

13 de septiembre de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de
la Demanda**

La Licda. Esperanza Delgado Osorio, en representación de **Grupo Arena Panamá, Inc.**, para que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo contenido en la Resolución No. 20-2004 de 13 de febrero de 2004, emitida por la **Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Nos presentamos ante Vuestro Alto Tribunal de Justicia con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la licenciada Esperanza Delgado Osorio, en representación de Grupo Arena Panamá, Inc., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. 20/2004 de 13 de febrero de 2004, dictada por la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo, en virtud de la cual se rechaza la propuesta efectuada por la Sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., por considerar que no favorece los mejores intereses del Estado.

De conformidad con el numeral 2, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales", procedemos a intervenir en el presente negocio

jurídico, en representación de la institución pública demandada, el Instituto Panameño de Turismo.

I. En cuanto a la pretensión:

La apoderada judicial de la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., a través de la presente demanda, pretende que vuestra Honorable Sala realice las siguientes declaraciones:

"PRIMERO: Que se **DECLARE NULO, por ilegal,** el acto administrativo denominado Resolución No. 20/2004 de 13 de febrero de 2004, dictado por la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo, el cual haya sido mantenido en todas sus partes mediante Resolución No. 25/2004 de 2 de abril de 2004, dictada por la misma entidad en atención a Recurso de Reconsideración presentada por nuestra causa, y por medido del cual se declara desierto el Acto Público de Licitación No.04/2000.

SEGUNDO: QUE SE DECLARE, que la sociedad **GRUPO ARENA PANAMA INC.,** cumplió con todos los requisitos de ley, en la Licitación del Centro de Convenciones ATLAPA, y que conllevó a que mediante Consejo de Gabinete mediante Resolución de Gabinete No. 107 de 1 de noviembre de 2002, se autorizó la negociación directamente con nuestro poderdante.

TERCERO: Que se ordene a la Junta Directiva **INDEMNICE** a nuestra poderdante por todos los daños y perjuicios causados en estos dos años, hasta la concurrencia de **DOS MILLONES DE BALBOAS (B/.2.000.000.00.00).**" (Ver foja 19).

Sin embargo, tal como exponremos más adelante, afirmamos que las pretensiones del Grupo Arena Panamá, Inc., carecen de sustento fáctico y jurídico, motivo por el cual solicitamos que sean denegadas.

II. Los hechos u omisiones en que se fundamenta la acción, los contestamos así:

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Tercero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Cuarto: Aceptamos por ser cierto, que mediante la Resolución No. 20/2004 de 13 de febrero de 2004, la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo, declaró desierto el acto de licitación No. 04/2000, segunda convocatoria para otorgar la concesión del Centro de Convenciones ATLAPA. Lo demás, constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Quinto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Sexto: Este hecho tal como viene expuesto por el demandante, no consta en el expediente; por tanto, la rechazamos.

Séptimo: Este hecho constituye una alegación del demandante; por tanto, la rechazamos.

Octavo: Éste más que un hecho constituye una interpretación acorde con lo dispuesto en la Ley y en la jurisprudencia. Por tanto, lo aceptamos.

III. Disposiciones Legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación, expuesto por el demandante, es el que a seguidas se copia:

La apoderada judicial de la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., estima que la Resolución No. 20/2004 de 13 de febrero de 2004, infringe los artículos 34 y 48 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, "Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones". Empero, advertimos que el texto que se copia del artículo 34,

corresponde al enunciado en la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales."; por lo que realizada esta salvedad, pasamos a copiar las normas legales que se citan como infringidas, las cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 34: Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad... garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. (El énfasis es del demandante).

- o - o -

"Artículo 48: Facultad de la entidad licitante.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitantes decidiera ejercer la facultad de rechazo dispuesta en el presente artículo, después de encontrarse ejecutoriada dicha resolución."

En cuanto al concepto de la violación del artículo 34, la demandante alega que la Comisión Negociadora no le permitió al Grupo Arena Panamá, Inc., "efectuar los descargos correspondientes en torno a las supuestas situaciones que hacían riesgosa la contratación con la entidad estatal." Además, apunta: "Al existir solo la argumentación de los comisionados se desconocen el derecho y oportunidad de

nuestra mandante en contradecir las argumentaciones sin base que contra ella se hicieron.” (Ver foja 22).

En cuanto al artículo 48 de la Ley No. 56 de 1995, el demandante afirma que: “se tiene que si bien es cierto que la adjudicación definitiva del Acto de Licitación No. 04/2000, no estaba perfeccionada, la misma tenía autorización del Ministerio de Economía y Finanzas, coordinada con la Contraloría General de la República y la Directora General del Instituto Panameño de Turismo, todo esto bajo la Resolución de Gabinete No. 107 de 1 de noviembre de 2002, por lo que según el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, y artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 18 de 1996, se tenía que cumplir con el otorgamiento de la concesión...” Aunado a lo anterior, solicita que se le indemnice. (Ver foja 23).

IV. Contestación de la Procuraduría de la Administración:

Este Despacho, contrario a lo expuesto por el demandante estima que la decisión adoptada por el Instituto Panameño de Turismo, en virtud de la Resolución No. 20/2004 de 13 de febrero de 2004, es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, consideramos que la decisión de la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo, que se encuentra formalmente emitida a través de la Resolución que ahora se impugna, atiende a los principios contenidos en los numerales 2 y 4 del artículo 46, y en el artículo 48 de la Ley No. 56 de 1995, los cuales preceptúan lo siguiente:

“Artículo 46: Declaración de deserción.

...

2. Si las propuestas presentadas se consideran riesgosas, elevadas o gravosas.

...

4. En general, cuando se considere que las propuestas son contrarias al interés públicos..."

- o - o -

"Artículo 48: Facultad de la entidad licitante.

La entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses.

La facultad de rechazo podrá ejercerse, siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo dispuesta en el presente artículo, **después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.**

A su vez, la entidad licitante podrá ejecutar la fianza de propuesta, de darse incumplimiento por parte del adjudicatario." (El énfasis es nuestro).

Por consiguiente, consideramos que la decisión adoptada por el Instituto Panameño de Turismo atiende a los más altos intereses del Estado panameño, puesto que la oferta de la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., no brinda ningún tipo de seguridad para el cumplimiento de las obligaciones que emanen de la Licitación Pública No. 04/2000, por lo que resulta perjudicial para los intereses del Estado panameño en

relación con la privatización del Centro de Convenciones ATLAPA.

Es importante señalar que luego de que se presentará como única oferente la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., se procedió a conformar una Comisión Negociadora del Estado, integrada por el Ministerio de Economía y Finanzas, el Contralor General de la República, y el Gerente General del Instituto Panameño de Turismo, a fin de evaluar dicha propuesta.

Esta Comisión Evaluadora, luego de realizar los análisis pertinentes, determinó que:

1. La sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., ha presentado cambios internos en su composición accionaria, lo que deja en evidencia conflictos internos entre sus accionistas.

2. Estos cambios en la composición accionaria de la sociedad licitante, a pesar de tratarse de una persona jurídica, implica que sus dueños no son ya, respecto del acto de licitación pública en que participaron, aquellos que en caso de perfeccionarse el contrato, constituirían el grupo contraparte dueño de la empresa responsable de cumplir con las obligaciones frente al Estado.

3. La concesión no favorece los mejores intereses del Estado, debido a que se han otorgado dos años y medio de gracia al proponente; en consecuencia, el Estado no recibirá ingresos durante los mismos. Además, de que no se garantizan ingresos superiores a los ingresos mínimos exigidos.

Por consiguiente, somos del criterio, que la decisión adoptada por el Instituto Panameño de Turismo, y por el cual

se rechaza la propuesta efectuada por la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., se realiza conforme a los parámetros legales que regulan la contratación pública, y por la cual se admite, el rechazo de las propuestas, si las mismas se consideran riesgosas y contrarias al interés público.

En la propuesta de la sociedad Grupo Arena Panamá, S.A., se conjugan dos factores por los cuales, de manera fundada, la institución licitante ha declarado desierta la Licitación Pública No. 04/2000, toda vez que la propuesta es riesgosa y no atiende al interés público. La propuesta del Grupo Arena Panamá, Inc., es riesgosa para el Estado, ya que al experimentarse un cambio en la composición accionaria de esa sociedad, se producen variaciones importantes en aquél que se constituiría en contraparte del Estado panameño, quienes se encuentran llamados a ejercer la representación legal de la sociedad que pretende la concesión administrativa del Centro de Convenciones ATLAPA.

En relación con los cambios en la composición accionaria de la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., en el informe explicativo de conducta, rendido por la autoridad demandada, se expresa lo siguiente:

“Respecto a las consideraciones planteadas por la Comisión nombrada mediante el Decreto de Gabinete No. 107 de 1 de noviembre de 2002, en el sentido de que ‘La Sociedad ha presentado cambios internos en su composición accionaria, dejando en evidencia conflictos internos entre sus accionistas, por lo que consideramos que es un riesgo otorgar la concesión al GRUPO ARENA PANAMA, INC.’, encuentran asidero en la nota remitida con fecha 18 de febrero de 2003, por Moisés Levy,

accionista, Tatiana Padilla de Chiari, accionista y José Guillermo Chiari V., accionista que expresan que como suscriptores tenedores de las acciones emitidas y en circulación de la Sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., tomaron la decisión de renunciar a sus posiciones como directores y dignatarios de la sociedad y a la vez decidieron poner en venta su participación accionaria al resto de los socios, agregando que por esa razón no continuarían participando como socios del grupo Arena Panamá, Inc. Que además, los suscriptores de la nota señalada en el párrafo anterior, respecto al proyecto relativo a la concesión del Centro de Convenciones ATLAPA, solicitaban que se instruyera ‘... que toda la documentación aportada por los suscritos, para los efectos de la participación de la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., en la concesión del Centro de Convenciones ATLAPA nos sea devuelta a la brevedad posible o en su defecto, sea anulada en vista de nuestra renuncia a los cargos directivos de dicha sociedad. En todo caso, pedimos se deje constancia en el expediente relativo a la concesión indicada, que hemos decidido no seguir participando en la misma y que por tanto nuestros nombres, referencias, respaldo bancario, calificación técnica y cualquier documento aportado no debe ser utilizado para sustentar en modo alguno ninguna firma de contrato o concesión con el Estado para la administración del Centro de Convenciones ATLAPA.’” (Ver fojas 33 y 34).

Aunado a lo anterior, consideramos que la propuesta de la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., es contraria al interés público, en atención de que el Estado no percibirá ingresos por dos años y medio; además, de que no se garantizan ingresos superiores a los ingresos mínimos exigidos en la concesión. También no es posible soslayar, que la empresa no cuenta con la sustentación de respaldo, tal como se anota a foja 7, del expediente judicial.

Por lo expuesto, afirmamos que no se ha producido la alegada violación al artículo 34 de la Ley No. 38 de 2000, toda vez que la facultad de rechazar la propuesta efectuada por la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., se ha efectuado conforme a las facultades legales conferidas en el artículo 46 de la Ley No. 56 de 1995. No existe violación al debido proceso, ya que la institución licitante, posee la atribución legal para declarar desierto el acto de selección de contratista.

En cuanto a la supuesta infracción al artículo 48 de la Ley No. 56 de 1995, afirmamos que la misma no se produce, toda vez que la sociedad Grupo Arena Panamá, Inc., no obtuvo la adjudicación definitiva de dicha concesión, de manera que carece de todo fundamento jurídico, la indemnización que reclama, ya que la sola circunstancia de que haya sido elegida la propuesta del Grupo Arena Panamá, Inc., no le otorga ningún derecho, puesto que se encontraba en una etapa incipiente para la celebración de un probable contrato público, pero que no soportó los rigores del análisis de la Comisión Evaluadora nombrada para tales efectos.

En cuanto a la reclamación por daños y perjuicios, ésta únicamente se concedería si se hubiera verificado, la adjudicación definitiva a favor del Grupo Arena Panamá, Inc.; sin embargo, en el caso subjúdice, es un hecho cierto e incontrovertible, que ésta sociedad sólo ostentaba la calidad de proponente, la cual no le confiere el derecho para reclamar indemnización alguna.

En este punto citamos la sentencia de 7 de septiembre de 1999, emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema, en virtud de la cual se reconoció una indemnización porque ya se había formalizado el contrato de solicitud de precios; sin embargo, enfatizamos que en la situación bajo estudio, definitivamente **no** se produce. Esta sentencia en lo medular expresó:

“Lo anterior es así, toda vez que en efecto, si se observa el contenido del artículo 48 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, salta a la vista que prevé dos supuestos para una vez se verifique el acto de adjudicación que son: la formalización del contrato, o, recibir compensación por los gastos incurridos si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo dispuesta en esa disposición, después de encontrarse ejecutoriada la adjudicación. Contrario a lo que fue expuesto como fundamento para la expedición del acto acusado, la Sala es del criterio que en el caso bajo examen se configuró el primer supuesto, es decir, la formalización del contrato de Solicitud de Precios N°190 para la adquisición del servicio de Calibración y Reparación de Básculas del Ingenio Chiriquí, pues, como bien lo señala la firma recurrente, ésta se configuró una vez fue expedida la Orden de Compra N° 31061, y la existencia de esta orden se reconoce en la resolución que se acusa. Debe tenerse presente que la propia Ley por la cual se regula la contratación pública, prevé en el numeral 16 del artículo 3° sobre ‘Definiciones’, que la orden de compra es el documento que utilizan las entidades estatales, mediante el cual ‘se formaliza la relación contractual de una solicitud de precios’. Se acepta este cargo.”

Por las consideraciones expuestas, somos del criterio que no se configura la supuesta infracción al artículo 34 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, como tampoco al

artículo 48 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995; motivo por el cual solicitamos respetuosamente a Vuestra Honorable Sala que declare legal la Resolución No. 20/2004 de 13 de febrero de 2004, emitida por la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo.

IV. Derecho: Negamos el invocado por el demandante.

V. Pruebas: Aceptamos las copias debidamente autenticadas que guardan relación con el caso. Aducimos el expediente administrativo del Grupo Arena Panamá, Inc., el cual debe reposar en los archivos de la institución.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/8/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General