susceptible de otra impugnación en esa instancia (sólo la acción que ahora nos corresponde verificar), la posibilidad de practicar una prueba en circunstancias en que el trámite procesal que la propia legislación regulatoria de esta materia contempla para ello, había precluido.

Por otro lado, el punto cuarto de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, en iguales circunstancias contraría el principio de estricta legalidad que regula el artículo 115 de la Ley 22 de 2006, por cuanto el mismo mantiene la suspensión del punto tercero de la Resolución 025-AL expedida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., bajo el supuesto de que se cumpla con el punto tercero de la resolución que generó la presente encuesta jurídica ante esta Corporación de Justicia; punto este, sobre el cual se expresó con anterioridad que resulta violatorio de la norma acusada de infringida.

En torno al punto quinto de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP, en iguales condiciones resulta ser notoriamente violatorio de ese principio de legalidad, ya que si dicha resolución agota la vía gubernativa, carece de

lógica común que el proceso se mantenga aperturado hasta tanto se cumplan con posiciones que han sido analizadas por esta Sala y que evidentemente resultan ser contradictorias a derecho.

Por lo tanto, el cargo de infracción cometido por parte del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas respecto al artículo 115 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, reglamentada por el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006 y reformada por la Ley N°40 de 10 de julio de 2008, esta última dictada inclusive antes de que se accionara la presente vía contenciosa administrativa (15 de diciembre de 2008), resultan plenamente válidos.

XI. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 361 DEL DECRETO EJECUTIVO No.366 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2006.

En este cargo de infracción imputado al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, vemos que le asiste razón al proponente de esta causa legal, ya que al ordenarse la realización de una prueba en el fallo final en el cual se desata de forma definitiva el recurso de apelación ensayado por parte de quien se vio desfavorecido o afectado con la resolución del contrato administrativo emitida por la entidad contratante, se está tocando un punto o fase procesal instituido para un momento procesalmente regulado dentro del desarrollo propio e inherente a esos juicios ante tal autoridad administrativa.

Es por ello, que si la etapa de pruebas había precluido, sólo quedaba entonces al dirimente del recurso de apelación, optar por emitir sus consideraciones finales sin permitir la viabilidad de una etapa procesal en un momento totalmente improcedente, como es el caso suscitado ante el referido tribunal.

XII. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 362 DEL DECRETO EJECUTIVO No.366 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2006.

Corresponde ahora evaluar la alegada transgresión del artículo 362 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, que, en este caso en particular, según se desprende de las constancias alegadas y probadas por la parte demandante, encuentran una apreciación de respaldo por parte de esta Sala, dado que la normativa acusada contiene una facultad inserta que le permite al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ordenar la práctica de cualquier prueba que estime necesaria para esclarecer los hechos fundamentales para arribar a la decisión en el proceso. Así mismo lo permite el artículo 182 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, al considerar que la autoridad de segunda instancia está facultada para ordenar que se practiquen aquellas pruebas que sean indispensables o necesarias para esclarecer los hechos fundamentales para adoptar una decisión.

No obstante, esta facultad prevé que esta opción otorgada a quien dirime y debe resolver el recurso de apelación resulta aplicable sólo antes de arribar a la decisión final, lo que evidentemente prueba que no puede tomarse esa facultad para emplearla al momento del fallo, pues, en ese momento en el cual se resuelve el medio de impugnación no puede abrirse el marco de continuidad de una causa que, con tal decisión final, agota la vía gubernativa a la cual no le cabe recurso alguno, sólo, como reiteradamente en párrafos anteriores mencionáramos, es susceptible de ser objeto de las acciones ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

XIII. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 364 DEL DECRETO EJECUTIVO No.366 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2006.

Finalmente, sólo queda evaluar la supuesta infracción del artículo 364 del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, sobre lo cual hemos de señalar que de las constancias obrantes a lo largo de este proceso se desprende con claridad, que en efecto, dicha disposición en iguales condiciones ha sido violentada al mantener una orden de realizar una prueba al momento de dirimir de forma final el conflicto en la vía gubernativa y propiciar su apertura hasta tanto se cumpla con esta improcedente ordenanza.

Esta concepción deriva de la sencilla lectura de la norma acusada, pues, la misma presupone que una vez notificada la resolución proferida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, sobre la cual no puede promoverse recurso alguno, sólo la acción ante esta Sala, deviene sin objeto alguno, que se intente realizar una prueba que en su momento fue ordenada por iniciativa de quien resolvió el medio impugnativo, pero que no se realizó en atención a la posición argumentada por la Contraloría General de la República en Nota Núm. 1708-Leg. A.J.I. de 23 de julio de 2008 que reposa en el cuadernillo de pruebas que forma parte integral del presente proceso.

Ahora bien, adicionalmente al análisis acucioso que ha merecido la presente contienda contenciosa-administrativa en cuanto a las normas que se alegan haber sido infringidas por la entidad demandada al momento de proferir su fallo contenido en la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP, nos permitiremos realizar algunas exposiciones especiales referente a la misma.

El Proceso Contencioso-Administrativo no es más que la vía judicial por medio de la cual se acciona en contra de la Administración. Constituye en este caso un medio, previsto por la Constitución y la Ley, de control jurisdiccional de los actos emanados por la administración pública, puesto que representa una instancia por medio de

la cual los administrados (entiéndase por éstos todos aquellos que formamos parte del colectivo de la sociedad sujetos a los controles legales) pueden lograr la defensa de sus derechos e intereses, cuando se vean afectados por actos administrativos que, a través de este tipo de causa, acusen de ilegales.

Este proceso ensayado por parte del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., surgió de la búsqueda de un reconocimiento por parte de autoridad competente, de los derechos se estiman fueron transgredidos por parte de la entidad demandada a través de la decisión inserta en la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y que fue el resultado de la verificación de las actuaciones que el hoy demandante tuvo al momento de emitir la resolución No.025-AL a través de la cual se determinó la resolución del contrato e inhabilitación a cargo de la contratista, en este caso a saber, PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A.

Luego de definir individualmente cada uno de los cargos imputados por la demandante respecto de las normas que regulan el procedimiento administrativo relacionado con la Contratación Pública, resulta entonces determinante verificar que se haya cumplido con ese principio de legalidad al cual están sometidos los procesos de cualquier índole.

Claro está, ello en amparo a la Legislación referente a la Contratación Pública y su debida reglamentación. Así entonces, dentro de la competencia adscrita a este Tribunal demandado, está la descrita en el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, modificado por el artículo 11 de la Ley 41 de 10 de julio de 2008; sin embargo, esta función atribuida por ley a la referida instancia gubernativa, está como cualquier otra sometida a ciertos principios procesales que han de prevalecer en toda actuación tanto en la esfera administrativa como en la judicial.

En ese orden, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas al dirimir el conflicto suscitado entre el contratante Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. y la empresa Panama Contractor Company, S.A., estaba sujeto a las disposiciones reglamentarias de la materia para resolver el planteamiento sometido a su conocimiento, por cuanto los procedimientos empleados siempre debieron estar aparejados como en todo caso, al principio de legalidad que, como define el connotado tratadista argentino DROMI consiste en "la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico", que inclusive permite conceptuar que al ajustarse a dicho principio, se cumplen a su vez con las características fundamentales del principio del debido proceso, como lo es la oportunidad del contradictorio, la incorporación de pruebas para su consideración y la emisión de un fallo acorde a las reglamentaciones vigentes por parte de autoridad competente para ello; principio este, que se encuentra recogido en nuestra Carta Magna en su artículo 32.

Es así como en el trámite ventilado ante el Tribunal demandado a través de esta vía, el recurrente de la decisión emitida por el contratante que provocó el surgimiento de la resolución impugnada a través de este medio, dentro de los puntos medulares requirió al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (ejerciendo en ese momento la condición de Tribunal de Segunda Instancia) lo siguiente (ver fs. 3 Punto II PETICIÓN DEL APELANTE de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP):

- 1) Se reconocieran los hechos de fuerza mayor,
- 2) De no hacerlo, se reconociera el 60% de los avances de la obra,
- 3) Se dejare sin efecto la inhabilitación y,
- 4) Se hiciera efectivo el pago de materiales de los cuales mencionó es propietario, por el orden de B/.2,119.00.

Consecuente con tal petición dicho Tribunal en su resolución motivadora de esta causa legal, sostuvo que:

- 1) Las explicaciones ofrecidas por el recurrente, a su entender, no tenían la categoría de fuerza mayor (fs.7 de a Resolución No.091-2008);
- 2) En reemplazo del reconocimiento del porcentaje requerido por el contratista-recurrente, como no pudo realizarse la prueba con la presencia de la Contraloría, se dispuso la orden de un nuevo avalúo (fs.10 Punto TERCERO);
- 3) La inhabilitación fue reducida a seis meses y (fs.9 Punto SEGUNDO);
- 4) No se emitió pronunciamiento que definiera la aceptabilidad o no del reconocimiento del pago de materiales solicitado por Panama Contractor Company, S.A.

De lo antes descrito se colige, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, no se ajustó en todo su contorno, a la aplicación adecuada de

principios procesales que rigen todo proceso legal, como lo es, en este caso, el de legalidad. Sobre esta situación, oportuno resulta para esta Sala emitir ciertas consideraciones que nos lleven a manera de docencia, a ilustrar sobre el mecanismo legalmente procedente que debió emplearse al desatar aquella inconformidad mostrada por el contratista al momento de recurrir la decisión que resolvió el contrato generado producto de la Orden de Compra No.621 de 22 de agosto de 2007 y dictaminó el grado de inhabilitación al cual se hizo merecedor, en esa ocasión, la empresa PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A.

Esto es así, porque de la sencilla revisión a los puntos objeto de la petición del apelante de la Resolución No.025-AL, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, al expedir la resolución que por esta vía contenciosa es atacada, establece ciertos puntos contrarios al principio de legalidad de los actos, que impone que los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley les manda u ordena, lo que exige que sus acciones u omisiones deben estar precedidos de una base normativa que los sustente, o sea, no es más que la sujeción que debe tener la Administración Pública al derecho.

Importante resulta señalar, que la Administración Pública al momento de dirimir los conflictos entre el administrado y alguno de los engranajes que la componen, si bien cuenta con una potestad para definir las discrepancias resultantes de las relaciones entre ambos, esa discrecionalidad que la Ley le otorga para resolverlas no resulta ilimitada y está sujeta a toda una serie de regulaciones que han sido instituidas con el propósito de no quebrantar el principio del debido proceso.

Sobre esta postura, el autor José Araujo-Juárez en su obra "Derecho Administrativo" (Parte General), se refiere al tema de la potestad administrativa, en donde señala que "La potestad administrativa de un órgano o ente administrativo será reglada, cuando la norma jurídica predetermina en forma completa las condiciones de su ejercicio, o sea, cuando el ordenamiento jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano o ente administrativo debe hacer en un caso concreto".

Y, en cuanto al fundamental principio del debido proceso en la materia de Contrataciones Públicas, este se encuentra regulado en el artículo 9 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por medio del cual se reglamentó la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, en donde se expresa lo siguiente:

"El debido proceso establece que todas las personas tienen derecho a las garantías esenciales, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista, y en las demás etapas de la contratación pública y permitirle ser oído y hacer valer sus derechos ante la entidad licitante, la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

- a) Los funcionarios públicos observaran las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública.
- b) Los funcionarios están obligados a admitir los reclamos y conceder los recursos, conforme lo dispuesto en la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y este reglamento.
- c) Los funcionarios están obligados a contestar en tiempo oportuno los reclamos y los recursos de conformidad con lo que establece la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y este reglamento. (cf. art. 321 D.E. No.366-2006)

Es evidente que la Legislación en la materia de Contrataciones Públicas tiene definido en forma reciente, dado el hecho de que esta regulación data del año 2006, los mecanismos que han de ser utilizados para resolver las cuestiones que surjan de las relaciones entre particulares y El Estado. En ese orden, el artículo 116 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, se refiere al agotamiento de la vía gubernativa, en el cual se establece que Una vez publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" la resolución que resuelve el recurso de

impugnación, queda agotada la vía gubernativa y contra esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

De lo anteriormente señalado se infiere, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en las consideraciones planteadas en el punto TERCERO de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP, contraría el artículo 116 de la Ley 22 de 2006 antes citada, dado que la resolución que emitiera resolviendo el recurso de apelación promovido por el contratista, agotaba la vía gubernativa y la decisión de ordenar un nuevo avalúo de las obras ejecutadas por PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A., deja abierto el proceso para recabar una nueva postura sobre el supuesto valor real de las labores realizadas por el contratista, lo que equivale a una violación del principio de legalidad y el de preclusión de los actos que la propia ley en dicho articulado le impone al ente administrativo.

Esta infracción a las normas del procedimiento administrativo, es la génesis del entablamiento de la acción frente a la cual nos encontramos, y ello, nos permite consecuentemente, explicar la necesidad que tiene el ente demandado de aplicar concienzudamente todas aquellas disposiciones previstas por la Ley para arribar a la toma de decisiones apegadas a las garantías que brinda el ordenamiento a sus usuarios. Acerca de esta necesidad de sujetarse estrictamente al procedimiento administrativo sin ilimitadas interpretaciones y concepciones violatorias de las normas legales vigentes, el ya referido autor José Araujo-Juárez, en la citada obre expone sobre el tema lo siguiente:

“Como resumen de lo señalado, mediante el procedimiento administrativo se trata de conseguir, a modo de ecuación procedimental, dos finalidades que no se excluyen ni colisionan:

- (i) La garantía del interés público, concretada en la legalidad y en la oportunidad o conveniencia de la función administrativa; y
- (ii) La garantía de los derechos e intereses de los administrados.

De lo expuesto se desprende, que si la eficacia de la Administración Pública exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, las garantías del administrado imponen una serie de trámites que le permitan una adecuada defensa de sus derechos e intereses cualificados. Es por ello, ineludible armonizar los principios que comprenden ambas garantías: la faz garantística - la faz de eficacia. La síntesis enriquecedora de estas dos finalidades, integradas en un único objeto, es la mejor prueba de la existencia del procedimiento administrativo normativizado, cuya prosecución, en último término, asegura el cumplimiento del principio de legalidad en toda su extensión.”

Por otro lado, la aceptabilidad o confirmación de la resolución del contrato que hiciera la entidad demandada en el punto PRIMERO; la determinación de un nuevo avalúo por parte del contratante con la intervención de la Contraloría General de la República y un representante de la contratista en el punto SEGUNDO y; lo dispuesto en el punto SEPTIMO sobre la advertencia realizada a las partes, que dicha resolución (No.091-2008-Pleno/TAdCP), agota la vía gubernativa, es otra muestra más de la forma inadecuada en que se desató dicha controversia, pues, con esas disposiciones sólo se refleja una contradicción al principio de la congruencia, que consiste en la concordancia que debe existir entre el impedimento formulado por las partes y la decisión que sobre el tema adopte el funcionario dirimente.

La intentada prueba que se ordenó a través de la empresa contratante Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., con la Contraloría General de la República y la participación de PANAMA CONTRACTOR COMPANY, S.A. como contratista, resultaba carente de todo sentido común, pues, dentro de las facultades contempladas y puestas a disposición del ente administrativo encargado de dirimir el recurso de apelación propuesto por el afectado con la resolución del contrato, está la de practicar aquellas pruebas que la autoridad estimare convenientes u oportunas para esclarecer los hechos fundamentales para la decisión a tomar, misma consignada en el artículo 362

del Decreto Ejecutivo No.366 y que fue oportuno su aprovechamiento tal cual se desprende de la Resolución No.056-2008/TAdCP de 27 de junio de 2008 (Pruebas), por medio del cual el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ordenó la práctica de prueba oficiosa consistente en el avance de las obras y el establecimiento de un nuevo avalúo.

La imposibilidad de que en esa fase u oportunidad brindada por la Ley para tal acto, no se hubiere realizado el mismo en consideración a los presupuestos establecidos por la autoridad para su materialización, no era óbice para que en la parte resolutoria de la decisión motivadora de esta acción, se intentara nuevamente la consecución de tal actuación probatoria. Es más, la Resolución No.080-2008/TAdCP de 29 de septiembre de 2008, emitida por esa misma autoridad, declaró concluido el término probatorio y dispuso avocarse a emitir el fallo final que resolviese el recurso de apelación instaurado por el contratista, lo que indica entonces, que la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, era contraria a sus propios actos dictados con anterioridad; situación que seguidamente evidencia una violación al principio de los actos propios.

VIII. DECISIÓN DE LA SALA

Habiendo sido externadas de manera ordenada cada una de las evaluaciones realizadas a las disposiciones legales acusadas de infringidas por parte del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, sólo queda a esta Sala determinar la posibilidad de que se declaren nulos, por ilegales, los puntos acusados por el demandante, en este caso a saber, el segundo, tercero, cuarto y quinto de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008.

Sobre el punto segundo a saber, consideramos oportuno aclararle al demandante que la reforma contenida dentro del mismo resulta plenamente válida en razón de que la Ley le permite al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ejercer tal acto de conformidad a lo que indican los artículos 104 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, reformado por el artículo 11 de la Ley 41 de 10 de julio de 2008, que les concede esa facultad de conocer en única instancia el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista en concordancia con el artículo 319 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006.

Además, como quiera que el propio artículo 102 que le otorga competencia al ente contratante para sancionar con el mecanismo de la inhabilitación, prevé la reglamentación de esta Ley (N°22-2006), la cual se configura con la emisión del Decreto Ejecutivo No.366; éste, por medio de su artículo 354 define cómo debe proceder este ente administrativo encargado de resolver tal conflicto entre contratante y contratista vía recurso de apelación. En ese sentido, la disposición permite al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas lo siguiente: confirmar, modificar, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante, lo que nos permite considerar que en modo alguno se ha violentado la norma acusada como lo fue el artículo 102 de la Ley 22 de 2006.

Es importante dejar sentado que la sanción impuesta por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., era viablemente susceptible de ser modificada, ya que esta atribución o facultad no era de manera privativa con ausencia del conocimiento de una segunda instancia, principio procesal aplicado en la mayoría de los procesos existentes.

La alegación de que se han causado daños y perjuicios a la sociedad demandante por incumplimiento de las cláusulas del contrato relativo a la Orden de Compra No.621 de 22 de agosto de 2007, respecto a la Contratación Menor 2007-2-02-0-08-CM-000362, si bien pueden resultar existentes producto de dicho incumplimiento y que ello motivaría consecuentemente a que la contratante resolviera el contrato y sancionara con un término de inhabilitación, no menos cierto es que esa función de imponer una sanción no queda al libre arbitrio de quien resuelve el contrato e inhabilita.

Recordemos que en el caso de aperturarse el procedimiento para la resolución del contrato, la inhabilitación que va ligada a este proceso está regulada por determinados supuestos contemplados en el artículo 371 del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, y los daños y perjuicios que pudiere haber sufrido la contratante no pueden determinarse en la misma resolución, ya que el artículo 100 de la Ley 22 de 2006, prevé que en caso de incumplimiento del contrato, bien puede exigirse la responsabilidad civil, lo que indica consecuentemente, que la vía para su determinación no es la gubernativa ni la que hoy dirime este conflicto legal.

En razón de ello, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas estimó reducir la sanción de inhabilitación impuesta por el contratante, pero, con sujeción a las causales probadas en el proceso y que alude el artículo 371 del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, ya que de ser el ente demandante de un servicio que en este caso medianamente prestó el contratista, el que decidiera sobre la existencia de los daños y perjuicios, adoptaría una

violación directa al principio del debido proceso, por ser juez y parte a la vez, aunado al hecho de que en este supuesto estaría ejerciendo funciones jurisdiccionales que no le corresponden.

Por lo tanto, sobre el punto segundo de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, no se ha probado que el mismo violente disposición alguna de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, modificada por la Ley 41 de 10 de julio de 2008 y su reglamentación contenida en el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por lo cual los cargos habrán de ser desestimados.

Referente a los cargos atribuidos en los puntos tercero, cuarto y quinto de la referida resolución, como bien se expuso anteriormente en otros párrafos, los mismos muestran vicios de ilegalidad respecto a los artículos 115 de la Ley 22 de 2006; 361, 362 y 364 del Decreto Ejecutivo N°366-2006, razón que nos lleva a imponer la declaratoria pedida por el accionante de la vía contencioso-administrativa.

Bajo los argumentos detallados dentro del presente proceso de Plena Jurisdicción propuesto por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., para que se declaren nulos por ilegales los puntos segundo, tercero, cuarto y quinto de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, sólo queda a esta Superioridad avocarse a emitir la decisión final.

En consecuencia, la SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de al República y por autoridad de la Ley, DECLARA PARCIALMENTE QUE SON NULOS, POR ILEGALES, sólo los puntos Tercero, Cuarto y Quinto de la Resolución No.091-2008-Pleno/TAdCP de 10 de octubre de 2008, expedida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, con excepción del punto Segundo sobre el cual se expuso su validez en la parte motiva de esta resolución, y se CONFIRMA el punto TERCERO de la Resolución No.025-AL de 04 de junio de 2008, dictada por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.

Notifíquese Y PUBLÍQUESE,

VICTOR L. BENAVIDES P.

ALEJANDRO MONCADA LUNA -- WINSTON SPADAFORA FRANCO

KATIA ROSAS (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA ARIAS, ALEMÁN & MORA EN REPRESENTACIÓN DE TOWERBANK INTERNATIONAL, INC., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN NO.D.G. 1153-2005 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 2005, EMITIDA POR EL DIRECTOR GENERAL DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL, LOS ACTOS CONFIRMATORIOS Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. - PONENTE: VICTOR L. BENAVIDES P. - PANAMÁ, VEINTINUEVE (29) DE ABRIL DE DOS MIL DIEZ (2010).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Víctor L. Benavides P.
Fecha: jueves, 29 de abril de 2010
Materia: Acción contenciosa administrativa
Plena Jurisdicción
Expediente: 50-2007

VISTOS:

La firma forense ARIAS, ALEMÁN & MORA, en representación de la sociedad TOWERBANK INTERNACIONAL INC., ha promovido Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, para que se declare nula por ilegal la Resolución D.G. 1153-2005 de 21 de diciembre de 2005, así como sus actos confirmatorios, emitida por la Dirección General de la Caja de Seguro Social, mediante la cual se condena a TOWERBANK INTERNACIONAL INC., a pagar a la Caja de Seguro Social la suma de B/.34,017.18 en concepto de cuota obrero patronal correspondiente al décimo tercer mes pagado a los trabajadores y no declarado a la institución, incluido un recargo del 10% y multa de 5%, durante el período comprendido de abril del 2000 a diciembre de 2004, mas los intereses legales que se generan hasta su cancelación.

El Magistrado Sustanciador admitió la demanda, mediante Resolución de 25 de noviembre de 2008, visible a foja 37 del expediente, por considerar que cumple los requisitos establecidos en la Ley 135 de 1943.

ACTO IMPUGNADO: