



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 28 de marzo de 2017

**Proceso Contencioso Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Doctor Edgardo Molino Mola, en representación de **Consorcio Benito Roggio Panamá/Benito Roggio e hijos S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014 emitida por la **Dirección de Administración del Ministerio de Obras Públicas**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de Conclusión.

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, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón al actor en lo que respecta a su pretensión.

Antes de emitir nuestro alegato, consideramos prudente detallar los antecedentes del proceso.

I. Antecedentes.

Según las constancias procesales, el apoderado judicial de la actora el 10 de diciembre de 2013, mediante la Nota D.C. 2014 No.559; la Nota D.C. 204; la Nota C.H.I.2014 No.229 y la Nota C.H.II 2014 Número 194, solicitó al Ministerio de Obras Públicas un reconocimiento de intereses moratorios por el atraso en el pago de las cuentas presentadas dentro de la ejecución de los Contratos de Obra (Cfr. Cartapacio 8 del expediente administrativo del expediente 577-14).

Estos contratos de obra mencionados en el párrafo anterior son los siguientes:

A. El **Contrato AL-1-63-10 de 10 de junio de 2010**, bajo la modalidad de Licitación por Mejor Valor 2010-0-09-0-06-LV-004249, para el Diseño y Construcción para la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Divisa – Chitré, en la provincia de Herrera; refrendado por la Contraloría General de la República el 22 de junio de 2010 (Cfr. Cartapacio 7 del expediente 576-14);

B. El **Contrato AL-1-149-10 de 4 de febrero de 2011**, bajo la modalidad de Licitación por Mejor Valor 2010-0-09-0-06-LV-001025, para la Rehabilitación de los caminos de Herrera (Cabuya – Los Higos; Cabuya – Potuguilla; Rincón Hondo – Esquiguíta; Cruce Limón – Borrola; Pesé – Las Cabras y Cascajillo – La Arenita, Las Cabras) provincia de Herrera; refrendado el 4 de febrero de 2011, por la Contraloría General de la República (Cfr. Cartapacio 7 del expediente 577-14);

C. El **Contrato AL-1-115-11 de 22 de junio de 2011**, bajo la modalidad de Licitación por Mejor Valor 2010-0-09-0-06-LV-004249, para el Diseño y Construcción para la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Divisa – Chitré, en la provincia de Herrera; refrendado el 20 de junio de 2011, por la Contraloría General de la República (Cfr. Cartapacio 7 del expediente 578-14).

Consta en el expediente administrativo que en un mismo acto administrativo el Ministerio de Obras Públicas, mediante la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, acusada de ilegal, decidió no acceder a lo pedido por el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A. y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, en las notas antes mencionadas; toda vez que el reconocimiento de intereses moratorios no fue pactado en los referidos Contratos (Cfr. Cartapacio 8 del expediente administrativo del expediente 577-14).

Debido a su disconformidad con el acto acusado de ilegal, el 2 de abril de 2014, el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A. y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, promovió de forma separada una solicitud de aclaración o recurso de reconsideración, en contra de esa decisión, las cuales fueron rechazadas de plano por el Ministerio de Obras Públicas; pues las mismas no cumplían con los requisitos legales mínimos para su aceptación al no expresar de manera clara las razones o motivos de la impugnación (Cfr. Cartapacio 8 del expediente administrativo del expediente 577-14).

A pesar de lo anterior, el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A. y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, a través de apoderado judicial interpuso ante la Sala Tercera tres (3) demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción en contra de la Nota DIACAL-507 de 24 de marzo de 2014, expedida por el Ministerio de Obras Públicas; debido a que las acciones propuestas se fundamentan sobre los mismos hechos y causa de pedir, el Tribunal, por medio de la Providencia de 22 de diciembre de 2014, ordenó acumular los expedientes 577-14 y 578-14 al expediente 576-14, conforme lo disponen los artículos 720 y 731 del Código Judicial (Cfr. f. 25 del expediente judicial).

II. Descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de la entidad demandada.

Luego de agotada la mayor parte de las etapas de este proceso, mantenemos sin mayor variante la opinión expresada en nuestra **Vista 1330 de 22 de diciembre de 2015**, la cual contiene la contestación de la demanda, en cuanto a que, de las constancias procesales que reposan en autos, se observa que el acto administrativo objeto del presente análisis se dictó conforme a Derecho, por lo que los argumentos ensayados por la actora con la finalidad de demostrar su ilegalidad, carecen de sustento.

En efecto, tal como lo dijimos al contestar la demanda, los argumentos del demandante giran en torno a la premisa que el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A. y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, alega que el artículo 13 (numeral 10), el artículo 14 (numerales 1 y 2) y el artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regulan las Contrataciones Públicas, reconocen, respectivamente, el derecho que tienen los contratistas a que la entidad licitante efectúe los pagos en los términos fijados en el pliego de cargos y el contrato respectivo; y, al reconocimiento de intereses moratorios por los atrasos de la entidad licitante; de ahí que a su juicio, al haber incurrido el Ministerio de Obras Públicas en un atraso en el pago de las cuentas, estima que le asiste el derecho al pago de intereses moratorios, además del reconocimiento del derecho al ajuste de precios (Cfr. fs. 8-12 del expediente judicial).

Luego de examinar los anteriores argumentos, esta Procuraduría observa que en virtud del hecho que los artículos 13 (numeral 10), 14 (numerales 1 y 2), 21, 77 (numeral 5), 79, 80 y 86 del

Texto Único de la Ley 22 de 2006; los artículos 976 y 993 del Código Civil; las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato AL-1-63-10 suscrito el 10 de junio de 2010; la Cláusula 32.7.1 (literal e) y la Cláusula 37 del Pliego de Cargos del Contrato AL-1-63-10 de 10 de junio de 2010; la Cláusula Quinta del Contrato AL-1-149-10 de 4 de febrero de 2011; la Cláusula 32.6.1 (literal e) del Pliego de Cargos del Contrato AL-1-149-10 de 4 de febrero de 2011; la Cláusula Quinta del Contrato AL-1-115-11 de 22 de junio de 2011; y la Cláusula 32.6.1 (literal e) del Pliego de Cargos del Contrato AL-1-115-11 de 22 de junio de 2011 se encuentran relacionadas, procederemos a analizarlas de manera conjunta.

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial del actor, **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A. y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, alega que el artículo 13 (numeral 10), el artículo 14 (numerales 1 y 2) y el artículo 79 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regulan las Contrataciones Públicas, reconocen, respectivamente, el derecho que tienen los contratistas a que la entidad licitante efectúe los pagos en los términos fijados en el pliego de cargos y el contrato respectivo; y, al reconocimiento de intereses moratorios por los atrasos de la entidad licitante; de ahí que a su juicio, al haber incurrido el Ministerio de Obras Públicas en un atraso en el pago de las cuentas, estima que le asiste el derecho al pago de intereses moratorios, además del reconocimiento del derecho al ajuste de precios (Cfr. fs. 8-12 del expediente judicial).

Sobre el primer aspecto, es decir, el relativo al pago de los intereses moratorios que reclama la parte actora, el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas en el informe de conducta remitido al Magistrado Sustanciador, manifestó lo siguiente:

"La contratista ha solicitado el pago de intereses moratorios con fundamento en los numerales 10 y 11 del artículo 13 y artículo 798 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

Que el pago de derechos moratorios no procede en el caso que nos ocupa, por no encontrarse previamente pactado en el Contrato No.AL-1-63-10 o señalado expresamente en las Condiciones Especiales del respectivo Pliego de Cargos.

..." (Cfr. f. 80 del expediente judicial).

Por otra parte advertimos, que el supuesto atraso en el pago de los ajustes de precios incurrido por la entidad contratante, alegado por la demandante no es imputable al Ministerio de

Obras Públicas, ya que para el reconocimiento de esas sumas de dinero conforme a la fórmula de variación de precios estipulada en la sub Cláusula 37, de los contratos de obra objeto de análisis, era necesario que el **Consortio Benito Roggio Panamá, S.A. y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, cumpliera con una serie de condiciones, entre ellas las siguientes: 1) que la variación de dichos costos debe alterar en un veinticinco por ciento (25%) o más, las cantidades o el valor total inicial del contrato; 2) que se trate de un contrato de duración prolongada; 3) se debe probar a través de ecuaciones matemáticas debidamente presentadas y aprobadas por la entidad contratante; que la fórmula de ajuste sea presentada al momento de recibir la orden de proceder; y, que la contratista debe acompañar con un listado de los materiales sujetos a las variaciones. **Sin embargo, consta en autos que la recurrente presentó la fórmula matemática transcurrido un (1) año de la emisión de la Orden de Proceder, lo que denota que la misma era extemporánea; y, además, no existe constancia que los costos del contrato se hayan alterado en un veinticinco por ciento (25%) del valor inicial pactado. Incluso pudimos constatar en autos que el Ministerio de Obras Públicas aún no ha aprobado la fórmula antes mencionada (Cfr. f. 82 del expediente judicial).**

Por lo tanto, es claro que la entidad licitante no podía acceder a la petición formulada por el **Consortio Benito Roggio Panamá, S.A. y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, de un ajuste de precios según lo pactado en las Cláusulas Quinta de los Contratos AL-1- 63-10 de 10 de junio de 2010; el Contrato AL-1-149-10 de 4 de febrero de 2011; y el Contrato AL-1-115-11 de 22 de junio de 2011.

III. Actividad Probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, es necesario destacar la **escasa efectividad de los medios** ensayados por el demandante para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción de plena jurisdicción.

En tal sentido, se observa que a través del **Auto de Pruebas 214 de 12 de mayo de 2016**, se admitieron como pruebas, los siguientes documentos: el poder especial debidamente notariado, otorgado por parte del **Consortio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, a favor del Doctor Edgardo Molino Mola, en calidad de apoderado principal y la Licenciada Stina

González Reyes, en calidad de apoderada sustituta; la copia autenticada de las certificaciones del Registro Público de Panamá de las sociedades **Benito Roggio Panamá, S.A. y Benitto Roggio e Hijos, S.A.**; las copias autenticadas de los contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11 suscrito entre el Estado, representado por el Ministerio de Obras Públicas y el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benitto Roggio e Hijos, S.A.**, incluyendo sus Adendas; la copia autenticada de la Escritura Pública 1026 de 20 de enero de 2010, por la cual se le otorga poder general de administración y representación debidamente inscrito en el Registro Público de Panamá, a favor de Horacio Agustín Scuticchio y otros, para actuar en nombre y representación de **Benito Roggio Panamá, S.A.**; la copia autenticada de la Escritura Pública 1811 de 4 de febrero de 2010, que protocoliza los documentos en relación con la apertura de una sucursal de la sociedad anónima **Benito Roggio e Hijos** Sociedad Anónima de la República de Argentina en la República de Panamá; la copia autenticada de la Escritura Pública 5,803 de 4 de mayo de 2010, por el cual la sociedad **Benito Roggio Panamá, S.A.**, y la sociedad anónima **Benito Roggio e Hijos**, celebran contrato de consorcio, incluyendo sus adendas; la copia autenticada del pasaporte del ingeniero Horacio Agustín Scuticchio; la copia autenticada de la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas, con el Memorando AL-2-2892-13 de 25 de octubre de 2013; la copia autenticada de la Nota D.C.2014 Número 567 de 2 de abril de 2014; la copia autenticada de la Nota D.C.2014 Número 584 de 11 de junio de 2014, mediante la cual se solicitan vistas y copias autenticadas de todos los documentos que integran los expedientes administrativos de los Reclamos interpuestos por la contratista en concepto de ajuste de precios dentro del Contrato AL-1-63-10 y en concepto de intereses moratorios dentro de los Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11, suscritos por el Estado representado por el Ministerio de Obras Públicas (Cfr. carpetas celeste de pruebas 2 a 6, 8-9 y 11 aportadas aparte).

De igual manera del **expediente 576-14**, se admitieron las siguientes pruebas documentales: las copias autenticadas de las Notas C.H.I.2012 Número 003 de 13 de agosto de 2012, C.H.I.2012 Número 004 de 18 de septiembre de 2012 y D.C.2012 Número 005 de 22 de

octubre de 2012; la copia autenticada de la Nota DM-AL-2549 de 31 de julio de 2014, del Ministerio de Obras Públicas; la copia autenticada de la Nota D.C.2011 Número 224 de 28 de julio de 2011; la copia autenticada de la Nota DIAC-3666-11 de 9 de diciembre de 2011, emitida por la Dirección de Administración de Contratos del Ministerio de Obras Públicas; la copia autenticada de la Nota D.C.2010 Número 017 de 31 de agosto de 2010 y sus adjuntos; la copia autenticada de las solicitudes D.C.2012 Número 379 de 24 de abril de 2012, D.C.2012 Número 398 de 12 de junio de 2012, D.C.2012 Número 423 de 10 de agosto de 2012, D.C.2012 Número 427 de 4 de septiembre de 2012, D.C.2012 Número 460 de 21 de septiembre de 2012, D.C.2013 Número 458 de 22 de febrero de 2013, D.C.2013 Número 478 de 22 de abril de 2013, D.C.2013 Número 490 de 22 de junio de 2013, D.C.2013 Número 507 de 21 de agosto de 2013, D.C.2013 Número 532 de 18 de diciembre de 2013; la copia autenticada de la Nota D.C.2013 Número 524 de 17 de octubre de 2013 y D.C.2014 Número 555 de 18 de febrero de 2014; la copia autenticada de la Nota D.C.2012 Número 007 de 18 de septiembre de 2012 y D.C.008 de 22 de octubre de 2012; la copia autenticada de la Nota D.C.2012 Número 006 de 13 de agosto de 2012 y de la Nota D.C.2012 Número 009 de 22 de octubre de 2012; la copia autenticada de la Nota DM-AL-2563 de 2 de octubre de 2012, emitida por el Ministerio de Obras Públicas; la copia autenticada de las Notas D.C.2013 Número 498 de 9 de julio de 2013, D.C.2013 Número 530 de 12 de noviembre de 2013, D.C.2013 Numero 534 de 10 de enero de 2014, D.C.2014 Número 559 de 10 de marzo de 2014; la copia autenticada de la Nota D.C.2013 Número 512 de 9 de septiembre de 2013; las copias de las Notas con sellos de recibido que se presentaron a la Dirección de Inspección del Ministerio de Obras Públicas; la copia de la Nota D.C.2016-001 de 1 de febrero de 2016, con el sello de recibido de la Dirección de Tesorería del Ministerio de Economía y Finanzas que consta en solicitud de autenticación de copias de cheques a dicho ministerio por el **Consortio Benito Roggio Panamá**, las copias autenticadas de Notas mediante las cuales se presentaron ante la Inspección Regional de Herrera del Ministerio de Obras Públicas las cuentas correspondientes a pagos parciales dentro del Contrato AL-1-63-10 (Cfr. carpetas celeste de pruebas 14 a 21 aportadas aparte) (Cfr. fojas 138, 141, 143 a 148 del expediente judicial).

Del **expediente 577-14**, se admitieron las siguientes pruebas documentales: la copia autenticada de la Nota DM-AL-2564 de 2 de octubre de 2012, emitida por el Ministerio de Obras Públicas; la copia autenticada de las Notas C.H.II.2013 Número 204 de 9 de julio de 2013, C.H.II.2014 Número 225 de 10 de enero de 2014, C.H.II.2014 Numero 229 de 10 de marzo de 2014; la copia autenticada de la Nota C.H.II.2013 Número 212 de 9 de septiembre de 2013, C.H.II.2013 Número 220 de 12 de noviembre de 2013; la copia autenticada de la Nota DIAC-489-11 de marzo de 2011, mediante la cual se aprueba del ciclo de presentación de cuentas dentro del Contrato AL-1-149-10; la copias con sello de recibido de la Inspección Regional de Herrera del Ministerio de Obras Públicas (Cfr. fojas 475 a 485 y 488 a 490 del expediente judicial).

De igual manera del **expediente 578-14**, se admitieron las siguientes pruebas documentales: la copia autenticada de la Nota C.H.II.2012 Número 001 de 13 de agosto de 2012 y C.H.II.2012 Número 002 de 18 de septiembre de 2012; la copia autenticada de las Notas C.H.II.2013 Número 174 de 9 de julio de 2013 y C.H.II.2014 Número 194 de 10 de marzo de 2014; la copia autenticada de las Notas C.H.II.2013 Número 185 de 9 de septiembre de 2013 y C.H.II.2013 Número 187 de 12 de noviembre de 2013 y C.H.II.2014 Número 191 de 10 de enero de 2014; la copia autenticada de la Nota DIAC-2101-11 de 28 de julio de 2011, mediante la cual se aprueba el ciclo de presentación de las cuentas del Contrato AL-1-115-11, las copias autenticadas de 46 notas presentadas ante la Dirección Nacional de Inspecciones del Ministerio de Obras Públicas que se encuentran identificadas como **prueba 31 en la demanda admitida**; la copia con recibido de la Dirección de Tesorería del Ministerio de Economía y Finanzas de la Nota C.H.II.2016 Número 001 de 1 de febrero de 2016 (Cfr. fojas 514 a 548 del expediente judicial).

Posteriormente, mediante la **Resolución del 16 de agosto de 2016 se reforma el Auto de Prueba 214 de 12 de mayo de 2016** y se admiten las siguientes pruebas documentales: el cuadro detallado y explicativo de Cálculos de Intereses Moratorios al día 3 de febrero de 2016, dentro del Contrato AL-1-63-10, AL-1-149-10 Y AL-1-115-11, firmado por el Licenciado Mario Cheng, Contador Público Autorizado y notariado (Cfr. fojas 165, 509 y 557 del expediente judicial).

Así como también se admitió el cuadro de Cálculos de variación de Ajuste de Precios al mes de enero de 2016, con el detalle de la fórmula polinómica de ajuste de precios, cálculos mensuales y cuentas ajustadas, dentro del Contrato AL-1-63-10 (Cfr. fojas 169 a 296 del expediente judicial).

En este mismo sentido, se admitieron las pruebas periciales referentes al **Contrato AL-1-63-10 del expediente 576-14**:

Prueba Pericial Técnica a fin de que se efectúe un análisis exhaustivo de los requisitos técnicos aplicables al reconocimiento de Ajuste de Precios en el Contrato Público AL-1-63-10, suscrito por el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, y el Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas); en todos los componentes e incidencias para la aplicación de la Fórmula de Ajuste de Precios, así como cualquier otro estudio y/o examen técnico relativo al reconocimiento de Ajuste de Precios, con el objeto de determinar en forma específica los siguiente: **Pregunta 1.** Explique la relación que tienen los artículos 77 (numeral 5) y 80 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas con el Ajuste de Precios por variación de los costos directos o indirectos, y de manera específica del Contrato AL-1-63-10, celebrado entre el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, y el Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas); **Pregunta 2.** En base a su experiencia e investigaciones precedentes, indique la relación entre el primer y segundo párrafo de la Cláusula 37 del Pliego de Cargos de la Licitación Pública por Mejor Valor Número 2010-0-09-0-06-LV-004249; **Pregunta 3.** Indique el señor perito si la Cláusula Quinta del Contrato AL-1-63-10, establece precios, cuando varíen los costos directos o indirectos. En igual sentido indique si el artículo 80 del Texto Único de la Ley 22 de Contrataciones Públicas, establece alguna restricción a la posibilidad de ajustar precios cuando varíen los costos directos o indirectos en los contratos de largo plazo (12 meses o más); **Pregunta 4.** Proceda el perito a la explicación de la Fórmula Polinómica que sería aplicable a las cuentas del Contrato AL-1-63-10, celebrado entre el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, y el Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas); **Pregunta 5.** ¿Qué incidencia técnica tiene el momento de la presentación de la

Fórmula Polinómica ante la entidad contratante, con el reconocimiento del ajuste de precios? (Cfr. fojas 625 y 626 del expediente judicial).

Prueba Pericial Contable I, con el propósito que el perito corrobore todos los cálculos en concepto de ajuste de precios dentro del Contrato AL-1-63-10 con base en la fórmula de ajustes de precios, los índices oficiales y demás respaldos utilizados (Clausula Quinta del Contrato), para ello el perito deberá contestar las siguientes preguntas: **Pregunta 1.** Diga el perito si usted es Contador Público Autorizado en la República de Panamá. De ser así cuál es su número de registro?; **Pregunta 2.** Diga el perito, producto del análisis de los cuadros de cálculo presentados tanto con la demanda como con el Escrito de Pruebas, en cuanto al Ajuste de Precios del Contrato AL-1-63-10, suscrito entre el **Consortio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.,** y el Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas), cómo efectuó los cálculos en concepto de Ajuste de Precios, indicando detalladamente los índices y demás respaldo utilizados hasta llegar al monto registrado a la fecha bajo este concepto; **Pregunta 3.** Diga el perito, si se ratifica del contenido del Informe Pericial contable presentado dentro de la presente demanda acumuladas a los efectos de corroborar todos los cálculos en concepto de ajuste de precios dentro del Contrato AL-1-63-10 en base a la fórmula de ajuste de precios, los índices oficiales y demás respaldos utilizados (Clausula Quinta del Contrato)? (Cfr. fojas 626 y 627 del expediente judicial).

Prueba Pericial Contable II, a fin de que el perito corrobore la mora incurrida por parte del Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas), en el pago de las cuentas dentro del Contrato AL-1-63-10 y el cálculo de los intereses devengados. Para ello el perito deberá contestar las siguientes interrogantes: **Pregunta 1.** Diga el perito si usted es Contador Público Autorizado en la República de Panamá. De ser así cuál es su número de registro?; **Pregunta 2.** Diga el perito, con base en los cuadros presentados en cuanto al Cálculo de Intereses Moratorios del Contrato AL-1-63-10, suscrito entre el **Consortio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.,** y el Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas), cómo efectuó los cálculos a fin de determinar la mora y los intereses devengados hasta llegar al monto registrado a la fecha bajo este concepto; **Pregunta 3.** Diga el perito, si se ratifica del contenido del Informe Pericial contable

presentado dentro de la presente demanda acumuladas a los efectos de corroborar los cálculos en concepto de intereses moratorios dentro del Contrato AL-1-63-10? (Cfr. foja 627 del expediente judicial).

En este mismo sentido, se admitieron las pruebas periciales referentes al **Contrato AL-1-149-10 del expediente 577-14**:

Prueba Pericial Contable, a fin que el perito corrobore la mora incurrida por parte del Estado, representado por el Ministerio de Obras Públicas, en el pago de las cuentas dentro del Contrato AL-1-149-10 y el cálculo de los intereses devengados. Para ello el perito deberá contestar las siguientes interrogantes: **Pregunta 1.** Diga el perito si usted es Contador Público Autorizado en la República de Panamá. De ser así cuál es su número de registro?; **Pregunta 2.** Diga el perito, en base a los Cuadros presentados en cuanto al Cálculo de Intereses Moratorios del Contrato AL-1-149-10 suscrito entre el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**, y el Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas), cómo efectuó los cálculos a fin de determinar la mora y los intereses devengados hasta llegar al monto registrado a la fecha bajo este concepto; **Pregunta 3.** Diga el perito, si se ratifica del contenido del Informe Pericial contable presentado dentro de la presente demanda acumulada a los efectos de corroborar los Cálculos en concepto de Intereses Moratorios dentro del Contrato AL-1-149-10 (Cfr. fojas 627 y 628 del expediente judicial).

De igual manera, se admitieron las pruebas periciales referentes al **Contrato AL-1-115-11 del expediente 578-14**:

Prueba Pericial Contable, a fin que el perito corrobore la mora incurrida por parte del Estado, representado por el Ministerio de Obras Públicas, en el pago de las cuentas dentro del Contrato AL-1-115-11 y el Cálculo de los Intereses devengados. Para ello el perito deberá contestar las siguientes interrogantes: **Pericial 1.** Diga el perito si usted es Contador Público Autorizado en la República de Panamá. De ser así cuál es su número de registro?; **Pregunta 2.** Diga el perito, en base a los Cuadros presentados en cuanto al Cálculo de Intereses Moratorios del Contrato AL-1-115-11 suscrito entre el **Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A., y/o Benito Roggio e Hijos, S.A.**,

y el Estado (representado por el Ministerio de Obras Públicas), cómo efectuó los cálculos a fin de determinar la mora y los intereses devengados hasta llegar al monto registrado a la fecha bajo este concepto; **Pregunta 3.** Diga el perito, si se ratifica del contenido del Informe Pericial contable presentado dentro de la presente demanda acumulada a los efectos de corroborar los Cálculos en concepto de Intereses Moratorios dentro del Contrato AL-1-115-11 (Cfr. foja 628 del expediente judicial).

Por otra parte, se admitieron las siguientes pruebas de Informes dirigida a:

- **La Dirección de Tesorería Municipal del Ministerio de Economía y Finanzas** a fin que remitan copias autenticadas de cheques relacionados a los pagos de las cuentas presentadas dentro de los Contratos AL-1-63-10, AL-1-149-10 y AL-1-115-11, misma que no ha sido remitida al Tribunal hasta la fecha de emisión de este escrito (Cfr. foja 629 del expediente judicial).
- **La Superintendencia de Bancos de Panamá**, a fin de obtener copias autenticadas de los Impuestos de Tasa de Referencia Comercial de fechas 1992-2014 y 1992-2016, que se aplica a los casos al y en contrapartida, en cuentas pendientes del Estado con sus proveedores y/o contratistas mediante **Oficio 336 de 3 de febrero de 2017** y que fue contestado mediante Nota SBP-DJ-N-0861-2017 de 8 de febrero de 2017 (Cfr. fojas 666, 685 a 687 del expediente judicial).
- **Al Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC) de la Contraloría General de la República de Panamá, para que remita copias autenticadas de los siguientes:**
 1. Cuadro de Índices de Precios simples de los materiales de construcción disponibles en los distritos de Panamá y San Miguelito por mes y sus variaciones porcentuales, en los meses de enero-diciembre de 2010-2011,
 2. Cuadros de Índices de Precios al por mayor y variación porcentual en la República de Panamá, según sector, división, agrupación y grupo, específicamente en relación a los productos minerales no metálicos,

exceptuando los derivados del petróleo y del carbón en los periodos de: junio 2009 y marzo/junio 2010; diciembre 2009 y septiembre/diciembre 2010; junio 2010 y marzo/junio 2011; diciembre 2010 y septiembre/diciembre 2011; marzo/diciembre 2011 y marzo 2012; septiembre 2011 y junio/septiembre 2012; diciembre 2011 y septiembre/diciembre 2012; junio 2012 y marzo/junio 2013; diciembre 2012 y septiembre/diciembre 2013; marzo/diciembre 2013 y marzo 2014:

3. Cuadros de Índices de Precios al consumidor nacional urbano y variación porcentual por división, según mes, en los periodos: diciembre 2009 y enero-diciembre 2010; diciembre 2010 y enero-diciembre 2011; diciembre 2013 y enero-junio 2014 (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

Estas copias fueron solicitadas a través del **Oficio 337 de 3 de febrero de 2017** a foja 667 a 668, y fue contestado a través de las Nota 176-17INEC/D del 17 de febrero de 2017 y Nota 217-17INEC/D de 7 de marzo de 2017 y cuadro de Índices de Precios materiales (Cfr. fojas 724-725, 863-864 y 865-950 del expediente judicial).

- A la **Secretaría Nacional de Energía del Ministerio de la Presidencia de la República de Panamá**, a fin de que remita copia autenticada de los Cuadros Históricos de Paridad de Importación de Combustible en el período 1992-2016, así como el cuadro que plasma la variación de Diesel Liviano y Diesel Bajo en Azufre en el período 2010-2014.
- Esta documentación fue solicitada a través del **Oficio 338 de 3 de febrero de 2017** a foja 669 y fue respondido mediante Nota 125-17 de 13 de febrero de 2017 (Cfr. fojas 688 a 717 del expediente judicial).
- Al **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, para que remita copia autenticada de las Convenciones Colectivas de SITRADEICOS (período de vigencia 16 de septiembre de 2010 al 15 de septiembre de 2014, y del periodo de vigencia de 15 de

septiembre de 2014 al 15 de septiembre de 2018), mismo que fue solicitado a través del **Oficio 339 de 3 de febrero de 2017** y que fue remitido mediante Nota 36-SMC-17 de 17 de febrero de 2017 (Cfr. fojas 670 y 721 del expediente judicial).

Posteriormente, a través de la Resolución 6 de enero de 2017, que resuelve el Recurso de Reconsideración se modifica el Auto de 16 de agosto de 2016 y se admite la solicitud de copias autenticadas al Ministerio de Obras Públicas de los expedientes administrativos relacionados con los **Contratos AL-1-63-10 de 10 de junio de 2010, AL-1-149-10, AL-1-115-11, requeridos por ambas partes, mismos que fueron solicitados a través del Oficio 597 de 16 de marzo de 2017 y que aún no han sido remitidos al momento de emitirse este escrito** (Cfr. fojas 1261 y 1262 del expediente judicial).

En lo que respecta a la Prueba Pericial Técnica y practicada por el Tribunal, debemos indicar que la perito designada por la parte actora, da cuenta, entre otras cosas, en su respuesta a **pregunta 3** de su Informe presentado, señaló lo siguiente:

“ ...

La Cláusula Quinta del Contrato Número AL-1-63-10, establece lo siguiente:

QUINTA: AJUSTE POR VARIACIÓN DE PRECIOS a. El Contratista se le reconocerá el ajuste de precios del Contrato únicamente cuando varíen los costos directos o indirectos relacionados con la obra, servicio o suministro, siempre que se apruebe a través de ecuaciones matemáticas debidamente presentadas y aprobadas por el MOP, los incrementos de precios de los insumos básicos, costos y mano de obra, tomando en cuenta como base los utilizados para el cálculo del precio presentado en la propuesta original del contratista.

El contratista debe presentar al momento de recibir la Orden de Proceder una fórmula de ajuste de precios para revisión, análisis y aprobación del MOP. Conjuntamente debe entregar los costos unitarios de materiales como cemento, Asfalto AC-30, acero de refuerzo, capa base y otros que consideren sujetos a variaciones en el futuro.

...” (Cfr. foja 847 del expediente judicial) (La negrita es de esta Procuraduría).

Con relación a lo señalado por la perito y en concordancia con el **Memorándum AL-2892-16 de 25 de octubre de 2013, emitido por el Ministerio de Obras Públicas**, los mismos señalan referente a la Cláusula Quinta del Contrato Número AL-1-63-10 y al ajuste por variación de precios,

el contratista al momento de solicitar un ajuste por variación de precios debe cumplir con una serie de requisitos y cito:

1. La variación de los costos debe alterar en un veinticinco por ciento (25%) o más las cantidades o el valor total inicial del contrato.
2. Que se trate de un contrato de duración prolongada.
3. Se debe probar a través de ecuaciones matemáticas debidamente presentadas y aprobadas por el MOP.
4. **La fórmula (ecuación) de ajuste debe ser presentada al momento de recibir la orden de proceder.**
5. Se debe acompañar con un listado de los materiales sujetos a las variaciones.

Estos requisitos van amarrados con lo establecido en la cláusula quinta de su contrato, en el sentido de que para que opere y tenga derecho al ajuste solicitado, el contratista tenía que haber presentado la fórmula de ajuste al momento de recibir la orden de proceder. En el caso que nos ocupa observamos que la Orden de Proceder le fue entregada al contratista el día 22 de julio de 2010, y no fue sino hasta el 28 de junio de 2012 que presentó para aprobación la referida fórmula mediante Nota D.C.2011 Número 224, tal y como manifiesta en la Nota D.C.2013 Número 524 de 17 de octubre de 2013.

El no cumplimiento de todos los requisitos y condiciones establecidos en los documentos contractuales para el reconocimiento del ajuste por variación de precios impide la validación de dicha cláusula; por lo que reclamar como un derecho adquirido un monto en concepto del reconocimiento del equilibrio contractual a esta Institución **no procede.**

..." (Cfr. fojas carpeta 8 celeste de pruebas aportado aparte) (La negrita es de esta Procuraduría).

De igual manera, en el interrogatorio practicado a la perito María Guadalupe Carrizo y cito:

"Para un ajuste por variación de precios se necesita de una orden de proceder?" la Ingeniera Carrizo contestó *"...en este caso en particular donde la cláusula quinta del contrato señala como requisito para que el ajuste de precios sea válido, que los precios sean entregados al momento de recibir la orden de proceder."* (Cfr. foja 861 del expediente judicial).

Una vez revisado el caudal probatorio descrito esta Procuraduría advierte que luego de analizar todo lo aportado al proceso y si bien se han presentado información de cuadros, notas, fórmulas etc., no podemos perder de vista que aún si se utilizaron fórmulas matemáticas

o polinómicas, no se logró cumplir con todos los requisitos necesarios para proceder con la solicitud del contratista y que además la misma fue presentada mucho tiempo después tal y como ya fue planteado en este proceso.

De las constancias procesales, se desprende que las pruebas admitidas y aportadas al expediente no logran acreditar lo señalado por el recurrente Consorcio Benito Roggio Panamá en sustento de su pretensión, de ahí que este Despacho estima que la demandante no asumió en forma adecuada la carga procesal a la que se refiere el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión; deber al que se refirió esa alta Corporación de Justicia en su Sentencia de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo, lo siguiente:

"La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

'Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...' (El subrayado corresponde a esta Sala).

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *'en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores'*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fé, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)... " (Lo resaltado es nuestro).

De la lectura de los precedentes judiciales reproducidos, se infiere la importancia que tiene que la actora cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera, por lo que, en ausencia de mayores elementos de prueba que den sustento a la demanda presentada por el Consorcio Benito Roggio Panamá, S.A., / Benito Roggio e Hijos, S.A por lo que esta Procuraduría solicita respetuosamente al Tribunal se sirva declarar que

Por las razones antes expuestas se estima que los cargos de infracción de las normas invocadas por el actor en los expedientes, acumulados, 576-14, 577-14 y 578-14, carecen de sustento jurídico por lo que esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera se sirva declarar que **NO ES ILEGAL**, la Nota DIAC-AL-507 de 24 de marzo de 2014, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, su acto confirmatorio, y en consecuencia, denieguen el resto de las peticiones de la actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 576-14 y demás acumulados