

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 2111

Panamá, 29 de diciembre de 2022

**Proceso Contencioso
Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

Alegato de conclusión.

Expediente 944202022.

El Licenciado Alexis R. Zuleta (apoderado principal) y el Licenciado Alexander Zuleta (apoderado sustituto), actuando en nombre y representación de la sociedad **Procesadora Monte Azul, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la cláusula segunda de la parte resolutive de la Resolución 138-2022-Pleno/TACP de 01 de agosto de 2022 (Decisión), emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**, y que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestra contestación de la demanda, **en cuanto a la carencia de sustento** que se advierte en la tesis planteada por la sociedad **Procesadora Monte Azul, S.A.**, cuando solicita que se declare nula, por ilegal, la cláusula segunda de la parte resolutive de la Resolución 138-2022-Pleno/TACP de 01 de agosto de 2022 (Decisión), emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.**

I. Antecedentes.

A este Despacho le correspondió la defensa de los intereses del Estado, lo que se tradujo en la protección del acto administrativo acusado de ilegal, mismo

que quedó consignado en nuestra Vista de Contestación de la demanda, como a seguidas se copia.

El 14 de junio de 2021, el Ministerio de Seguridad realizó la convocatoria a todos los interesados en participar como proponentes del acto de selección de contratista por Licitación Pública 2021-0-18-01-05-LP-053585, para el "*Servicio de preparación y distribución de comidas en sitio (desayuno, almuerzo y cena) para migrantes que se encuentran albergados en las ERM ubicadas en la Provincia de Darién, República de Panamá*", a través de PanamaCompra (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

El precio de referencia de ese acto público fue establecido en siete millones seiscientos sesenta y cinco mil balboas (B/.7,665,000.00) y la celebración del mismo se fijó para el 10 de marzo de 2022 (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

El 11 de marzo de 2022, la entidad publicó el Acta de Apertura de Propuestas en PanamaCompra, en la cual se dejó constancia de la participación de dos (2) proponentes a saber: 1. **Procesadora Monte Azul, S.A.**, 2. Marbez Distributions, Corp. (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

Luego, el 16 de marzo de 2022, la entidad licitante dio publicidad al Informe de Comisión Verificadora, calendado 15 de marzo de 2022, en el cual los comisionados recomendaron la adjudicación del acto público a favor de **Procesadora Monte Azul, S.A.**, debido a que cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

El 21 de marzo de 2022, Marbez Distributions, Corp., presentó observaciones al referido informe, las cuales fueron acogidas por la entidad. En consecuencia, el Ministerio de Seguridad Pública expidió la Resolución 025 de 23 de marzo de 2022, por la cual anuló totalmente el Informe de la Comisión Verificadora y ordenó la conformación de una nueva comisión, para hacer un nuevo análisis de las propuestas (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

La nueva Comisión Verificadora emitió su dictamen, a través del Informe fechado 25 de mayo de 2022, en el que recomendó declarar desierto el acto público, toda vez que las propuestas verificadas no cumplían con los requisitos del pliego de cargos (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

Ante la recomendación de los nuevos comisionados, la actual recurrente presentó observaciones, sin tener pronunciamiento por parte del Ministerio de Seguridad. En consecuencia, formalizó una Acción de Reclamo, cuyo fondo fue decidido por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), a través de la Resolución 707-2022 de 13 de junio de 2022, según constancias del sistema electrónico (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

El Licenciado Aurelio Alí García, actuando en su calidad de apoderado especial de la proponente **Procesadora Monte Azul, S.A.**, el 29 de junio de 2022, presentó un Recurso de Impugnación, ante la Secretaría General de esa institución, en contra de la aludida resolución (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

El Magistrado Sustanciador del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos legales, procedió a darle curso al Recurso de Impugnación, según el procedimiento descrito en la ley y en el reglamento, admitiéndolo a través de la Resolución 096-2022/TACP de 30 de junio de 2022 (Admisión), publicada en el portal PanamaCompra en esa misma fecha (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

En el Recurso de Impugnación se planteó, lo siguiente: el pliego de cargos fue objeto de Acciones de Reclamo que fueron resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, a través de la Resolución 738 de 27 de julio de 2021, y que dieron como resultado la Adenda 2, la cual modificó los puntos 11 (Declaración Notariada con descripción de la infraestructura) y 12 (Carta de Referencia Bancaria o Carta de Intención de Financiamiento) de "Otros Requisitos" y el numeral 4 (Capacidad e Infraestructura) del Capítulo III de las

Especificaciones Técnicas. Lo anterior, con el objeto de procurar una mayor participación de posibles oferentes (Cfr. foja 43 del expediente judicial).

A raíz de la publicación de la Adenda 2, **Procesadora Monte Azul, S.A.**, presentó una Acción de reclamo, señalando que existen incongruencias en el pliego de cargos, toda vez que en la modificación realizada, no se tomaron en cuenta los puntos 8 (Permiso Sanitario de Operación) y 9 (Plan de Buenas Prácticas de Manufactura) de "Otros Requisitos", mismos que son "limitativos a la participación" y están íntimamente relacionados con el punto 11 (Declaración Notariada con descripción de la infraestructura) (Cfr. foja 43 del expediente judicial).

Según la demandante, *"tanto el referido Segundo Informe de la Comisión Verificadora para el acto público de referencia y la Resolución de Decisión 707 de 13 de junio de 2022, como actos preparatorios de la voluntad se dictan en contravención y espíritu a los propios requisitos establecidos en el Pliego de Cargos y, por consiguiente, su violación vicia la decisión contenida en la Resolución No. 047 del 29 de junio de 2022 y lesiona el procedimiento en la Ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020"* (sic) (cfr. foja 43 del expediente judicial).

Para la hoy recurrente, el último informe de Comisión Verificadora señala que **Procesadora Monte Azul, S.A.**, incumple con el requisito 8 (Permiso Sanitario de Operación), porque *"Presenta un Permiso Sanitario que no es acorde al local en sitio destinado para brindar el servicio"*, planteamiento que estima como una interpretación alejada de la redacción de dicho requerimiento en el pliego de cargos, el cual solo exige que: *"El proponente deberá acreditar mediante una copia simple la Resolución de Operación Sanitaria Vigente, así 'que el local destinado para brindar el servicio objeto del presente acto público, cuenta con dicho permiso'. No establece las reglas, ni metodologías, para determinar los*

elementos a actividades que lo hacen acorde para desarrollar la actividad en el local en sitio. Procesadora Monte Azul, S.A., presentó sus permisos sanitarios y adicionalmente el permiso sanitario del local objeto de compromiso de arrendamiento en el área, como se sustenta más adelante, además la propia DGCP en Resolución 738 de 27 de julio de 2021 es de opinión que solicitar requisitos para el área o sitio objeto e (sic) actividades es limitante a la participación y máxima si son de difícil acceso y deben aperturarse los mecanismos para su participación en el Pliego de Cargos y, por ello, ordena medidas correctivas” (Cfr. foja 44 del expediente judicial).

Al momento de hacer su análisis, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas advierte que la entidad licitante infringió el artículo 39 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que regula la estructuración del pliego de cargos, particularmente, los elementos que éste debe contener: el numeral 2 (los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista); el numeral 5 (las reglas deben ser objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva; y, el numeral 6 (las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas) (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

Según lo que colige el Tribunal Administrativo, el pliego de cargos presenta una redacción ambigua que da espacio a interpretaciones subjetivas e induce a error a los proponentes; ya que al modificar el punto 11, la entidad debió también hacer ajustes en los puntos 8 y 9 (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

En ese marco, el Tribunal de alzada precisó que se debe recordar a la entidad contratante que, en materia de contrataciones públicas, los procesos de selección de contratista deben establecer reglas objetivas, justas, claras y

completas que permitan la elaboración de ofrecimientos de la misma índole, con el propósito de garantizar una escogencia también objetiva, la cual no puede lograrse si la información contenida en el pliego de cargos no reviste las características mencionadas. Como quedó de manifiesto en las páginas anteriores, la redacción del pliego generó confusión a los proponentes y pudo inducir a error (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

Al tenor de lo manifestado por el Tribunal Administrativo, la contradicción que existe entre los puntos 8 y 11, consiste en que a las empresas se les permitió participar en la Licitación sin tener físicamente un local en la provincia de Darién; luego, se les dio la oportunidad para que, una vez que la proponente fuera contratada, ésta contara con sesenta (60) días para ubicarse en la región darienita, pero, a su vez, se le exigía el permiso sanitario de la infraestructura que se hubiese edificado para brindar ese servicio. Esa situación transgredió lo dispuesto en el artículo 2 (numeral 36) y en el artículo 39, del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que regulan el pliego de cargos (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

Aunado a lo expuesto, ese mismo Tribunal sostuvo que la entidad contratante vulneró el Principio de Igualdad de Oportunidades de los Proponentes, contenido en el artículo 33, en concordancia con el artículo 161, que establece el Principio de Legalidad, ambos del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, e incurrió en la nulidad absoluta de los actos administrativos, conforme al artículo 166 de ese mismo cuerpo normativo (Cfr. fojas 51-52 del expediente judicial).

Sobre esa base, la entidad demandada expresó que el procedimiento de selección de contratista bajo examen adolece de un vicio insubsanable en la estructuración del pliego, en virtud de lo cual no podía entrar a analizar el fondo de las propuestas presentadas, debido a que el mismo se realizó con prescindencia

del procedimiento legalmente establecido, lo que motivó que declarara la anulación del mencionado acto público (Cfr. fojas 52 y 54 del expediente judicial).

II. Etapa Probatoria.

La Sala Tercera expidió el Auto de Pruebas 803 de 23 de noviembre de 2022, por medio del cual se admitieron como medios de convicción los documentos alusivos a la existencia y la vigencia registral de la sociedad demandante; la copia autenticada del acto acusado y la certificación de su inclusión en el sistema electrónico PanamaCompra; así como los expedientes administrativos de la entidad licitante y del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas relativo al presente caso (Cfr. fojas 94-97 del expediente judicial).

De las pruebas allegadas al proceso, somos de la convicción que en el negocio jurídico bajo examen, **la actividad probatoria no cumplió con la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien acciona, a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión,** deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021), señalando en torno al mismo lo siguiente:

“En este orden de ideas igualmente debemos, tener presente que a las partes les incumbe demostrar los hechos y al Juez dispensar el Derecho, o sea, el ‘onus probandi’ contemplado en nuestra legislación en el artículo 784 del Código Judicial, que a la letra dice:

‘Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables’.

De ahí que, la carga de la prueba, implica la obligación que tiene una parte de aportar los medios de convicción; además, ese es un deber de las partes y sus apoderados, pues cuando no aparece probado el hecho, ello no permite que el Juez pueda otorgar la pretensión de quien pide; y esto se resume en esa frase romana ‘onus probandi incumbit actori’; es decir, la carga de la prueba le incumbe al actor.

En efecto, este Principio obliga al actor probar lo que pide, pues a él le interesa que su pretensión sea concedida en los

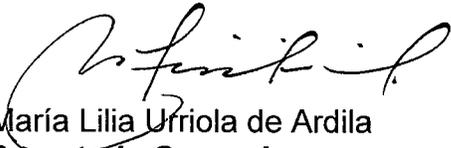
términos requeridos por éste dentro de la demanda, tal como lo establece el Código Judicial.”

La jurisprudencia transcrita viene a confirmar el deber que tiene toda persona que recurre a la Jurisdicción Contencioso Administrativa de probar lo que pide, ello a los efectos que se le pueda aplicar el principio de Tutela Judicial Efectiva, cosa que no ha ocurrido en este caso.

En el marco de lo antes expuesto, esta Procuraduría reitera su solicitud a los Señores Magistrados que se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la cláusula segunda de la parte resolutive de la Resolución 138-2022-Pleno/TACP de 01 de agosto de 2022 (Decisión), emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**, y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General