



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE No. 136-2021

RECORRENTE: CNO, S.A.

ACTO RECURRIDO: Resolución No.065.AL.21 de 28 de septiembre de 2021, mediante la cual el Aeropuerto Internacional de Tocumen, decidió resolver administrativamente el Contrato No. 38/12 e inhabilitó al proveedor por el termino de tres (3) años.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: LUIS MARISCAL

RESOLUCIÓN No.007-2024 PLENO/TACP 8 de enero de 2024 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

En virtud de que el contrato objeto del presente recurso de apelación, se perfeccionó antes de la entrada en vigencia de la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 que reformó la Ley 22 de 2006, Ley que regula la contratación pública, debemos atender lo dispuesto en el artículo 75 de la aludida excerta legal, en el sentido que “los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados, iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento”.

Conforme al artículo 120 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011 (Ley 22 de 2006), la que sería la legislación aplicable y el artículo 319 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006 (Decreto Ejecutivo 366 de 2006), que la reglamenta, este Tribunal tiene competencia privativa para conocer del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL PROYECTO DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN TERMINAL 2.

La Administración evaluó la realización de obras tendientes a la expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen (conocido como PEAIT) Terminal 2, con el fin de expandir las instalaciones aeroportuarias, con la construcción de varios puentes de abordaje, áreas para la gestión migratoria, escáner para equipaje, múltiples estacionamientos, área logística para facilitar la llegada desde la Estación del Metro, entre otras facilidades para el pasajero.

La Administración está representada en este proyecto por la Sociedad Anónima Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., una empresa 100% propiedad del Estado, creada mediante la Ley 23 de 29 de enero de 2003, fue la encargada de llevar a cabo el procedimiento de selección de contratista y posterior contrato, para hacer posible esta obra.



Toma aérea del Proyecto de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen:



(Vista área ¹).

II. ANTECEDENTES Y CRONOLOGÍA DE HECHOS RELEVANTES DEL CONTRATO NO. 38/12.

El día 24 de mayo de 2012, el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., (en adelante AITSA), publicó en el sistema electrónico *PanamaCompra*, Aviso de Convocatoria para todos los interesados a participar como proponentes, en el acto de selección de contratista de Licitación por Mejor Valor con Evaluación Separada No.2012-2-02-0-08-LV-002108, para el “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”.

Para el día 2 julio de 2012, en las instalaciones del Salón Tocumen del Hotel Riande Aeropuerto, se celebró Reunión Previa de Homologación, para finar algunos detalles referentes a la de Licitación por Mejor Valor con Evaluación Separada No.2012-2-02-0-08-LV-002108, para el “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”.

Luego de la celebración de la Reunión Previa de Homologación, consta en el sistema electrónico *PanamaCompra*, que, para el 22 de agosto de 2012, se recibieron las propuestas técnicas y económicas para el acto referido, en el del Salón Tocumen del Hotel Riande Aeropuerto, estas fueron las propuestas, veamos:

PROPONENTE	NOMBRE
1	CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.
2	CONSTRUTORA MECO S.A.
3	CONALVIAS
4	CHINA HARBOUR ENGINEERING COMPANY LTD.

Recibidas las propuestas, consta que el día 21 de septiembre de 2012, se publicaron en el *PanamaCompra*, tanto el Informe Técnico de la Comisión Evaluadora, como el Informe Técnico de la Comisión Verificadora de Precios, y ambos informes la empresa que resultó con más puntuación en la evaluación, además de ser la mejor para el Estado, era aquella presentada por la empresa Constructora Norberto Odebrecht, S.A., (en adelante CNO, S.A.), de acuerdo a los criterios previamente establecidos en el pliego de cargo de la Licitación por Mejor

¹ Vista fotográfica- Revista Panorama
<https://revistapanorama.com/terminal-2-de-tocumen-abre-sus-puertas/>



Valor con Evaluación Separada No. 2012-2-02-0-08-LV-002108, veamos un extracto:

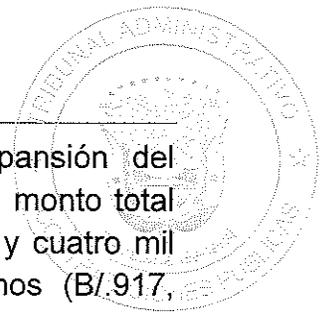
CALIFICACIÓN FINAL DE LOS REQUISITOS PONDERABLES			
REGLÓN	EMPRESAS		PUNTOS
CRITERIOS TÉCNICOS			
	PTS. EVALUADOS	CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	CHINA HARBOUR ENGINEERING COMPANY LTD.
A. EXPERIENCIA DEL DISEÑADOR:	15	15	8
B. DISEÑO BÁSICO:			
B.1. Diseño básico de la solución propuesta	45	45	33
B.2. Metodología de Ingeniería y construcción	7	5	4
B.3. Comunicación y Planificación	3	2	2
TOTAL	70	68	47

Consecuentemente, mediante Resolución No. 021-JD del 27 de septiembre de 2012, AITSA, adjudicó la Licitación por Mejor Valor con Evaluación Separada No. 2012-2-02-0-08-LV-002108, referente al “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”, a la empresa CNO, S.A., por la suma de seiscientos setenta y nueve millones cuatrocientos veintiocho balboas (B/.679, 428,600.00).

Como resultado de la adjudicación, AITSA y CNO, S.A., suscribieron el Contrato No.038/12, en el cual se estableció la obligación de la empresa contratista para la ejecución de la obra. Este contrato fue refrenado por la Contraloría General de la República el día 15 de febrero de 2013, y el día 20 de febrero de 2013, se le notificó al contratista de la Orden de Proceder, para el inicio de la obra.

Cabe destacar que, el Contrato No.38/12, para el “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”, con el paso del tiempo sufrió significativos cambios, que van desde: adición de actividades de alcance de la obra, cambio de diseño, aumento en el precio inicial de la obra, y aumento del plazo de entrega, veamos:

Adenda No.	Fecha de refrendo	Modificación significativa.
1	4 de julio 2016	Se eliminaron y adicionaron actividades que eran del alcance de la obra.
2	7 de julio de 2016	Cambio el diseño, adición de obras y aumento de plazo del contrato.
3	27 de julio de 2018	Ajuste de precio y plazo de ejecución de la obra
4	16 de enero de 2019	Ajuste de precio (final), adición de alcance de la obra y aumento de plazo de entrega y ejecución de la obra.
5	2 de julio de 2019	Aumento del plazo de ejecución y entrega de obra.
6	15 de julio de 2019	Aumento del plazo de ejecución y entrega de obra. Y formalización de entrega de hitos
7	20 de enero de 2021	Aumento del plazo por Covid-19.
8	14 de junio 2021	Aumento del plazo de ejecución por Covid-19, flujo de desembolso según Anexo 1 y se estableció un término final para cumplir con los Ajustes y Complementos (30 de septiembre 2021).



Luego de las modificaciones descritas, el “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”, en la actualidad, mantiene un monto total que asciende a novecientos diecisiete millones novecientos sesenta y cuatro mil setecientos cuarenta y dos balboas con noventa y seis centésimos (B/.917, 964,742.96), y su tiempo de ejecución, según la última adenda era, el 29 de febrero de 2020, para la entrega sustancial de la obra y 30 de septiembre de 2021, para entrega completa de los “Ajustes y Complementos” (según anexo 1 de Adenda 8).

- | |
|--|
| A. 29 de febrero de 2020, Fecha de Entrega Sustancial de las Obras. |
| B. 30 de septiembre del 2021, Fecha de Entrega Definitiva de las Obras en la cual deberán estar subsanados los Ajustes y/o Complementos. |

Anexo 1, de la Adenda 8 “Ajustes y Complementos”:

FECHA ESTIMADA DE DESEMBOLSO Cumplimiento de los Ajustes y Complementos satisfactoriamente	MONTO (B./.)	ÍTEMIS AJUSTES Y COMPLEMENTOS ATENDIDOS
30-abr	2,000,000.00	5394
30-jun	1,833,977.79	7299
31-jul	1,950,000.00	8558
31-ago	1,500,000.00	9738
30-sep	2,555,392.08	10547

Para el 14 de septiembre de 2021, la entidad publicó en el sistema electrónico *PanamaCompra*, Nota No.01.03.533.AL.21 de 14 de septiembre de 2021, en la que le comunicaba al contratista su intención de “Resolver Administrativamente” el Contrato No. 038/12, para el desarrollo y ejecución del “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”, en base a lo siguiente:

La Vicepresidencia de Ingeniería y Proyectos, Unidad Gestora y responsable del proyecto, solicitó el inicio del proceso de resolución administrativa del Contrato No.038/12.

Y es que a través la Nota PEAT-DC-3124-AGO/21 de 11 de agosto de 2021², suscrita por el representante de CNO, S.A., el contratista informó que, de los pendientes del Sistema HVAC (10. Instalación de Antisísmicos en Ductos), realizaron la compra del material para la instalación, sin embargo, preveían que la instalación podía tomar aproximadamente 60 días. Esto a criterio de la entidad, superaba el plazo contractual que vencía el 30 de septiembre de 2021.

Extracto de Nota PEAT-DC-3124- AGO/21:

“Con la finalidad de comunicar que hemos recibido Nota PEAT-DC-3124-AGO/21 de 11 de agosto de 2021, remitida por el contratista CNO, S.A. “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”, adjudicado a la empresa C.N.O., S.A. En la referida nota, el contratista informa que, de los pendientes del Sistema HVAC (10. Instalación de Antisísmicos en Ductos) realizaron la compra material para la instalación, sin embargo, prevén que la instalación puede tomar aproximadamente 60 días, lo cual supera el plazo contractual que vence el próximo 30 de septiembre de 2021”.

Refiere la entidad que de la nota No. PEAT-DC-3124-AGO/21 de 11 de agosto de 2021, remitida por el contratista y recibida el 16 de agosto de 2021, se colige que el Contratista es consciente que, para cumplir con estos pendientes, infringirá 60

² Corre a foja 20, del Tomo I: Temas Varios, Expediente Administrativo.



días más del plazo final establecido en la Adenda No. 8. Específicamente, para la **Instalación de Antisísmicos en Ductos**, pendiente adscrito a la actividad de Climatización (HVAC) de la nueva Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de Tocumen.

Del mismo modo, la Vicepresidencia de Ingeniería y Proyectos de Tocumen, mediante las comunicaciones No. VIPIP_ MEMO 0951/21 del 2 de septiembre de 2021 y No. MEMO 0993/21 del día 3 de septiembre de 2021³, remitió a la Vicepresidencia de Asuntos Legales de AITSA, Informes Técnicos Levantados por el Consorcio PM Terminal Sur (apoyo técnico de la entidad), a través de las siguientes comunicaciones, con la intención de resolver el contrato, detalladas así:

- 1) Nota PM-TR-2109-S-0677, del 1 de septiembre de 2021 (adjunto copia).
- ➡ 2) Nota PM-TR-2109-S-0678, del 1 de septiembre de 2021 (adjunto copia).
- 3) Nota PM-TR-2109-S-0679, del 1 de septiembre de 2021 (adjunto copia).
- 4) Nota PM-TR-2109-S-0691, del 3 de septiembre de 2021 (adjunto copia).

Extractos de informes que dieron pie a la Resolución del Contrato:

1) Nota PM-TR-2109-S-0677, del 1 de septiembre de 2021

Este Informe del Consorcio PM Terminal Sur S.A., entregado a la Vicepresidencia de Ingeniería y Proyectos de manera concluyente certifica que, al 1 de septiembre de 2021, CNO, S.A. ha corregido **9,519** pendientes del total de 10,547 listados, lo que equivale al 90% de los pendientes listados.

Al observarse la cantidad de pendientes corregidos por EL CONTRATISTA al 1 de septiembre de 2021, en comparación a lo términos pactados a través de los documentos contractuales suscritos entre TOCUMEN y CNO, S.A., específicamente en el Anexo No.1 de la Adenda No.8, se configura incumplimiento del Contrato No.038/12, toda vez que la atención de Ajustes y Complementos al cierre del 1 de septiembre de 2021 no alcanza la cantidad de **9,738 items**, establecidos en documento contractual.

2) Nota PM-TR-2109-S-0678, del 1 de septiembre de 2021

A través de este Informe Técnico emitido por el Consorcio PM Terminal Sur, S.A. se confirma a la sociedad al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. que al 1 de septiembre de 2021, la empresa CNO, S.A. ha corregido 9,519 pendientes de los 10,547 levantados en totalidad, que al revisarse con las condiciones convenidas a través del Anexo 1 de la Adenda No.8, encontramos inequívocamente un desfase e incumplimiento por parte de CNO, S.A. de 219 pendientes de los Ajustes y Complementos.

- ➡ Que frente a este escenario, no se puede soslayar que este suceso da lugar a un hecho de incumplimiento del Contrato No.038/12, agravado con el contenido del presente Informe Técnico del CPMTS, que desarrolla la inobservancia de CNO, S.A. a los pendientes del Sistema de CLIMATIZACIÓN de la Nueva Terminal 2, al subrayar que de los 2,299 pendientes correspondientes a HVAC, se han corregido 1,744 que equivale al 75.9%. No obstante, el Project Management determina y enfatiza los incumplimientos de EL CONTRATISTA bajo el siguiente texto:

(Ver Informe por activad desglosado foja 011, expediente juridico).

Tenemos para el 1 de septiembre de 2021, la Nota PM-TR-2109-S-0679 del 1 de septiembre de 2023, en la que el Consorcio PM Terminal Sur, S.A., describió lo siguiente:

3) Nota PM-TR-2109-S-0679 del 1 de septiembre de 2021

Que de conformidad al Informe Técnico elaborado por el Consorcio PM Terminal Sur, S.A., del día 1 de septiembre de 2021, se informa a TOCUMEN el incumplimiento de los Ajustes y Complementos de la siguiente forma:

³ Ver de foja 30 a foja 50 del Tomo I: Temas Varios, Expediente Administrativo.



➡ **"Conclusiones:**

- Según el Anexo 1 de la Adenda No.8, para el 31 de agosto de 2021, C.N.O, S.A. debía tener corregidos 9,738 pendientes.
- Para el 31 de agosto de 2021, C.N.O, S.A. ha corregido 9,519 pendientes. Esto implica que C.N.O, S.A. está en 219 pendientes corregidos por debajo de los requeridos.
- Se cumple con lo notificado en las conclusiones de nuestra comunicación PM – TR – 2018 – S – 0632: Cumplimiento de Meta de Corrección de Pendientes para el 31 de julio 2021. Según Anexo 1 de la Adenda 8: Se tiene que estar muy atentos al cierre de pendientes ya que para el periodo anterior, C.N.O. tenía un gap de 1,272 pendientes cerradas de más y para este periodo el gap se ha estrechado a 286.
A la fecha, C.N.O. tiene un gap negativo de 219 pendientes por corregir.
- Por lo arriba expuesto, C.N.O. no cumplió con el cronograma de corrección de pendientes al 31 de agosto de 2021, para la liberación de monto retenido, según el Anexo 1 de la Adenda No.8 del contrato 038/12 "PEAIT-Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen".
- No se recomienda la liberación de la retención por un monto de B/.1,500,000.00 correspondiente al mes de agosto 2021, según Anexo 1 de la Adenda No.8".

Notése que, la entidad enfatiza en el hecho que, al 31 de agosto de 2021 la empresa CNO, .S.A., no había cumplido con los 9,738 pendientes fijados en el anexo de la Adenda 8. A la fecha de la confección de este informe, según las estimaciones efectuadas por el Consorcio PM Terminal Sur – encargado de darle seguimiento por parte de la entidad al proyecto- el Contratista se encuentra con 219 pendientes por debajo de lo acordado para el 31 de agosto de 2021.

En ese sentido, concluye el informe indicando que no es recomendable pagar al contratista la liberación de la retención correspondiente al mes de agosto de 2021, por no cumplir contractualmente con los pendientes acordados para la fecha, 31 de agosto de 2021.

Consta infome del 3 de septiembre de 2021, mediante el cual la entidad contratante manifiesta que se realizó inspección al proyecto y estos fueron los resultados, veamos:

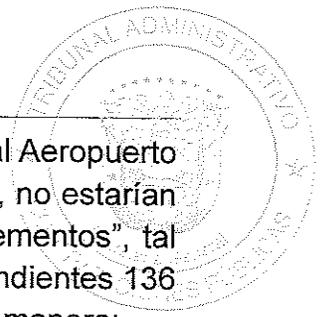
4) **Nota PM-TR-2109-S-0691, del 3 de septiembre de 2021**

Que en este propósito de acreditar, esta Entidad Contratante, propietaria del proyecto "PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN", observa que nuevamente la inspección privada ratifica que al 1 de septiembre de 2021, CNO, S.A. ha alcanzado ejecutar 9,519 pendientes satisfactoriamente, lo que equivale al 90% de los 10,457 pendientes originalmente abiertos. Al 1 de septiembre de 2021, quedan 1,028 pendientes por corregir. En resumen, el Consorcio PM Terminal Sur, S.A. concluye el Informe Técnico entregado a la Vicepresidencia de Ingeniería y Proyectos de la siguiente manera:

"Conclusiones:

- Según el Anexo 1 de la Adenda No.8, para el 31 de agosto de 2021, C.N.O. debía tener corregidos 9,738 pendientes.
- Para el 31 de agosto de 2021, C.N.O. ha corregido 9,519 pendientes. Esto implica que C.N.O., está en 219 pendientes corregidos por debajo de los requeridos según Anexo 1 de la Adenda No.8.
- Por lo arriba expuesto, C.N.O. no cumplió con el cronograma de corrección de pendientes al 31 de agosto de 2021, para la liberación parcial del monto retenido por B/.1,500,000.00, según el Anexo 1 de la Adenda No.8 del Contrato No.038/12, PEAIT-Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen".

La entidad, refiere que, a través de la Nota PEAIT-DC-3163-SEP/21 del día 7 de septiembre de 2021, CNO, S.A., comunicó que al cierre del día 6 de septiembre de 2021, corrigió 9,634 pendientes, sin embargo, según el Anexo No.1 de la Adenda No.8 al Contrato No.38/12, lo acordado era que al cierre del 31 de agosto de 2021, se debía cumplir con la cantidad mínima de 9,738 pendientes subsanados. Esto, a criterio de la entidad, consituye un flagrante incumplimiento a las condiciones y términos convenidos por las partes (Comunicación que corre de foja 56 a 64 del Expediente Administrativo, Tomo I, Temas Varios del Contrato 38/12).



En la mencionada comunicación, la empresa CNO, S.A., informó al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., que al día 30 de septiembre de 2021, no estarían concluidos los 10,547 pendientes de los Items de "Ajustes y Complementos", tal como fue programado en el Anexo No.1 de la Adenda 8, quedando pendientes 136 Items, según proyección estimada que fue cuantificada de la siguiente manera:

Programación Por Tipo	Criterio	Oct-21	Nov-21	Dic-21	TOTAL	Valor Estimado
CIVIL	12	10			22	B/.71,691.20
MEP	1	32	25	15	73	B/.546,650.26
SE	1	18	4		23	B/.78,345.60
DOC	2	7	6	3	18	
	16	67	35	18	136	B/.696,687.06

AITSA, mostró su desacuerdo con la comunicación presentada por CNO,S.A., en el sentido que, a la fecha del cierre de pendientes, no se cumplirá con el cronograma, sino que además, según la proyección del contratista, el " Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen", se extendería hasta el mes de diciembre 2021(Prórroga), con una estimación económica de seiscientos noventa y seis mil seiscientos ochenta y siete balboas con seis centésimos (B/.696,687.06).

En atención a las circunstancias descritas, la entidad profirió la nota No.01.03.533.AL.21 de 14 de septiembre de 2021 (foja 67 a foja 76 del Expediente Administrativo, Tomo I, Temas Varios del Contrato 38/12) mediante la cual comunicó al contratista la intención de resolver administrativamente el Contrato No.038/12, otorgándole un tiempo perentorio de 5 días hábiles para que emitiera sus descargos y presentar pruebas, atendiendo a lo establecido en la normativa de Contrataciones Públicas.

En cumplimiento de lo establecido en la norma, la empresa CNO,S.A., a través de la Nota No. PEAIT-DC-3191-SEP/21, del 21 de septiembre de 2021, (de foja 264 a foja 284 del Expediente Administrativo, Tomo I, Temas Varios del Contrato 38/12) presentó en tiempo oportuno sus descargos, no obstante, a criterio de la entidad, ante el supuesto incumplimiento relacionado con la Instalación de Antisísmicos en Ductos, actividad adscrita al área de Climatización (HVAC) de la nueva Terminal 2 del Aeropuerto, CNO, S.A., no profundizó las razones o justificaciones de este hecho preciso. En ese mismo sentido, según la entidad la empresa no aportó documentación que respaldará la compra del material pendiente.

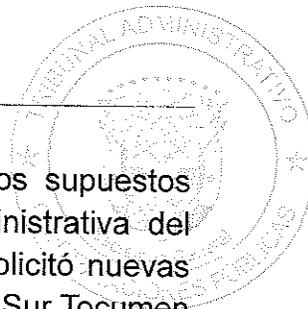
Es importante mencionar que, en lo medular de sus descargos, el contratista, manifestó a la entidad que el proyecto contaba con más del 99.2% de avance y que a la fecha de 30 de septiembre 2021, se cumplirían con 10,411 items pendientes, siendo así, solo quedarían 136 pendientes por concluir, distribuidos según el contratista de la siguiente manera:

Ningún ítem pendiente impacta la operación de la Nueva Terminal y el uso de la misma por el pueblo panameño y los viajeros.¹² Como fue descrito a detalle por CNO en su nota PEAIT-DC-3163-Sept/21 de 07 de septiembre de 2021, los mínimos ítems pendientes comprenden:

- 3 ítems referentes al balanceo del HVAC que depende del mantenimiento que debe realizar AITSA al sistema;
- 8 son reparaciones;
- 11 corresponden a la realización de pruebas;

 **CNO**

- 16 ya están ejecutados con el único pendiente de llegarse a un consenso de criterio con AITSA para el cierre formal de los mismos;
- 17 son meramente documentales;
- 33 corresponden a la programación del BMS; y,
- de los 44 que implican ejecución complementaria de obra, 14 se mantienen retrasados ya sea por falta de suministro de material derivada de la falta de recursos económicos para pago al proveedor ocasionada por los incumplimientos de pago de AITSA o por la demora en el transporte producto de la pandemia.



La entidad considerando que, el contratista no podía refutar los supuestos reclamos descritos en documento de intención de resolución administrativa del contrato y con el fin confirmar estos supuestos incumplimientos, solicitó nuevas diligencias e informes técnicos adicionales al Consorcio PM Terminal Sur Tocumen S.A., quien se encarga de la supervisión técnica del proyecto, para esclarecer y acreditar los supuestos incumplimientos existentes y dar paso a la resolución administrativa del Contrato No.038/12.

A través de Informe Técnico de 15 de septiembre de 2021 (de foja 193 a foja 223 del Expediente Administrativo, Tomo I, Temas Varios del Contrato 38/12), el Consorcio PM Terminal Sur de Tocumen, S.A., llegó a las siguientes conclusiones:

**Consorcio
PM Terminal Sur S.A.**



Supervisión Integral, Inspección y Control de Obra, del Proyecto de Construcción de la Terminal Sur, Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A.

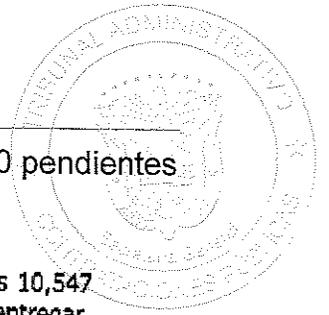
Conclusiones:

- A la fecha, de los 2,299 pendientes correspondientes a HVAC se han corregido 1,855, lo que equivale al 80.7%.
- De los 792 pendientes que quedan por corregir en todo el proyecto, 444 pendientes corresponden al HVAC. **Esto equivale al 56.1% de todos los pendientes por corregir.**
- No se ven mejoras en el rendimiento en las correcciones de pendientes por concepto de HVAC.
- A tan solo quince (15) días para la conclusión de los trabajos, es remotamente poco probable que C.N.O. concluya la corrección de pendientes del HVAC.

A través de informe N°PM-TR-2109-S-0699 de 16 de septiembre de 2021, (de foja 224 a foja 257 del Expediente Administrativo, Tomo I, Temas Varios del Contrato 38/12) el Consorcio PM Terminal SUR Tocumen, S.A., remitió cuadro actualizado al cierre del 16 de septiembre 2021, del detalle de los pendientes según las Actas de Aceptación Final:

Resumen			
Acta Recepción Sustancial e	%	Por	%
Incidencias Pendientes	Corregidos	Corregir	Por Corregir
No 2 - JMJ	97%	96	8%
No 3 - COPA VIP	90%	5	10%
No 4 - ZONA CENTRAL	93%	92	7%
No 5 - ZONA SUR	94%	69	6%
No 6 - BHS	100%	0	0%
Acta No 7 - VARIOS 1	94%	78	6%
Acta No 8 - VARIOS 2	94%	179	6%
Lista No 9 - ANTERIORES	85%	273	15%
➡ Totales:	92%	792	8%

Asimismo, el Consorcio PM Terminal Sur Tocumen, S.A. -colaboradores técnicos de AITSA-, realizó un último Informe de Inspección al proyecto, (visible a foja 295 a foja 296 del Expediente Administrativo, Tomo I, Temas Varios del Contrato 38/12) el



27 de septiembre de 2021 y concluyeron que, a la fecha quedaban 640 pendientes por corregir, veamos:

- A la fecha (27 de septiembre 2021) se han corregido 9,907 pendientes de los 10,547 listados. Esto equivale al 94% de los pendientes de las áreas propuestas a entregar, según las Actas: No 2 - JMJ, No 3 - COPA VIP, No 4 - ZONA CENTRAL, No 5 - ZONA SUR, No 6 - BHS, No 7 - VARIOS 1, No 8 - VARIOS 2 y Lista No 9 - Anteriores.
- A la fecha (27 de septiembre 2021) quedan 640 pendientes por corregir, esto equivale al 6% .

Conclusiones:

- Para el período comprendido del 16 de septiembre al 27 de septiembre 2021, C.N.O. ha corregido 152 pendientes.
- A la fecha se han corregido 9,907 pendientes de los 10,547 listados. Esto equivale al 94% de los pendientes listados.
A la fecha quedan 640 pendientes por corregir, esto equivale al 6% ←
- **A tan solo cuatro (4) días para la conclusión de los trabajos, consideramos que es remotamente probable que C.N.O. pueda corregir 640 pendientes y concluir las correcciones de pendientes a satisfacción de AITSA.**

Por otro lado, AITSA, indicó que, para atender los supuestos incumplimientos de “no pagos o pagos atrasados”, se obtuvo original de Certificación de Pagos, suscrita por la Vicepresidencia de Administración y Fianzas del 28 de septiembre de 2021, en la que consta que Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., ha pagado al contratista, la suma que asciende a novecientos diez millones setecientos sesenta y siete mil setecientos noventa y dos balboas con veintiocho centésimos (B/.910,767,792.28) y esto representa un 99.2% del monto total del Contrato No.38/12 (foja 294, Tomo I, temas varios) del expediente administrativo.

En cuanto al pago de los montos retenidos, exigidos por el contratista, manifiesta ATISA, que, la entidad no está obligada a devolver estas cantidades retenidas, mientras existan trabajos pendientes (640 pendientes por corregir), además, según su criterio existen más de 2,000 defectos de construcción no atendidos al septiembre de 2021, es decir, a pocos días del cierre de entrega final del proyecto. Recordemos que según la Adenda No.8 al Contrato 38/12, la entrega final era el 30 de septiembre de 2021.

En consecuencia, la entidad apoyada técnicamente por la Vicepresidencia de Ingeniería y Proyectos- unidad gestora de la obra- y el Consorcio PM Terminal Sur Tocumen S.A., determinó con ayuda de múltiples Informes Técnicos e inspecciones, los supuestos incumplimientos imputables al contratista a pocos días de la terminación del plazo del contrato.

Incumplimientos que, desde la perspectiva de la entidad, se enmarcan en las Causales de Resolución Administrativa del Contrato (incumplimiento de obligaciones o cláusulas convenidas del Contrato No.38/12), inmersas en el artículo 113 del Texto Único de la Ley 22 de junio 2006 vigente a la celebración del contrato, concatenado a lo establecido en la cláusula decimonovena del contrato, por ende, era inminente la terminación del Contrato 38/12, aseveró la entidad.

Extracto de cláusula decimonovena del contrato 38/12, invocada por la entidad:

Cuando la causal de resolución de este Contrato sea la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones materiales que asume EL CONTRATISTA, o de alguna de las mencionadas en esta Cláusula, TOCUMEN, quedará facultado de pleno derecho para resolverlo administrativamente, lo que acarreará a EL CONTRATISTA la pérdida total e inmediata de la Fianza de Cumplimiento y las retenciones habidas, a favor de TOCUMEN.



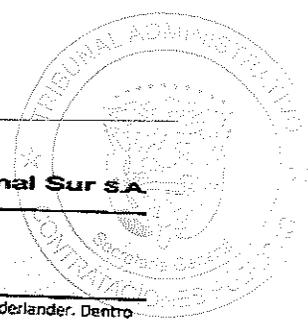
Antes de continuar, es propicio mencionar que, la entidad indicó que en cuanto a la cláusula decimoctava del Contrato N°38/12 -Clausula Arbitral-, esta versa sobre controversias entre las partes, sin embargo, no incluye los temas de resolución administrativa del contrato, ya que este acto, compete únicamente a las entidades del Estado, tal como lo manifiesta la cláusula decimonovena del presente contrato.

En complemento a los supuestos incumplimientos invocados por la entidad, a través de Informe No.PM-TR-2109-S-0725, de día 25 de septiembre de 2021 emitido por el Consorcio PM Terminal Sur Tocumen, S.A., se observa una tabla con monto por certificar a CNO, S.A., para el Contrato No.038/12, (foja 344 a 347 del expediente administrativo, Tomo I, Temas Varios), veamos:

Pendiente por Certificar a C.N.O.



No.	ACTIVIDAD A	Pendiente por Certificar a C.N.O.		OBSERVACIONES
		%	Monto en Balboas	
TERMINAL				
B.2.4	ACABADOS	0.02%	B/ 4,100.27	Remates y Limpieza Final.
b.2.5.4	CUBIERTA	0.01%	B/ 2,965.54	Persisten goteras en la Cubierta.
B.2.7	PUENTES DE ABORDAJE EN TPS	0.04%	B/ 14,795.81	No esta concluida su Puesta en marcha
B.2.9	SISTEMA DE AIRE ACONDICIONADO	1.25%	B/ 324,787.06	Falta por instalar en sistema HVAC: 1. 3 unidades de expansión directa en subestación chiller 2. Aproximadamente 300 difusores en zona 3 nivel 000 y Edificio Conector 3. Aproximadamente 50 Fire dampers. 4. Aproximadamente 100 volumen dampers motorizados para sistema de extracción de humo. 5. Aproximadamente 150 compuertas de acceso para cualquier mantenimiento dentro de los ductos. . 6. Instalacion de Anti-sísmicos. 7. Instalacion Atenuadores en ductos. 8. Adecuacion de ductos de extraccion cocina, en el Food Court. 9. Instalacion de Tuberias Flexibles. 10. Cerramiento de unidades evaporadores en Subestacion Chiller Plant.
b.2.10.1	INSTALACIONES ELECTRICAS E ILUMINACION	0.01%	B/ 3,413.10	Pruebas Pendientes por Realizar
b.2.10.3	SISTEMAS ESPECIALES	0.13%	B/ 32,558.77	Pendiente BMS y Pruebas
ADDENDA				
EDIFICIO CENTRAL				
F.1.1.8	Sistema Contra Incendio	0.03%	B/ 1,260.76	Pruebas Pendientes por Realizar
F.1.1.9	Electricidad	0.05%	B/ 861.49	Etiquetados de tableros.
F.1.1.10	Sistemas Especiales	0.35%	B/ 2,688.18	Pruebas Pendientes por Realizar
F.1.1.12	Transporte Vertical	0.10%	B/ 690.92	Limpieza por Realizar
AMPLIACIÓN CONECTOR				
F.1.2.4	Sistema de Techo(Est. Metálica + Cubierta + Tragaluces)	0.02%	B/ 381.58	Persisten goteras en la Cubierta.
EXPANSION DE LA ZONA 2A TERMINAL 2				
F.1.2.7	Sistemas Especiales	0.10%	B/ 30.85	Pruebas Pendientes por Realizar
NUEVO EDIFICIO PARA ACCESO DE EMPLEADOS (ALA SUR)				
F.1.4.2	Sistemas Especiales	0.10%	B/ 223.36	Pruebas Pendientes por Realizar
OSS - ONE STOP SECURITY				
F1.5.5	Acabados	0.05%	B/ 2,249.54	Remates y Limpieza Final.
F1.5.7	Sistema Contra Incendio	0.50%	B/ 299.14	Pruebas Pendientes por Realizar
F1.5.8	Electricidad	0.75%	B/ 2,750.47	Pruebas Pendientes por Realizar
F1.5.9	Sistemas Especiales	0.70%	B/ 3,688.53	Pruebas Pendientes por Realizar
F1.5.10	HVAC	13.00%	B/ 21,113.44	Misma explicacion dada para Actividad B.2.9
F1.5.11	Transporte Vertical	0.06%	B/ 500.19	Limpieza por Realizar
F2	DEDUCCIONES DE ADENDA No. 2			
F2.15	Otros Créditos		B/ 286,113.63	Monto final para ser descontado de la Partida F2: Deducciones proveniente de la Adenda No. 2
OTROS COSTOS ADENDA				
F3.1	Diseño	1.00%	B/ 38,491.27	CNO no hecho entrega de todos los planos As-Built debidamente firmados por un profesional idoneo



Pendiente por Certificar a C.N.O.				
No.	ACTIVIDAD A	Pendiente por Certificar a C.N.O.		OBSERVACIONES
		%	Monto en Balboas	
G	Extensión de Plazo del 27 de enero de 2019 hasta el 30 de mayo de 2019 e inclusión de la Entrega 1 y Entrega 2 del Cambio de 5 niveles de seguridad a 3 niveles de seguridad (PMA y Fianzas y Seguros a ser pagados por AITSA a través de los Fondos Preventivos de AITSA de Costos Asociados a Tocumen)	2.54%	B/.171,308.99	Esta actividad, No fue ejecutada por Vanderlander. Dentro del presupuesto de Vanderlander para la Adenda #4 el punto 3-B: Price in case of working under an operational Airport, no se llegó a dar y por lo tanto, Vanderlander no tiene derecho a facturario. Este monto deberá pasar a deducción del contrato
Totales por Ejecutar A:		0.09%	B/.915,272.89	No incluye descuento de Partida F2
No.	ACTIVIDAD B	%	Monto en Balboas	OBSERVACIONES
F2	DEDUCCIONES DE ADENDA No. 2			
F2.15	Otros Créditos	100.00%	(286,113.63)	Monto final a ser descontado de la Partida F2: Deducciones proveniente de la Adenda No. 2
Total B:		0.09%	-B/.286,113.63	Total Descuento Partida F2
Totales (A + B):		0.09%	B/.629,159.26	Monto por Certificar

Del anterior informe, se desprende que, a criterio de la entidad, existen otros incumplimientos dentro del alcance original de la obra como, por ejemplo, las actividades del sistema de aire acondicionado y la falta de entrega de los planos As-built, firmado por profesionales idóneos, siendo esta actividad parte integral de las obligaciones del contratista, al estar próximo a la terminación del tiempo de entrega del Contrato No.038/12.

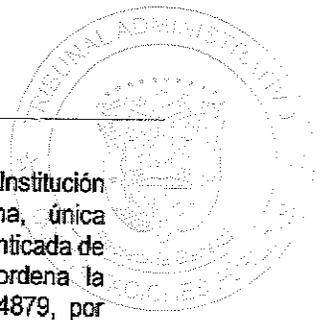
En base a todos los informes e inspecciones descritas, la entidad, y conforme a la Ley 23 de 29 de enero de 2003 "que dicta el marco regulatorio para la Administración de los Aeropuertos y Aeródromos de Panamá" y la junta sostenida con la Junta Directiva de la Sociedad Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., el día 6 de septiembre de 2021, se autorizó al gerente general de la entidad, a iniciar el proceso de resolución Administrativa del Contrato No.38/12 y en consecuencia ejecutar la fianza emitida por ASSA Compañía de Seguros, S.A., por incumplimiento de las cláusulas pactadas imputables al contratista CNO, S.A.

Basándose en cada una de las disposiciones anteriores, entonces, la entidad decidió formalmente a través de la Resolución No.065-AL-21 de 28 de septiembre de 2021, resolver administrativamente el Contrato No.038/12.

Veamos la parte resolutoria de la Resolución No.065-AL-21 de 28 de septiembre de 2021:

RESUELVE:

- ➔ **PRIMERO:** RESOLVER ADMINISTRATIVAMENTE el CONTRATO N°038/12, suscrito con la empresa CNO, S.A. (antes denominada Constructora Norberto Odebrecht, S.A.), cuyo objeto es la ejecución del "PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN", por un monto total de Novecientos Diecisiete Millones Novecientos Sesenta y Cuatro Mil Setecientos Cuarenta y Dos Balboas con 96/100 (B/.917,964,742.96), incluido el siete por ciento (7%) de Impuesto de Transferencia de Bienes Muebles y Servicios (ITBMS), por incumplimiento a las obligaciones contractuales.
- ➔ **SEGUNDO:** EJECUTAR la Fianza de Cumplimiento N°85B64877/85B64878/85B64879, emitida por ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., para garantizar al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. y a la Contraloría General de la República el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas en el Contrato N°038/12, referente al "Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen".
- TERCERO:** NOTIFICAR a ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., la cual dispondrá de un término de treinta (30) días calendario siguientes a la notificación de incumplimiento decretada mediante la presente resolución, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza de cumplimiento o de sustituir a EL CONTRATISTA en todos sus derechos y obligaciones dimanantes del Contrato N°038/12.



CUARTO: NOTIFICAR y REMITIR, a la Contraloría General de la República, Institución Constitucional fundamental del Estado, Independiente y Autónoma, única competente en materia de fianzas en la República de Panamá, copia autenticada de la presente Resolución Administrativa del Contrato N°038/12, que ordena la ejecución de la Fianza de Cumplimiento N°85B64877/85B64878/85B64879, por incumplimiento.

QUINTO: ADVERTIR, que el artículo 99 de la Ley N°22 de 2006, que regula la contratación pública, vigente al momento del acto público, establece que Las Entidades Públicas o Entes Nacionales o Extranjeros no podrán limitar, negociar o disminuir la potestad de la Contraloría General de la República en materia de fianzas.

SEXTO: INHABILITAR a la empresa CNO, S.A. (antes denominada Constructora Norberto Odebrecht, S.A.), sociedad extranjera, debidamente inscrita a la Ficha N°S.E. 1196, Documento 693864, de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro Público, con Licencia Industrial No. 2004-7278, por el término de tres (3) años.

➔ **SÉPTIMO:** ADVERTIR MULTA a la empresa CNO, S.A., (antes denominada Constructora Norberto Odebrecht, S.A.), sociedad extranjera, debidamente inscrita a la Ficha N°S.E. 1196, Documento 693864, de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro Público, con Licencia Industrial No. 2004-7278, por el monto de CUATROCIENTOS QUINCE MIL CIENTO TREINTA Y OCHO BALBOAS CON (B/.415,138.10), con sustento a lo establecido en la Adenda N°6 al Contrato N°03812, debido a la No Entrega de la Obra al día 30 de septiembre de 2019 (Fecha de Entrega Total de las Obras según lo pactado en la Adenda N°5).

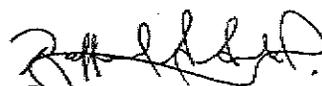
OCTAVO: REMITIR copia autenticada de esta resolución a la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), para efecto de los registros correspondientes, una vez se encuentre ejecutoriada.

NOVENO: PUBLICAR la presente resolución a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", para efectos de su notificación.

DÉCIMO: ADVERTIR que contra la presente resolución, procede el Recurso de Apelación, el cual deberá ser anunciado ante el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., y sustentado ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta resolución.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 113, 115, 116 y demás concordantes del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, con las reformas aprobadas por la Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010 y Ley 48 de 2011, vigente al momento de la celebración del Acto Público N°2012-2-02-0-08-LV-002108.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.


RAFFOUL A. ARAB P.
GERENTE GENERAL



Como se observa, se destaca que, en la parte resolutive de la resolución que termina el Contrato No.38/12, la entidad, exigió la Fianza de Cumplimiento expedida por ASSA Compañía de Seguro, cuyo importe asciende a B/. 229,491,185.74, además, inhabilitó al contratista por tres años; y por otro lado advirtió la empresa CNO, S.A., la multa pendiente por la suma de B/.415,138.10, esto con sustento a lo establecido en la Adenda No.6, debido a la no entrega de la obra pactada para el 30 de septiembre de 2019 (fecha que anteriormente fue establecida en Adenda No.5)⁴.

Ahora, en Informe PM-TR-2110-S-0737 de 5 de octubre 2021, elaborado por el Consorcio PM Terminal Sur, (que corre de foja 390 a 468 del expediente administrativo, Tomo I, Temas Varios) se detalló que, al 1 de octubre de 2021, se reflejaba que se habían corregido 2,019 pendientes de los 2,299 listados

⁴ Toda esta documentación está contenida en el expediente administrativo, Tomo I, Adenda 5-6.



correspondientes al sistema HVAC (Sistema de Aire Acondicionado), quedando pendiente 280 activades por corregir. En este Informe, además, se señaló que en términos generales a la fecha quedaban 473 pendientes por corregir, equivalentes al 4.5% de los pendientes.

Veamos, un extracto del mencionado informe:

Consorcio
PM Terminal Sur S.A.



Supervisión Integral, Inspección y Control de Obra, del Proyecto de Construcción de la Terminal Sur, Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A.

Panamá, 5 de octubre 2021

PM-TR-2110-S-0737

Arquitecto
Enrique Villegas
 VP Ingeniería y Proyectos
 AITSA

VP INGENIERIA	VP PROYECTOS
Fecha:	6-10-2021
Firma:	[Firma]
Nº:	1498 2 20pm

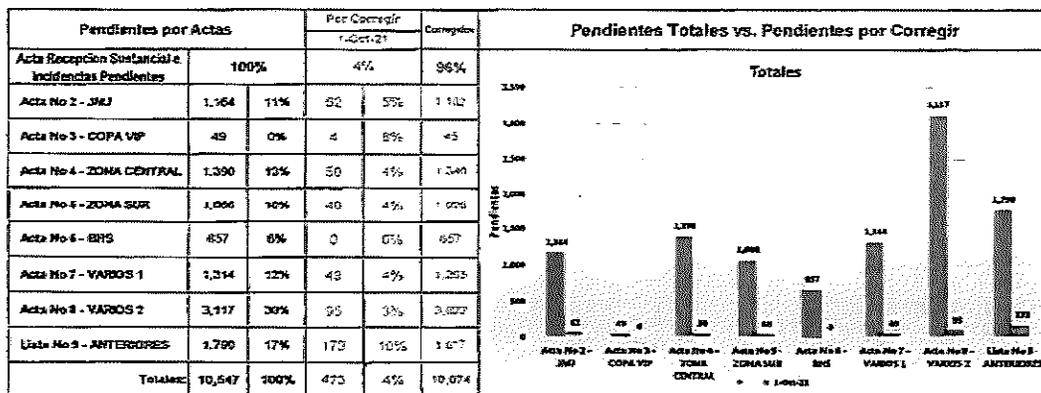
Referencia: PEAIT Programa Expansión Aeropuerto Internacional de Tocumen

Asunto: Actualización de Avance en Corrección de Pendientes del Sistema HVAC al 1 de octubre 2021.

Estimado Arquitecto:

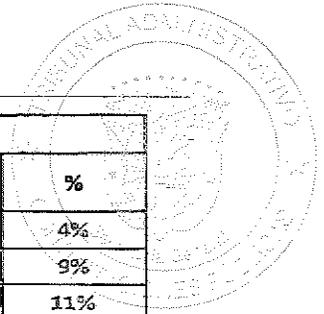
Mediante la presente comunicación estamos haciendo entrega de la actualización en la corrección de pendientes del sistema HVAC al 1 de octubre 2021:

- A la fecha, se han corregido 10,074 pendientes de los 10,547 levantados, lo que equivale al 96% de los pendientes de las áreas propuestas a entregar, según las Actas: No 2 - JMJ, No 3 - COPA VIP, No 4 - ZONA CENTRAL, No 5 - ZONA SUR, No 6 - BHS, No 7 - VARIOS 1, No 8 - VARIOS 2 y Lista No 9 - Anteriores.
- A la fecha quedan 473 pendientes por corregir, esto equivale al 4.5%



- A la fecha, de los 2,299 pendientes correspondientes a HVAC se han corregido 2,019, lo que equivale al 87.8%. De los 473 pendientes que quedan por corregir en todo el proyecto, 280 pendientes corresponden al Sistema HVAC. Esto equivale al 59.2% de todos los pendientes por corregir.

RESUMEN PENDIENTES HVAC POR ACTAS Y LISTA #9						
Actividad	Pendientes	%	Pendientes Corregidos	%	Pendientes por Corregir	%
Acta Recepción Sustancial #2	271	12%	227	84%	44	16%
Acta Recepción Sustancial #3	10	0%	7	70%	3	30%
Acta Recepción Sustancial #4	244	11%	207	85%	37	15%
Acta Recepción Sustancial #5	60	3%	36	60%	24	40%
Acta Recepción Sustancial #6	0	0%	0	0%	0	0%
Acta Recepción Sustancial #7	273	12%	232	85%	41	15%
Acta Recepción Sustancial #8	760	33%	708	93%	52	7%
Listado de Pendientes #9	681	30%	602	88%	79	12%
Totales	2,299	100%	2,019	88%	280	12%



➡ HEATING VENTILATION AND AIR CONDITIONIG - HVAC						
Tipo	Pendientes	%	Pendientes Corregidos	%	Pendientes por Corregir	%
Accesorios	242	11%	232	96%	10	4%
Ductos	620	27%	565	91%	55	9%
Equipos	609	26%	541	89%	68	11%
Pruebas H.	29	1%	19	66%	10	34%
Tubería Flexible	5	0%	5	100%	0	0%
Tuberías	794	35%	657	83%	137	17%
Totales	2,299	100%	2,019	88%	280	12%
Por Corregir:	280	12%				

➡ HEATING VENTILATION AND AIR CONDITIONIG - HVAC						
Nivel	Pendientes	%	Pendientes Corregidos	%	Pendientes por Corregir	%
000	1,115	48%	967	87%	148	13%
100	527	23%	450	85%	77	15%
150	166	7%	148	89%	18	11%
200	418	18%	390	93%	28	7%
250	64	3%	55	86%	9	14%
Techo	9	0%	9	100%	0	0%
Totales	2,299	100%	2,019	88%	280	12%
Por Corregir:	280	12%				

III. ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.

Como lo hemos descrito y desarrollado, el acto apelado, lo constituye la Resolución No.065-AL-21 de 28 de septiembre de 2021, mediante la cual el Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., resolvió administrativamente el Contrato No.038/12, suscrito con la empresa CNO, S.A., e inhabilitó a ésta por el término de tres (3) años, dentro del acto de licitación Abreviada Mejor Valor con Evaluación Separada No.2012-2-02-0-08-LV-002108, para el "Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A." (sic).

En lo medular de esta resolución, la entidad refiere que, para el 1 de septiembre de 2021, el contratista había ejecutado 9,519 pendientes de 9,738 presupuestados en Anexo No.1 de Adenda 8, es decir 219 pendientes no ejecutados.

Asimismo, a pocos días del cierre, específicamente el 27 de septiembre de 2021, quedaban pendientes de ejecución y cumplimiento contractual 640 actividades por corregir; y para 30 de septiembre 2021, finalmente quedaban pendiente 473 actividades por realizar.

En ese sentido, la entidad, decidió resolver administrativamente el Contrato No.38/12, en base a que el contratista no había cumplido con los 10,547 pendientes acordados en la Adenda 8, Anexo 1, para el 30 de septiembre 2021, fecha final de entrega íntegra de la obra.

Anexo 1, Adenda 8:

FECHA ESTIMADA DE DESEMBOLSO Cumplimiento de los Ajustes y Complementos satisfactoriamente	MONTO (B/.)	ÍTEMS AJUSTES Y COMPLEMENTOS ATENDIDOS
30-abr	2,000,000.00	5394
30-jun	1,833,977.79	7299
31-jul	1,950,000.00	8558
31-ago	1,500,000.00	9738
30-sep	2,555,392.08	10547



IV. ARGUMENTACIONES Y PRETENSIONES DEL APELANTE.

El 6 de octubre de 2021, la firma forense Britton & Iglesias en representación judicial de la empresa CNO, S.A., (antes denominada Constructora Norberto Odebrecht, S.A.) presentó ante la Secretaría General de este Tribunal escrito contra la resolución rebatida (Resolución No.065-AL-21 de 28 de septiembre de 2021), visible de foja 033 a 125 del expediente jurídico.

Debemos enfatizar que, la parte actora advirtió que la presentación del recurso de apelación era bajo protesto, ya que todos los temas que pretendía endilgarle la entidad en sede administrativa debían ser dirimidos en sede arbitral, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula decimonovena del Contrato No.38/12.

Siendo así, los argumentos esgrimidos por la parte actora, para fundamentar sus pretensiones, en cuanto a los supuestos incumplimientos contractuales, se basan en lo siguiente:

1. La Resolución Administrativa del Contrato No.38/12 no es jurídicamente viable, una vez AITSA recibió sustancialmente y ocupó la obra.

a. AITSA recibió sustancialmente y ocupó la Obra.

Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., a criterio del contratista, recibió de manera sustancial la obra, de acuerdo con lo establecido en la Ley aplicable al Contrato; lo indicado en el pliego de cargos y en el Contrato No. 38/12. La fecha exacta de la recepción sustancial de la obra fue el 29 de febrero de 2020.

AITSA, es responsable de la Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de Tocumen, desde la fecha de entrega sustancial. Agregó la parte actora que, CNO, S.A., únicamente está obligada a terminar ciertos detalles mínimos, rubros identificados, en adendas como "Ajustes y Complementos".

A su vez, advirtió que, las normas aplicables al presente caso no permiten que la entidad luego de haber recibido y ocupado la obra resolviera administrativamente el Contrato No.38/12.

i. Adenda No.6 al Contrato No. 038/12 y la Entrega Sustancial de la Terminal 2

Luego del perfeccionamiento del Contrato No. 038/12, las partes en común acuerdo suscribieron un total de 8 Adendas, mediante las cuales se modificaron, los alcances del contrato, el plazo e incluso el precio.

Dicho lo anterior, es importante destacar que, mediante la Adenda No.6 al Contrato, refrendada el 15 de noviembre de 2019, momento en el cual existía un avance de obra del 98.91%, las partes fijaron la fecha para la entrega sustancial y definitiva de la obra, de la siguiente manera:

Veamos un extracto, de lo descrito por el apelante, y que está contenido en la Adenda No.6:

"Que de acuerdo a Informe Técnico elaborado por el PM Terminal Sur Tocumen, S.A., el proyecto denominado "PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN", alcanza actualmente un avance del 98,91% de ejecución por lo cual TOCUMEN debe velar por las mejores decisiones que puedan representar salvaguardar sus intereses, y los que se circunscriban en el concepto del bien común sobre los bienes del Estado."



En este sentido, y en relación con la Entrega Sustancial de la Obra, Adenda No. 6 señala:

"Las partes acuerdan que una vez alcanzado el nivel de aceptación en determinadas áreas, se comenzará a realizar el proceso de Recepción Sustancial de las mismas, conforme lo establecido en el Contrato de Obra; a efectos de la firma del Acta correspondiente y su posterior elevación a Contraloría General de la República para su perfeccionamiento, motivo por el cual, EL CONTRATISTA se obliga a entregar operativas las áreas, instalaciones, sistemas, equipos y los locales técnicos vinculados a éstas, de acuerdo con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales."

De igual modo en la Adenda No. 6 se modifica la cláusula Tercera del Contrato 038/12, aclarando que la "Fecha de Entrega Sustancial de las Obras" sería el 29 de febrero de 2020.

- ➡ "A. 29 de febrero de 2020, Fecha de Entrega Sustancial de las Obras.
B. 30 de junio de 2020, Fecha de Entrega Definitiva de las Obras en la cual deberán estar subsanados los Ajustes y/o Complementos."

Además, en esta adenda se acordó con la entidad, añadir una cláusula de incumplimiento, que facultaba a la entidad a resolver administrativamente el contrato. En consecuencia, se modificó la cláusula decimonovena del Contrato No.38/12 y ella se indicó que, el incumplimiento de tres hitos identificados en el cronograma de la obra que representara un atraso de 10 días calendarios, daría pie a AITSA, a resolver la relación contractual, veamos:

"OCTAVA: Se adicionan a la Cláusula Décima Novena, otra causal de RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATO, la cual se describe a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

" Independientemente de todas las causales establecidas en el Contrato No.038/12, se adiciona como nueva causal de Resolución Administrativa por incumplimiento del CONTRATO No.038/12, pero sin limitarse a ella, la siguiente:

1. El incumplimiento de tres hitos, indicados en el Cronograma de Obra actualizado para la Adenda No.6, que presenten atrasos de hasta un máximo de 10 días calendario cada uno, facultará a TOCUMÉN a Resolver Administrativamente el Contrato y a solicitar la ejecución de la Fianza de Cumplimiento del Contrato, entendiendo que estos incumplimientos rompen el compromiso asumido por EL CONTRATISTA y afectan de manera material la planificación de apertura y operación del Aeropuerto Internacional de Tocumén con los perjuicios que ello implica." (el subrayado es nuestro)

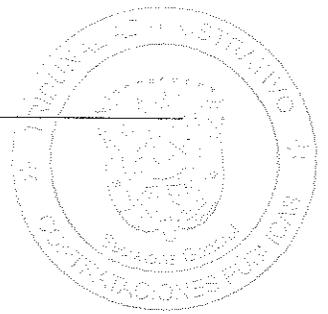
A criterio del contratista, a la entidad no le asiste la razón de invocar esta cláusula, habida cuenta que, CNO, S.A., cumplió con todos los hitos establecidos previamente en Adenda No.6⁵. Haciendo hincapié en que cumplió con la obligación principal de hacer "Entrega Sustancial de la Obra" el 29 de febrero de 2020. Destaca que, además, esta Adenda No.6 fue firmada por las partes y refrendada por Contraloría.

Señaló además que, efectivamente el 29 de febrero de 2020 se entregó sustancialmente toda la obra con la entrega del hito final de la Adenda No.6, tal como consta la Nota PEAIT-DC-2878-MAR/20⁶. En suma, indicó que, en el Anexo de dicha nota, se dejó constancia que CNO, culminó todos los hitos necesarios de "Entrega Sustancial de la Obra", para el plazo programado.

Por otra parte, AITSA, confirmó lo anterior, haciendo un comunicado al país, mismo que fue publicado en sus redes sociales (Twitter), veamos:

⁵ Original de Adenda 6 de foja 501 a 510 del Tomo Adenda 5-6, Expediente Administrativo.

⁶ Ver foja 1475 del Expediente Jurídico.



Tocumen
CONTRATACIONES PUBLICAS

Aeropuerto Internacional de Tocumen inicia proceso de recepción de infraestructura de la Terminal 2

Panamá, 3 de marzo de 2020. El pasado 29 de febrero venció el plazo para la terminación sustancial de la Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de Tocumen, según lo acordado en la sexta agenda de tiempo otorgada a la Constructora Norberto Odubrecht (CNO), por lo que este lunes 2 de marzo terminó a las 10:00 am la recepción sustancial de la infraestructura aeroportuaria de 116 mil metros cuadrados y 59 puestos de abastecimiento.

Una vez del resultado comparecido con el equipo técnico de Tocumen, la estación localizadora (CNO), la aseguradora y la Contraloría en el seguimiento exhaustivo de esta administración sobre el avance de los trabajos, se ha comprobado que los niveles de producción del constructor, bajo el contrato 038/12 han alcanzado un nivel sustancial al constructor, doctor Rafael Auzá gerente general del Aeropuerto Internacional de Tocumen.

El proceso de admisión de la obra consiste en la evaluación de los trabajos y los alcances de producción para determinar observaciones, ajustes y complementos de todos los acabados, instalaciones y sistemas que, a través de pruebas, permitirán validar los ajustes necesarios y verificación de los componentes tecnológicos a fin de confirmar que las estructuras, superficies, sistemas de manera sustancial.

La empresa constructora tiene a cargo el trámite del permiso de ocupación de las nuevas instalaciones.

Como resultado que a partir de este momento comienza un importante proceso de ensayos para ajustar todos los equipos y implementación de procesos tecnológicos en el proceso con la tecnología existente la cual permitirá la apertura gradual de los 59 puestos de abastecimiento de la terminal 2.

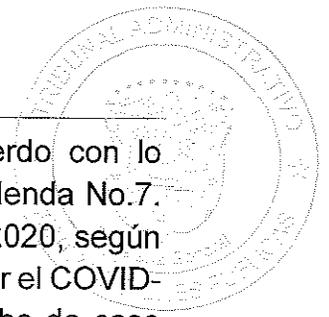
Una vez que se cumplan todos los requisitos legales, la recepción sustancial de la infraestructura aeroportuaria y el respectivo relevo por parte de la Contraloría, la administración del Aeropuerto Internacional de Tocumen, inicia el proceso de recepción con las compañías aéreas, autoridades y entidades estatales que operan servicios aeroportuarios, a fin de

Prueba de lo anterior, es que, CNO, gestionó el permiso de ocupación de las nuevas instalaciones y a través de la Nota PEAIT-DC-2881-MAR/20, hizo entrega formal del Certificado de Ocupación ZRPMA No.1280 de 17 de marzo de 2020, emitido por la División de Seguridad y Prevención de Incendios del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Panamá, en el cual se demostró la viabilidad de toda ocupación en la Terminal 2 del Aeropuerto. (Refiere el contratista que antes de este permiso de ocupación, se emitieron otros parciales, no obstante, este es el que fue emitido cuando la ocupación estaba al 100%) (ver foja 065 del expediente jurídico).

Asimismo, pese a las adversidades causadas por las restricciones existente por el COVID-19, el contratista extremó sus esfuerzos y obtuvo el Permiso de Ocupación No.1244 del 27 de mayo de 2020 emitido por el Municipio de Panamá. Enfatizó a su vez que, en esas mismas condiciones adversas, se estaban cumpliendo parablemente los "Ajustes y Complementos" finales (ver foja 066 del expediente jurídico).

En consecuencia, con la recepción sustancial de la obra en el plazo fijado, y con la entrega de los permisos de ocupación emitidos tanto por los Bomberos, como por el Municipio de Panamá, AITSA, recibió la obra no solo para su ocupación, sino también para su uso. Cumplida esta fase de entrega sustancial de la obra, CNO, ha continuado con la "Etapa de detalles, ajustes y demás aspectos nimios para la entrega íntegra de la obra (Fase denominada Ajustes y Complementos).

- ii. **La Adenda No. 7 al Contrato No. 38/12 confirma la Entrega Sustancial de la Obra, se da terminación a la Ejecución del Contrato e inicia la etapa de garantías (Ajustes y Complementos).**



Y es que, luego de la “Entrega Sustancial de la Obra, de acuerdo con lo establecido en la Adenda No.6 al Contrato No.38/12, se suscribió la Adenda No.7. Recordemos que, la entrega definitiva de la obra era el 30 de junio de 2020, según la Adenda No.6 al Contrato, sin embargo, las problemáticas causadas por el COVID-19 hicieron imposible esta entrega. Las partes reconociendo este hecho de caso fortuito y fuerza mayor, suscribieron la Adenda No.7, y se fijó una nueva fecha de entrega íntegra de la obra.

Importante es ver extracto de Adenda No.7 al Contrato No.38/12, en la que la entidad indica claramente que no se va a cumplir con el plazo anteriormente establecido para la entrega final, el 30 de junio de 2020:

“Que la Adenda No.6 al Contrato No.038/12, extendió el plazo de entrega de las obras del “PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN”, de la siguiente manera:

A. 29 de febrero de 2020, Fecha de Entrega sustancial de las Obras.

B. 30 de junio de 2020, Fecha de Entrega Definitiva de las Obras en la cual deberán estar subsanados los Ajustes y/o Complementos.

Que no obstante a lo anterior, mediante Resolución de Gabinete No.11 de 13 de marzo de 2020, el Gobierno de la República de Panamá Declara Estado de Emergencia Nacional como consecuencia de los efectos generados por la enfermedad infecciosa COVID-19, causada por el coronavirus y la inminencia de la ocurrencia de nuevos daños, producto de las actuales condiciones de esta pandemia.”

En este documento igualmente se indicó que, el contratista había culminado con la Entrega Sustancial de la Obra, “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen, el pasado 29 de febrero de 2020, y se explicó la necesidad de ampliar el término, veamos un extracto de Adenda No.7:

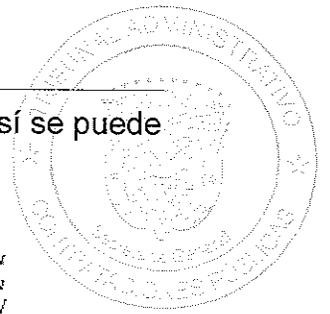
*“Que en virtud que **EL CONTRATISTA** ha cumplido con la Entrega Sustancial de las Obras del “Programa de Expansión del aeropuerto Internacional de Tocumen” al día 29 de febrero de 2020, no obstante, desde el mes marzo de 2020 se mantiene la suspensión temporal de las actividades de la industria de la construcción en todos los proyectos del país, con excepción de aquellos que, de manera expresa, disponga la autoridad sanitaria, se requiere mantener vigentes las pólizas y fianzas del contrato más allá del día 30 de junio de 2020; motivo por la cual, Las Partes, declaran y reconocen la necesidad de extender el plazo de duración del contrato hasta el día 31 de marzo de 2021, conforme a un Cronograma de Obra actualizado.”*

En ese sentido, en la Adenda No.7⁷, se fijó en la cláusula tercera del Contrato No.38/12, una nueva fecha para la entrega sustancial de la obra, siendo la fecha de entrega sustancial el 29 de febrero 2020 (igual que la Adenda No.6), y una nueva fecha para entrega final 31 de marzo de 2021.

Basándose en el pliego de cargos y el Contrato No.38/12, las partes fueron explícitas en indicar que la fecha de entrega definitiva de la obra comprendía la subsanación de “Ajustes y Complementos”.

Además, no se puede dejar de mencionar nuevamente que, la obra fue entregada sustancialmente el 29 de febrero de 2020. Refiere en adición el contratista que, para la suscripción de esta adenda (Adenda No.7 al Contrato) se

⁷ Ver desde foja 1355 a 1361 del Tomo V: Adenda 7 al Contrato No.38/12, Expediente Administrativo.



tomó como factor determinante el avance de la obra para esa fecha y así se puede apreciar en el contenido de esta adenda, veamos:

“Que dentro de los Informes Técnicos de Justificación presentados ante la Junta Directiva para sustentar la solicitud de prórroga, se señala también que el avance físico de la obra se encuentra en 99.89% que la ejecución del cronograma de obra desde el mes de marzo de 2020, se ha visto afectada debido a la suspensión de las actividades de la construcción a consecuencia de las medidas sanitarias indicadas por el Gobierno Nacional para salvaguardar la vida e integridad de los trabajadores del sector.

Que igualmente, el Informe Técnico elaborado por el PM Terminal Sur Tocumen, S.A. el proyecto denominado “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen”, alcanza actualmente un avance de obra del 99.89% de ejecución, por lo cual, la Entidad Contratante debe velar por las mejores decisiones que puedan representar salvaguardar sus intereses y los que se circunscriban en el concepto del bien común sobre los bienes del Estado.”

Destaca el contratista que, las partes estaban de acuerdo en que existía un avance casi del 100% para esta obra, dando como resultado que lo que faltaba era una mínima cantidad sin relevancia. Las partes reconocieron la “Sustancial de la Obra” y el Contrato No.38/12 se encuentra en una etapa de “Ajustes y Complementos”, etapa en que ningún incumplimiento tiene connotación material.

iii. AITSA ha recibido desde 2017 gran parte de los “Ajustes y Complementos”, a través de Actas de Recepción Sustancial de la Obra”.

Es un hecho cierto que la Entrega Sustancial de la Obra, fue fijada para el 29 de febrero de 2020, en cumplimiento de la Adenda No.6 al Contrato No.38/12, sin embargo, CNO fue entregando múltiples avances respecto a detalles de construcción y demás, desde el año 2017, incluso antes de la entrega sustancial de la obra, ya se venían ejecutando reparos de los “Ajustes y Complementos”.

Tal como se puede constatar en el contenido del “Acta de Recepción Sustancial de la Obra No. 1”, firmada por ambas partes y refrendada por la Contraloría General de la República el 14 de noviembre de 2017 “[...] establece que el nivel de ejecución física de la obra permite su utilización, pese a la existencia de detalles que el contratista está obligado a subsanar” (sic).

Bajo ese mismo concepto, en el punto 4.1 del Anexo VI de la Adenda No.7 al pliego de cargos, en cuanto a la Recepción Sustancial de la Obra, “[...] excepto ciertas obras complementarias, o reparos de partes de las obras, arreglos etc., (en adelante” Ajustes y Complementos”) los cuales no impiden a Tocumen de tomar posesión de la misma y/o iniciar la utilización de las obras”.

En ese orden de ideas, AITSA reconoce que una vez se dé la Recepción Sustancial de la Obra, se inicia una etapa distinta a la de construcción y ejecución de obra material, en tanto se pasa a una etapa de arreglos y mejoras menores, a las que se les denomina “Ajustes y Complementos”. Estos ajustes son tan nimios que no impiden la ocupación de la obra y utilización de esta.

AITSA asumió el control total de la obra a partir de la Recepción Sustancial de la Obra el 29 de febrero de 2020, empero, antes de esta fecha, ya había recibido, ocupado y usado gran parte de la obra. Para constatar lo mencionado, la parte actora, describe las entregas sustanciales en la siguiente ilustración:



ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL	ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL	ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL	ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL
Acta de Recepción N°1 Entrega de Boulevard de acceso y Plataforma de Aeronaves	Diferentes fechas	9,0%	9,0%
Acta de Recepción N°2 Entrega de Área Edificio Terminal Lado Norte, Chiller Plant y Tanque de Agua	16-ene-19	14,9%	23,9%
Acta de Recepción N°3 Entrega de Zona 3 Mezzanine Norte Nivel 300	31-may-19	0,5%	24,4%
Acta de Recepción N°4 Entrega de Terminal Nivel Llegadas y Salidas, Plataforma y Calles de Circulación	29-abr-19	43,0%	67,4%
Acta de Recepción N° 5 Terminal 2 Lado Sur y nivel 000 zona 3	20-ago-19	10,6%	78,0%
Acta de Recepción N° 6 Terminal 2 Sistema de Manejo de Equipaje	26-sep-19	5,9%	84,0%
Acta N°7 Varios	30-sep-19	8,0%	91,9%
Acta N°8 Varios	29-feb-20	7,7%	99,6%

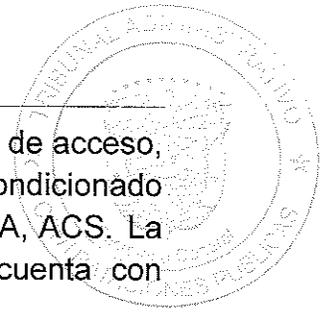
Tal como se puede observar, el CNO y AITSA, han suscrito siete (7) Actas de Aceptación Sustancial de la Obra, y, en consecuencia, se han entregado a la entidad terminado varios ajustes y complementos. Al contabilizar estos ajustes a la fecha de resolución del contrato, estos en su total representan menos del 1% del total de la obra, que, a febrero de 2020, ya superaba el 99% de avance físico. Hay que señalar que todas estas actas, hasta el Acta No. 7, fueron firmadas por ambas partes y refrendadas por Contraloría 8 (Ver fojas 346-397, Tomo II Adenda N°7, Expediente Administrativo).

Estas actas, tenían como propósito documentar los avances relacionados con la entrega total de la obra, así como documentar los pequeños ajustes y complementos necesarios para culminar la obra. Obra que fuera entregada sustancialmente el pasado 29 de febrero de 2020.

Es de destacar que, se suscribió un Acta de Aceptación Sustancial No.8; sin embargo, a diferencia de las otras, esta fue devuelta sin refrendo por la Contraloría General, por ajustes a la cuenta No.85.

Por todo lo mencionado, señaló el contratista que:

- Desde agosto de 2016 entró en operación el ramal de la carretera que sale del Corredor Sur y llega a la Terminal I.
- Durante el mes de enero de 2016 se empezaron a usar las posiciones remotas (Fit Test de aeronaves).
- A finales del 2018 se recibió en la Terminal 2, es decir APRON y Terminal, al presidente de China Xi Jinping.
- Para llegada de su Santidad el Papa Francisco y los peregrinos de la JMJ en enero de 2019, se utilizaron las cinco (5) primeras puertas.



- Desde 2019 está en ocupación y uso por lo menos: El boulevard de acceso, la planta de enfriamiento, tanque de agua, el sistema de Aire Acondicionado (parcial), protección contra incendios (parcial) PBB'S, redes, PA, ACS. La operación solo es posible gracias a que la Terminal 2 ya cuenta con temperatura controlada.
- El edificio conector entró en funcionamiento y ocupación, haciendo la conexión entre la Terminal y Terminal 2.
- El sistema de manejo de equipaje (BHS), fue entregado con el Acta Sustancial 6. Este aún no ha sido puesto en funcionamiento para atención de pasajeros, está bajo la ocupación de AITSA, quien brinda mantenimiento a través de la misma empresa que lo suministra: VANDERLANDE.
- El OSS (One Stop Security), área para re-chequeo de países que no cumplen con los estándares de seguridad, fue entregado para ser puesto en funcionamiento desde febrero de 2020.
- Actualmente se encuentran en uso o pueden ser utilizadas la totalidad de las puertas de abordaje entregadas a AITSA. Las que no están siendo utilizadas es por decisión de AITSA.
- Los cuartos técnicos TR's (Telecommunications Rooms) y Cores están operativos y siendo usados por AITSA, lo que permite el uso de la red LAN (lo que habilita el uso de los FID, BIDS, GIDS, CCTV y demás sistemas de Tocumen), WIFI, PA (Megafonía), Control de Iluminación (LC) y Telefonía. Adicionalmente están habilitadas el sistema de detección y alarmas contra incendios a través del cuarto del DMS.
- Las oficinas de las áreas de policía, bomberos, oficinas de personal (2) OE, inmigración (3), oficinas de seguridad, oficinas de aerolíneas, almacenes (21), garita fueron entregadas para uso de AITSA e instituciones relacionadas, así como 15 posiciones de baños para uso de Tocumen.
- Todas las áreas que debió entregar CNO en gris, fueron puestas a disposición para ocupación de AITSA y sus concesionarios. Parte de estas, fueron ocupadas por AITSA, iniciando adecuaciones en diversas de ellas. Siendo que a la fecha en el área de operación funcionan o se encuentran en construcción comercios como ATENZA, STARBUCKS y la ZONA VIP de COPA está en remodelación desde el segundo semestre de 2019.
(Todo lo anterior, ocurrido durante los años 2019 y 2020).

En definitiva, desde el 2017, AITSA comenzó a recibir partes Sustanciales de la Obra a través de las Actas de Recepción Sustancial. Finalmente, el 29 de febrero de 2020, se recibió la toda la obra sustancialmente conforme a lo establecido en el artículo 87 de la Ley aplicable al Contrato No. 38/12. Aunado a que antes de la fecha de entrega sustancial total, se recibieron Ajustes y Complementos de poca relevancia, que no impiden la ocupación y operatividad de AITSA.

La entidad mantiene la ocupación y operatividad de la obra, y esto se hizo de conocimiento público, a partir de la llegada de Su Santidad el Papa Francisco en el año 2019, y a partir de ese momento se iniciaron las llegadas de vuelos a la Terminal 2 del Aeropuerto.

b. AITSA se ve imposibilitada a resolver administrativamente el contrato por cuenta de la recepción sustancial y su consecuente ocupación.

Tal como ha sido descrito, según la apelante, la Recepción Sustancial de la Obra, se dio el 29 de febrero de 2020, y así lo confirma lo consignado en la Adenda No.7 del Contrato No.38/12 y la Adenda No.8, en su contenido, también confirma esta entrega. En ese sentido, la normativa aplicable, señala que la entidad puede recibir



sustancialmente una obra para su uso y ocupación, aunque queden etapas pendientes (se citó el artículo 87 de la Ley 48 de 2011).

Con ello se entiende que, una vez se recibe sustancialmente una obra, ha culminado la etapa de construcción y empieza el periodo de garantías, etapa en la cual no se puede aplicar la resolución administrativa a un contrato.

Definitivamente, según lo expresado en la Ley, el Contrato No.38/12, la entidad no tenía derecho de resolver esta relación contractual, ya que la Terminal 2, fue recibida sustancialmente, además está ocupada y se está usando desde febrero de 2020.

En opinión de la recurrente, de la lectura de cada una de las Actas de Recepción Sustancial, se infiere que en cada una de ellas se decidió iniciar un periodo de garantías relacionado con las áreas ya entregadas, siendo que, al 30 de septiembre de 2021, el avance de la obra fuera superior al 99.95%, por lo cual las garantías se deben calcular sobre este porcentaje recibido.

2. La Resolución Administrativa del Contrato No.38/12 no cumple con los requisitos de Ley, por lo que adolece de nulidad absoluta.

En otro orden de ideas, el apelante advierte que conforme al artículo 30 del Código Civil, la Ley aplicable para el proceso de resolución administrativa del presente es la versión vigente de la Ley a la fecha de presentación del presente escrito de apelación (Ley 153 de 2020) y no la Ley Vigente al momento del perfeccionamiento del Contrato (Ley 48 de 2011).

Sin embargo, el contenido de ambas normativas, en lo tocante al procedimiento de resolución de un contrato, es similar. En ese sentido, el artículo 139 (de la Ley 153 de 2020), incluye los pasos a seguir para cuando una entidad el Estado tenga la intención de resolver una relación contractual:

“Artículo 139. Procedimiento de resolución. La resolución administrativa del contrato se ajustará a los establecido en el artículo anterior, con sujeción a las reglas siguientes:

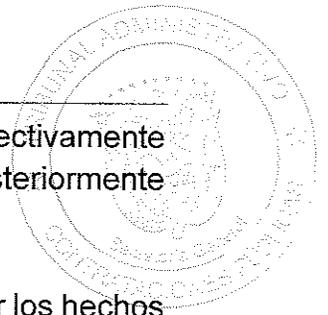
1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.

➡ *No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.*

2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes. Esta certificación le será comunicada a la fiadora.” (subrayado es nuestro).

A criterio del apelante, tal como lo exige la norma, la entidad debió señalar concretamente las razones de su decisión y conceder un término de cinco días hábiles, para contestar, y a la vez para presentar las pruebas pertinentes.

La entidad, por el contrario, violó lo establecido en la norma ya que: no señaló de forma completa y cierta las razones de su decisión en la nota de “Aviso de



Intención de Resolver el Contrato, no permitiendo a CNO defenderse efectivamente en contra de los cargos endilgados, sobre todos los aspectos posteriormente empleados para resolver el Contrato No.38/12.

Asimismo, AISTA no concedió un plazo para que se pudieran corregir los hechos que determinaron el inicio del procedimiento de resolución, como lo sugiere la norma, pese que para este caso en particular era viable y factible la extensión de una prórroga. En adición, se podría decir que la prórroga era factible en tanto que:

- i. CNO lo solicitó justificando claramente la necesidad de 60 días para culminar con los trabajos a partir del 30 de septiembre (Ver nota PEAI-DC-3124-AGO/21 de 11 de agosto de 2021 emitida por CNO que corre a foja 20 del Expediente Administrativo Tomo I, Temas Varios del Contrato 38/12).
- ii. Bajo cualquiera circunstancia, resulta beneficioso para todas las partes y para el Estado, la pronta culminación de la obra.
- iii. Entre las causas que motivaron la demoras para terminar los mínimos Ajustes y Complementos, están los propios incumplimientos de AITSA a sus obligaciones de pago, así como los efectos de la Pandemia COVID-19.
- iv. AITSA ya ha recibido la obra y puede seguir utilizándola como hasta ahora, sin perjuicio de los trabajos que faltan.

En definitiva, AITSA viola frontalmente lo establecido en la normativa, al no otorgar un plazo para corregir los hechos que originaron el inicio de la Resolución Administrativa del Contrato No.38/12.

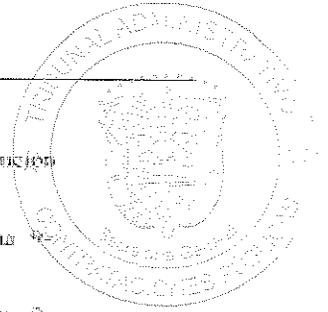
Por otra parte, advierte que en la intención de Resolución del Contrato No.38/12, la entidad utilizó como fundamento las siguientes notas:

- Nota PEAT-DC-3124-AGO/21 de 11 de agosto de 2021.
- Informe PM-TR-2109-5-0677. del 1 de septiembre de 2021.
- Informe PM-TR-2109-5-0678. del 1 de septiembre de 2021.
- Informe PM-TR-2109-5-0679. del 1 de septiembre de 2021.
- Informe PM-TR-2109-5-0691. del 3 de septiembre de 2021.
- Nota PEAIT -DC-3163-SEPT 21 del 07 de septiembre de 2021.

Estas notas o informes, guardan relación con los siguientes reclamos:

- Incumplimientos del Contrato al anunciar el 11 de agosto que los soportes antisísmicos para el Sistema HVAC tendrían retraso en su instalación de 60 día y por lo tanto, ocurriría posterior al vencimiento del plazo contractual, después del 30 de septiembre 2021.
- La atención de ajustes y complementos al cierre del 1 de septiembre de 2021 no alcanza la cantidad de 9,739 ítems, conforme al Anexo 1 de la Adenda 8 al Contrato.
- La programación de Ajustes y Complementos pendientes informada por CNO se extendería hasta el mes de diciembre de 2021.

Frente a estos reproches, CNO realizó sus descargos a través de la Nota PEAIT-DC-3191-SEPT/21 de fecha 21 de septiembre de 2021, sin embargo, la entidad emitió la Resolución 065 /AL.21 d e fecha de 28 de septiembre de 2021, mediante la cual resolvió el Contrato No.38/12, fundamentándose en hechos adicionales no mencionados en el "Aviso de Intención del Contrato, como, por ejemplo:



- Nota PEAIT-DC-3191-SEP/21, del 21 de septiembre de 2021. (Página 7- Resolución Administrativa)
- Informe PM-TR-2109-S-0694, del día 15 de septiembre de 2021. (Página 8- Resolución Administrativa)
- Informe PM-TR-2109-S-0699, del día 16 de septiembre de 2021. (Página 9- Resolución Administrativa)
- Informe PM-TR-2109-S-0693, del día 15 de septiembre de 2021. (Página 10- Resolución Administrativa)
- Informe PM-TR-2019-S-0721, del 27 de septiembre de 2021. (Página 11- Resolución Administrativa)
- Certificación de Pagos emitida por la Vicepresidencia de Administración y Finanzas, del día 28 de septiembre de 2021. (Página 11- Resolución Administrativa)
- Listado de más de 2.000 Defectos de Construcción o Reconstrucción no atendidos, notificados por TOCUMEN a CNO, S.A. (Página 12- Resolución Administrativa)
- Nota de la Contraloría General de la República, N°2400-2021-LEG, del día 21 de septiembre de 2021 (Página 16- Resolución Administrativa)
- Nota PEAIT -DC-3155-AG0/21 del día 31 de agosto de 2021 (Página 21- Resolución Administrativa)
- Informe PM-TR-2109-S-0725, del día 25 de septiembre de 2021 (Página 21- Resolución Administrativa)

Afirma la recurrente que en atención a estas comunicaciones adicionales, que fueron utilizadas para Resolver en Contrato No.38/12, CNO, no tuvo la oportunidad de realizar sus descargos en el "Aviso de Intención de Resolución" y quedó en total indefensión, en relación a los siguientes reproches:

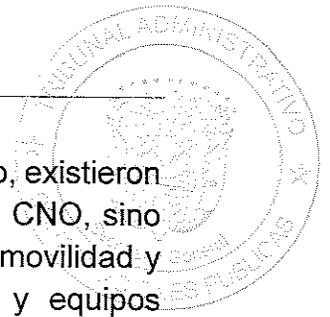
- Existencia de más de 2,000 defectos de construcción o reconstrucción no atendidos.
- Incumplimientos del contrato ya que las cuentas por pagar de CON a empresas subcontratistas ascienden a B/.4,558,889.97.
- Incumplimiento de obligaciones bajo alcance original del Contrato cuyo monto asciende a B/.629,159.26.
- Sobre el sistema de HVAC (aire acondicionado) sostienen que mantiene observaciones, pendientes y montos por ejecutar por una suma de B/.324,787.06.
- CNO no ha entregado los planos As Built debidamente firmados por profesional idoneo.

3. AITSA infringe la Ley al no otorgar una prórroga al Contrato No.38/12.

Otro de los reproches del apelante, está relacionado a la no concesión de una prórroga por parte de la entidad. Refiere entonces el contratista que, la norma que rige el contrato, específicamente en su artículo 81, señala que, CNO tendría derecho a prórroga cuando los retrasos fueran producidos por causas no imputables al contratista o cuando existan situaciones de fuerza mayor o caso fortuito.

Agregó entonces que, las razones de los atrasos en los mínimos Ajustes y Complementos no era responsabilidad de su responsabilidad. Además, de haberse producido eventos de fuerza mayor y caso fortuito por la pandemia.

Según CNO es necesario recalcar que, AITSA es responsable en gran medida de los atrasos de la obra, ya que la falta de cumplimiento de su obligación principal de pago fue determinante e imposibilitó la culminación de detalles finales dentro del plazo de ejecución del contrato.



Volviendo al tema de las afectaciones por fuerza mayor y caso fortuito, existieron afectaciones directas no solo en la salud de algunos colaboradores de CNO, sino que también, se vieron afectados los subcontratistas por aspectos de movilidad y logística en la fabricación, transporte e importación de materiales y equipos necesarios para completar la obra.

Aunque esto no impidió la Entrega Sustancial de la Obra y su ocupación por parte de la entidad, lo cierto es que, si se dieron afectaciones en cuanto a los avances regulares del cumplimiento de las obligaciones de la empresa, por ello, lo correspondiente era otorgarle una prórroga a CNO, del plazo de ejecución contractual.

Al mismo tiempo, se podría decir que, el mismo Contrato No.38/12 en su cláusula decimosegunda, describe taxativamente que, el contratista tendrá derecho a prórroga al plazo del Contrato cuando los retrasos "fueren producidos por causas no imputables" a CNO.

4. Violación de la Ley, al imponer una multa en la Resolución Administrativa del Contrato.

Destaca la parte actora que, la entidad vulnera la Ley, al imponer una multa en la Resolución Administrativa del Contrato No.38/12, ya que, a su criterio, si la entidad consideraba la aplicación de multas debió aplicarlas cuando se aprobaran la solicitud de prorrogas después de la fecha de vencimiento del plazo de entrega de la obra.

5. La Responsabilidad de atrasos en la ejecución de los ajustes y complementos no recae sobre CNO, S.A.

En este apartado, concluyó la parte actora indicando que, los Ajustes y Complementos que la entidad considera que no se han entregado, mantienen esta condición por razones que no son atribuibles en todo caso a CNO.

a. Ítems ya ejecutados por CNO, pero aún no inspeccionados por AITSA.

Aseveró el contratista, que existen ítems que ya fueron terminados al 30 de septiembre de 2021, sin embargo, la entidad a la fecha no ha podido realizar la inspección y recepción de esos ítems.

Como, por ejemplo, el ítem 4.1100 denominado verificación de luces de obstrucción, que son luces rojas sobre postes para señalización. Este ítem fue instalado y está en funcionamiento desde el 29 de abril de 2019, empero, se levantó este complemento, ya que a consideración del personal de inspección se debía verificar estas luces de noche.

Encontrándose en esta misma situación otros ítems del listado de pendientes.

b. Falta de mantenimiento de equipos responsabilidad de AITSA, que obstaculizan ciertos trabajos que AITSA requiere de CNO.

Refiere por su parte que, AITSA ha recibido la totalidad de la obra y dentro de sus obligaciones de recepción de gran parte de la obra, está la de dar mantenimiento a las distintas áreas. Agregando que sin este mantenimiento no se



pueden realizar o llevar a cabo algunos ítems contenidos en los pendientes de "Ajustes y Complementos".

Ejemplo:

- Ítems 9.1704 Prueba de balanceo 45 manejadoras
- 9.1705 Prueba Balanceo 78 ventiladores
- 9.1706 Prueba Balanceo Hidrónico Bombas

Para la ejecución de estas pruebas, los equipos que conforman el sistema de aire acondicionado deben contar con sus respectivos mantenimientos, de tal manera que se pueda evitar fallas en el sistema que afecten la ejecución (de las pruebas). Advierte, además que, CNO, mandó las respectivas comunicaciones para indicar la necesidad de llevar a cabo mantenimientos conforme a los manuales de operación y mantenimiento previamente entregados (Notas: PEAIT-DC-2532-JUL/19 y PEAIT-DC-2555-JUL/19).

Otro caso puntal de falta de mantenimiento se documentó con la incidencia de ejecución #9275 por parte de CPMTS, por el daño de la balinera de la manejadora 2015 del sistema de aire acondicionado. CNO, al verificar la incidencia constató que el daño de la balinera fue producto de la falta de mantenimiento. En esa misma calidad se encontraban otras pruebas a realizar (Ver descripción de cuadro, foja 100 del expediente jurídico).

c. ítems ejecutados e inspeccionados, pero aún no eliminados de la lista de Ajustes y Complementos, por acciones atribuibles a AITSA. Solicitudes adicionales u observaciones de AITSA injustificadas.

A juicio de la parte actora, la entidad ha sido negligente en la inspección de ciertos trabajos que han ejecutados, como lo es, por ejemplo:

El Ítem 7.1150-Pendiente de colocación de U bolts/fijaciones en tubería de agua fría. Este ítem consiste en colocar abrazaderas y fijaciones en la tubería de agua fría del cuarto mecánico CM-000-16, este ítem fue ejecutado e inspeccionado el 27 de agosto de 2021, sin embargo, se hicieron hasta cinco inspecciones, la última el 13 de septiembre de 2021 y el inspector no cerró el ítem argumentando que faltaba otro soporte.

Transcurrieron 17 días calendarios desde la primera inspección, que afectaron directamente la programación del cronograma en la ejecución de otros pendientes, siendo que en cada revisión se revisaba todo el cuarto, en lugar de atender la observación levantada.

En esta misma situación se encuentran los siguientes ítems:

- Ítems 9.1707 Prueba Estanqueidad Cubierta Final
- 8.0170 Filtraciones en la cubierta ejes 21@22 lado tierra
- 8.0172 Filtraciones en la cubierta eje 22
- 3.0012 Filtraciones en el techo
- 9.1779 Ejecución de RIVERCLAK en EDIFICIO CONECTOR (NIVEL TECHO)
- 9.1780 Ejecución de RIVERCLAK en ZONA 3 (NIVEL 300)
- 9.1773 PEAIT EDIFICIO TERMINAL-Cubierta Sistema Riverclack



En atención a estos pendientes, ejecutados, sin embargo, al solicitar a AITSA, la inspección de los estos, indicaron que no se podrían hacer dichas inspecciones hasta que no se presentara una gran precipitación fluvial, para comprobar la efectividad de los trabajos. Entiéndase que, de comprobarse fallas por lluvia, estas deben ser atendidas como garantías.

d. Ítems no culminados por causa del COVID-19.

Por otro lado, durante el desarrollo del perito de la Adenda No.8, hubo personal de baja hasta por 15 días como consecuencia del COVID-19, situación que afectó el cronograma establecido.

La ausencia de este personal retrasó sin duda la ejecución de varios ítems programados, y esto ocasionó un gran impacto en las diferentes cuadrillas encargadas de los distintos trabajos pendientes, En ese sentido, literalmente se expresó que (foja 102 expediente administrativo):

➡ La primera quincena de agosto tres trabajadores de una cuadrilla de cuatro trabajadores quedaron incapacitados por Covid-19. Esta cuadrilla se encargaba de ejecutar los trabajos asociados a los sellos corta fuego y drenajes de condensado tanto de equipos como de locales comerciales. La ausencia de este personal retrasó la ejecución de varios ítems, de los cuales permanecen abiertos 6 ítems de cortafuego y 17 ítems de drenaje de condensado. El impacto de la ausencia de este personal tiene dos (2) componentes: uno es el tiempo realmente ausente que fue de 14 días y otro, es la etapa post-covid, siendo que en muchos casos los recuperados no quedan al 100% de sus capacidades por causas de la enfermedad.

➡ Asimismo, la segunda semana de agosto personal especializado del subcontratista Telecom (diseñadora e ingeniero de programación e integración), encargado del sistema de detección y alarma de incendio y la integración de los sistemas mecánicos, también estuvo de baja.

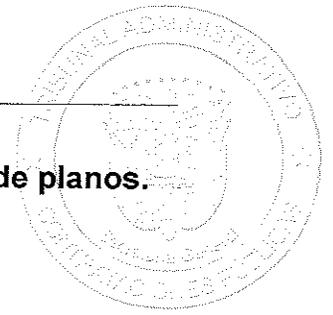
La ausencia de este personal retrasó la ejecución de varios ítems, de los cuales permanecen abiertos 20 ítems de los 516 ítems que eran inicialmente, es decir que quedan abiertos menos del 4% del total de ítems de este sistema. El impacto de la ausencia de este personal fue de 14 días de trabajo de toda la cuadrilla, ya que al no contar con la diseñadora ni con el ingeniero de integración, no se pudo avanzar de acuerdo a lo previsto.

e. Ítems no culminados por daños de subcontratistas de AITSA no atribuibles a CNO, S.A.

En este apartado, se señaló el ítem 8.2366 denominado “Daños ocasionados por subcontratista”, que fue afectado sin responsabilidad de CNO, y así se describió esta incidencia:

El ítem 8.2366 denominado “daños ocasionados por subcontratista, “se debe probar sistema”, fue levantado por AITSA cuando un contratista de AITSA, durante trabajos dentro de la Terminal 2, dañó el cielo raso del pasillo de la zona 2B-3-200 y con ello los dispositivos de detección. Esto ocurrió el 6 de febrero de 2020 y fue documentado por CNO mediante carta del 7 de febrero de 2020, PEAIT-DC-2818-FEB-20⁽¹⁾.

Para el cierre de este ítem, el cual no es responsabilidad de CNO, se necesita reinstalar los dispositivos, verificar el conexionado y probar el sistema. Al ser este ítem generado por causas no atribuibles a CNO, CNO solicitó su cierre mediante los correos -Solicitud para cierre ítems Detección -8.2388, 9.1307 de 22 de junio de 2021⁽²⁾ y -Solicitud para cierre ítem Detección - 8-2388 de 30 de septiembre de 2021⁽²⁾.



f. Ítems no cerrados por demoras de AITSA en la aprobación de planos.

Bajo esta situación se encuentran los siguientes ítems:

- Ítems 4.0581 Corrección de líneas de borde
- 9.0247 Base del PBB 204. 204W dentro de ASA
- 9.0222 Pendiente balizaje de tapas en áreas de movimiento de plataforma
- 9.1735 Entrega Documentación Cierre. Dossier Calidad Federal Security
- 9.1763 Entrega Documentación Cierre. Planos As-Built #29 Señalización APRON

En cuanto a este reproche, la entidad indicó que no es que se hayan solicitados cambios o modificaciones adicionales, sino que las subsanaciones se han dado por errores de CNO en la entrega de los planos, y a partir desde el 2019, antes que se acordaran las entregas de los planos, se realizaban reuniones para acordar y homologar la información, en las que participaban AITSA y hasta Aeronáutica Civil, no obstante, cuando se dieron las presentaciones de los planos aparecían nuevas observaciones no descritas en reuniones previas. (Acta de Reunión 144 Fotos de Plataforma A y Plataforma B; e Histórico APRON, fojas desde 858, hasta 876 del expediente jurídico).

g. Ítems ejecutados e inspeccionados, pero aún no cerrados por solicitudes adicionales de AITSA, no asociadas al ítem.

Respecto a este punto, se describieron los siguientes ítems:

- Ítems 2.0862 Realizar integración de los UPS (TR + FIDS) en el BMS
- 2.0888 Realizar integración de los UPS (TR + FIDS) en el BMS
- 2.0905 Realizar integración de los UPS (TR + FIDS) en el BMS
- 2.1023 Realizar integración de los UPS (TR + FIDS) en el BMS
- 2.1050 Realizar integración de los UPS (TR + FIDS) en el BMS
- 4.1060 Realizar integración de los UPS (TR + FIDS) en el BMS
- 4.1097 Realizar integración de los UPS (TR + FIDS) en el BMS

A criterio del contratista, estos (7) ítems fueron ejecutados e inspeccionados, sin embargo, una vez realizada la inspección se indicó que las alarmas debían ser reflejadas en el panel principal de alarmas, por lo que no se cerraron estos ítems. Cabe destacar, que la especificación que rige el procedimiento para la integración de UPS señala que, estas alarmas deben ser reflejadas para el MDF y Supercore, que son cuatro técnicos ubicados en la zona 3 nivel 000 y que no afecta el cierre de los ítems arriba instalados.

6. Excepciones.

Para concluir, señaló la parte actora que, CNO cuenta con soportes legales para exonerarse de responsabilidad frente a los incumplimientos que intenta endilgarle la entidad, y estos guardan su basamento en dos hechos singulares: Existencia de eventos de caso fortuito y fuerza mayor, que eximen de responsabilidad; y el incumplimiento por parte de AITSA de pagos (excepción de contrato no cumplido)

a. Excepción de contrato no cumplido (falta de pago)

De acuerdo con el flujo estimado desembolsos, incluidos en el Anexo 1 de la Adenda No.8 al Contrato No.38/12, para junio 2021, AITSA debía pagar la suma de



B/.1,833,977.79 y no cumplió con su obligación, eso trajo consigo atrasos en los pagos a los proveedores de CNO y afectación de otros compromisos.

Para el 26 agosto de 2021, adeudaba a CNO la suma de B/.2,923,760.17, incumpliendo de manera directa los desembolsos descritos en el Anexo 1 de la Adenda No.8.

FECHA ESTIMADA DE DESEMBOLSO Cumplimiento de los Ajustes y Complementos satisfactoriamente	MONTO (B/.)	ÍTEMES AJUSTES Y COMPLEMENTOS ATENDIDOS
30-abr	2,000,000.00	5394
30-jun	1,833,977.79	7299
31-jul	1,950,000.00	8558
31-ago	1,500,000.00	9738
30-sep	2,555,392.08	10547

Señalan además que, no fue sino hasta septiembre de 2021, que AITSA cumplió parcialmente con su obligación de pagar algunas sumas adeudadas correspondientes a los meses de junio y julio que, al 26 de agosto de 2021, ascendían a B/.2,933,477.40. Es decir, la entidad tardó en cumplir con la obligación de pago en tiempo oportuno.

b. Excepción de Caso fortuito o fuerza mayor.

Como ya se ha explicado en otro apartado, la pandemia por COVID-19, afectó directamente al proyecto, ya que existían restricciones de movilidad, restricciones en logística y compra de materiales, etc., siendo así un hecho totalmente imprevisible y de fuerza mayor que exime de los incumplimientos a la empresa CNO, S.A.

➤ **Solicitud.**

La parte actora, en base a todas las argumentaciones expuestas en el escrito de apelación, solicita a este Tribunal que se revoque en todas sus partes la Resolución No.065.AL.21 de 28 de septiembre de 2021, emitida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen.

En síntesis, pudiéramos agrupar los argumentos del apelante, así:

- CNO ha cumplido con todas sus obligaciones bajo el Contrato.
- CNO realizó la Entrega Sustancial de la Obra a AITSA, esta fue recibida, ocupada y utilizada.
- Las mínimas actividades no completadas por CNO a la terminación del contrato, no impidieron que AITSA recibiera y utilizara la obra desde el 2019.
- AITSA no tenía derecho de resolver administrativa del Contrato, habida cuenta que, las actividades faltantes son "Ajustes y Complementos", es decir, no corresponden a incumplimientos materiales o esenciales.
- AITSA debió otorgar prorroga a CNO, para finalizar los pendientes.
- Las mínimas actividades no completadas no son atribuibles a CNO, por lo tanto, no correspondía la resolución administrativa del Contrato No.38/12. (falta de pago y eventos de fuerza mayor).



V. PRUEBAS

Respecto de las pruebas aportadas por el apelante junto con su escrito, en atención a la Ley de Contrataciones Públicas, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, y normas concordantes, el Magistrado Sustanciador se pronunció sobre la admisibilidad de estas, mediante la Resolución No.078-2022-TACP de 21 de octubre de 2022 (Pruebas).

En la referida resolución, segundo numeral, se admitieron estas pruebas, identificadas por el apelante:

- "b. Procedimiento de Resolución Administrativa del Contrato,
- c. Contrato, Adendas, Fianzas y Endosos",
- d. Informes de entrega de actividades",
- e. Notas relacionadas a la ocupación, operación de la obra y mantenimiento de la obra",
- f. Solicitudes, notas, respuestas, y temas retrasos al 30 de septiembre de 2021
- g. documentos relacionados al tema pandemia Covid-19,
- h. Diligencia Notarial,
- i. Facturas de Compra, pedido de materia prima, Constancia de fecha de entrega de materiales". (Ver desde foja 112 a 122 del expediente jurídico).

Igualmente, se declaró como prueba el expediente administrativo original del Contrato No.38/12, referente al acto público No.2012-2-02-0-08-LV-002108, remitido por el AITSA, integrado por treinta y dos tomos según Informe Secretarial de 20 de octubre de 2021, que reposa a fojas 1686 y 1687 del expediente jurídico.

Con el fin de comprobar lo aseverado por la parte actora, el Tribunal dispuso múltiples pruebas. Por ello, es importante ver cada una de ellas con su numeral dispuesto en la Resolución No.078-2022-TACP de 21 de octubre de 2022:

1. Prueba Pericial Tipo Auditoría (numeral cuarto).

Esta prueba fue ordenada en el numeral cuarto de la Resolución No.078-2022-TACP de 21 de octubre de 2022 (Pruebas), para que se delimitaran a través de peritos, las siguientes interrogantes:

"

1. Determinar desde que fecha se encuentra en uso, ocupación y operación la obra para el programa de expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen, objeto del Contrato No.038/12, por parte de Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.
2. Determinar cuáles fueron las causas o eventos que originaron retrasos en el Contrato y en la entrega de los Ajustes y Complementos solicitados en la Adenda No.8 al Contrato No.038/12.
3. Determinar si la Pandemia Covid-19 impactó o tuvo algún efecto en el Contrato y en los retrasos en la entrega de los ajustes y complementos solicitados en la Adenda No.8 al Contrato No.038/12.
4. Determinar si Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. ha cumplido o no con los pagos en atención al Contrato No.038/12 y los acuerdos alcanzados entre las partes según los documentos del Contrato y sus adendas.
5. Determinar si actos, incumplimientos o cumplimientos tardíos de Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., Consorcio PM Terminal Sur, S.A. contratistas o subcontratistas de Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., ocasionaron o no incumplimientos o cumplimientos tardíos por parte de CNO, S.A.



6. Determinar el impacto económico que tendría para Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. concluir la obra con un contratista distinto a CNO, S.A.

El día 9 de noviembre de 2022, la firma forense Morgan & Morgan, en representación de la entidad, presentó formal escrito en el cual se designaban a los peritos: José Ángel Hidrogo, contador público autorizado y José Ramón Icaza Clément, ingeniero civil, ambos con generales descritas en el memorial presentado.

Por su parte, CNO, presentó escrito a la Secretaría General, el 11 de noviembre de 2022, en el cual se designaba como peritos a los señores Rolando Alexis Chavarría, ingeniero mecánico y Rogelio Augusto Forero, Contador Público Autorizado, con demás generales presentadas en el mencionado memorial.

Es de suyo destacar que, estos peritos fueron designados por las partes para todas las diligencias periciales que se llevaron a cabo en la etapa probatoria de este expediente.

El 24 de abril de 2023, los peritos tomaron formal posesión para el desarrollo de la pericia (tipo auditoría) y se comprometieron a entregar su dictamen en no menos de 30 días calendario como mínimo.

Posteriormente, las partes acudieron el día 14 de junio de 2023, al Tribunal y presentaron sus correspondientes peritajes, veamos los extractos relevantes:

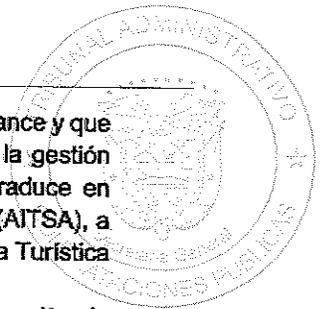
- Informe Pericial Tipo Auditoría presentado por los peritos designados por CNO (visible de foja 9535 a 9598 del expediente jurídico).

Conclusiones de los peritos, Rolando Alexis Chavarría y Rogelio Augusto Forero:

CONCLUSIONES

De la revisión de la información recabada, de las consideraciones, los cálculos y los antecedentes se concluyen los renglones siguientes:

- 1) Las grandes diferencias de criterios en cuanto a número de ítems están relacionadas con las diferencias de criterios técnicos y administrativos, así como también a la diferencia en el *expertise* de las partes, uno es experto en administración de aeropuertos y el otro experto en construcción.
- 2) Los valores del Impacto Económico para AITSA fueron en el pasado (30 de septiembre de 2021), más elevados que la alternativa económica del Contratista.
- 3) Los Valores del Impacto Económico a las fechas actuales de 11 de abril y 7 de junio de 2023, aunque tienen un traslape de fecha son comparativamente más altos para la alternativa planteada para el Cliente (AITSA).
- 4) Los porcentajes del Impacto Económico en términos del Valor Total del Contrato son bajos desde el punto de vista porcentual y monetario. Tienen un rango de 0.16% (según la valoración de los ítems de AITSA) al 0.02% (según la valoración de los ítems de CNO), a la fecha de 30 de septiembre de 2021.
- 5) Los porcentajes del Impacto Económico en términos del Valor Total del Contrato son bajos desde el punto de vista porcentual y monetario. Tienen un rango de 0.10% (según los ítems de AITSA) al 0.02% (según los ítems de CNO), a las fechas actuales de abril y junio de 2023.
- 6) Es primordial que el Cliente evalúe a profundidad los riesgos reales como ente experto en administración de terminales aeroportuarias. A nuestro juicio hay elementos de riesgo intangibles e imprevisibles por calcular si se toma la decisión de optar por una nueva contratación. Lo anterior está basado en que los ítems pendientes en cualquiera de las versiones de listas involucran sistemas críticos para la operación de la Terminal. Es indispensable la contratación de empresas muy expertas.



- 7) Existen elementos no evaluados en este peritaje por estar fuera del alcance y que serían parte del costo global de una nueva contratación, se trata de la gestión gubernamental. Dicha gestión involucra tiempo el cual también se traduce en dinero, que al final también afecta a la Terminal y por ende al Cliente (AITSA), a sus usuarios, los concesionarios y en resumen al Estado y su Industria Turística y Logística.
- 8) De manera paralela el Cliente (AITSA) debe analizar los riesgos inherentes de continuar con el Contratista actual (CNO, S.A.). Este análisis, se facilita por la relación llevada de más de 10 años en el proyecto.
- 9) En cualquiera de los anteriores escenarios estudiados, resulta para AITSA, concluir la obra con un contratista distinto a CNO, en impactos económicos y de tiempo mucho mayores.

➤ Informes Periciales Tipo Auditoría presentados por peritos designados por AITSA.

A diferencia los peritos designados por CNO, S.A., quienes entregaron el informe de manera conjunta, los peritos designados por AITSA, entregaron cada uno un informe por separado, veamos:

➤ Informe Pericial Tipo Auditoría José Ángel Hidrogo (Pregunta No.4) (de foja 9599 a foja 9606 del expediente jurídico).

Antes de desarrollar, debemos hacer la distinción que, el informe entregado por este perito solo comprende lo solicitado en la pregunta No.4 de las por el Tribunal, que a su letra dice:

Pregunta No. 4

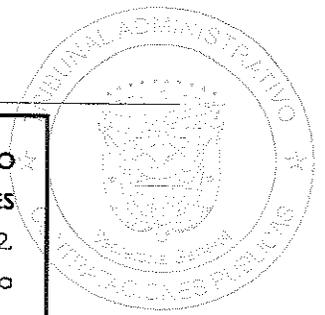
Determinar si el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., ha cumplido o no con los pagos en atención al Contrato No. 038/12 y los acuerdos alcanzados entre las partes según los documentos del Contrato y sus adendas.

En ese sentido, el perito Hidrogo, emitió las siguientes conclusiones:

- Que el **AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.(AITSA)** desde la perspectiva contable, ha pagado en tiempo todas las gestiones de cobro presentada por **CNO, S.A., (ANTES CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.)**.
- Anulación de cheques por cambio en el monto de los mismos.
- **CNO, S.A., (ANTES CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.)**, fue objeto de un secuestro de parte de Echo Suppliers, desde el 24 de junio de 2020 al 19 de octubre de 2020.
- **CNO, S.A., (ANTES CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.)**, fue objeto de un secuestro de parte de Vanderland Industries, desde el 1 de septiembre de 2020 al 8 de abril de 2021.
- Por orden Judicial los cheques que le fueron pagados a **CNO, S.A., (ANTES CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.)**, debieron ser anulados y confeccionado nuevamente a nombre del Tesoro Nacional.

Como se puede ver, se puede observar que ninguna de las situaciones descritas es desde la perspectiva contable son atribuibles al **AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A. (AITSA)**.

(Ver anexo No. 1, parte integral de este informe)



Que a la fecha existen saldos por pagar de parte de **AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.(AITSA)** a **CNO, S.A., (ANTES CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.)**, producto del contrato 038/12, sin embargo, estos saldos no han sido cancelados ya que esta última no ha presentado las gestiones de cobros correspondientes, el contrato mantiene vigencia expirada y se encuentra en trámite el proceso administrativo de resolución administrativa del Contrato

Huelga decir que, para esta prueba pericial, no se nombró a ningún perito para actuar en nombre del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

- Informe Pericial Tipo Auditoría José Ramon Icaza (de foja 9619 a foja 9631 del expediente jurídico).

El día 14 de junio de 2023, específicamente a las 3:52 de la tarde, fue entregado el informe pericial denominado "Preguntas Adicionales" confeccionado por el ingeniero José Ramon Icaza. Debemos recordar que, CNO, S.A., promovió el día 16 de junio de 2023, incidente de nulidad de lo actuado contra el informe confeccionado por el ingeniero Icaza.

El Tribunal, mediante la Resolución No.055-2023-Pleno/TACP 24 de agosto de 2023, declaró parcialmente válido el informe presentado, sin embargo, en el numeral segundo de la parte resolutive dispuso lo siguiente:

SEGUNDO: RECHAZAR por inconducentes las respuestas 1, 3, 4 y 5 del documento denominado "Preguntas Adicionales del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas" suscrito por el Ingeniero José Ramon Icaza Clement, por no guardar relación con el Peritaje "Tipo Auditoría". Estas respuestas no serán sometidas a interrogatorio.

Entonces, lo que corresponde y es como lo hemos hecho, es solamente valorar como elemento de convicción (prueba), para la decisión final, las preguntas restantes de este documento.

Veamos las preguntas que fueron declaradas conducentes, 6,7,8,9:

PREGUNTA No. 6. Determinar cuáles fueron las causas o eventos que originaron retrasos en el Contrato y en la entrega de los Ajustes y Complementos solicitados en la Adenda No.8 al Contrato No.038/12.

El retraso general de la obra tuvo múltiples atrasos; sin embargo, la razón principal de los atrasos se dio a partir de la Adenda No.3, en cuando la falta de recursos e inaccesibilidad a liquidez financiera redujeron la capacidad de CNO, S.A. de poder afrontar los compromisos que debía hacer frente. A partir de esta adenda, los atrasos fueron constantes, concediéndose adendas más seguidas y sin tener avances significativos en la obra.

En la documentación evaluada, se encontraron situaciones de solicitud de materiales imprescindibles para la obra realizada fuera de tiempo oportuno, y que las fechas de entrega por parte de proveedores superaba las fechas de entrega definitiva.

La falta de pago a proveedores, también ocasionó retrasos en la obra. Se documentaron varias demandas por parte de los subcontratistas que redujeron sus actividades hasta no solventar estos inconvenientes.

Adicionalmente, la pérdida de personal capacitado e idóneo, por las limitaciones económicas, afectó el rendimiento de los subcontratistas y de la toma de decisiones sujetas a CNO, S.A. Actualmente, el promedio mensual de personas en la obra es cerca de 20 personas, siendo esto una limitante en los avances de la misma.

Por último, el efecto de la pandemia de Covid-19 originó grandes atrasos relacionados primordialmente a la entrega de materiales. Cabe señalar que, a pesar de contar con los permisos especiales necesarios por parte de las entidades sanitarias, para retomar los trabajos en la obra de manera anticipada, CNO, S.A. no aprovechó esta ventaja y más bien retomó las actividades meses después.

PREGUNTA No. 7. Determinar si la Pandemia Covid-19 impactó o tuvo algún efecto en el Contrato y en los retrasos en la entrega de los ajustes y complementos solicitados en la Adenda No.8 al Contrato No.038/12.

La paralización de la actividad de la construcción se dio para marzo de 2020, para estas fechas el contrato superaba la adenda No. 6 con avances insuficientes en la obra. A estas fechas el avance físico de la obra superaba el 99.85%, por lo que el mayor atraso correspondió a lo que CNO, S.A. no pudo realizar en los meses anteriores a la pandemia.

La pandemia tuvo su efecto mundial en la industria; sin embargo, no se puede atribuir como la causa principal de los atrasos, toda vez que la obra debía haber terminado antes de haberse declarado, y que por lo menos, los materiales pendientes, ya estuvieran en sitio, y no en proceso o en pendientes de solicitarse a los proveedores, como pudo ser documentado.



PREGUNTA No. 8. Determinar si actos, incumplimientos o cumplimientos tardíos de Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., Consorcio PM Terminal Sur, S.A. contratistas o subcontratistas de Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., ocasionaron o no incumplimientos o cumplimientos tardíos por parte de CNO, S.A.

No se evidenció que cualquier incumplimiento por parte de AITSA, CMPTS y/o subcontratistas de CNO, S.A. tuvieran un impacto considerable en los atrasos durante la obra. Toda vez que el contratista CNO, S.A. es el principal responsable de la obra y recae en ellos el control del avance.

Por mencionar un ejemplo, el caso del Ring Beam y los problemas en el techo de la terminal correspondieron a decisiones de CNO, S.A. y su elección de subcontratista y metodología de trabajo.

Considerar traspasar la responsabilidad primordial del avance de la obra a entes externos a CNO, S.A. no puede considerarse como válido.

PREGUNTA No. 9. Determinar el impacto económico que tendría para Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. concluir la obra con un contratista distinto a CNO, S.A.

La respuesta a esta pregunta debe analizarse con detalle técnico según cada actividad pendiente; sin embargo, para las actividades pendientes en la obra, y sobre todo en la experiencia técnica que se necesita para la implementación y puesta en marcha de los sistemas pendientes, es evidente que CNO, S.A. no tiene la capacidad para afrontarlos.

Luego de la apertura comercial de la terminal, AITSA ha ido completando y solucionando muchos de los inconvenientes y vicios dejados por CNO, S.A. para poder mejorar la gestión de la obra. Pretender que CNO, S.A. pueda completar la obra no es algo favorable, razón por la cual la resolución administrativa del contrato fue la vía acogida por AITSA para poder completar la obra.

Es importante mencionar, que estos informes fueron sometidos a interrogatorio por las partes, y cada una de las diligencias de interrogatorio se encuentran debidamente publicadas en el sistema electrónico "PanamaCompra", los días 18 de septiembre (interrogatorios a peritos de AITSA) y el 21 de septiembre de 2023 (Interrogatorios a peritos de CNO).

2. Prueba de Informe (numeral quinto) al Aeropuerto Internacional de Tocumen (de foja 2424 a foja 2455 expediente del jurídico):

Otra de las pruebas solicitadas fue la "Prueba de Informe" al Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., en la cual se requirió que se contestaran interrogantes concernientes a: vuelos y pasajeros recibidos, información de inicio de operaciones, pendientes por corregir, entre otras.

Atendiendo la solicitud, el Aeropuerto Internacional de Tocumen, remitió al Tribunal, Nota No.874-2022-AL de 12 de diciembre de 2022, y debidamente publicada en el sistema electrónico *Panama Compra*, el día 14 de diciembre de 2022, en la que contestó las interrogantes planteadas, además adjuntaron anexos correspondientes a los vuelos recibidos, pasajeros y número de pendientes a esa fecha que ascendían a la cifra de 318.

Veamos un extracto:

Respuesta AITSA:	
• Vuelos recibidos en la Terminal 2:	22,972
• Vuelos despachados desde la Terminal 2:	23,577
Total de Vuelos	46,549

3. Prueba al Benemérito Cuerpo de Bomberos (numeral sexto) (foja 2420 a 2422 del expediente jurídico).

Igualmente, se solicitó al Benemérito Cuerpo de Bomberos copia autenticada de Certificado de Ocupación ZRPMA No.1280, de 17 de marzo de 2020, para comprobar la ocupación de la obra.



El Benemérito Cuerpo de Bomberos acatando lo ordenado, remitió Nota No. DG-DINASEPI-1609-2022, de 1 de diciembre de 2022, debidamente publicada en el sistema electrónico "PanamaCompra", el día 6 de diciembre de 2022, mediante la cual aportó copia autenticada del permiso de ocupación solicitado, veamos:

Respetado Licenciado Beckford:

Le hacemos una ampliación de la nota DG-DINASEPI-1570-2022, de fecha 24 de noviembre del presente año, donde nos solicitaba información a través del Oficio N°192-2022-TACP, de fecha 31 de octubre de 2022, le hacemos entrega de copia autenticada del Certificado de Ocupación ZRPMA N°1280, de fecha 17 de marzo de 2020, para que obre como prueba dentro del expediente No.136-2021.

Sin más que decir se despide de usted,

Coronel

ABDÍEL AMÉRICO SOLÍS PÉREZ
Director General

4. Prueba al Municipio de Panamá (numeral séptimo) (foja 2417 a 2418 del expediente jurídico).

Siguiendo con los elementos probatorios, tenemos que se le solicitó al Municipio de Panamá, Permiso de la Terminal 2; y en consecuencia nos remitieron la respuesta a través de la Nota No.1200-3271 de 9 de noviembre de 2022. Esta nota fue publicada en el sistema *PanamaCompra*, el día 6 de diciembre de 2022, veamos:

Estimado Licenciado Beckford:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención a su Oficio No. 185-2022 TACP / Expediente No. 136-2021 recibido en esta dirección, mediante la cual solicitan copia autenticada del permiso de ocupación de la TERMINAL 2 DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución No. 078-2022-Pleno/TACP de 21 de octubre de 2022; sobre el particular tenemos a bien remitirle copia autenticada del permiso que se detalla a continuación:

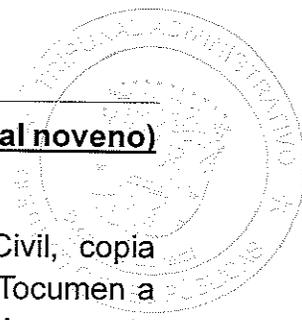
- Permiso de Ocupación No. 764-2020 del día veintiocho de febrero del año dos mil veinte (28-02-2020), para "Terminal No. 2, Aeropuerto Internacional De Tocumen ...", a favor de CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A., propiedad de AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, sobre la Finca No. 17908, No. 18454, ubicada en Avenida Domingo Díaz, Corregimiento de Tocumen, Distrito y Provincia de Panamá.

5. Pruebas Testimoniales (numeral octavo) (fojas 9387 a foja 9489 expediente jurídico)

Otra de la diligencia practicada, fue la evacuación de testimonios, para ello, las partes presentaron ante la Secretaría General de este Tribunal en común acuerdo el día 28 de abril 2023, "Cronograma para la evacuación de pruebas testimoniales". Este cronograma fue aceptado por el Tribunal y cada uno de los testimonios fueron evacuados y debidamente publicados en el sistema electrónico "PanamaCompra", el día 29 de mayo de 2023.

Cronograma de testimonios:

	Lunes 22 de mayo	Martes 23 de mayo	Miércoles 24 de mayo	Jueves 25 de mayo	Viernes 26 de mayo
9:00 a.m.	Jorge Ramirez	Ricardo Aguirre	David Peña	Arturo Montes	Jesica Saloma
1:00 p.m.	Fernando Marriott	Luis Luque	Rosa Wing	Willy Cruz	Jaime Caballero
2:30 p.m.	Paola Chanis		Indira Ordoñez		Enílda Wason (Reconocimiento)



6. Prueba a la Autoridad de Aeronáutica Civil de Panamá (numeral noveno) (foja 2368 a foja 2373 del expediente jurídico).

Se obtuvo también, de parte de la Autoridad de Aeronáutica Civil, copia autenticada del certificado que permite al Aeropuerto Internacional de Tocumen a realizar operaciones de Transporte aéreo en la nueva Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de Tocumen.

Esta información, fue remitida por parte de la Autoridad de Aeronáutica Civil, a través de la Nota No.AAC-NOTA-2022-5755 de 2022, y fue debidamente publicada en el sistema electrónico "*Panama Compra*", el día 21 de noviembre de 2022.

Mediante esta nota, la Autoridad de Aeronáutica Civil de Panamá, realizó importantes aclaraciones en cuanto a la operatividad de la Terminal 2, y los correspondientes controles ejercidos en materia de Normas de Seguridad Operacional de Aeródromos.

Veamos un extracto de a nota:

En tal razón, el Aeropuerto Internacional de Tocumen se mantiene en la fase II, sin embargo, es importante señalar que dicho proceso no involucra el edificio terminal 2 del aeropuerto, en este sentido no fue necesario que se emitiera una autorización para la operación, ya que nuestra responsabilidad en la operación del aeropuerto están circunscritas para toda operación de las pistas, calles de rodaje, plataforma y las instalaciones relacionadas con la operación del aeropuerto, las estructuras cuentan con sus áreas de seguridad denominadas franjas (pista y calles de rodaje), las cuales también son supervisadas por la Oficina de Normas y Seguridad Operacional de Aeródromos (por sus siglas O.N.Y.S.O.A.) de este ente regulador, todo lo antes descrito se da con el objetivo, que las operaciones de las aeronaves se desarrolle ajena a los peligros que puedan existir o generarse por la operación misma en las instalaciones del aeropuerto.

7. Prueba de Informe a CNO, S.A. (numeral décimo) (foja 2457 a foja 2495 del expediente jurídico).

El 15 de diciembre de 2022, CNO, S.A., atendiendo a lo solicitado en el punto decimo de la Resolución No.078-2022-pleno/TACP de 21 de octubre de 2022, remitió nota, en la que respondió temas relacionados con la corrección de ítems, certificaciones de ocupación de la obra y la intención en continuar con el proyecto. Esta nota fue debidamente publicada en el sistema electrónico *PanamaCompra*, el día 3 de enero de 2023.

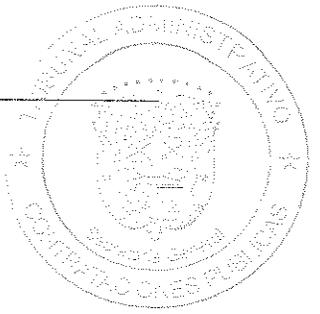
Y su tenor literal es el siguiente (extractos):

- 1. Indicarnos, si a la fecha fueron corregidos los 640 pendientes de los 10,547 contemplados en el anexo 1 de la adenda 8 y que según la Resolución No. 065.AL.21 corresponden a pendientes de Sistema de HVAC (Instalación de Antisísmicos en Ductos) y que debían ser entregados el 30 de septiembre de 2021.**

...

En primer lugar, si bien la fecha prevista de terminación de los pendientes (Ajustes y Complementos) contemplados en el anexo 1 de la Adenda 8 era el 30 de septiembre de 2021, esta fecha estaba condicionada al cumplimiento del calendario de pago previsto y acordado en el propio anexo 1, el cual AITSA incumplió. Además de lo anterior, se presentaron otros incumplimientos por parte de AITSA de índole técnico y/o contractual que se detallarán más adelante y que impidieron (y en algunos casos siguen impidiendo) la terminación de varios de estos pendientes.

Además, CNO se vio afectada durante el periodo de ejecución de la Adenda No. 8 al Contrato No. 038/12 de los efectos de las nuevas variantes del Covid-19, constituyendo esto Caso Fortuito y Fuerza Mayor.



Es de destacar que ninguno de los Ajustes y Complementos constituyen incumplimientos de obligaciones materiales del Contrato, ni han generado un uso, ocupación y operación no seguro de la Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de Tocumen.

Posterior a la emisión de la Resolución No. 065.AL.21 el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. (AITSA) comunicó a CNO que, al 30 de septiembre de 2021, fecha de terminación del plazo contractual establecido en la Adenda No. 8 al Contrato No. 038/12, se

habían corregido 10,074 pendientes de 10,547, quedando un saldo, de acuerdo con el criterio de AITSA de 473 pendientes, es decir, que CNO, según AITSA cumplió al 30 de septiembre de 2021 con el 96% de los pendientes¹.

2. Indicarnos, si usted cuenta con alguna certificación en la que el Aeropuerto Internacional de Tocumen recibió la entrega sustancial de la obra, de ser afirmativa su respuesta, remitirnos copia autenticada de la misma, en la que se pueda observar la fecha de la entrega sustancial de la obra.

AITSA recibió sustancialmente el proyecto Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen a través de ocho actas de recepción sustancial, siendo la última recepción el 29 de febrero de 2020. Esto no solo quedó certificado a través de estas ocho actas, sino también en las adendas 7 y 8 al Contrato No. 038/12, donde AITSA ratificó que

CNO cumplió con la Entrega Sustancial de las Obras del "Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen" el día 29 de febrero de 2020. A continuación, un fragmento de la Adenda No. 8:

Que en virtud que EL CONTRATISTA ha cumplido con la Entrega Sustancial de las Obras del "Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen" el día 29 de febrero de 2020, no obstante, desde el mes de marzo de 2020 el Gobierno Nacional de la República en virtud de la pandemia y alto índice de contagio por COVID-19 ha ordenado cierre y suspensiones de las actividades comerciales y de la industria de la construcción, incluyendo la suspensión ordenada en enero 2021, se requiere

AITSA reconoció con la suscripción de cada una de las actas de recepción sustancial referidas, que las obras estaban en pleno estado de cumplimiento y que habían alcanzado un nivel de ejecución física que las hacían aptas para el recibo sustancial, permitiendo su uso satisfactorio, tal como lo exige la legislación aplicable.

...

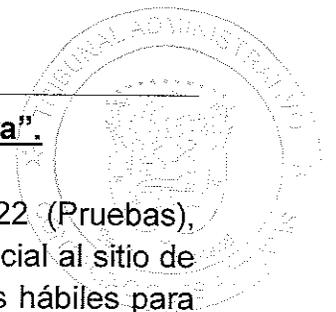
3. De no haber cumplido a la fecha con estos pendientes, indicarnos si tiene la disposición de realizar los mismos, de ser así, informar cuánto tiempo requiere para subsanar estos puntos.

CNO S.A. sí tiene, y ha tenido siempre, la disposición de realizar y concluir los pendientes (Ajustes y Complementos) y terminar de cumplir con todas las obligaciones del Contrato.

Es pertinente aclarar que CNO en ningún momento ha dejado de cumplir con sus obligaciones contractuales. Como fue expuesto en la respuesta de la interrogante No. 1,

CNO se ha mantenido ininterrumpidamente y se mantiene todavía en la obra ejecutando pendientes, para lo cual ha continuado cubriendo todos los costos inherentes a la ejecución de estos trabajos, como costos de planillas, materiales, así como otros costos de mayor permanencia generados por situaciones que no son de su responsabilidad y control.

...



8. Prueba Pericial (numeral duodécimo) “Inspección a la Obra”.

En la resolución No.078-2022-TACP de 21 de octubre de 2022 (Pruebas), específicamente en su numeral duodécimo, se ordenó la prueba pericial al sitio de la obra, y se les otorgó a las partes un tiempo perentorio de 10 días hábiles para que nombraran a sus peritos.

Para cumplir con esta diligencia, las partes nombraron sus respectivos peritos. La entidad, designó a: José Ramon Icaza y José Hidrogo, de generales ya conocidas. Por su parte, CNO, S.A, designó a: Rolando Alexis Chavarría, y Rogelio Augusto Forero, de generales igualmente conocidas.

Debemos mencionar que, el director general de la Autoridad de Aeronáutica Civil, mediante Nota No. AAC-NOTA-2022-6199, de 22 de diciembre de 2022, publicada en *Panama Compra*, el 28 de diciembre de 2022, designó a 5 funcionarios de diferentes áreas, para que colaboraran con el Tribunal para la pericia en la pericia a realizarse:

Nombre	Tema designado
Arquitecto Carlos Barragan	Avance físico de la obra.
Licenciado Enrique Herrera	Avance económico de la obra
Ingeniera Adiccía Escribano	Revisión de pendientes según adenda 8
Licenciado Luis Herrera	Inicio de Operaciones de la Terminal 2
Ingeniero Harmodio Serracín	Consideraciones estrictamente técnicas de la información recabada, que coadyuven al Tribunal en el caso.

Esta diligencia fue practicada el día 18 de mayo de 2023, tal como se puede constatar en acta de diligencia de inspección, publicada en el sistema electrónico *PanamaCompra*, el día 23 de mayo de 2023. Hay que agregar que, ese mismo día, los peritos tomaron posesión para actuar, excepto el ingeniero José Icaza Clement, esta información puede ser válida en actas de tomas de posesión, publicadas en el sistema electrónico *PanamaCompra*, el día 19 de mayo de 2023.

La fecha tope para entregar los informes con el resultado de la pericia era el día 3 de julio de 2023, sin embargo, el Tribunal a petición de los peritos designados por CNO, S.A., extendió el tiempo de entrega hasta el 17 de julio de 2023, mediante Resolución No.036-TACP- de 29 de junio de 2023.

Dicho esto, nos abocamos a revisar el resultado de los correspondientes informes:

- Informes suscritos por peritos nombrados por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

De esta manera fueron entregados los informes periciales de estos profesionales.

- Informe Pericial Luis Herrera (Foja 14212 a 14213, expediente del jurídico).

El perito Luis Herrera, quien fue designado para que resolviera el punto denominado “Inicio de Operaciones de la Terminal 2”, presentó ante la Secretaría



General, su informe pericial el día 26 de junio de 2023 y fue publicado en *el Panamá Compra* ese mismo día.

Veamos un extracto de su conclusión:

Conclusión:

Luego de realizar la diligencia pericial se determina que la Terminal 2, exclusivamente la plataforma, las 20 posiciones de contacto para estacionamiento de aeronaves, la señalización de la plataforma, las luces de la plataforma y las vías de servicios se encuentra operativas a su totalidad desde mayo de 2022.

Se mantiene pendiente de entrega por parte de CNO, S.A. el Sistema de Guía Visual para el estacionamiento de Aeronaves como también hace falta la entrega formal de los planos de señalización de la plataforma de la Terminal 2.

➤ Informe pericial de Harmodio Serracín (foja 14218 a 14223, expediente jurídico)

El perito Harmodio Serracín, quien fue designado para que aportara "Consideraciones técnicas de la información recabada en inspección", presentó ante la Secretaría General, su informe pericial el día 29 de junio de 2023 y fue publicado en *el Panamá Compra* ese mismo día.

Veamos, un extracto de sus conclusiones:

- La operatividad de la Terminal 2 del Aeropuerto de Tocumen está casi al 100%, a pesar de que existen algunos pendientes de entrega como es la integración de algunos sistemas ←
- De acuerdo a las cifras mostradas en la gráficas y tablas anteriormente, podemos concluir que el funcionamiento de la Terminal 2, es normal y el tráfico de pasajeros aumentará aún más, en los próximos meses, al punto que se estima revasar las cifras del año 2019, cifras que se esperaban para los años 2024-2025; ←
- Otras consideraciones técnicas que se pueden tomar en cuenta, son aquellas presentadas anteriormente en las tablas y gráficas, que muestran el aumento del movimiento de aeronaves y el tráfico de los pasajeros y su tendencia es, a la alza.; ←
- La información de la obra refleja que está arriba del 99% de avance y que los ítems pendientes solamente representan el 6.1%; ←
- Las operaciones aéreas del año 2022, muestran una recuperación del 88.4% en comparación con el año 2019. En el primer cuatrimestre del año 2023, el movimiento de aeronaves de pasajeros del Aeropuerto Internacional de Tocumen fue de 44,634 vuelos, y para el final del año 2023 se proyecta un total de 133,902 operaciones, lo que representa un aumento del 1.6% del movimiento total de aeronaves, que a su vez representa un incremento del 3.6% del movimiento de aeronaves de pasajeros, en comparación con el año 2022. La recuperación de las operaciones aéreas de pasajeros, se estima en 90.2% al final del año 2023.; ←

➤ Informe pericial de Carlos Barragán (foja 14237 a 14261 del expediente jurídico)

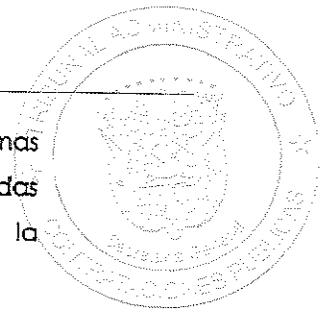
El perito Carlos Barragán, quien fue designado para determinar el avance físico de la obra, presentó ante la Secretaría General, su informe pericial el día 30 de junio de 2023, y fue publicado en *el Panamá Compra* ese mismo día.

Veamos un extracto de sus conclusiones:

CONCLUSIONES

Una vez realizado la inspección a sitio y el análisis de toda la data disponible para la elaboración de este informe, puedo indicar lo siguiente:

- El proyecto inició trabajos a partir de febrero de 2013 y presento avances sostenidos hasta 2020.



- Que todas las cuentas de medición de avance cuentan con las firmas de la empresa contratante, la empresa contratista y avaladas debidamente por fiscalizador de la Contraloría General de la República.
- Que en la última adenda con fecha del 14 de junio de 2021 y refrendo de la Contraloría General de la República se indica un avance de obra del 99.89%.
- Que los trabajos correspondientes a el "PROGRAMA DE EXPANSION DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A." cuentan con un avance físico del **99.93%** aproximadamente, esto calculado a partir de informe de actualización de pendientes al 30 de abril de 2023.

➤ Informe pericial de Adiccia Escribano (foja 14264 a 14344 del expediente jurídico).

La perito, Adiccia Escribano, quien fue designada para determinar el cumplimiento de pendientes de la obra, presentó ante la Secretaría General, su informe pericial el día 30 de junio de 2023 y fue publicado en *el Panamá Compra* ese mismo día.

Veamos un extracto de sus conclusiones:

CONCLUSIÓN:

Después de analizar la información que reposa en la publicación del acto público del proyecto denominado Programa de expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen contrato No 038-2012, puedo indicar lo siguiente:

1. Según la adenda N°8 al contrato, la obra mantenía un avance físico de 99.89%, indicando que la entrega definitiva de la obra era el 30 de septiembre de 2021, en la cual deberán estar subsanados los Ajustes y/o complementos, en los cuales puedo identificar los trabajos pendientes como:
 - ✓ Aislamientos de los ductos de aire acondicionados, en las distintas áreas de la terminal 2.
 - ✓ Soportes y/o amortiguadores de movimiento, en algunas áreas de la terminal 2, sistema de aire acondicionado.
 - ✓ Ajustes y/o balances, corresponde al sistema de aire acondicionado de todas las áreas.
 - ✓ Integración de los sistemas al programa de monitoreo (BMS), algunos sistemas no han sido integrados al sistema de monitoreo.
 - ✓ Entrega de planos As-built de la obra.

...

5. En cuanto a los planos As Built, el pliego de cargos, en el ANEXO VI - CONTROL, INSPECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO.

2.4. PLANOS DE OBRA TERMINADA:

La entrega de los planos de obra terminada, será requisito indispensable para el cierre contractual, a estar pendientes la entrega de los planos; igualmente al estar descritos en la Adenda N°8 Anexo 1, se evidencia que a la fecha no han sido corregidos los pendientes, referente a este tema.

6. A manera de poder corroborar los pendientes denominados "ajustes y complementos", en comunicado N° AIT GPTS CTA 02142-230504, Tocumen S. A., actualizo el listado de pendientes de las Adendas 2, 3, 4, 5, 6, 7 Y 8 debidamente refrendadas por la Contraloría General de la República, quedando aún por corregir al 30 de abril de 2023, doscientos ochenta y cinco (285) punch list, por lo cual puedo concluir, que a la fecha no se han corregidos todos los pendientes listados en las distintas adendas.

➤ Informe pericial de Enrique Herrera (foja 14349 a 14352 del expediente jurídico).

El perito Enrique Herrera, quien fue designado para determinar el avance económico de la obra, presentó ante la Secretaría General, su informe pericial el día 3 de julio de 2023 y fue publicado en *el Panamá Compra* ese mismo día.



Veamos un extracto de sus conclusiones:

AVANCE ECONÓMICO DE LA OBRA:

En nuestra opinión el "Avance Económico de la Obra" bajo el Contrato N° 038/12 Refrendado por la Contraloría General de la República el día 08 de Febrero de 2013, está determinado tanto en el Acta de Recepción Sustancial de Obra N°7 del 30 de septiembre de 2019 y en la Planilla de Rendición N°84 del 31 de enero de 2020, donde se establece que Aeropuerto Internacional Tocumen, S. A., ha pagado un total de ochocientos cuarenta y tres millones novecientos cuarenta y tres mil cuatrocientos veintinueve dólares con 97/100 (\$843,943,429.97) a CNO, S. A. bajo el concepto de "Trabajos Recibidos a Satisfacción", sustentados por las Actas de Recepción N°1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7.

En ese sentido, considerando que el Valor Contractual Total del contrato N°038/12, agregados los valores acordados, por ambas partes, en las Adendas N°2, 3 y 4, es de novecientos diecisiete millones novecientos sesenta y cuatro mil setecientos cuarenta y dos dólares con 96/100 (\$917,964,742.96), el Avance Económico de la Obra se establece en noventa y uno punto noventa y cuatro por ciento (91.94%) del valor contractual total.

Cabe resaltar, que el Acta de Recepción Sustancial de Obra N°7, a la cual nos referimos, fue refrendada por el Gerente General de Aeropuerto Tocumen, S. A., el Vicepresidente de Ingeniería y Proyectos de Aeropuerto Tocumen, S. A., el Gerente de Proyectos - Inspector de Proyectos de Aeropuerto Tocumen, S. A., el Director de Contratos - Apoderado Legal de CNO, S. A., el Gerente Administrativo y Financiero - Apoderado Legal de CNO, S. A., el Superintendente de Proyectos de CNO, S. A., el Responsable de Supervisión Integral, Inspección y Control de Obra de CNO, S. A., el Director Nacional de Ingeniería de la Contraloría General de la República.

En conclusión, a la fecha de emitidos el Acta y la Planilla en referencia, el porcentaje de la obra que faltaría por ser terminada por CNO, S. A., y ser recibida a satisfacción por la empresa Aeropuerto Internacional Tocumen, S. A., bajo de un concepto económico, representa el nueve punto cero un por ciento (9.01%) del Valor Total Contractual acordado, lo cual equivale a un valor de setenta y cuatro millones veinte y un mil trescientos doce dólares con 99/100 (\$74,021,312.99) (ver cuadros adjuntos).

...

- Informe de peritos nombrados por CNO, S.A. (foja 14744 a 14786 del expediente jurídico).

El día 17 de julio de 2023, Rolando Alexis Chavarría y Rogelio Augusto Forero, peritos designados por CNO, S.A., presentaron en conjunto Informe Pericial con el resultado de la inspección al sitio de la obra. Este informe fue publicado en *Panama Compra*, el mismo día de su entrega.

Veamos un extracto de algunas conclusiones a las que arribaron los peritos en cuanto al avance físico de la obra:

...

e) Al 30 de septiembre de 2021, de los 10,547, según el PM y AITSA, CNO había concluido 10,074 ítems de Ajustes y Complementos, quedando pendientes 473, lo que para la fecha correspondía a un avance físico del 99.9977%.

f) En la correspondencia más cercana compartida entre las partes respecto de los Ajustes y Complementos pendientes tenemos que para AITSA quedan pendientes 283 y para CNO quedan 34.

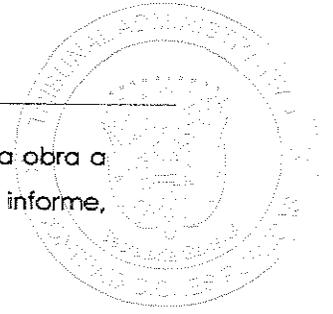
g) De considerar los 10,547 ítems de Ajustes y Complementos como un porcentaje para la ejecución del 100% físico de la obra y tomando en cuenta los ítems pendientes de AITSA (283) o de CNO (34), podría concluirse que CNO ha avanzado en un rango entre **99.9986%** y **99.9998%**.

...

- Informe de perito nombrado por AITSA (de foja 14736 a 14739 del expediente jurídico).

Por su parte, el perito José Angel Hidrogo, único perito en tomar posesión por AITSA, para la diligencia pericial de inspección al sitio de la obra, entregó formalmente ante la Secretaría General de este Tribunal su informe pericial, contestando la pregunta relativa al avance económico de la obra, el día 17 de julio de 2023 y publicado en *Panama Compra* ese mismo día.

Veamos un extracto:



Dicho lo anterior, procederé a determinar el porcentaje económico de la obra a cargo de la Empresa **CNO, S.A.**, a la fecha de preparación de este informe, resultando como sigue:

Monto del Contrato	Pagos realizados	Porcentaje	Monto pendiente	Porcentaje
038/12	por Tocúmen, S.A.	Pagado	de pago	Pendiente
917.964.742.96	915.109.994.86	99.9968	2.854.748.10	0.0032



Del análisis se desprende que a la fecha, el porcentaje de avance económico de la obra a cargo de la Empresa **CNO, S.A.**, es del 99.9968 %.

Hay que mencionar, estos peritajes (Inspección a la Obra) fueron sometidos a interrogatorios y los resultados se encuentran debidamente publicados en el sistema electrónico *PanamaCompra*. Para el día 18 de julio de 2023, fue publicado el interrogatorio de los peritos de CNO, S.A.; y para el día 21 fueron publicados los interrogatorios de los peritos del Tribunal y del perito José Ángel Hidrogo, perito de AITSA.

Es nuestro deber recordar que, los resultados obtenidos de los elementos obtenidos en este periodo probatorio y además de las aportadas por la parte actora servirán para crear la convicción del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de cara a la resolución del presente caso.

VI. INCIDENCIAS.

Antes de continuar, es pertinente enunciar que en el desarrollo del presente caso se fueron presentadas cinco (5) incidencias, las cuales fueron analizadas en su momento y cada una cuenta con su respectivo pronunciamiento, en tanto, no queda pendiente por resolver en esta encuesta jurídica, incidencia alguna.

Estas fueron las incidencias presentadas a lo largo del caso:

A. Expediente No.136-A-2021(de foja 1894 a 2095 del expediente jurídico).

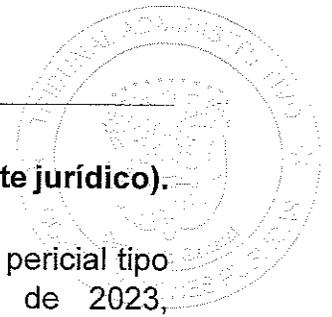
Incidente de Nulidad de lo Actuado, presentado por CNO, S.A., el 22 de octubre de 2021, resuelto por este Tribunal mediante Resolución No.021-2021-Pleno/TACP de 26 de octubre de 2021.

B. Expediente No.136-B-2021 (de foja 2098 a 2192 del expediente jurídico).

Incidente de Falta de Competencia, presentado por CNO, S.A., presentado el 30 de noviembre de 2021, resuelto por este Tribunal mediante Resolución No.053-2022-Pleno/TACP de 26 de septiembre de 2022.

C. Expediente No.136-C-2021 (de foja 7306-7560 del expediente jurídico).

Incidente de Tacha de Peritos contra los peritos designados por AITSA: José Ángel Hidrogo, contador y José Ramon Icaza, ingeniero, ambos de generales conocidas, presentado por CNO, S.A., el 11 de noviembre de 2022, resuelto por este Tribunal mediante Resolución No.002-2023-Pleno/TACP de 6 de enero de 2023.



D. Expediente No.136-D-2021 (de foja 16015-16243 del expediente jurídico).

Incidente de Nulidad de lo Actuado contra Informe Pericial (prueba pericial tipo auditoría) denominado "Preguntas Adicionales" de 9 de junio de 2023, confeccionado por perito José Ramon Icaza, presentado por CNO, S.A, el 16 de junio de 2023, resuelto por este Tribunal mediante Resolución No.055-2023-Pleno/TACP de 24 de agosto de 2023.

E. Expediente No. 136-E-2021 (de foja 15998-16014 del expediente jurídico).

Escrito de "Advertencia de Violación al Debido Proceso", presentado por CNO, S.A, el 18 de julio de 2023, resuelto por este Tribunal mediante Resolución No.140-2023-Pleno/TACP de 24 de julio de 2023.

VII. ALEGATOS FINALES.

1. Parte actora:

La firma forense Britton & Iglesias, en representación de la empresa CNO, S.A., presentó el día 25 de septiembre de 2023, alegatos finales, visibles de foja 16297 a 16418, y publicados en el sistema electrónico *PanamaCompra*, el día 25 de septiembre de 2023.

Veamos un extracto de sus alegatos:

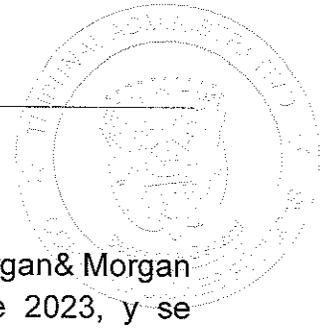
A los efectos, reiteramos nuestra solicitud, de que se revoque, en todas sus partes, la Resolución N°065.AL.21 de 28 de septiembre de 2021 emitida por AITSA, toda vez que la ejecución del Contrato No. 038/12 ocurrieron hechos de trascendencia jurídica que impiden que AITSA pueda resolver administrativamente el Contrato y que eximen a CNO de su cumplimiento contractual, como lo son:

- a) **El 29 de febrero de 2020 AITSA recibió sustancialmente el 100% de las áreas de la Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de Tocumen.**
- b) **AITSA ha hecho uso y operado la Terminal 2 del Aeropuerto Internacional de Tocumen, desde antes del 29 de febrero de 2020, y continúa su uso y operación.**
- c) **AITSA incumplió con su obligación de pago a CNO, configurándose la Excepción de Contrato No Cumplido.**
- d) **CNO se vio impedida de cumplir con los pocos Ajustes y Complementos faltantes por los efectos ocasionados por el COVID-19, configurándose la Excepción de Caso Fortuito o Fuerza Mayor.**
- e) **CNO no ha incumplido obligaciones materiales del Contrato No. 038/12 ni sus adendas.**

...

Si bien existieron dos (2) intentos anteriores de AITSA de resolver administrativamente el Contrato, todos y cada uno de estos intentos fueron resueltos mediante acuerdo entre las partes, en las Adendas No. 6 y 8 del Contrato, al no existir méritos para resolver administrativamente el contrato, primando la obligación de AITSA de obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público², encontrándose la obra con una ejecución superior al 98.91%, así como los principios de eficacia, eficiencia, debido proceso, responsabilidad y economía³, al efectuar procedimientos que garantizaron la pronta solución de las diferencias y controversias que, en la ejecución del contrato, se presentaron⁴, principio de contratación pública que no fueron respetados por AITSA al resolver administrativamente el Contrato el 28 de septiembre de 2021.

...



2. La entidad.

Por su parte la entidad, a través de sus apoderados judiciales, Morgan& Morgan Legal, presentó sus alegatos finales el día 25 de septiembre de 2023, y se encuentran visibles de foja 16421 a 16465, publicados en el sistema electrónico *PanamaCompra*, el día 25 de septiembre de 2023.

Veamos un extracto de los alegatos:

...

Particularmente, el recurrente pretende obviar que la entrega sustancial – que por definición es una entrega avanzada, pero incompleta y/o imperfecta¹ – no es equivalente a la entrega final y definitiva, a entera satisfacción, de la obra contratada. Es decir, intenta obviar el hecho cierto de que la obra no ha sido culminada, ni mucho menos, entregada en la fecha prevista en un 100% y a entera satisfacción de conformidad a lo requerido por el Contrato. En ese sentido, a su vez, es necesario reiterar que la mera entrega sustancial y la capacidad o no que con dicha entrega se pueda darle algún uso, no significa que la Obra haya sido entregada de manera completa y de acuerdo con el Contrato; ni necesariamente que cumpla el fin contratado en su totalidad.

Y es que, no puede ignorarse que el fin de la obra no es únicamente para que sirva un uso, sino, para que pueda realizarse todo el uso que la naturaleza y en espíritu haya sido deseado; incluyendo, evidentemente, el uso seguro, pues tal obligación de seguridad se entiende contenida de manera implícita en todo contrato de obras como lo es este; ya que, el uso seguro y duradero se entiende como parte inalienable del fin y objeto del contrato de obra. La Ley 22 de 2006, según el Texto Único de 2011, establece en el artículo 87 lo siguiente:

“Terminación de la obra: La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acta de aceptación final, después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato...”

Por decisión unilateral de la entidad contratante y con fundamento en las condiciones establecidas en el pliego de cargos, puede recibirse, para su uso u ocupación, una obra sustancialmente ejecutada, aunque queden pendientes etapas o trabajos por realizar...”

Como se puede entender, sin ápice de duda, la terminación de la obra se entiende hecha cuando se reciba final y definitivamente la obra, luego de verificar como cumplidos todos los requisitos; sin realizarles un juicio de valor en cuanto a su “importancia” o “relevancia” como hace CNO a través de un juicio subjetivo y basado en apreciaciones propias. Y, en cuanto a la recepción sustancial, dicho acto es potestad exclusiva del Contratante; y no constituye reducción de valor o importancia del resto de los pendientes de la obra. Tal facultad accede al dinamismo de la actividad constructiva, pero en ningún momento implica liberación o exoneración de obligaciones al contratista de concluir conforme al Contrato el resto de la obra pendiente.

...

VIII. ANALISIS DEL TRIBUNAL.

A. Criterios de interpretación

1. Criterios constitucionales

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables al perfeccionamiento, ejecución y terminación de los contratos administrativos se deben a la fuente de toda norma; es decir, a las disposiciones constitucionales, de las cuales destacan los artículos 215 y 266 de la Carta Fundamental. Veamos:



“Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios.

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial”.

“Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”.

2. Criterios legales

De acuerdo con lo establecido en la propia ley, la interpretación de las reglas contractuales se sustenta en los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006.

“Artículo 35. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

B. Normativa aplicable al recurso

El acto público N°2012-2-02-0-08-LV-002108, fue convocado el 24 de mayo de 2012, y adjudicado el 27 de septiembre de 2012. En tanto, el Contrato No.038/12 fue refrendado por la Contraloría el 15 de febrero de 2013, es decir, se perfeccionó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que reformó la Ley 22 de 2006, por lo que debemos atender lo dispuesto en el artículo 75 de la aludida excerta legal, en el sentido que se le aplicarán las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento, es decir, el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011.

Resulta importante establecer que conforme al artículo 74 de la Ley 22 de 2006, los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación, veamos:

“Artículo 74. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas.



Todos los contratos, independientemente de su cuantía, se deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". (El subrayado es del Tribunal).

C. Resolución administrativa del contrato

Expresados los antecedentes y en atención a las constancias procesales correspondientes al recurso de apelación impetrado, este Tribunal entra en el análisis con base en las consideraciones que exponemos a continuación.

El artículo 131 de la Ley 22 de 2006, consagra los presupuestos procesales del recurso de apelación que se interpone en contra de la resolución administrativa de un contrato, advirtiendo que el mismo debe anunciarse y sustentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, lo cual dentro del presente proceso fue atendido.

"Artículo 131. Recurso de apelación a la resolución administrativa del contrato. Las resoluciones que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato, podrán ser recurridas en apelación, anunciándola ante dichas entidades dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, y sustentándola dentro del mismo término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante apoderado legal.

La entidad contratante, una vez anunciado el recurso de apelación, enviará el expediente completo, a más tardar el día hábil siguiente, al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

La apelación se surtirá en efecto suspensivo".

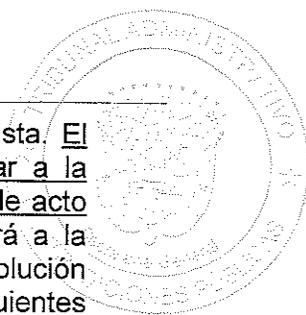
Por su parte, el artículo 113 de la misma excerta legal, consagra las causales de la resolución administrativa del contrato, como a continuación:

"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.
2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.
3. La quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse este en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.
4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.
5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato". (El subrayado es nuestro).

A su vez el artículo 115 de la Ley de Contrataciones Públicas, desarrolla la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, determinando lo siguiente:



“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”. (El subrayado es nuestro).

Mientras que en el artículo 116 de la Ley 22 de 2006, se dispone el procedimiento para la resolución administrativa del contrato, como a continuación:

“Artículo 116. Procedimiento de resolución. La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente. No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes.
3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas.
4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.
5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.
6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente.

Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000”.



D. Análisis de los cargos endilgados al contratista.

Para iniciar el análisis de los cargos contra las argumentaciones expuestas por la parte actora, es pertinente, recordar que, el 28 de septiembre de 2021, la entidad publicó el acto administrativo, mediante el cual resolvió administrativamente el contrato de marras por incumplimiento de las cláusulas pactadas, sobre la base que, al para el 1 de septiembre de 2021, el contratista había ejecutado 9,519 pendientes de 9,738 presupuestados en Anexo No.1 de Adenda 8, es decir 219 pendientes no ejecutados.

Aunado a lo anterior, a pocos días del cierre, específicamente el 27 de septiembre de 2021, quedaban pendientes de ejecución y cumplimiento contractual 640 actividades por corregir; y para 30 de septiembre 2021, finalmente quedaban pendiente 473 actividades por realizar.

En ese sentido, la entidad, decidió resolver administrativamente el Contrato No.38/12, en base a que el contratista no había cumplido con los 10,547 pendientes acordados en la Adenda 8, Anexo 1, para el 30 de septiembre 2021, fecha final de entrega íntegra de la obra.

La parte actora, en oposición a los hechos que pretende endilgarle la entidad, en la Resolución Administrativa del Contrato No. 38/12, enunció concretamente, los elementos que según a consideración deben ser analizados antes de tomar la decisión, los cuales se sintetizan o reagrupan en las siguientes razones:

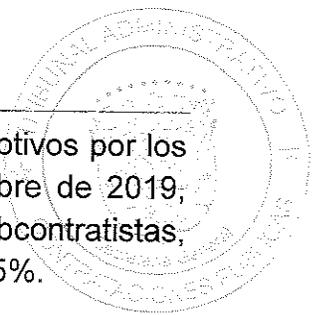
- CNO realizó la Entrega Sustancial de la Obra a AITSA, esta fue recibida, ocupada y utilizada, cumpliendo así todas sus obligaciones contractuales.
- Las mínimas actividades no completadas por CNO a la terminación del contrato, no impidieron que AITSA recibiera y utilizara la obra desde el 2019.
- AITSA no tenía derecho de resolver administrativa del Contrato, habida cuenta que, las actividades faltantes son “Ajustes y Complementos”, es decir, no corresponden a incumplimientos materiales o esenciales contractuales.
- AITSA debió otorgar prórroga a CNO, para finalizar los pendientes.
- Las mínimas actividades no completadas no son atribuibles a CNO, por lo tanto, no correspondía la resolución administrativa del Contrato No.38/12. (falta de pago y eventos de fuerza mayor).

Planteado lo anterior, nos corresponde entonces, entrar a revisar las causales enunciadas por la entidad y las argumentaciones expuestas por el contratista, utilizando además todos los elementos de convicción que fueron obtenidos, para arribar al desenlace de la controversia planteada:

1. CNO realizó la Entrega Sustancial de la Obra a AITSA, esta fue recibida, ocupada y utilizada desde el 29 de febrero de 2020.

Lo primero que debemos saber es que, el Contrato No.38/12, suscrito por CNO, y AITSA, fue modificado hasta en 8 ocasiones (Adendas: 1,2,3,4,5,6,7,8), quedando finalmente con un tiempo de entrega sustancial para el 29 de febrero de 2020 y con entrega definitiva (Ajustes y Complementos) para el día 30 de septiembre de 2021.

Dicho esto, se destaca que, mediante Adenda No.5, el plazo de entrega de la obra establecido era el 30 de septiembre de 2019, empero, el contratista, a través de comunicación No. PEAIT-DC-2615-SEP/19 de 10 de septiembre de 2019 (foja



215-319 Expediente Administrativo, Tomo Adenda 5-6), explicó los motivos por los cuales no se podía cumplir el plazo del contrato al 30 de septiembre de 2019, alegando problemas relacionados a incumplimientos de algunos subcontratistas, agregando que, la obra en ese momento mantenía un avance del 99.5%.

En base a lo mencionado, solicitó extender el plazo de la obra hasta el 29 de febrero de 2020, para la Entrega Sustancial y hasta el 30 de junio de 2020, para el resto de la obra, sustentándose en nuevo "Cronograma de Obra Base Actualizado" (ver de fojas 343 a 352 del expediente administrativo Tomo Adenda 5-6).

Siendo así, las partes suscribieron la Adenda N°6 en la que se aprobó el nuevo "Cronograma de Hitos para Finalización Sustancial de la Obra", se extendió formalmente el tiempo de "Entrega Sustancial de la Obra" al 29 de febrero de 2020 y se estableció como entrega final el 30 de junio de 2020.

De manera que, en lo medular de la suscrita adenda, se estableció el procedimiento de Recepción Sustancial de la Obra y la Aceptación Final. Este procedimiento inmerso en la cláusula tercera de la Adenda No.6, describe que, en caso de que se encontraran defectos de construcción, equipos y/o sistemas, se debía levantar un acta de observaciones, las cuales debía subsanar el contratista, siendo su obligación corregirlas "dentro de los ciento veinte días calendarios posteriores al 29 de febrero de 2020, fecha de conclusión al 100% de los Alcances Contractuales"⁸.

De esa manera pudiéramos colegir que, la Adenda No.6, determinó los tiempos contractuales finales de entrega sustancial de la obra, es decir, construcción de obra física. Además, se hace una clara distinción de que los ajustes surgen como obligaciones secundarias, derivadas de cada una de las recepciones de la obra. En otras palabras, son subsanaciones pendientes del contratista que nacen cada vez que se entregaba una etapa de obra principal.

Por otro lado, la entidad indicó tajantemente, en la cláusula octava, de esta adenda que, el incumplimiento de al menos tres de los hitos establecidos en el nuevo cronograma o que presentara 10 días calendarios de atrasos, daría lugar a la Resolución Administrativa del Contrato, veamos:

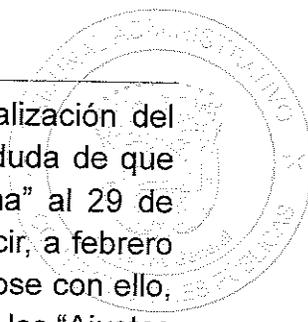
CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Independientemente de todas las causales establecidas en el Contrato N°038/12, se adiciona como nueva causal de Resolución Administrativa por incumplimiento del CONTRATO N°038/12, pero sin limitarse a ella, la siguiente:

1. El incumplimiento de tres hitos, indicados en el Cronograma de Obra actualizado para la Adenda N°6, que presenten atrasos de hasta un máximo de 10 días calendario cada uno, facultará a TOCUMEN a Resolver Administrativamente el Contrato y a solicitar la ejecución de la Fianza de Cumplimiento del Contrato, entendiéndose que estos incumplimientos rompen el compromiso asumido por EL CONTRATISTA y afectan de manera material la planificación de apertura y operación del Aeropuerto Internacional de Tocumen con los perjuicios que ello implica.

Conviene subrayar que, cada uno de estos hitos, hacen referencia a las actividades que fueron descritas en el Cronograma de Obra actualizado que fue presentado por el contratista, para suscribir la Adenda No.6. (Este cronograma corre de fojas 343 a fojas 352 del expediente administrativo Tomo Adenda 5-6).

⁸ La cláusula tercera de la Adenda No.6 que modifica la cláusula sexta del Contrato No38/12, literalmente indica que los alcances contractuales de la obra se cumplirán el 29 de febrero de 2020, con la "Entrega Sustancial de la Obra".



Un hecho cierto es que, al examinar estos “hitos de para la finalización del contrato” contra las piezas procesales de este expediente, no cabe duda de que estos fueron cumplidos tal como fueron descritos en el “Cronograma” al 29 de febrero de 2020⁹, como estaba estipulado en la Adenda No. 6. Es decir, a febrero de 2020, la obra ya había sido entregada sustancialmente, cumpliéndose con ello, la entrega de la obra para su uso y disfrute, sin dejar de mencionar que los “Ajustes y Complementos” surgieron de las entregas parciales, tema que será abordado en la parte infra de esta decisión.

La “Entrega Sustancial de la Obra”, se refleja en las siete (7) Actas de “Aceptación Sustancial” que fueron firmadas desde aproximadamente el año 2017 hasta la el 29 de febrero de 2020. En estas actas, se describen cada una de las áreas que fueron entregadas paulatinamente hasta el final, también consta la aceptación de la entidad en cada una de ellas (actas visibles de foja 346 a 397 del expediente administrativo Tomo II: Adenda 7).

No podemos dejar de mencionar, que existe una octava (8) “Acta Sustancial” a la obra que fue suscrita, sin embargo, esta no fue refrendada por Contraloría ya que según los elementos que constan en expediente se debían hacer algunas subsanaciones de formas.

Las Actas de Aceptación Final, están distribuidas así:

- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra No.1 suscrita en el año 2017- Entrada de Boulevard de Acceso y Plataforma de Aeronaves. (Corre de foja 393 a 397 del expediente administrativo, Tomo II, Adenda No.7)

En el contenido de esta adenda se señaló que fueron recibidas a satisfacción siete (7) obras, las cuales se encuentran descritas mediante tablas, en cuadro 1.1, que consta a fojas 394 a 396 del expediente administrativo, Tomo II, Adenda No.7.

Resumen de Acta No.1:

ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL DE OBRA N°1	
<small>(Contemplado según el Capítulo I de las Disposiciones Generales, artículo 2, Glosario, acápite 47 y en el Capítulo 1.B, Contrato de Obra, Artículo B7: Terminación de la Obra del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública)</small>	
CONTRATISTA: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S. A.	
CONTRATO: N° 038/12.	
PROYECTO: PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN.	
UBICACIÓN: AVE. DOMINGO DÍAZ, CORREGIMIENTO DE TOCUMEN, DISTRITO DE PANAMÁ.	
Valor original del Contrato:	
Formulario “Desglose de Precios”	B/. 679,428,600.00 (incluye ITBMS)
Formulario “Costos Asociados a Tocumen”	B/. 100,000,000.00 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 2):	B/. 99,004,390.90 (incluye ITBMS)
Disminuciones del valor Original:	No aplica.
Valor final del Contrato:	B/. 878,432,990.90 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción:	➡ B/. 82,690,929.74 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos pendientes:	B/. 795,742,061.16 (incluye ITBMS)

- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra No. 2 de 16 de enero de 2019 - entrega de Área Edificio Terminal Lado Norte, Chiller Plant y Tanque de Agua (visible de foja 386 a 392 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7)

Para esta acta de recepción se describió que, por solicitud del Aeropuerto Internacional de Tocumen, serían entregadas ciertas áreas del Proyecto de

⁹ Ver Memo No. VPIP_MEMO 0640/20 Conclusión Sustancial del Terminal 2, fojas 266-345 del expediente administrativo Tomo I: Adenda No.7.



expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen, descritas de la siguiente manera:

- Zona 2A con excepción del Nivel 100 debido a los trabajos que se llevan a cabo del Sistema de Manejo de Equipajes.
- Zona 2B Lado Aire con excepción del Nivel 100 debido a los trabajos que se llevan a cabo del Sistema de Manejo de Equipajes y Lado Tierra del Nivel 200.
- Cinco (5) Puentes de Abordajes correspondientes a las puertas 201, 202, 203, 204 y 207.
- Edificio Conector a excepción del Nivel 100 debido a los trabajos del Sistema de Manejo de Equipajes y su conexión con la Terminal Existente.
- Tanque de Agua con una capacidad de 800,000 galones.
- Edificio de Chiller Plant.
- Lado Norte Plataforma de Aeronaves.

Un aspecto relevante de esta entrega es que, se hizo anticipadamente a lo programado por motivo de la celebración en Panamá de la Jornada Mundial de la Juventud que iba a contar con la participación del Papá Francisco, este hecho es claramente descrito en el "punto 8" del acta. (visible a foja 387 del expediente administrativo, Tomo II, Adenda No.7)

Resumen de Acta No.2:

ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL DE OBRA N°2

(Contemplado según el Capítulo I de las Disposiciones Generales, artículo 2, Glosario, acápite 17 y en el Capítulo 10, Contrato de Obra, Artículo 67: Terminación de la Obra del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación Pública)

PROYECTO: PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN.

UBICACIÓN: AVE. DOMINGO DÍAZ, CORREGIMIENTO DE TOCUMEN, DISTRITO DE PANAMÁ.

OBRA: ENTREGA DE ÁREA EDIFICIO TERMINAL LADO NORTE, CHILLER PLANT Y TANQUE DE AGUA.

ENTIDAD CONTRATANTE: AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.

FECHA: 16 DE ENERO DE 2019.

CONTRATISTA: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S. A.

CONTRATO: N° 038/12 - REFRENDADA EL 15 DE FEBRERO DE 2013.

ADENDA 1: REFRENDADA EL 4 DE JULIO DE 2016.

ADENDA 2: REFRENDADA EL 7 DE JULIO DE 2016.

ADENDA 3: REFRENDADA EL 27 DE JULIO DE 2018.

ADENDA 4: REFRENDADA EL 16 DE ENERO DE 2019.

VENCIMIENTO DEL CONTRATO SEGÚN ADENDA 4: 31 DE MAYO DE 2019.

FIANZA DE CUMPLIMIENTO: 85B64877/85B64878/85B64879 - ENDOSO 9

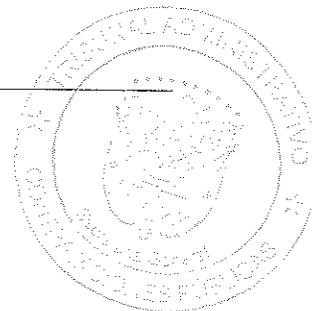
NOMBRE DE ASEGURADORA: ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.

Valor original del Contrato:

Formulario "Desglose de Precios"	B/. 679, 428, 600.00 (incluye ITBMS)
Formulario "Costos Asociados a Tocumen"	B/. 100, 000, 000.00 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 2):	B/. 99, 004, 390.90 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 3):	B/. 13, 973, 608.34 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 4):	B/. 25, 558, 143.72 (incluye ITBMS)
Disminuciones del valor Original:	No aplica.
Valor final del Contrato:	B/. 917, 964, 742.96 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.1:	B/. 82, 690, 929.74 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.2:	B/. 136, 726, 497.98 (incluye ITBMS)
Monto total de las obras recibidas a satisfacción:	B/. 219, 417, 427.72 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos pendientes al Acta No. 2:	B/. 698, 547, 315.24 (incluye ITBMS)

- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra No.3 de 31 de mayo de 2019 – Entrega de Área Edificio Terminal Mezzanine Norte Nivel 300 (visible de foja 380 a 385 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7).

A solicitud del Aeropuerto Internacional de Tocumen, fue entregado por el contratista el "Mezzanine Norte Nivel 300 del Edificio Terminal 2 del Proyecto Programa de Expansión y se detalla las obras que forman parte de esta entrega con sus respectivos montos (cuadro visible de fojas 381 a 384 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7).



Resumen de Acta de Recepción Sustancial No.3:

AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN S.A.

ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL DE OBRA N°3

(Contemplado según el Capítulo I de las Disposiciones Generales, artículo 2, Glosario, acápite 47 y en el Capítulo 10, Contrato de Obra, Artículo 87: Terminación de la Obra del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de Julio de 2006, que regula la contratación Pública)

PROYECTO: PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN.

UBICACIÓN: AVE. DOMINGO DÍAZ, CORREGIMIENTO DE TOCUMEN, DISTRITO DE PANAMÁ.

OBRA: ENTREGA DE ÁREA EDIFICIO TERMINAL MEZZANINE NORTE NIVEL 300.

ENTIDAD CONTRATANTE: AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.

FECHA: 31 DE MAYO DE 2019.

CONTRATISTA: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S. A.

CONTRATO: N° 038/12 - REFRENDADA EL 15 DE FEBRERO DE 2013.

ADENDA 1: REFRENDADA EL 4 DE JULIO DE 2016.

ADENDA 2: REFRENDADA EL 7 DE JULIO DE 2016.

ADENDA 3: REFRENDADA EL 27 DE JULIO DE 2018.

ADENDA 4: REFRENDADA EL 16 DE ENERO DE 2019.

VENCIMIENTO DEL CONTRATO SEGÚN ADENDA 4: 31 DE MAYO DE 2019.

FIANZA DE CUMPLIMIENTO: 85B64877/85B64878/85B64879 - ENDOSO 9

NOMBRE DE ASEGURADORA: ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.

Valor original del Contrato:

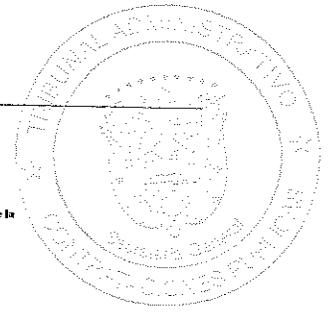
Formulario "Desglose de Precios"	B/. 679, 428, 600.00 (incluye ITBMS)
Formulario "Costos Asociados a Tocumen"	B/. 100, 000, 000.00 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 2):	B/. 99, 004, 390.90 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 3):	B/.13, 973, 608.34 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 4):	B/.25, 558, 143.72 (incluye ITBMS)
Disminuciones del valor Original:	No aplica.
Valor final del Contrato:	B/. 917, 964, 742.96 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.1:	B/. 82, 690, 929.74 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.2:	B/. 136, 726, 497.98 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.3:	B/. 4, 336, 728.89 (incluye ITBMS)
Monto total de las obras recibidas a satisfacción:	B/. 223, 754, 156.61 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos pendientes al Acta No. 3:	B/. 694, 210, 586.36 (incluye ITBMS)

- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra No.4 de 29 de abril de 2019 – Entrega de Área de Edificio Terminal Nivel de Llegadas y Salidas, Calles de Circulación (visible de foja 373 a 379 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7)

Se describió en el contenido de esta acta, específicamente en el punto 3, foja 378 del expediente administrativo, Tomo II, Adenda 7, que, a solicitud del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., serían entregas ciertas áreas del Proyecto de Expansión de la Terminal 2, así:

- Edificio Terminal Nivel 100 con excepción del Sistema de Manejo de Equipajes:
 - Zona 2A a excepción del área de OSR debido a las salas correspondientes al Sistema de Manejo de Equipajes.
 - Zona 2B.
 - Zona 3 Lado Norte.
- Edificio Terminal Nivel 200:
 - Zona 2B Lado Tierra Nivel 200.
 - Zona 3 Lado Norte con la excepción del Edificio Central y las áreas de concesionarios por debajo de las mezzanines.
- Edificio Conector Nivel 100 con excepción del Sistema de Manejo de Equipajes.
- Fachada de la Terminal Zona 2B y 3 y Fachada del Edificio Conector Nivel 100.
- Cuatro (4) Puentes de Abordaje correspondientes a las puertas 208, 209, 210 y 211.
- Boulevard de Acceso Segmento 3: comprendiendo las calles A, B, D y las vías del Utility Park.
- Plataforma de Aeronaves a excepción de la calle de servicio y área correspondiente a los puentes 221 al 225.

Retomando el desarrollo de la Acta de Recepción Sustancial No.4, es pertinente plasmar algunos detalles de esta en los que se exponga el avance económico del proyecto, veamos:



ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL DE OBRA N°4

(Contemplado según el Capítulo I de las Disposiciones Generales, artículo 2, Glosario, acápite 47 y en el Capítulo 10, Contrato de Obra, Artículo 87, Terminación de la Obra del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación Pública)

PROYECTO: PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN.

UBICACIÓN: AVE. DOMINGO DÍAZ, CORREGIMIENTO DE TOCUMEN, DISTRITO DE PANAMÁ.

OBRA: ENTREGA DE ÁREA EDIFICIO TERMINAL NIVEL DE LLEGADAS Y SALIDAS, CALLES DE CIRCULACIÓN Y PLATAFORMA DE AERONAVES.

ENTIDAD CONTRATANTE: AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.

FECHA: 29 DE ABRIL DE 2019.

CONTRATISTA: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.

CONTRATO: N° 038/12 - REFRENDADA EL 15 DE FEBRERO DE 2013.

ADENDA 1: REFRENDADA EL 4 DE JULIO DE 2016.

ADENDA 2: REFRENDADA EL 7 DE JULIO DE 2016.

ADENDA 3: REFRENDADA EL 27 DE JULIO DE 2018.

ADENDA 4: REFRENDADA EL 16 DE ENERO DE 2019.

ADENDA 5: REFRENDADA EL 2 DE JULIO DE 2019.

VENCIMIENTO DEL CONTRATO SEGÚN ADENDA 5: 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019.

FIANZA DE CUMPLIMIENTO: 85B64877/85B64878/85B64879 – ENDOSO 10

NOMBRE DE ASEGURADORA: ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.

Valor original del Contrato:

Formulario "Desglose de Precios"	B/. 679,428,600.00 (incluye ITBMS)
Formulario "Costos Asociados a Tocumen"	B/. 100,000,000.00 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 2):	B/. 99,004,390.90 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 3):	B/. 13,973,608.34 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 4):	B/. 25,558,143.72 (incluye ITBMS)
Disminuciones del valor Original:	No aplica.
Valor final del Contrato:	B/. 917,964,742.96 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.1:	B/. 82,690,929.74 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.2:	B/. 136,726,497.98 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.3:	B/. 4,336,728.89 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.4:	B/. 395,181,440.34 (incluye ITBMS)
Monto total de las obras recibidas a satisfacción:	B/. 618,935,596.95 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos pendientes al Acta No. 4:	B/. 299,029,146.01 (incluye ITBMS)

En la anterior descripción se atisba el avance económico a razón de obras entregadas, es decir, se percibe un ritmo de trabajo constante en cada una de las actas que hemos revisado hasta aquí.

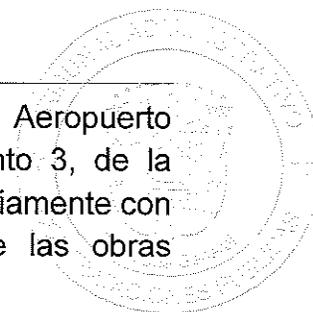
- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra No. 5 de 20 de agosto de 2019 – Entrega de Área Edificio Terminal nivel de llegadas a Zona 3 lado sur y nivel de salida Zonas 1A y 1B (visible de foja 367 a 372 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7).

Uno de los puntos relevantes de esta entrega sustancial, es que, antes de su firma, las partes habían pactado y modificado el tiempo de vigencia del contrato que anteriormente era al 30 de septiembre de 2019, siendo la nueva fecha el 30 de junio de 2020, esto según Adenda No.6 al Contrato No.38/12. Debemos recalcar que esta era la fecha (30 de junio 2020) final para complementar los ajustes de la obra, sin embargo, en la Adenda No.6, se fijó que, la obra física (última entrega sustancial) tenía que ser entregada el 29 de febrero de 2020.

Para recordar el nuevo tiempo de entrega, esto dice la Adenda No. 6:

- | |
|--|
| A. 29 de febrero de 2020, Fecha de Entrega Sustancial de las Obras. |
| B. 30 de junio de 2020, Fecha de Entrega Definitiva de las Obras en la cual deberán estar subsanados los Ajustes y/o Complementos. |

En lo medular del Acta de Recepción Sustancial de la Obra No. 5, se describe que, a solicitud del Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A., serían entregadas



algunas obras que forman parte del Programa de Expansión del Aeropuerto Terminal 2. En ese sentido, se observa que la entidad, en el punto 3, de la mencionada acta, indicó que las obras entregadas cumplían satisfactoriamente con lo pactado, en tanto serían recibidas, veamos la descripción de las obras entregadas:

- Edificio Terminal Nivel 100 con excepción del Sistema de Manejo de Equipajes:
 - Zona 3 Lado Sur con excepción del área de oficinas de AITSA y Salas de Espera en Área de los OSS.
 - Zona 1B: Cuartos de Basura, Cuarto de Cocina y Cuarto de Control.
- Edificio Terminal Nivel 200:
 - Zona 1A.
 - Zona 1B con excepción de las áreas de concesionarios del lado Afre.
 - Zona 3 Check In Sur y Concesionarios Lado Tierra.
- Fachada de la Terminal Zona 1A y 1B.
- Once (11) Puentes de Abordaje correspondiente a las puertas 215 a 225.

Veamos un extracto, Acta de Recepción Sustancial No. 5:

ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL DE OBRA N°5
(Contemplado según el Capítulo I de las Disposiciones Generales, artículo 2, Glosario, acápite 47 y en el Capítulo 10, Contratos de Obra, Artículo 87: Terminación de la Obra del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de Julio de 2006, que regula la contratación Pública)

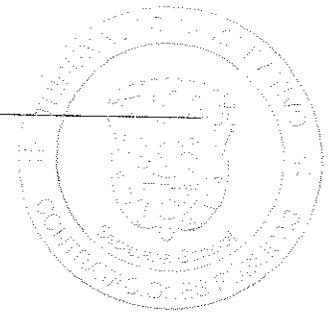
PROYECTO: PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN.
UBICACIÓN: AVE. DOMINGO DÍAZ, CORREGIMIENTO DE TOCUMEN, DISTRITO DE PANAMÁ.
OBRA: ENTREGA DE ÁREA EDIFICIO TERMINAL NIVEL DE LLEGADAS ZONA 3 LADO SUR Y NIVEL DE SALIDAS ZONAS 1A Y 1B.
ENTIDAD CONTRATANTE: AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.
FECHA: 20 DE AGOSTO DE 2019.
CONTRATISTA: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S. A.
CONTRATO: N° 038/12 - REFRENDADA EL 15 DE FEBRERO DE 2013.
ADENDA 1: REFRENDADA EL 4 DE JULIO DE 2016.
ADENDA 2: REFRENDADA EL 7 DE JULIO DE 2016.
ADENDA 3: REFRENDADA EL 27 DE JULIO DE 2018.
ADENDA 4: REFRENDADA EL 16 DE ENERO DE 2019.
ADENDA 5: REFRENDADA EL 2 DE JULIO DE 2019.
ADENDA 6: REFRENDADA EL 15 DE NOVIEMBRE DE 2019
VENCIMIENTO DEL CONTRATO SEGÚN ADENDA 6: 30 DE JUNIO DE 2020.
FIANZA DE CUMPLIMIENTO: 85B64877/85B64878/85B64879 - ENDOSO 11
NOMBRE DE ASEGURADORA: ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.

Valor original del Contrato:

Formulario "Desglose de Precios"	B/. 679,428,600.00 (incluye ITBMS)
Formulario "Costos Asociados a Tocumen"	B/. 100,000,000.00 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 2):	B/. 99,004,390.90 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 3):	B/.13,973,608.34 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 4):	B/.25,558,143.72 (incluye ITBMS)
Disminuciones del valor Original:	No aplica.
Valor final del Contrato:	B/. 917,964,742.96 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.1:	B/. 82,690,929.74 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.2:	B/. 136,726,497.98 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.3:	B/. 4,336,728.89 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.4:	B/. 395,181,440.34 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.5:	B/. 97,150,415.66 (incluye ITBMS)
Monto total de las obras recibidas a satisfacción:	B/. 716,086,012.61 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos pendientes al Acta No. 5:	B/. 201,878,730.35 (incluye ITBMS)

- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra N°6 de 26 de septiembre de 2019 – Entrega del Sistema de Manejo de Equipajes del Edificio Terminal (visible de foja 361 a 366 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7)

Del contenido de esta acta se desprende que, fue entregado el Sistema de Manejo de Equipajes (BHS) del Proyecto de Programa de Expansión de la Terminal 2, detallado así (visible de foja 362 a 365 expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7):



- Zona de Integración 1 (Zona 2A-000, Zona 2B-000 y Zona 3-000)
- Zona de Integración 2A y 2B.
- Zona de Integración 3.

Veamos un resumen, Acta de Recepción Sustancial No.6:

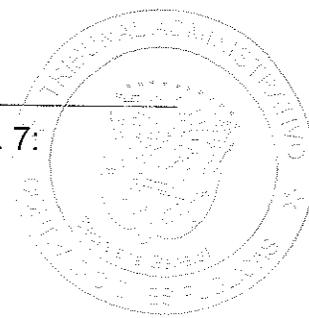
ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL DE OBRA N°6	
<small>(Contemplada según el Capítulo I de las Disposiciones Generales, artículo 2, Glosario, artículo 47 y en el Capítulo 10, Contrato de Obra, Artículo 87: Terminación de la Obra del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación Pública)</small>	
PROYECTO: PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN.	
UBICACIÓN: AVE. DOMINGO DÍAZ, CORREGIMIENTO DE TOCUMEN, DISTRITO DE PANAMÁ.	
OBRA: ENTREGA DEL SISTEMA DE MANEJO DE EQUIPAJES DEL EDIFICIO TERMINAL.	
ENTIDAD CONTRATANTE: AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.	
FECHA: 26 DE SEPTIEMBRE DE 2019.	
CONTRATISTA: CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.	
CONTRATO: N° 038/12 - REFRENDADA EL 15 DE FEBRERO DE 2013.	
ADENDA 1: REFRENDADA EL 4 DE JULIO DE 2016.	
ADENDA 2: REFRENDADA EL 7 DE JULIO DE 2016.	
ADENDA 3: REFRENDADA EL 27 DE JULIO DE 2018.	
ADENDA 4: REFRENDADA EL 16 DE ENERO DE 2019.	
ADENDA 5: REFRENDADA EL 2 DE JULIO DE 2019.	
ADENDA 6: REFRENDADA EL 15 DE NOVIEMBRE DE 2019.	
VENCIMIENTO DEL CONTRATO SEGÚN ADENDA 6: 30 DE JUNIO DE 2020.	
FIANZA DE CUMPLIMIENTO: 85B64877/85B64878/85B64879 – ENDOSO 11	
NOMBRE DE ASEGURADORA: ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.	
Valor original del Contrato:	
Formulario "Desglose de Precios"	B/. 679, 428, 600.00 (incluye ITBMS)
Formulario "Costos Asociados a Tocumen"	B/. 100, 000, 000.00 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 2):	B/. 99, 004, 390.90 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 3):	B/. 13, 973, 608.34 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 4):	B/. 25, 558, 143.72 (incluye ITBMS)
Disminuciones del valor Original:	No aplica.
Valor final del Contrato:	B/. 917, 964, 742.96 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.1:	B/. 82, 690, 929.74 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.2:	B/. 136, 726, 497.98 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.3:	B/. 4, 336, 728.89 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.4:	B/. 395, 381, 440.34 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.5:	B/. 97, 150, 415.66 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.6:	B/. 54, 553, 066.63 (incluye ITBMS)
Monto total de las obras recibidas a satisfacción:	B/. 770, 639, 079.24 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos pendientes al Acta No. 6:	B/. 147, 325, 663.72 (incluye ITBMS)

- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra N°7 de 30 de septiembre de 2019 – Entrega de Área Edificio Terminal Niveles 000, 100, 150 y 120, Cubierta Zona 1, y Plataforma de Aeronaves (visible de foja 354 a 360 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7).

Para esta acta, se describió que, a petición de Aeropuerto Internacional de Tocumen fueron entregadas las siguientes obras: (visible de foja 356 a 358 del expediente administrativo Tomo II, Adenda No.7)

- Edificio Terminal, Nivel 000
 - Zona 1A y 1B, con excepción de los almacenes y edificio de Acceso de Empleados
 - Zona 2B: salas OSR
 - Zona 3: oficinas AITSA, salas OSS y oficinas Inmigración Sur
- Edificio Terminal, Nivel 100:
 - Zona 1B: pasillos y baños 100B y 100D
 - Zona 3: área de elevadores P6 y P7, locales comerciales bajo Mezanine Norte y pasillos Mezanine Norte
- Edificio Terminal, Nivel 150:
 - Zona 2B: oficinas Aerolíneas y baños 150C.
- Edificio Terminal, Nivel 200:
 - Puente de Conexión
- Cubierta: zonas 1A y 1B
- APRÓN: zona P1

Hasta esta acta de aceptación final, los montos totales de obras recibidas a satisfacción ascendían a la suma de B/.843,943,429.97, demostrando que ya se había avanzado económica y físicamente con el proyecto en gran medida.



Veamos algunos detalles de esta Acta de Recepción Sustancial No. 7:

ACTA DE RECEPCIÓN SUSTANCIAL DE OBRA N°7

(Contemplado según el Capítulo I de las Disposiciones Generales, artículo 2, Glosario, acápite 47 y en el Capítulo 10, Contrato de Obra, Artículo 67: Terminación de la Obra del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación Pública)

PROYECTO: PROGRAMA DE EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN.
UBICACIÓN: AVE. DOMINGO DÍAZ, CORREGIMIENTO DE TOCUMEN, DISTRITO DE PANAMÁ.
OBRA: ENTREGA DE ÁREA EDIFICIO TERMINAL NIVELES 000, 100, 150 Y 200, CUBIERTA ZONA 1, Y PLATAFORMA DE AERONAVES.
ENTIDAD CONTRATANTE: AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A.
FECHA: 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019.
CONTRATISTA: CNO, S. A.
CONTRATO: N° 038/12 - REFRENDADA EL 15 DE FEBRERO DE 2013.
ADENDA 1: REFRENDADA EL 4 DE JULIO DE 2016.
ADENDA 2: REFRENDADA EL 7 DE JULIO DE 2016.
ADENDA 3: REFRENDADA EL 27 DE JULIO DE 2018.
ADENDA 4: REFRENDADA EL 16 DE ENERO DE 2019.
ADENDA 5: REFRENDADA EL 2 DE JULIO DE 2019.
ADENDA 6: REFRENDADA EL 15 DE NOVIEMBRE DE 2019.
VENCIMIENTO DEL CONTRATO SEGÚN ADENDA 6: 30 DE JUNIO DE 2020.
FIANZA DE CUMPLIMIENTO: 85B64877/85B64878/85B64879 - ENDOSO 11
NOMBRE DE ASEGURADORA: ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.

Valor original del Contrato:	
Formulario "Desglose de Precios"	B/. 679,428,600.00 (incluye ITBMS)
Formulario "Costos Asociados a Tocumen"	B/. 100,000,000.00 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 2):	B/. 99,004,390.90 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 3):	B/. 13,973,608.34 (incluye ITBMS)
Adiciones al valor original (según Adenda 4):	B/. 25,558,143.72 (incluye ITBMS)
Disminuciones del valor Original:	No aplica.
Valor final del Contrato:	B/. 917,964,742.96 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.1:	B/. 82,690,929.74 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.2:	B/. 136,726,497.98 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.3:	B/. 4,336,728.89 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No.4:	B/. 395,181,440.34 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No. 5:	B/. 97,150,415.66 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No. 6:	B/. 54,553,066.63 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos recibidos a satisfacción Acta No. 7:	B/. 73,304,350.73 (incluye ITBMS)
Monto total de las obras recibidas a satisfacción:	B/. 843,943,429.97 (incluye ITBMS)
Valor de trabajos pendientes al Acta No. 7:	B/. 74,021,312.99 (incluye ITBMS)

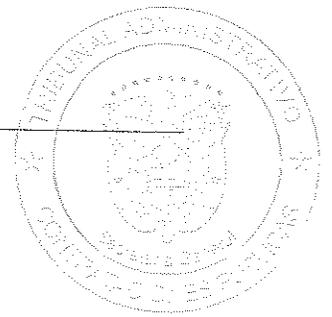
Ya para esta acta de aceptación sustancial, era palpable que el Contrato No.38/12 presentaba un avance físico de más del 99¹⁰%, esto fue avalado por la entidad en Memo VPIP_MEMO 0716/20 de 18 de agosto de 2020, suscrito como justificación para la Adenda No.7 al contrato, adenda de la cual estaremos hablando en la parte infra de esta decisión.

- ✓ Acta de Recepción Sustancial de Obra N°8 de 20 de febrero de 2020 (no firmada).

A este respecto de foja 346 a 353 del expediente administrativo, Tomo II, Adenda No.7, consta Acta de Recepción Sustancial de Obra No.8, de 29 de febrero de 2020 en la que se plasmó que el monto total de obras recibidas a esa fecha era B/.914,687.344.54 y el valor de los trabajos pendientes era B/.3,277,398.42. (valor final del contrato: B/.917,964,742.96), sin embargo, esta no fue firmada por subanaciones pendientes en cuentas presentadas.

Asimismo se describe en el punto 3 las obras restantes que fueron entregadas en esta fecha:

¹⁰ Ver foja 547 del expediente administrativo, Tomo II, Adenda No.7.



- Sistema de Cubierta Terminal 2 (EA1-CNO-EQT-0334):
 - Zona 3
- Garita de Acceso de Empleados (EA1-CNO-EQT-0337):
- Edificio Terminal Nivel 000
 - Zona 1A: salas restantes.
 - Zona 1B: cuartos y almacenes restantes.
 - Zona 3: oficinas, cuartos, almacenes restantes, lower drive y núcleos OSS.
- Edificio Terminal Nivel 100 (EA1-CNO-EQT-0338):
 - Zona 1B: áreas para futuros comercios, cuartos, baños y oficinas restantes.
 - Zona 3: áreas para futuros comercios, cuartos, oficinas, núcleos de OSS y áreas de circulación restantes.
 - Zona de Edificio Central: áreas para futuros comercios y áreas de circulación.

- Edificio Terminal Nivel 150 (EA1-CNO-EQT-0345):
 - Zona 1B: cuartos, áreas de circulación y áreas para futuras oficinas.
 - Zona 3: áreas de circulación y áreas para futuras oficinas.
 - Zona de Edificio Central: cuartos y áreas de circulación.
 - Zona 2B: cuartos y áreas de circulación.
- Edificio Terminal Nivel 200 (EA1-CNO-EQT-0336):
 - Zona 1B: almacenes y áreas de circulación.
 - Zona 3: almacenes, cuartos, áreas de circulación, oficinas, baños y área de plaza de comidas (food court).
 - Zona de Edificio Central: cuartos, baños, áreas de circulación y espacios abiertos.
- Edificio Terminal Nivel 250 (EA1-CNO-EQT-0346):
 - Zona 1B: áreas de circulación y acceso a chimeneas.
 - Zona 3: áreas de circulación y acceso a chimeneas.
 - Zona de Edificio Central: cuartos, baños y áreas de circulación.
 - Zona 2B: áreas de circulación y acceso a chimeneas.
- Plataforma de Aeronaves (EA1-CNO-EQT-0344):
 - Calle de servicio.
 - Zona P1 (área de reubicación de cerca)

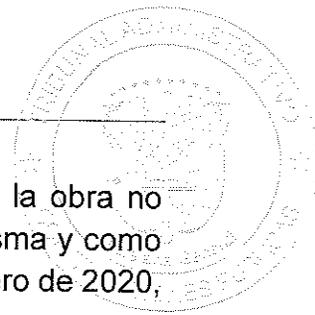
Es de suma importancia exponer lo indicado en el "punto 8" de esta acta, en el que se indicó que, el periodo de garantía de la fianza de cumplimiento iniciaba el día 1 de marzo de 2020, por un término de tres (3), es decir luego de la "Recepción Sustancial de la Obra" se aperturó el tiempo de garantías. Indisciblemente, la obra física fue entregada para su uso el en febrero de 2020, en tanto, todas las obligaciones pendientes derivadas de las entregas sustanciales son "subanaciones" y no hitos de construcción pendientes o sea obra física.

En ese sentido, se destaca que en cada una de las actas (1,2,3,4,5,6,7,8) se dejó consignado que de acuerdo a los documentos contractuales que establecen los niveles de ejecución de la obra física, permiten su **utilización**, pese a la existencia de **detalles** que el contratista está obligado a subanar, llamados "Ajustes o Complementos", en tanto, se infiere, que la naturaleza de los "Ajustes y Complementos" es secundaria, es decir, sin la perfección o entrega de la obra física, estos no hubieran nacido a la vida jurídica.

En ese orden de ideas, el punto 4.1 "Recepción Sustancial por las Partes (partes de la obra) del Anexo VI de la Adenda 7 del Pliego de Cargos, establece claramente:

"La Recepción Sustancial se realizará finalizando el conjunto de actividades relacionadas a la construcción de las obras específicamente en el Pliego de Cargos, excepto de ciertas obras complementarias, o reparos de partes de las obras, arreglos, etc., (en adelante "Ajustes o Complementos" los cuales no impiden a TOCUMEN de tomar posesión de la misma y/o iniciar la utilización de las obras. Las obras pueden ser entregadas y recibidas por etapas y/o por obras individuales".

"Terminada la obra o partes de la obra, excepto los Ajustes o Complementos, el Contratista podrá solicitar al inspector que se realice la inspección para la recepción Sustancial de la Obra. Esta se realizará por parte de TOCUMEN en un plazo no mayor de 10 días hábiles, luego de recibida la solicitud del Contratista y de la misma se dejará constancia mediante Acta de Recepción Sustancial, siempre que se haya cumplido con todo lo establecido en los Documentos Contractuales, excepto por los Ajustes o Complementos. Los Ajustes o Complementos quedarán consignados en el Acta de Recepción Sustancial y será condición fundamental para la utilización de las obras o parte de las obras por parte de TOCUMEN, que el Acta de Recepción Sustancial esté firmada por ambas partes."



Precisamente, se dejó claro que, los complementos y reparos de la obra no impiden que Tocumen tome posesión para iniciar la utilización de la misma y como ya lo hemos indicado, esta obra fue entregada sustancialmente en febrero de 2020, con un avance de mas del 99%.

Toda esta “Entrega Sustancial de la Obra” quedó consignada en memo VPIP_MEMO 0640/2020, cuyo asunto se describió como “Conclusión Sustancial del Terminal 2”, remitido por el vicepresidente de Ingeniería y Proyectos, Enrique Villegas al vicepresidente de Asuntos Legales, Alexander Bal Chiari, visible de foja 342 a foja 345 del expediente administrativo Tomo I, Adenda No.7, el cual en su contenido contiene la nota No.PM-TR-2007-G-0399, suscrito por el Consorcio PM Terminal Sur, S.A., con el resultado de la verificación de los hitos de conclusión sustancial y el listado de pendientes actualizados al 1 de marzo de 2020.

Veamos:

Estimado Enrique:

En respuesta a su solicitud, tenemos a bien remitirle el Acta de verificación de cumplimiento del Hito de Conclusión Sustancial del Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen, previsto para el 29 de febrero de 2020, siguiendo el cronograma de obra actualizado según Adenda 6, (ver Anexo 1).

➡ Dicha verificación fue realizada conjuntamente entre AITSA, CPMTS, C.N.O. y C.G.R. en el recorrido del 2 de marzo de 2020, como fue recogido en la carta PEAIT-DC-2843-MAR/20-Terminación Sustancial Total de la Obra (ver Anexo 2).

➡ En aquel momento, el listado de pendientes del proyecto se encontraba actualizado al 1 de marzo de 2020, donde se habían corregido 3,094 pendientes de los 5,640 listados (ver Anexo 3). Quedando pendiente el listado final con las áreas que faltaban, como indicaba la carta referida en el Anexo 2. Hoy día, según la última actualización del 15 de julio de 2020, se han corregido 4,331 pendientes de los 10,547 incluidos en el listado final.

Anexo 1 – Acta verificación cumplimiento Hito Conclusión Sustancial del PEAIT para el 29 febrero 2020 ←
Anexo 2 – PEAIT-DC-2843-MAR/20-Terminación Sustancial Total de la Obra ←
Anexo 3 – Listado de Pendientes del PEAIT actualizado al 1 de marzo 2020 ←

Asimismo, consta dentro de los elementos de convicción recabados en la presente encuesta, los correspondientes permisos de ocupación emitidos por las autoridades competentes que dan cuenta que, la obra a esa fecha era plenamente ocupable y utilizable. En tanto, se colige que no solamente se hizo entrega de la obra en febrero para cumplir con los hitos contractuales, sino que además la obra a partir de la fecha podía ser utilizada y aprovechada por la entidad, veamos estas piezas procesales:

- ✓ Copia autenticada de Certificado de Ocupación ZRPMA No.1280, de 17 de marzo de 2020, remitida por el Benemérito Cuerpo de Bomberos.
- ✓ Copia autenticada de Permiso de Ocupación No.764-2020 del 28 de febrero de 2020, para “Terminal No.2 Aeropuerto Internacional de Tocumen, remitido por el Municipio de Panamá.
- ✓ Igualmente consta Nota No.874-2022-AL, suscrita por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, en la que constan que desde el 29 de febrero de 2020 al 31 de octubre de 2022, el total de vuelos ascienden a la suma de 46,549. Además se hizo la salvedad que, el procesamiento de pasajeros de la terminal 2 inicio en junio de 2022, siendo así desde esa fecha se han recibido 10,451 y se han despachado 10,555.

Lo mencionado, da cuenta que, desde el 29 de febrero de 2020, y a la fecha en que se resolvió el Contrato No.38/12, la Terminal 2 estaba en pleno uso y operación.

Este Tribunal con el objetivo de conocer el avance de la obra, realizó el día 18 de mayo de 2023, Inspección al sitio de la Obra, en compañía de peritos designados por las partes. Como resultado de dicha inspección en términos generales, se obtuvo que a la fecha de la inspección la obra se encontraba operativa y en buen estado, con algunos ajustes por corregir, coincidiendo todos los peritos que el avance que presentaba la obra era de más del 99%, siendo que faltaban algunos ajustes de las obras ya entregadas, recordando además que, el 28 de septiembre de 2021, fecha de la Resolución Administrativa del Contrato No.38/12, esta obra ya alcanzaba un avance de más del 99%.

De manera que, se infiere que lo faltante de la obra representa aproximadamente el 1% y que los items pendientes solamente tienen un porcentaje nimio de los 10547 acordados en las ocho (8) Actas de recibo sustancial, es decir, se ha trabajado de manera constante, dando como resultado, una total desproporcionalidad entre el "Avance real de la obra" y los pendientes (473 items) invocados por la entidad al 30 de septiembre de 2021.

Dicho esto, es importante destacar lo afirmado por los peritos en relación al avance de la obra:

El arquitecto Carlos Barragán¹¹ concluyó en su informe pericial de inspección al sitio de la obra que, la obra cuenta con un avance físico considerable y que se suma el hecho que actualmente la misma se encuentra realizando operaciones de manera diaria.

Igualmente en sus conclusiones señaló que la obra presentó trabajos sostenidos y avances desde el inicio hasta el 2020 y que ya para la fecha del 14 de junio de 2021, la obra presentaba un avance de más del 99.89% y que a la fecha del 30 de abril de 2023, se podía estimar que la obra cuenta con un avance físico del 99.93%.

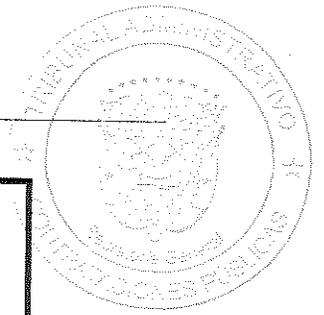
Veamos:

- El proyecto inició trabajos a partir de febrero de 2013 y presentó avances sostenidos hasta 2020.
- Que todas las cuentas de medición de avance cuentan con las firmas de la empresa contratante, la empresa contratista y avaladas debidamente por fiscalizador de la Contraloría General de la Republica.
- Que en la última agenda con fecha del 14 de junio de 2021 y refrendo de la Contraloría General de la República se indica un avance de obra del 99.89%.
- Que los trabajos correspondientes a el "PROGRAMA DE EXPANSION DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A." cuentan con un avance físico del 99.93% aproximadamente, esto calculado a partir de informe de actualización de pendientes al 30 de abril de 2023.

Igualmente, es destacable lo que señaló el perito designado por el Tribunal, Harmodio Serracin¹², quien realizó algunas consideraciones técnicas del proyecto, y en síntesis indicó que el Proyecto estaba operativo casi al 100% y que las adecuaciones pendientes no han impedido el uso y disfrute del mismo, esta conclusión la realizó en comparación a un estudio de estimación económico de lo percibido por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, veamos sus conclusiones:

¹¹ Ver fojas 14237 a 14261 del expediente jurídico, Informe Pericial de Carlos Barragán, publicado en *Panamá Compra*, el 30 de junio de 2023.

¹² Ver Informe Pericial- Harmodio Serracin fojas 14218 a 14223, expediente jurídico publicado en *Panamá Compra*, el 29 de junio de 2023.



La operatividad de la Terminal 2 del Aeropuerto de Tocumen está casi al 100%, a pesar de que existen algunos pendientes de entrega como es la integración de algunos sistemas

automáticos del Aeropuerto de Tocumen, el aire acondicionado que no está enfriando en toda la Terminal 2, pero, esto no afecta el desarrollo normal de su funcionamiento.;

De acuerdo a las cifras mostradas en las gráficas y tablas anteriormente, podemos concluir que el funcionamiento de la Terminal 2, es normal y el tráfico de pasajeros aumentará aún más, en los próximos meses, al punto que se estima revasar las cifras del año 2019, cifras que se esperaban para los años 2024-2025;

Otras consideraciones técnicas que se pueden tomar en cuenta, son aquellas presentadas anteriormente en las tablas y gráficas, que muestran el aumento del movimiento de aeronaves y el tráfico de los pasajeros y su tendencia es, a la alza.;

La información de la obra refleja que está arriba del 99% de avance y que los ítems pendientes solamente representan el 6.1%;

Notése que el profesional establece en base al estudio realizado, estimó que, los ítems pendientes faltantes (punch list) de esta obra representan el 6.1% de los que fueron pactados en su momento, es decir, de los 10547 pendientes (ajustes y complementos) solo falta completar el 6.1% de estos (Ver Anexos de Adenda 7 y 8 al Contrato No.38/12) .

Ahora bien, en cuanto al avance de la obra per se, este según la estimación del perito, presenta un 99 % de avance. Es evidente que, existe una descomedia proporción entre los trabajos realizados y los incumplimientos reprochados por la entidad al momento de resolver el contrato.

En ese orden de ideas, los peritos designados por la empresa CNO, S.A.¹³, realizaron un análisis del avance de la obra al 30 de septiembre de 2021 y a la actualidad, en el que establecieron que al 30 de septiembre de 2021 quedaban 473 pendientes que representaban el 4.48% del total de 10,547 pendientes pactados en los anexos de las Adendas 7 y 8 al Contrato No.38/12. Además indicaron que el avance de la obra al 30 de septiembre era del 99.99%.

Análisis

Tomando como referencia lo anterior y teniendo en consideración que a la fecha de febrero de 2021 (Planilla 86) en la que se le reconoce a CNO un avance de 99.95% quedando un pendiente de medir de 0.05% podemos realizar el siguiente análisis comparativo entre dicho porcentaje y los ítems pendientes de acuerdo con AITSA, para establecer así un avance físico al 30 de septiembre de 2021 y al día de hoy:

A la fecha de 30 de septiembre de 2021 según AITSA y CNO:

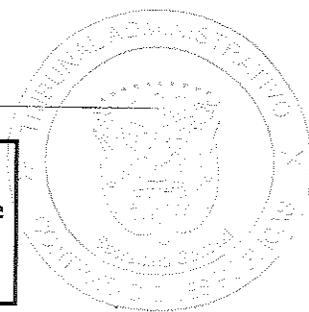
- a) Para el 30 de septiembre de 2021, quedaban 473 ítems pendientes, lo que corresponde a un porcentaje de 4.48% del total de 10,547 pactados.
- b) El 0.05% de pendientes de medir corresponde a 10,547 ítems de ajustes y complementos.
- c) El 4.48% aplicado al 0.05% (del porcentaje pendiente) da como resultado un 0.00224% sobre la totalidad del avance físico de la obra.
- d) El avance físico al 30 de septiembre 2021 sería la resta del 100% con el valor pendiente de 0.00224%. Avance = $(100.0000 - 0.00224) = 99.9977\%$
- e) Por lo tanto, el avance real físico de la obra quedaría en un 99.9977%, al 30 de septiembre de 2021.

Igualmente el perito de la entidad, José Ramon Icaza Clement¹⁴, en su informe pericial tipo auditoría, presentado el 14 de junio de 2022, reconoció que para marzo de 2020, ya la obra presentada el 99.85%, es decir casi el 100%:

PREGUNTA No. 7. Determinarse si la Pandemia Covid-19 impactó o tuvo algún efecto en el Contrato y en los retrasos en la entrega de los ajustes y complementos solicitados en la Adenda No.8 al Contrato No.038/12.

¹³ Ver Informe Pericial- Peritos CNO, S.A fojas 14744 a 14786 del expediente jurídico, publicado en *Panamá Compra*, el 17 de julio de 2023.

¹⁴ Ver Informe Pericial Tipo Auditoría presentado por José Ramon Icaza Clement, de foja 9619 a 9631 del expediente jurídico, publicado en *Panamá Compra*, el 14 de junio de 2023.



La paralización de la actividad de la construcción se dio para marzo de 2020, para estas fechas el contrato superaba la adenda No. 6 con avances insuficientes en la obra. A estas fechas el avance físico de la obra superaba el 99.85%, por lo que el mayor atraso correspondió a lo que CNO, S.A. no pudo realizar en los meses anteriores a la pandemia.

En cuanto al avance económico de la obra, los peritajes convergen en que, existe un avance de más del 99%, esto se puede constatar en las piezas procesales que integran este expediente. En suma, debemos agregar que en los correspondientes informes los peritos concluyeron que hay sumas adeudadas al contratista en concepto del Contrato No.38/12, no obstante este tópico se desarrollará con detenimiento en posteriores apartados.

Analizados estos elementos de convicción, se tiene que, desde febrero de 2020, el contratista entregó la obra sustancialmente, sin dejar de mencionar que, las entregas parciales de la obra se dieron desde el año 2017, además existieron entregas anticipadas solicitadas por la entidad, como, por ejemplo, la entrega pactada en ocasión de la JMJ en el año 2019, entrega que cumplió a cabalidad el contratista sin reproches.

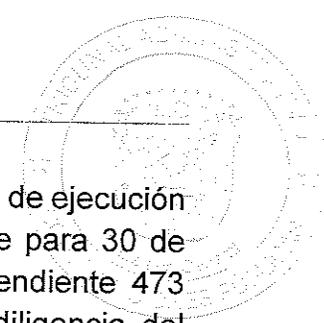
Ahora bien, además de cumplir el contratista con la entrega sustancial, destacamos que la obra fue entregada en óptimas condiciones para ser utilizada y disfrutada por la entidad, que además ha obtenido rendimientos económicos importantes con esta obra, esto quedó consignado en Memo VPIP_MEMO 0640/2020, cuyo asunto se describió como "Conclusión Sustancial del Terminal 2", que corre de foja 342 a foja 345 del expediente administrativo Tomo I, Adenda No.7 al Contrato No.38/12.

Una prueba de ello es que, la misma se está utilizando para recibir vuelos desde el año 2020 y así fue confirmado en prueba solicitada al Aeropuerto Internacional de Tocumen, quien nos informó mediante Nota No.874-2022-AL de 12 de diciembre de 2022 (de foja 2424 a foja 2455, del expediente jurídico y publicada en *PanamaCompra*, el 14 de diciembre de 2022), que desde el 29 de febrero a octubre de 2020, se habían recibido en total 46,549 vuelos. No obstante debemos recordar que, desde años anteriores las instalaciones fueron utilizadas para eventos puntuales como: La llegada del Presidente Xi Jinping y la Jornada Mundial de la Juventud.

En consecuencia, la obra fue entregada y recibida a satisfacción antes de la fecha de la resolución del contrato Contrato No.38/12, sin perjuicios de los ajustes y complementos derivados de la obligación principal, es decir, se pudo comprobar a través de las pruebas evacuadas que la entidad está usando y sacando provecho de la obra desde que fue entregada sustancialmente, en ese sentido, le asiste la razón a la parte actora.

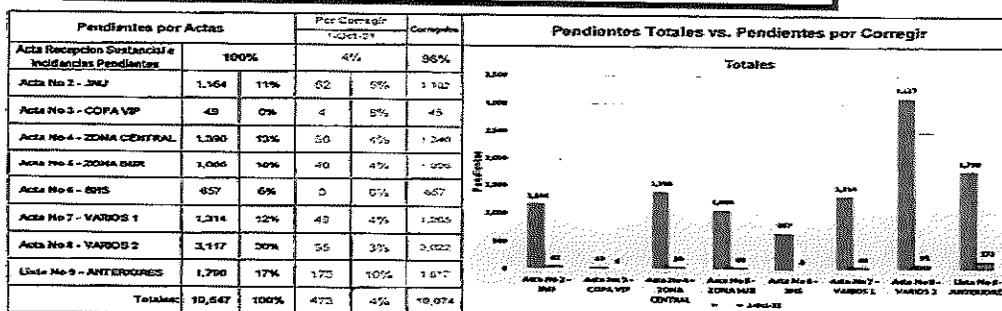
- **(Ítems) Las mínimas actividades no completadas por CNO a la terminación del contrato, no impidieron que AITSA recibiera y utilizara la obra.**

Recordemos que, uno de los puntos más álgido de esta controversia es que, la entidad como sustento de la resolución administrativa del contrato indicó que al 1 de septiembre de 2021, el contratista había ejecutado 9,519 pendientes de 9,738 presupuestados en Anexo No.1 de Adenda 8, es decir 219 pendientes no ejecutados.



Posteriormente al 27 de septiembre de 2021, quedaban pendientes de ejecución y cumplimiento contractual 640 actividades por corregir; y finalmente para 30 de septiembre 2021 (fecha de vencimiento del contrato), quedaban pendiente 473 actividades por realizar, estos últimos pendientes distribuidos por diligencia del Consorcio PM Terminal Sur al 1 de octubre de 2023 (apoyo técnico de la entidad), así:

- ➔ A la fecha, se han corregido 10,074 pendientes de los 10,547 levantados, lo que equivale al 96% de los pendientes de las áreas propuestas a entregar, según las Actas: No 2 - JM3, No 3 - COPA VIP, No 4 - ZONA CENTRAL, No 5 - ZONA SUR, No 6 - BHS, No 7 - VARIOS 1, No 8 - VARIOS 2 y Lista No 9 - Anteriores.
- ➔ **A la fecha quedan 473 pendientes por corregir, esto equivale al 4.5%**



- ➔ A la fecha, de los 2,299 pendientes correspondientes a HVAC se han corregido 2,019, lo que equivale al 87.8%.
De los 473 pendientes que quedan por corregir en todo el proyecto, 280 pendientes corresponden al Sistema HVAC. Esto equivale al 59.2% de todos los pendientes por corregir.

Los pendientes se agrupan según la inspección técnica, en estas categorías:

Pendientes Disciplina	Pendientes Iniciales	Pendientes al 30/09/2021	(%) Porcentaje
➔ Por Mala Ejecución de los Trabajos	8,859	362	4.1%
➔ Limpieza	890	27	3.0%
➔ Pruebas Pendientes por Realizar	574	50	8.7%
➔ Documentales	168	5	3.0%
➔ Planos As-Built	29	17	58.6%
➔ Dossier de Calidad	27	12	44.4%
Totales:	10,547	473	4.5%

Se aprecia hasta esta descripción que, según los hecho descriptos en la prueba pericial, estos pendientes aluden específicamente a: mejor ejecución en trabajos ya instalados, mejoras, limpiezas, documentos y entregas de planos, siendo así, se tiene como corolario que todas las fases fueron construidas y entregadas sustancialmente en el 2020, salvo estos "Ajustes¹⁵ y Complementos¹⁶" a los que se refiere la entidad y que nacen de cada acta de entrega y no son propiamente obligaciones materiales del contrato inicial.

Dando como resultado que, ninguna de las subsanaciones reprochadas por la entidad como fundamento de la resolución administrativa del Contrato No.38/12, impidiera que la obra fuera recibida, sino que además fuera utilizada y disfrutada. En tanto, le asiste la razón a la empresa contratista al indicar que estos pendientes

¹⁵ Ajustar: Conformar, acomodar algo a otra cosa, de suerte que no haya discrepancia entre ellas. Definición de la Real Academia Española <https://dle.rae.es/ajustar#1PKzxCm>

¹⁶ Complemento: Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta. Definición de la Real Academia Española <https://dle.rae.es/complemento?m=form>



no afectaron ni afectan la obra. Arribamos a esta conclusión con orientación de cada uno de los peritajes realizados para este caso.

Recordemos que la ocupación, uso y disfrute de la obra, fue acreditada por los informes de ocupación y corroboradas por el Tribunal de la causa mediante informe de inspección realizada el 18 de mayo de 2023, en la que se atisbó un buen funcionamiento tanto operativo como económico de la Terminal 2, pese a los pendientes utilizados como punta de lanza por la entidad para erigir la resolución administrativa del contrato, que a nuestra consideración son obligaciones accesorias que no truncan en desarrollo del proyecto.

En ese sentido, es notable lo indicado por los peritos de CNO, S.A:

Esta información está visible a foja 14780 del expediente jurídico (Informe Pericial al Sitio del Proyecto¹⁷):

Los Ajustes y Complementos que deben ser cumplidos por CNO, no impiden el uso, ocupación y operación de la obra.

Los Ajustes y Complementos, son obras complementarias reparos de parte de la obra, arreglos, etc. de la obra física recibida por AITSA en un 100%, ya que para que existan Ajustes y Complementos la obra debe existir y haber sido recibida, según se desprende del Pliego de Cargos.

No ubicamos un ítem relevante desde el punto de vista técnico que haya ocasionado que la terminal no hubiese podido inaugurarse desde que fue recibida sustancialmente en febrero de 2020, tomando en cuenta que se venía usando desde diciembre de 2018, y que lo único pendiente desde entonces son Ajustes y Complementos que CNO continuó con su ejecución.

Tampoco hemos ubicado un ítem de Ajuste y Complemento específico cuya no finalización o su finalización hayan incidido en la inauguración de la obra.

Contrariamente, si hemos revisado varias notas de prensa con declaraciones del Gerente General de AITSA indicando lo sobresaliente y creciente del movimiento de pasajeros en el último año, el último trimestre y el mes de junio 2023.

Además de la consideración técnica emitida por los peritos en este caso de las partes, como ya lo hemos descrito en esta decisión existen elementos de convicción suficientes como permiso de ocupación, estimaciones económicas, informes institucionales sobre la cantidad de vuelos entre otras, que nos indican que estos pendientes no fueron óbice para recibir y estancar el provecho de la obra.

Por otro lado, existen testimonios recabados por el Tribunal, en los cuales se indicó que a pesar de la resolución del Contrato No.38/12, la empresa contratista a extremado sus esfuerzos y han seguido trabajando en el cumplimiento de estos "Ajustes y Complementos".

En suma, tenemos que las partes remitieron en mayo de 2023, un listado con la actualización de pendientes, sin embargo, estos difieren en su número, y es que, en diligencia de inspección al lugar de la obra, se percibió que existen diferencias de carácter técnico con matices subjetivos de ambas partes, haciendo pues, tedioso y prolongado el procedimiento de cierre de ítems, que actualmente según la estimación realizada por el perito Adiccía Escribano, ascienden a la suma de 285 pendientes¹⁸.

Esta discrepancia técnica en los cierres de ítems fue descrita en los testimonios de los señores Ricardo Aguirre (de foja 9413 a foja 9422 del expediente jurídico) y

¹⁷Informe publicado en el *PanamáCompra*, el día 17 de julio de 2023.

¹⁸ Ver informe pericial: Adiccía Escribano de foja 14264 a 14344 del expediente jurídico, publicado en *Panamá Compra* el 30 de junio de 2023.



Arturo Montes (de foja 9445 a foja 9461 del expediente jurídico).

Ahora bien, en cuanto a estas diferencias suscitadas entre las partes, son propias de las fases de liquidación del contrato que cierran las partes mediante mutuo acuerdo y multas por pendientes entregables, por lo que, mal pudiera el Tribunal emitir pronunciamiento alguno, debido a que debemos tener claro que el radio de actuación del Tribunal es pues, la revisión del acto administrativo que resolvió el Contrato No.38/12, en el sentido que, si es legal o no. En otras palabras, el estricto cumplimiento técnico de los "Ajustes y Complementos" está fuera del alcance de esta corporación de justicia, amén que las partes han estado en acuerdo en identificar en las adendas al contrato, que estas particularidades o ajustes, eran accesorios al cumplimiento sustancial del proyecto.

Es decir, a la obligación de la entrega como secuencia de los efectos del contrato y que se han evidenciado en cada una de las actas y soporte inclusive de las adendas.

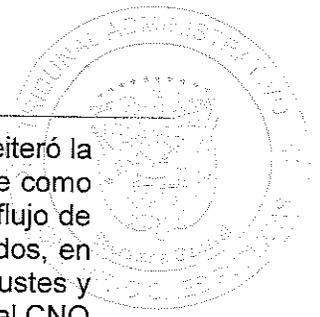
Lo anterior guarda su basamento en que, es evidente que los "Ajustes y Complementos", son obligaciones que no están ligadas a cláusulas determinantes del contrato, sino accesorias, es decir no están dentro del alcance de la "Etapa Contractual".

Al respecto, una cláusula determinante o principal tiene que estar relacionada directamente con una actividad primordial de la obra, como, por ejemplo, el tiempo de entrega y ejecución de la obra, sin embargo, una clausura accesoria será aquella que dependa de una principal para subsistir. Evidenciando así que, estamos ante una cláusula accesoria en la que se acordaron complementos a la obra principal, y estas son propias de ajustes con la liquidación del contrato.

Bajo esa premisa, las partes suscribieron las Adendas No.7 y 8 al Contrato No.38/12 con el objetivo de acabar con estos Ajustes y Complemento, además regresar de manera paulatina los fondos retenidos en conceptos de entregas. Tal como fue descrito por algunos testigos que acudieron a este Tribunal, este mecanismo de "Ajustes y Complementos" era un acuerdo sinalagmático de entregar los pendientes por el pago de lo adeudado de forma escalonada, tal como quedó plasmado en el anexo No.1 de la Adenda No.7 y 8:

FECHA ESTIMADA DE DESEMBOLSO Cumplimiento de los Ajustes y Complementos satisfactoriamente	MONTO (B./.)	ÍTEMS AJUSTES Y COMPLEMENTOS ATENDIDOS
30-abr	2,000,000.00	5394
30-jun	1,833,977.79	7299
31-jul	1,950,000.00	8558
31-ago	1,500,000.00	9738
30-sep	2,555,392.08	10547

En ese sentido, el señor Jorge Ramírez, quien ocupó los cargos de gerente de administración contractual, comercial de CNO, S.A., en el Programa de Expansión de la Terminal 2, en diligencia testimonial celebrada el día 22 de mayo de 2023, publicada en *PanamaCompra* el 29 de mayo de 2023, al ser cuestionado por la finalidad u objetivo de la incorporación como anexo de la adenda No. 7, de un cuadro que refiere a fechas para pago, para iniciar actividades y pagos condicionados a un número de ítems de ajustes o complementos, señaló:



“En las conversaciones tendientes a formalizar la adenda No. 7, CNO reiteró la necesidad de que AITSA realizara los pagos que tenía atrasados, y que como se había informado, incluso desde antes de la pandemia, afectaban el flujo de caja. AITSA por su parte, indicaba que no querían liberar todos los fondos, en función de la cantidad de ítems faltantes por completar, de la lista de ajustes y complementos. Entonces, acordamos un procedimiento, mediante el cual CNO haría una concesión a AITSA para recibir los pagos adeudados de manera escalonada, a pesar de estar estos vencidos, de acuerdo a los plazos previstos en el contrato, bajo la siguiente lógica: AITSA haría un abono de un poco más de siete millones de dólares de sus sumas adeudadas, una vez recibido ese pago, CNO retomaría los trabajos de ajustes y complementos, posteriormente, en unas fechas establecidas, se haría la liberación de otras cantidades acordadas, con el cumplimiento de una cantidad de ajustes y complementos atendida”. De esta manera, CNO contaría con los fondos necesarios para seguir avanzando en la obra y AITSA siempre tendría más dinero de su lado retenido, hasta la terminación del último ítem de ajustes y complementos. El último pago que se haría, una vez completada el 100% de la lista de ajuste y complementos, era del orden de 2.5 millones de dólares. En ese mismo anexo, también se aclaró que las cuentas correspondientes a costos asociados a Tocumen CAT, se tramitaría de acuerdo con los plazos normales previstos en el contrato”.

En efecto las Adendas No. 7 y 8 al Contrato fueron firmadas para dar cumplimiento a los complementos de la obra que ya había sido entregada sustancialmente, en palabras llanas, en estas adendas, no se hicieron modificaciones de alcances contractuales que afectaran a la obligación principal.

Lo anterior guarda su basamento en las consideraciones expuestas por la entidad para suscripción de la Adenda No.8 al Contrato No.38/12, que en su tenor expresan:

Que mediante Adenda N°2 al Contrato N°038/12, Las Partes suscribieron la cláusula cuarta, que a su vez modifica la cláusula décima del contrato, estableciendo que TOCUMEN hará una retención del cuatro por ciento (4%), de cada cuenta mensual presentada hasta el cien por ciento (100%) de avance del proyecto, cantidad que será devuelta a EL CONTRATISTA dentro de un plazo no mayor de noventa (90) días después de la fecha de entrega Sustancial de la Obra, o parte de la Obra.

Que el numeral 4 del artículo 86 del Texto Único de la Ley N°22 de 2006, que regula la contratación pública, vigente al momento del acto público N°2012-2-02-0-08-LV-002108, referente al Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen, establece que si la retención es superior al costo de los trabajos por realizar hasta la terminación sustancial de la obra, se devolverá hasta el cincuenta por ciento (50%) del excedente al contratista, de acuerdo con la fórmula que establezca el pliego de cargos o el reglamento.

Que asimismo, el numeral 5 del artículo 86 del Texto Único de la Ley N°22 de 2006, que regula la contratación pública, vigente al momento del acto público N°2012-2-02-0-08-LV-002108, establece que si la obra es contratada por fases, la retención afectará a cada una de las fases, y se devolverá cuando la fase haya sido concluida a satisfacción de la entidad contratante.

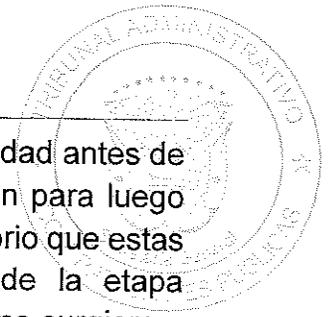
➡ Que en este orden de ideas, TOCUMEN se compromete a realizar en conjunto con su PM y el Contratista, la medición mensual de avances de ejecución de pendientes, para establecer el cumplimiento de los Ajustes y Complementos esperados y detallados en el Cronograma Actualizado de Ejecución de Pendientes, de acuerdo con lo acordado en el Anexo 1 de la presente Adenda 8.

➡ TOCUMEN se compromete a realizar de manera expedita el informe técnico junto a su PM; y así mismo la correspondiente liberación de los cheques que representen la devolución de esa cantidad de acuerdo con el Flujo Estimado de Pago del Anexo 1.

Que en caso de que la medición demuestre que no se han logrado los objetivos esperados, no se procederá con la liberación de pagos en concepto de devolución de retenidos, hasta tanto se hayan logrado los mismos.

Efectivamente para este periodo, la entidad reconocía que, ya la obra había sido entregada sustancialmente en su totalidad y que lo que correspondía era devolver los fondos retenidos adeudados en concepto de los pendientes surgidos de la obra principal, que dicho sea de paso, la entidad firmó cada una de estas actas de entrega sustancial aceptando cada una de las obras entregadas, pese a los pendientes encontrados¹⁹.

¹⁹ Ver artículo 77 de la Ley 48 de 2011 (Ley de Contracciones Publicas).



En ese sentido, estos pendientes debieron ser previstos por la entidad antes de suscribir las actas de recibo sustancial y no dejar que se acumularan para luego exigirlos con categoría de “alcance de obra principal”, en tanto, es notorio que estas exigencias denominadas “Ajustes y Complementos”, no forman de la etapa contractual per se, sino más bien por su naturaleza y por la forma como surgieron, tuvieron que haber sido exigidas en el periodo de “garantías, vicios redhibitorios y avales”,

En consecuencia, podríamos decir que, los Ajustes y Complementos, más bien forman parte de la etapa postcontractual, es decir, obligaciones accesorias o secundarias surgidas del cumplimiento de la obra principal entregada sustancialmente desde el año 2020.

Es importante, dejar claro que, la propia norma de contrataciones públicas establece los procedimientos legales para cada etapa para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. La Etapa Precontractual es aquella en la que se encuentra la confección del pliego de cargo, la selección de contratista y la adjudicación; la Etapa Contractual, es la de la perfección del contrato y la revisión de todas las cláusulas y cumplimiento; y la Etapa Postcontractual, tiene que ver con la subsanación y reparación de los vicios inhibitorios una vez se haya cumplido el contrato principal, como para el presente caso se ha suscitado.

2. AITSA no tenía derecho de resolver administrativa del Contrato, habida cuenta que, las actividades faltantes son “Ajustes y Complementos”.

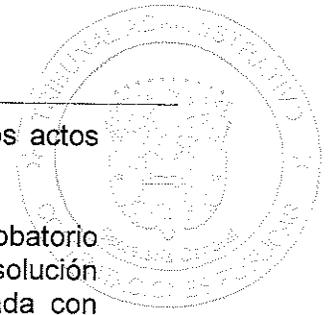
Al ser los “Ajustes y Complementos” de naturaleza postcontractual distan de ser o formar parte de una cláusula determinante o principal relacionada directamente con una actividad primordial de la obra, como, por ejemplo, los hitos de contratación establecidos en el cronograma aportado en la Adenda No. 6, que fueron cumplidos.

Vendrían siendo pues, obligaciones accesorias que dependen de otra obligación para subsistir, ya que nacieron como complementos de la obra principal, dicho esto es evidente que la Administración no puede valerse de estos pendientes para dar terminación aun contrato, sino que se tuvieron que haber exigido en la etapa de “Garantías y vicios exhibitorios” que según las constancias procesales inició el 1 de marzo de 2020, es decir, después de la entrega sustancial, haciendo más evidente que la conclusión sustancial de la obra se dio en febrero de 2020 con la entrega del último hito de construcción.

En ese sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre cuales son aquellos actos que son considerados de naturaleza postcontractual²⁰, dejando claro que una vez se ha cumplido el objeto de la contratación, todos los ajustes y subsanaciones deben ser exigidos en la etapa subsiguiente al contrato, veamos:

“A fin de aclarar preliminarmente, el alcance de este supuesto es conveniente señalar que los actos propios de la actividad contractual pueden ser clasificados de acuerdo al momento en que los mismos son expedidos. De esta forma, la doctrina especializada ha señalado que si los actos son expedidos con anterioridad al perfeccionamiento del contrato los mismos son precontractuales. Por parte, si las actuaciones se ocasionan durante la ejecución del contrato, es decir, después que el contrato ha sido perfeccionado, se clasifican como actos de ejecución o ejecutivos. Finalmente, si los actos se expiden después de

²⁰ Ver Sentencia de 22 de marzo de 2007, Demanda de Plena Jurisdicción, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Adán Arnulfo Arjona.



cumplido el objeto del contrato, nos encontramos en presencia de los actos postcontractuales.

En atención a esta clasificación, y aun a pesar del escaso material probatorio aportado al proceso, se evidencia a primera vista que la resolución administrativa de la Orden de Compra No. 221499-08-12, fue dictada con posterioridad a la ejecución de la contratación, es decir, luego de que fuere recibido el suministro por parte de la Caja de Seguro Social. De esta forma, podemos concluir que la actuación de la entidad estatal se constituye en un acto de naturaleza evidentemente postcontractual.

Ahora bien, tomando en consideración lo anterior, es preciso advertir que, tal como lo indicó la parte actora, el objeto de la contratación ya había sido cumplido, razón por la cual no procede la resolución administrativa de la orden de compra en cuestión pues la misma sólo puede ser adoptada por una entidad pública durante la ejecución del contrato y no con posterioridad al cumplimiento del objeto contractual, caso en el cual lo procedente sería exigir la ejecución de la fianza de cumplimiento, de estar vigente la misma, situación que a primera vista no se suscitó en el presente caso”

A fin de aclarar preliminarmente, el alcance de este supuesto es conveniente señalar que los actos propios de la actividad contractual pueden ser clasificados de acuerdo al momento en que los mismos son expedidos. De esta forma, la doctrina especializada ha señalado que si los actos son expedidos con anterioridad al perfeccionamiento del contrato los mismos son precontractuales. Por otra parte, si las actuaciones se ocasionan durante la ejecución del contrato, es decir, después que el contrato ha sido perfeccionado, se clasifican como actos de ejecución o ejecutivos. Finalmente, si los actos se expiden después de cumplido el objeto del contrato, nos encontramos en presencia de los actos postcontractuales”. (Subraya el Tribunal).

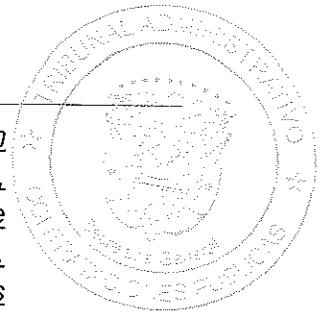
Bajo ese mismo prisma, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 26 de febrero de 2016, bajo la ponencia del Magistrado Alejandro Moncada Luna, fue enfática al indicar que:

“En atención a esta clasificación y al material probatorio aportado al proceso, se evidencia que la resolución administrativa del Contrato N° 33-2008 de 11 de agosto de 2008, fue dictada con posterioridad a la ejecución de la contratación, es decir, luego de que fuere ocupado el inmueble por parte del Registro Público. De esta forma, podemos concluir que la actuación de la entidad estatal se constituye en un acto de naturaleza evidentemente postcontractual.

Ahora bien, tomando en consideración lo anterior, es preciso advertir que, tal como lo indicó la entidad demandada, el objeto de la contratación ya había sido cumplido, razón por la cual no procede la resolución administrativa del contrato en cuestión, pues la misma sólo puede ser adoptada por una entidad pública durante la ejecución del contrato y no con posterioridad al cumplimiento del objeto contractual, caso en el cual lo procedente sería exigirle al contratista subsanar los errores que pudiese presentar la obra contratada, o exigir la ejecución de la fianza de cumplimiento, de estar vigente la misma.

Por razón de lo anterior, puede concluirse que la ocupación del edificio objeto del contrato, constituye un recibo sustancial de la obra, al tenor de lo establecido en el artículo 77 de la Ley N° 22 de 2006, que señala lo siguiente:

“Artículo 77. Terminación de la obra. La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acto de aceptación final, después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato. La fianza de cumplimiento continuará en vigor por el término de un año, si se tratara de bienes muebles, para responder por vicios redhibitorios, tales como la mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en la cosa objeto del contrato, salvo bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis meses, y por el término de tres años para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de obra o bien inmueble.



Parágrafo. Por decisión unilateral de la entidad contratante y con fundamento en las condiciones establecidas en el pliego de cargos, puede recibirse, para su uso u ocupación, una obra sustancialmente ejecutada, aunque queden pendientes etapas o trabajos por realizar. En estos casos, la fianza de cumplimiento para responder por vicios redhibitorios y defectos de reconstrucción o de construcción, empezará a regir desde el recibo de la parte sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado, y para el resto de la obra, a partir del acta de aceptación final".

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo reiteró este concepto en Sentencia de 22 de junio de 2016, bajo la ponencia del Magistrado Cecilio Cedalise, en ocasión de acción contencioso-administrativa en contra de Resolución No.135-2014/TACP del 16 de diciembre de 2014, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas:

“La Sala, al adentrarse en el análisis de los cargos de ilegalidad imputados, observa que los mismos no prosperan en base a las consideraciones que detallamos en las líneas siguientes.

Del análisis de la resolución atacada y de los documentos allegados al proceso, se desprende que el propio Ministerio de Obras Públicas por conducto de la Unidad Receptora de la División de Colón certificó mediante el Formulario de Puesto en Sitio No. 473-0493-473-42-53, suscrito por una funcionaria encargada de Almacén y por el Director Ejecutivo del Ministerio de Obras Públicas de la provincia de Colón, que se recibió conforme y a satisfacción los bienes suministrados por la empresa contratista consistente en 4,600 yardas de capa base, lo cual ocurrió el 5 de diciembre de 2013. De igual manera, se advierte que el Contrato No. AL-1-125-13 del 12 de noviembre de 2013, suscrito entre dicha entidad y la empresa SERVITALLER INDUSTRIAL, S.A., venció el día 11 de febrero de 2014; razón por la que estimamos que la contratación en cuestión al momento de darse su resolución administrativa ya había cumplido sus efectos y por ende, había superado la etapa de ejecución. Para los efectos de aclarar el alcance de la actuación de la entidad contratante, es conveniente señalar que los actos propios de la actividad contractual pueden ser clasificados de acuerdo al momento en que los mismos son expedidos. De esta forma, la doctrina especializada ha señalado que si los actos son expedidos con anterioridad al perfeccionamiento del contrato los mismos son precontractuales. Por otra parte, si las actuaciones se ocasionan durante la ejecución del contrato, es decir, después que el contrato ha sido perfeccionado, se clasifican como actos de ejecución o ejecutivos (contractuales). Finalmente, si los actos se expiden después de cumplido el objeto del contrato, nos encontramos en presencia de los actos postcontractuales” (Subraya el Tribunal).

De lo descrito se desprende que, la etapa correspondiente para responder por los vicios redhibitorios o defectos de reconstrucción o construcción empezará a regir desde el recibo sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado.

Este precepto legal aplica para el caso bajo análisis, ya que la obra fue recibida y está siendo utilizada desde antes de la última entrega sustancial bajo responsabilidad de la entidad, en ese sentido, mal pudiéramos confirmar el acto administrativo sobre la Resolución Administrativa del contrato, el cual se encuentra apelado, toda vez que es claro que el mismo fue proferido después de generada la entrega sustancial de la obra.

Sobre este tópico, en el contrato de obra es consustancial que se cumpla con su objeto, es decir la ejecución de la obra. Es por lo que este tipo especial de contrato de la Administración es llamado contrato por resultado, en donde la consecuencia sería la edificación de la infraestructura, su mantenimiento, la reparación, la



instalación o la realización de cualquier trabajo material sobre bienes muebles o inmuebles.

En otras palabras, lo que es relevante es el resultado: la habilitación de la infraestructura al uso o al servicio público esperado en el contrato.

El cumplimiento del objeto contractual en consecuencia no está referido a que el contratista cumpla con la ejecución de etapas sucesivas o al buen hacer o el buen ejecutar fases de la construcción. Esto porque no se trata de una especie de contrato de locación o arrendamiento de servicios, en donde lo importante no sería tanto, el resultado, como sí el procedimiento o la forma cómo se van ejecutando fases o sea el hacer o la descripción de actividades del contratista.

En todo caso, en nuestro sistema legal. El contrato de obra está visto como la convención o acuerdo de voluntades destinado a un resultado concreto (la obra). Este es el criterio predominante en la ley, es cierto que hay una locación, pero es una locación de obra, no de servicios.

Aquí, si bien es cierto, a la entidad de debe interesar que se vayan cerrando las diversas etapas pre-programadas, el resultado: la conclusión de la obra y la puesta en marcha del servicio público buscado con ella (la obra), es lo que genera el valor y es la esencia del acuerdo de voluntades.

En este mismo orden de ideas, el resultado, es concebido como un elemento del contrato administrativo denominado objeto o contenido. Estos dos términos son equivalentes y en específico significan que es lo que el contrato ha querido conseguir, de manera práctica. Es la meta perseguida al celebrar el contrato. El efecto práctico y concreto que los contratantes han procurado lograr, mediante el acuerdo de sus voluntades. En todo caso, para que se diga que sea satisfecho el querer de los estipulantes, se debe haber sido cumplido en cuanto a su objeto y su contenido. Esto es, el resultado.

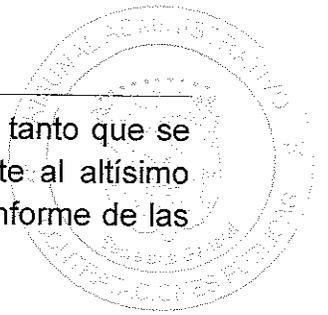
Distinto, aunque complementario, es el elemento de la finalidad o causa del contrato de obra. Es lo que al final la Administración busca satisfacer: las necesidades o intereses generales.

En este sentido, el resultado no necesariamente es la causa del contrato. La causa del contrato generalmente está constituida por el conjunto de antecedentes y circunstancias de hecho y de derecho que induce a la Administración a proceder con un acto licitatorio y luego, suscribir un acuerdo de voluntad. Esto es la finalidad del contrato, es decir, la razón de interés público que necesita ser satisfecha.

Sí, la necesidad de interés público que se requiere es satisfecha por medio del cumplimiento del objeto del contrato: el resultado práctico, se dice que el acto administrativo contractual ha llegado a su culminación.

Estos dos elementos consustanciales: el objeto (el resultado práctico) y la causa finalidad (el elemento teleológico), que sería, el interés público o general, son pues distintos a la vez que interdependientes.

No podemos soslayar que, la Resolución Administrativa de un contrato, no debe estar sujeta a arbitrariedades, aun cuando la propia norma reconozca la misma como una facultad irrefutable del Estado. Debe estar siempre revestida de imparcialidad, legalidad, proporcionalidad y debe evitar flagelar los derechos de la



contraparte, y que, en este caso concreto, no fueron respetados en tanto que se erige (dicha resolución del contrato), como desproporcionada, frente al altísimo porcentaje de ejecución del contrato y, sobre todo, ante el recibo conforme de las etapas sustanciales de la obra.

En lo que respecta a la proporcionalidad de los actos administrativos, el Magistrado Ponente Carlos Alberto Vásquez, en Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 23 de enero de 2023, nos recuerda que:

“En lo que al Principio de Proporcionalidad respecta, debemos señalar que la esencia del mismo estriba en ese elemento ecuánime, de simetría, existente entre la conducta perpetrada por el infractor y la calidad y cantidad de la sanción impuesta, pues de esta forma se asegura una consonancia entre los derechos del disciplinado y la punición estipulada en el ordenamiento jurídico”.

Claro es que, el Estado tiene pues, la última decisión de seguir o no con el desarrollo de un contrato, sin embargo, se debe tomar en cuenta el impacto que tendrá la terminación abrupta de un contrato que beneficie a una gran población y más en este debate de una obra que se pretende resolver administrativamente con más del 99% de avance.

Para este caso en particular, si analizamos detenidamente, erigir una Resolución Administrativa, para el Estado representaría pérdidas considerables, ya que la obra fue entregada sustancialmente, y si se contrata con otra empresa para la terminación se elevaría la onerosidad de este proyecto, además de los trámites burocráticos que puedan surgir de un acuerdo suplementario para erigir la continuidad de la relación contractual.

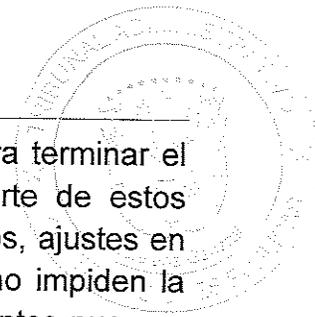
Por eso, es preciso indicar que, la última de las instancias es la terminación anticipada del contrato. El campo de desarrollo de la contratación administrativa debe ser entonces, un terreno de equilibrio en el cual se debe procurar por el interés público en general, y respetar las garantías fundamentales del contratista.

Y es que, dictar de manera arbitraria la resolución del contrato por la administración, atenta con los principios que revisten los contratos, que son los derechos de las dos partes contratantes, más cuando la obra fue ocupada y utilizada antes del 30 de septiembre de 2021.

En consecuencia, creemos que es correcto reproducir lo dicho por la Sala 1ra del Tribunal Supremo de España, (como lo citó Concepción Barrero Rodríguez, en su Obra La Resolución Administrativa de los Contratos Administrativos por incumplimiento del contratista, página 52), en cuanto a que no todo incumplimiento enunciado tiene carácter resolutorio:

“No basta cualquier “incumplimiento contractual” para que se produzca, sin más, el efecto resolutorio de referencia, solo si este es relevante queda legitimada tan drástica consecuencia, puesto que en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin del contrato”.

En síntesis, ha quedado más que probado que la obra fue recibida y estaba siendo utilizada mucho antes de la Resolución Administrativa del Contrato No.38/12 de 28 de septiembre de 2021.



Por otro lado, la mayoría de los items que fueron invocados para terminar el contrato, no dependen de ejecuciones físicas en obra y gran parte de estos corresponden a reparaciones, reemplazos de elementos ya instalados, ajustes en obras ya ejecutadas que evidentemente atienden a garantías que no impiden la operación de la Terminal, pero que aparecen en el listado de pendientes pues se catalogaron de esa forma durante los diferentes recorridos de las ocho (8) Actas de Aceptación Final.

En base a lo mencionado y luego de haber analizado manera íntegra todos los elementos de convicción de la presente causa, esta Colegiatura no puede reconocer y aceptar la Resolución No.065.AL.21 de 28 de septiembre de 2021, mediante la cual el Aeropuerto Internacional de Tocumen, decidió resolver administrativamente el Contrato No. 38/12, ya que la misma se sustenta en incumplimientos (Ajustes y Cumplimientos) surgidos luego de la Recepción Sustancial de la Obra.

Es decir, luego de la ocupación de la misma. En ese sentido, confirmar esta actuación representaría desconocer los propios actos de la entidad, y así se ha planteado en antecedentes de este propio Tribunal, por ende no sería conducente aprobar la actuación de la entidad.

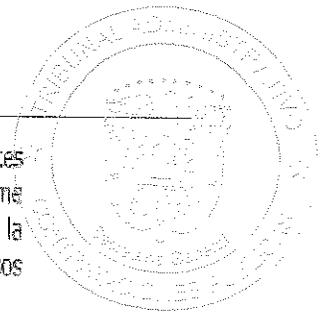
3. Otras consideraciones (Falta de pago y eventos de fuerza mayor).

Estimamos propicio hacer un paréntesis y plasmar algunas consideraciones respecto a temas que no fueron abordados a profundidad por este Tribunal, por tratarse de situaciones que se encuentran fuera de nuestras competencias.

Y es que, luego de la evacuación de un gran número de pruebas, se obtuvo como resultado que, se ha evidenciado breve atraso en el desarrollo del cumplimiento de los pendientes sobrantes de la obra, sin embargo, a través de pruebas testimoniales este Tribunal arribó a la conclusión que existió un hándicap en desarrollo de los pendientes, tal como lo explicaron los testigos, la pandemia del Covid-19 menguó el desarrollo de ciertas actividades durante un tiempo significativo, sin dejar de mencionar las consecuencias económicas internacionales de las cuales nos vimos afectados todos.

Por otro lado, no podemos pasar desapercibido que, el acuerdo sinalagmático (Ajustes y Complementos) actualizado en Anexo No.1 de la Adenda No.8, según las constancias procesales no fue cumplido en tiempo oportuno por la entidad, es decir, en determinado tiempo el contratista cumplió con el número de pendientes por mes y la entidad realizó el pago de forma parcial, por no decir incompleto.

Esto es un indicativo que, existió un desequilibrio contractual de pago contra entrega, prueba de ello es la Nota No. PEAIT-DC-3072-JUL/21 visible de foja 1105 a 1106 del expediente jurídico, veamos un extracto:



- ➔ Es importante resaltar que hasta la fecha CNO ha atendido la cantidad de ítems de ajustes y complementos mensuales que le brindan el derecho de solicitar los pagos conforme pactado. Cumplimiento logrado como consecuencia del compromiso de CNO con la finalización del proyecto y al cumplimiento por parte de TOCUMEN de los desembolsos acordados para y desde la retomada de los trabajos.
- ➔ Es así que el día 30 de junio de 2021, se debía recibir un pago por US\$ 1,833,977.79 y a la fecha sólo hemos recibido un pago parcial por US\$ 860,217.62. El motivo principal de nuestra preocupación radica en el hecho de que no tenemos ninguna previsión de recibir el saldo restante debido a que a la fecha el estatus de las cuentas es el siguiente:

A pesar de esta y otras situaciones, es notable que, el contratista continuó en gran medida con los trabajos pendientes hasta la actualidad, sin abandonar la obra, lo que nos indica que ha existido interés del contratista en terminar los "Ajustes y Complementos", aun cuando el Contrato ya estaba ejecutado sustancialmente.

Reforzando lo descrito, tenemos que los peritos designados por las partes concluyeron al unísono en que a la fecha existían saldos adeudados al contratista, no obstante, aclaramos que los dos difieren en las sumas adeudadas, pero lo cierto es que aún hay saldos pendientes de pago de la entidad al contratista, y claro esto pudo haber atrasado el cumplimiento de los pendientes. Esto corresponde a la liquidación del contrato.

Y en cuanto a la "Exceptio" de contrato, los efectos del artículo 77 de la Ley 22 de 2006 aplicable, obligan independientemente de su formulación a la continuidad de la obra, véase el numeral 4 del mismo.

En relación con esta realidad (verdad procesal), es prudente recordar las palabras del Digesto romano, en el sentido que, *Unicuique sua mora nocet*, es decir, a cada cual lo perjudica su mora. Lo que luego ha sido traducido en quien paga morosamente paga menos de lo que debe.

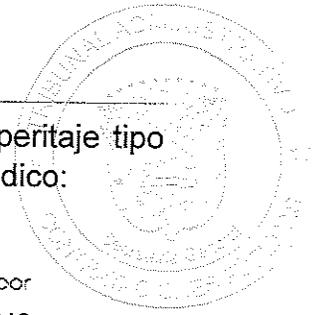
Esto fue lo manifestado por los peritos de CNO, S.A., en "Informe Pericial de Auditoría", ver foja 9555 y 9556 del expediente jurídico:

Siendo que, a pesar de que CNO estaba cumpliendo de manera sostenida con los compromisos de entrega de ítems en ajustes y cumplimientos acordados en la Adenda N°8 al Contrato, AITSA incumplió con sus obligaciones de pago definidos en la referida Adenda N°8 a partir del mes de junio de 2021.

Como bien se encuentra documentado en las respuestas a los puntos 4 y 6 de este informe, estos incumplimientos de pago fueron documentados por CNO a través de las cartas recogidas las cartas PEAIT-DC-3072-JUL/21⁶⁰, PEAIT-DC-3109-AGO/21⁶¹, PEAIT-DC-3147-AGO/21⁶² y PEAIT-DC-3155-AGO/21⁶³ enviadas entre los meses de julio y agosto de 2021 a AITSA, así como en correspondencia electrónica remitidas por proveedores⁶⁴.

En resumen, AITSA adeudaba a CNO con antelación y al 30 de septiembre de 2021 los siguientes montos⁶⁵:

Concepto de Saldos Adeudados	Cifras en Balboas
Retenciones de garantías aplicadas sobre facturación emitida por CNO a AITSA	4,353,815.08
Trabajos ejecutados y facturados por CNO y no pagados por AITSA	762,106.24
Trabajos ejecutados y no facturados - Planilla de Medición No.86	192,195.90
Intereses moratorios sobre retraso en pago de gestiones de cobro	2,152,609.01
Intereses sobre cuentas y referidos pendientes de pago al 30-Sept-2021	41,315.18
Total	7,502,041.41



Por su parte el perito de la entidad José Ángel Hidrogo, en su peritaje tipo auditoría expuso lo siguiente, ver foja 9603 y 9604 del expediente jurídico:

Pude observar que durante la vigencia de esta adenda se realizó un pago por B/2.000.000,00 en concepto de retenido - 11, donde la gestión fue presentada el 13 de mayo de 2021, el cheque No. 58454, fue elaborado el 28 de julio de 2021 y el cheque fue retirado por CNO, S.A., el 9 de septiembre de 2021.

Del análisis anterior se desprende que los números actuales del contra 038/12 es como sigue:

Concepto	Monto
Saldo al 30 de septiembre 2021	910,277,898.62
Mas:	
Cheques emitidos a favor de CNO que fueron anulados y cambiados nombre del Tesoro por orden Judicial.	1,893,821.57
Mas:	
Cheques emitidos a favor de CON ya pagados al Tesoro Nacional por Orden Judicial	489,893.66
Mas:	
Saldo pendiente del contrato	2,854,748.10
Mas:	
Saldo del retenido de garantía	2,448,381.01
Total	917,964,742.96

- En cuanto al saldo pendiente por pagar de B/5,303,129.11 (B/2,854,748.10 Saldo del contrato + B/2,448,381.01 Saldo retenido), pudimos observar que no han sido desembolsados a **CNO, S.A., (ANTES CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.)**, toda vez que dicha empresa Contratista no ha presentado las gestiones de cobro correspondientes, el contrato mantiene vigencia expirada y se encuentra en trámite el proceso administrativo de resolución administrativa del Contrato

A pesar de que el perito dictamina que las cuentas no han sido devueltas por factores no atribuibles a la entidad, lo cierto es que si existen estos saldos a favor del contratista.

En lo relativo al monto exacto que se debe pagar, este Tribunal rotundamente manifiesta que, la competencia del Tribunal se circunscribe únicamente a sentencias declaratorias y no condenatorias (monetariamente), como en este caso solo nos compete delimitar la legalidad del acto apelado.

En ese sentido, es nuestro deber indicar que, esta no es la sede para delimitar responsabilidades pecuniarias o de daños y perjuicios causados, no obstante, este apartado fue desarrollado para de alguna forma arribar a la conclusión de que existieron factores o hándicaps que pudieron afectar en el cumplimiento regular del contrato y de la etapa de "Ajustes y Complementos" que corresponden ser atendidas conforme a los rigores de la liquidación del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 97 del Texto Único vigente al perfeccionamiento del contrato.

4. ¿AITSA debió otorgar prórroga a CNO, para finalizar los pendientes?

Otro de los argumentos esbozados por el contratista, es que la entidad debió otorgar una prórroga, alegando que tendría derecho a esta ya que los retrasos fueron producidos por causas no imputables al contratista.



Agregando a su vez que, las razones de los atrasos en los mínimos Ajustes y Complementos no era responsabilidad del contratista. Además, de haberse producido eventos de fuerza mayor y caso fortuito por la pandemia.

Con respecto a este argumento, debemos indicar en primer lugar que, nuestro ordenamiento jurídico en materia de concesiones de prórogas²¹, refiere a que las extensiones o modificaciones deben estar contempladas dentro del periodo de ejecución contrato, es decir, se entiende que se aprobarán cuando no se haya consumado la etapa contractual (es decir, no se haya cumplido con el objeto del contrato). En definitiva, las prórogas son concebidas como un alargamiento al plazo o tiempo establecido para la ejecución del contrato.

Ahora bien, en nuestro caso "*In examine*", el objeto del presente contrato fue cumplido, y esto quedó evidenciado con las múltiples actas de entregas sustanciales expuestas a lo largo de esta decisión, en tanto, se entiende que la etapa contractual se consumó, de manera que, sería un acto ineficaz aprobar una prórroga para completar "Ajustes y Complementos", que debieron ser atendidos en la etapa de "garantías, vicios redhibitorios y avales" (etapa postcontractual) o el la liquidación del contrato.

Y es esta circunstancia uno de lo ejes temáticos-materiales centrales de la controversia: la Administración, por diversas razones aceptó sustancialmente la obra, y determinó que aquellos incumplimientos menores, sería tratados como simples complementos, por lo cual, dio razón a la empresa contratista para alegar que sus obligaciones contractuales ya habían sido cumplidas.

En otras palabras, el impulsar que se entregaran fases fundamentales de la obra, en consecuencias de eventos coyunturales, pudo haber causado que se aceptaran (vía modificación del contrato o adendas) importantes tramos de la obra que, pudieran no haber sido completado al cien por ciento.

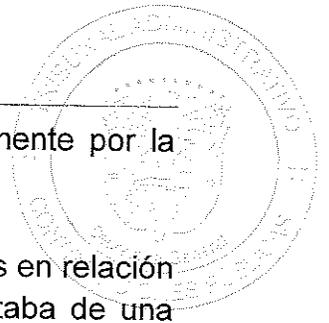
Así pues, el celo en la planificación de una obra tan compleja como la de marras, fue debilitada por la exigencia de entrega forzada de la misma, lo que pudo haber redundado en la controversia actual.

5. Decisión del Tribunal.

Si se leen con detenimiento las consideraciones previas por este Tribunal, es evidente que hemos optado por una postura sustentada en los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, a fin de interpretar correctamente la intención de los contratantes y en igual medida, la equidad contractual. Y es que en palabras latinas *In ómnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit.*, que significan que, en todos los casos, pero con mayor razón en derecho, debe mirarse la equidad.

Del análisis de todas las piezas procesales que contiene este extenso expediente, este Tribunal arribó a su conclusión, y es que quedó esclarecido con todas las pruebas practicadas que, desde antes del año 2017 se estaban entregando parcialmente áreas de la Terminal 2 para el uso de la entidad, siendo que la última entrega sustancial fue realizada en febrero de 2020, desde ese

²¹ Véase artículo 81 Ley 22 de 2006, aplicable al contrato.



entonces la obra fue ocupada, utilizada y aprovechada económicamente por la entidad.

En ese sentido, es de suyo tener presente lo pactado por las partes en relación con el concepto de entrega sustancial, que, según se pactó, se trataba de una decisión unilateral de la entidad quien aceptaba la obra sustancialmente. Y precisamente ello fue lo que ocurrió, la entidad admitió formalmente que la obra estaba conforme al interés público y la recibió, además claro está de utilizarla y ocuparla.

Claro está, la decisión de recibir conforme la obra, pudo haberse debido a diversas circunstancias de interés institucional, no obstante ello, a no dudar, aquella decisión comprometió al Estado, con independencia de la administración que fuera, por lo cual, no es dable, hoy en día, a los distinguidos representantes legales de la entidad (AITSA), desvincularse o ignorar ese crucial hecho contractual.

Este concepto, se encuentra preceptuado en el artículo 77 de la Ley 22 de 2006 (aplicable a este caso Ley 48 de 2011), veamos:

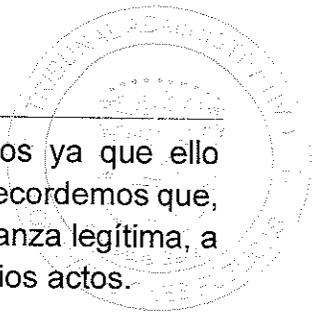
“Artículo 77. Terminación de la obra. La terminación de la obra objeto del contrato se recoge en el acto de aceptación final, después de comprobar que se han cumplido todos los requisitos del contrato. La fianza de cumplimiento continuará en vigor por el término de un año, si se tratara de bienes muebles, para responder por vicios redhibitorios, tales como la mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en la cosa objeto del contrato, salvo bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis meses, y por el término de tres años para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de obra o bien inmueble.

Parágrafo. Por decisión unilateral de la entidad contratante y con fundamento en las condiciones establecidas en el pliego de cargos, puede recibirse, para su uso u ocupación, una obra sustancialmente ejecutada, aunque queden pendientes etapas o trabajos por realizar. En estos casos, la fianza de cumplimiento para responder por vicios redhibitorios y defectos de reconstrucción o de construcción, empezará a regir desde el recibo de la parte sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado, y para el resto de la obra, a partir del acta de aceptación final.” (Subraya el Tribunal).

No podemos dejar de lado que, esta obra para marzo de 2020 ya mantenía los correspondientes permisos de ocupación, además se estaban recibiendo y despachando una cantidad significativa de vuelos, indicativo que su operación sustancial era significativa, a pesar de los pendientes que surgieron en las 8 “Actas de Entrega Sustancial”. En palabras llanas, el objetivo contractual, se cumplió.

En cuanto a los “Ajustes y Complementos” como ya lo hemos advertido, estos al ser de naturaleza postcontractual, por lo que, la exigencia de su cumplimiento se restringió a la fase o etapa de “Garantías y Vicios”, ya que estos aluden a defectos o complementos de las fases de obras entregadas y así se constató en cada una de las actas revisadas, estos complementos no forman parte de alguna fase especial de construcción, ni mucho menos impiden el funcionamiento operativo del proyecto.

Por todo lo indicado, el acto administrativo apelado fue ejercido en contravención de la norma, habida cuenta que, el propósito principal del contrato se cumplió, y con ello se consumó la etapa contractual (ocupación total de la obra), siendo así, es nuestro deber indicar que cada etapa tiene su procedimiento establecido en la



norma impidiendo que se apliquen procedimientos extemporáneos ya que ello supone que se desconozca todos los actos que realizó la entidad. Recordemos que, con fundamento en los principios de buena fe administrativa y confianza legítima, a las entidades públicas, le está vedado actuar en contra de sus propios actos.

Por todo lo antes mencionado, estima el Tribunal que la actuación del Aeropuerto Internacional de Tocumen S.A, no se ajustó al procedimiento, para resolver administrativamente Contrato No.38/12, cuando este ya se encontraba ejercida la entrega y cumplido el objeto. En virtud de ello, lo procedente es revocar lo actuado por la entidad, con fundamento en el artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006:

“Artículo 354. (Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas). El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a:

- a) Confirmar lo actuado por la entidad contratante,
- b) Modificar lo actuado por la entidad contratante,
- c) Revocar lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado.
- d) Anular lo actuado por la entidad contratante”. (El subrayado es del Tribunal).

6. La liquidación del contrato No.38/12.

Como quiera que, la presente controversia quedó zanjada en vista que la etapa contractual quedó perfeccionada por la ocupación y uso de la obra, lo apropiado, sería erigir la “Liquidación del Contrato”, procedimiento a través del cual una vez ejecutada la obra, como lo fue para este caso, las partes determinan mutuamente las sumas adeudadas entre sí, según lo desarrollado en el artículo 97 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

No podemos olvidar que, la “Liquidación del Contrato” es una figura jurídica que forma parte de la etapa postcontractual, e implica una serie de operaciones de tipo técnico y contable de complejidad variable en relación de las circunstancias del contrato ejecutado o dejado de ejecutar, en relación con los pasivos y activos de las partes (Administración-Administrado). Este es un procedimiento que no es opcional, ya que con este se extinguen finalmente los efectos del contrato.

Es un hecho cierto que, con la configuración de la Liquidación del Contrato, quedarían extinguidos los efectos del contrato, empero, no podemos pasar por alto el surgimiento de responsabilidades correspondientes al reparo y defectos de construcción.

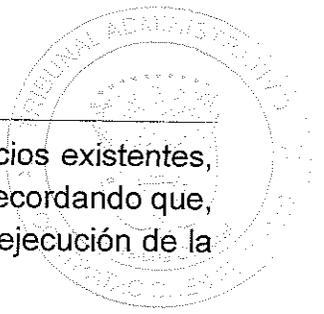
Atendiendo a esta premisa, el artículo 101 de la Ley de Contrataciones Públicas (aplicable al contrato), al indica taxativamente que:

“Artículo 101. Fianza de cumplimiento

...

Esta fianza garantiza el cumplimiento de un contrato u obligación de ejecutar fielmente su objeto y, una vez cumplido este, de corregir los defectos a que hubiera lugar. Su vigencia corresponde al periodo de ejecución del contrato principal y al término de la liquidación, más el término de un año, si se trata de bienes muebles para responder por vicios rehibitorios, como mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en el objeto del contrato, salvo los bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis meses y por el término de tres años, para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble.

...”. (El subraya es nuestro).



Queda claro que, el contratista queda sujeto al reparo de los vicios existentes, cuyo periodo debe ser garantizado por la Fianza de Cumplimiento, recordando que, si no cumple en este periodo estos reparos, lo procedente sería la ejecución de la fianza.

En síntesis, conforme a lo establecido en nuestra legislación, las partes deberán por mutuo consentimiento determinar las sumas adeudadas (pagos por pendientes realizados, entre otros), apoyándose de profesionales de las distintas materias: contabilidad, legal, etc... y realizar la correspondiente Liquidación del Contrato, para atender todos los efectos que han ido aumentando proporcionalmente hasta la fecha de esta decisión. Desarrollar conforme a lo que establece el artículo 97 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (aplicable).

Consecuentemente, se debe iniciar con la etapa de reparación de vicios, que va desde 1 a 3 años según lo que hemos indicado y que está establecido en el artículo 101, de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (aplicable), esto deberá cumplirse con estricto apego a la ley, para evitar vulnerar el debido proceso.

a. Sanción monetaria por atraso.

Es un hecho cierto que la obra fue ejecutada, pero, no es menos cierto que es potestad de las entidades imponer multas por demoras en la entrega de la obra, esto por mandato legal, las cuales se deben formalizar luego de la recepción de la obra. En ese orden de ideas, lo correspondiente es que se impongan las multas por las entregas tardías de la obra.

Lo anterior, es viable, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 Ley 22 de 27 de junio de 2006 (aplicable), de tal modo que, la entidad deberá imponer la multa según lo previamente acordado en Adenda 6 al Contrato No.38/12, en concepto de multa por demora en la entrega de la obra (hasta su liquidación) y por los pendientes, que evidencian el inicio del retraso y los mismos varían en el tiempo para su correspondiente entrega final.

Veamos, un extracto de lo pactado por las partes en Adenda N°6 al Contrato 38/12, en lo tocante a las posibles multas por entregas tardías: (ver de foja 501 a 510, del Tomo I: Adenda 5-6, Expediente Administrativo:

EL CONTRATISTA acepta y queda convenido pagar a TOCUMEN, por concepto de multa por demora en la entrega de la obra, la cual se medirá, impondrá y quedará formalmente establecida a través del Acta de Recepción Definitiva de las Obras, por el valor correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor equivalente a la porción dejada de entregar o ejecutar por EL CONTRATISTA, por motivos de responsabilidad exclusiva de EL CONTRATISTA, dividido entre treinta (30), por cada día calendario de atraso, acorde a lo estipulado en el Artículo 83 de la Ley N°22 de junio de 2006, que regula la contratación pública, siempre que la entrega o ejecución o recepción sustancial de la obra que se haya efectuado después del tiempo acordado debidamente ajustado con las extensiones del plazo establecidas en el Contrato, a excepción de la extensión contractual del 1 de octubre de 2019 hasta el 30 de junio de 2020, cuya aplicación se define en el párrafo siguiente

En atención a los razonamientos anteriormente expuestos, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución No.065.AL.21 de 28 de septiembre de 2021, proferida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., mediante la cual se resuelve administrativamente el Contrato No.38/12 " Programa de Expansión del

Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., celebrado con ocasión del acto público N° 2012-2-02-0-08-LV-002108, e inhabilitó al contratista por tres (3) años, para participar en actos de selección de contratista, contratación directa y/o contratos con el Estado panameño que no hayan sido perfeccionados.”

SEGUNDO: RECOMENDAR A LA ENTIDAD, iniciar con audiencia del contratista, el procedimiento de Liquidación del Contrato No.38/12 “Programa de Expansión del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., celebrado con ocasión del acto público N°2012-2-02-0-08-LV-002108.

TERCERO: ADVERTIR que la empresa contratista debe ser multada de conformidad con lo acordado en la Adenda No.6 al Contrato 38/12.

CUARTO: SEÑALAR que se debe gestar el procedimiento correspondiente para la reparación de vicios o defectos de construcción, y de no ser cumplidos se deberá ejecutar la fianza.

QUINTO: DEVOLVER al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas en la ejecución del Contrato N°38/12, integrado por 32 tomos, según informe Secretarial de fecha 20 de octubre de 2021, que reposa a foja 1686 del expediente de este Tribunal.

SEXTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución, para los efectos legales pertinentes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil, posterior a su publicación en el indicado sistema electrónico.

SEPTIMO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

OCTAVO: ORDENAR la salida y archivo del expediente No.136-2021, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 48 de 2011; Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable; Código Judicial de la República de Panamá.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Magistrado Suplente


KAREN S. SOLIS M.
Secretaría General Encargada

