

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1732

Panamá, 14 de octubre de 2022

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Alegatos de conclusión.

Expediente 805592020.

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre y representación del **Consortio IDEL** conformado por las sociedades Innovación y Desarrollo Latinoamérica, S.A. e Innovación y Desarrollo Local, S.L., solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

Señor 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 de plena jurisdicción 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 **Consortio IDEL** en lo que respecta a su pretensión.

I. Antecedentes.

De acuerdo a lo anotado previamente, la información que consta en autos indica que el acto objeto de controversia es la **Resolución DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019**, por la cual el Órgano Ejecutivo, por conducto del **Ministerio de Ambiente**, decidió resolver administrativamente el Contrato de Servicios CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, celebrado con el **Consortio IDEL**, el cual está integrado por las empresas Innovación y Desarrollo Latinoamérica, S.A., e Innovación y Desarrollo Local, S.L.; e inhabilitarla por dos (2) años para participar en ningún acto de selección de contratista ni celebrar contratos con el Estado mientras dure la inhabilitación (Cfr. fojas 55-61 del expediente judicial).

Como apuntamos en su momento, al sustentar su pretensión y los cargos de infracción endilgados, la apoderada judicial de la actora señaló, en lo medular, que el acto acusado vulneró el **artículo 115 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006**, los **artículos 34-D y 974 del Código Civil**, y los **artículos 34 y 36 de Ley 38 de 31 de julio de 2000**, toda vez que habiendo avanzado en los trabajos de implantación estipulados en el Contrato de Servicios CC-14-CAF-2017 de 14 de diciembre de 2017, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2018, hasta que entró de manera agresiva, la época seca, la entidad demandada resolvió administrativamente el mismo, a pesar que el **Consortio IDEL** procedió a implementar todas las medidas de mitigación disponibles (uso de hidrogel, riego, etc.); y no se contaba con la ocurrencia del fenómeno meteorológico denominado “El Niño” que implica, un agravamiento de las condiciones secas y altas temperaturas propias de la época seca (Cfr. fojas 35-41 del expediente judicial).

II. Reiteración de los descargos de la Procuraduría de la Administración.

Tal como señalamos en la **Vista Número 684 de 21 de mayo de 2021**, contentiva de nuestra contestación de demanda, el 12 de mayo de 2017, el **Ministerio de Ambiente** publicó el Pliego de Cargos para la Licitación Pública Por Mejor Valor número 2017-1-08-0-02-LV-022603, denominada “*Servicio de Restauración / Reforestación de 1,275 hectáreas con Especies Forestales y Frutales, dentro del Programa PROCUENCAS y la Alianza por el Millón de Hectáreas en la Cuenca Hidrográfica del Río Grande*” (Cfr. fojas 55 y 181 del expediente judicial).

Conviene subrayar que el Pliego de Cargos, es claro al señalar que cada proponente deberá examinar cuidadosamente el contenido del mismo; y particularmente: “...**informarse acerca de todas las condiciones y detalles que puedan afectar la ejecución de la actividad objeto de este Acto Público y la oferta correspondiente...**”, y en caso de haber encontrado algún error, discrepancia u omisión que afectara directamente la calidad de los trabajos o que modificara su costo de ejecución, el contratista debía: “...*notificarlos inmediatamente a la Entidad Licitante para que esta haga las aclaraciones o correcciones necesarias antes del Acto Público...*”; **situación que no se dio en el presente caso** (Cfr. foja 17 del Pliego de Cargos).

Como si lo anterior no fuera poco, como señalamos en su momento, el Pliego de Cargos indicó expresamente que: *“La presentación de la Propuesta será indicativa de que el Proponente está informado del contenido del Pliego de Cargos,... Por lo tanto, **la Entidad Licitante rechazará cualquier reclamo que pretenda formular el Proponente o Contratista, fundamentado en el desconocimiento de tales documentos, tanto en el proceso de adjudicación del Contrato, como durante la ejecución del mismo.**”* (Cfr. foja 17 del Pliego de Cargos).

En relación a la supuesta ocurrencia de un *caso fortuito*, debemos reiterar que la literatura especializada, así como los foros y páginas de discusión en el internet son concordantes en señalar que el Fenómeno de El Niño - Oscilación Sur (ENOS) **es un patrón climático recurrente** que implica cambios en la temperatura de las aguas en la parte central y oriental del Pacífico tropical, que trastorna los patrones de precipitación tropical y circulación atmosférica; y que dicho evento cíclico **se presenta con periodicidad cada tres (3) a siete (7) años**, donde ciertas regiones del planeta reciben más precipitación de lo normal y otras sufren de déficit de lluvias.

Los anteriores conceptos, no hacen más que evidenciar que los argumentos ensayados por el actor, en el sentido que el Fenómeno del Niño, y, por consiguiente, sus efectos, son impredecibles, resulta a todas luces falso; máxime cuando éste se presenta como: *“...una empresa líder en Latinoamérica, que brinda un servicio innovador, de calidad y sostenible, a través de un equipo humano profesional...”*, y siendo que: *“En Panamá, tiene casi una década de brindar servicios de consultorías a entidades gubernamentales, a través de programas de fondos internacionales...”* (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

En este marco conceptual, aprovechamos esta oportunidad procesal para reiterar que el Contrato de Servicios CC-14-CAF-2017 de 17 de diciembre de 2017, estableció originalmente como su período de ejecución, el término de dieciocho (18) meses, a partir del día hábil siguiente a la entrega de la orden de proceder, lapso que fue modificado a través de la Adenda 2 suscrita el 31 de julio de 2019, extendiéndose a diecinueve (19) meses a partir de la orden de proceder; es decir, hasta el 15 de agosto de 2019; y los distintos entregables de la contratación fueron definidos como **Productos**,

cada uno de los cuales tenía la fecha en que debía ser presentado por el contratista ante la entidad contratante (Cfr. foja 125 del expediente judicial).

En este contexto, consideramos de suma relevancia subrayar lo expresado por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en la Resolución 113-2020-PLENO/TACP de 3 de septiembre de 2020 (Decisión), que resuelve el recurso de apelación contra el acto original, en lo que respecta a la entrega del Producto 3, cuando señala: **a) que para la fecha del Informe Técnico realizado por la entidad demandada el 27 de diciembre de 2018, habían transcurrido trescientos cuarenta y siete (347) días del contrato y del Producto 3, correspondiente al reporte de áreas restauradas o reforestadas de cada socio estratégico, el cual debía ser entregado a los cuatrocientos veinte días (420) días, es decir el 10 de marzo de 2019, y para los que faltaban escasos setenta y tres (73) días del total de ciento ochenta (180) días con los que, según el contrato, contaba el Consorcio IDEL contados a partir de la entrega del Producto 2; b) que el contratista remitió Nota IDEL-N-002-2019 de 3 de enero de 2019, a los trescientos cincuenta y cuatro (354) de los cuatrocientos veinte días (420) días para la entrega del Producto 3, en la cual solicitó adenda al contrato con la finalidad de retomar las actividades de plantación de árboles a partir del 15 de mayo de 2019; y c) que el 15 de enero de 2018, día uno (1) del término de entrega del Producto 3, sería durante la estación seca o verano, por ello pretender que transcurrido casi un (1) año desde el inicio de la ejecución del contrato, para manifestar que la plantación correspondiente al Producto 3, se vería afectada por la estación seca, no puede considerarse como caso fortuito o fuerza mayor, ya que contó con suficiente tiempo para presentar y sustentar oportunamente las razones por las que estimaba que el establecimiento del material vegetativo no debía realizarse durante ese período de tiempo previamente establecido en el contrato y no a escasos sesenta y seis (66) días para la fecha de entrega (Cfr. foja 126 del expediente judicial) (El resaltado es nuestro).**

Con esto queremos decir que: **“...no queda acreditado que el incumplimiento del Consorcio IDEL es atribuible a causas de fuerza mayor y caso fortuito, dado que la estación seca cada año se desarrolla durante los mismos meses, adicional a ello como se mencionó antes el consorcio contó con más de un (1) año para planificar, organizar y plantar el material**

vegetativo de forma tal que para la llegada de la estación seca la plantación estuviera establecida conforme los requerimientos del Producto 3...; por otra parte, el último Informe Técnico de Evaluación de las fincas, realizado por la entidad demandada el 17 de junio de 2019, advirtió múltiples inconsistencias e inobservancias a los requerimientos del Producto 3, especialmente cuando: ***“...la culminación de los servicios estaba pactada para el 15 de agosto de 2019 y en dicha fecha el consorcio no había finalizado la totalidad de los servicios contratados...”*** (Cfr. foja 128 del expediente judicial).

En lo que respecta a la supuesta negativa de los socios estratégicos a permitir las plantaciones dentro de sus fincas, debemos reiterar, que **esa conducta en ningún momento se constituyó en una causa que pudiera llegar a justificar el incumplimiento de las obligaciones del beneficiario del contrato**, pues conforme a lo establecido en el Pliego de Cargos, las Responsabilidades del Contratista son las siguientes:

“16. RESPONSABILIDADES

a) DEL CONTRATISTA

1) El contratista es responsable de iniciar, desarrollar y llevar a cabo todas las actividades que se encaminen a obtener el mejor resultado posible del documento a presentar.

2) El contratista es responsable de comprar o producir y el traslado de los plantones, insumos, materiales necesarios para el establecimiento de las modalidades establecidas en cada Plan de Trabajo de los socios estratégicos.

3) El contratista es responsable de la entrega de cada uno de los productos asociados con esta contratación y el cumplimiento de la meta de reforestación / restauración destinada dentro del área de influencia.”
(Cfr. foja 71 de los Términos de Referencia) (La negrita es de esta Procuraduría).

Hecha la anterior anotación; se colige con meridiana claridad que **el Consorcio IDEL le correspondía tomar las previsiones tendientes a llevar a buen término el contrato**; esto es, era quien tenía que obtener las *Cartas de Compromiso* por parte de los socios estratégicos, y en ese sentido, velar por el cumplimiento de las mismas; máxime que, ni dentro del período de homologación del contrato, ni previo a la firma del mismo; ninguno de los entonces proponentes estableció observación alguna en cuanto a la posibilidad de no obtener dichos documentos.

En otras palabras, de haber acontecido situaciones que imposibilitaran la ejecución, o el efectivo cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Servicios CC-14-CAF-2017 de

17 de diciembre de 2017, el demandante debió de haber puesto en conocimiento de la entidad contratante de dicha situación en las etapas procesales correspondientes conforme lo dispone la Cláusula Novena, y no a escasos días del vencimiento del plazo para la entrega del Producto 3, como quedó constatado.

Resumiendo lo planteado, este Despacho reitera que **el demandante no realizó ninguna gestión tendiente a verificar el cumplimiento de las notas suscritas con los socios estratégicos**; motivo por el cual, sustentar un incumplimiento, en una negativa a la cual no opuso resistencia alguna, aun teniendo documentos en virtud de los cuales se adquiriría el compromiso a permitir, no solo el paso, sino la plantación y demás actividades conexas, resulta no solamente cómodo de su parte; sino que además, pone de manifiesto una total ausencia de gestión de su parte, tendiente a, por un lado, que se verificara el cumplimiento del contenido de las *Cartas de Compromiso*, y, por otro lado, a cumplir con el objetivo de la contratación.

III. Actividad probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, consideramos pertinente destacar la nula efectividad de los medios ensayados por la apoderada judicial del **Consortio IDEL.**, para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción contencioso administrativa de plena jurisdicción.

En efecto, el Magistrado Sustanciador emitió el **Auto de Pruebas 51 de veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022)**, por medio del cual admitió como medios probatorios a favor del **Consortio IDEL**, las copias autenticadas de la Resolución DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019, y su acto confirmatorio, entre otros documentos acompañados con la demanda; y asimismo, no accedió a las pruebas testimoniales y de informes propuestas por la parte actora (Cfr. fojas 564-566 del expediente judicial).

Debido a su inconformidad con la decisión adoptada por el Sustanciador, el **Consortio IDEL**, a través de su apoderada judicial, interpuso un recurso de apelación ante el resto de los Magistrados que integran el Tribunal, quienes conforme a los criterios expuestos en la **Resolución de veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, modificaron el **Auto de Pruebas 51 de**

veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022), en el sentido de admitir los testimonios de Arnulfo Ojo, Belisario Ojo, Kennedix Pérez y Rey Pérez, las cuales fueron practicadas el 27 y 28 de septiembre de 2022 (Cfr. fojas 590-596 y 598 del expediente judicial).

En lo que respecta al caudal probatorio admitido a favor del recurrente, este Despacho es del criterio que los mismos **carecen de validez y utilidad para probar la veracidad de sus alegaciones, puesto que ha quedado evidenciado que los plazos estipulados para la entrega de los productos y los periodos en los que se desarrollaría el proyecto, eran de conocimiento del demandante desde el momento en que presentó su propuesta sobre la base de lo establecido en el Pliego de Cargos**; por tanto, partiendo de la premisa que el Consorcio IDEL cuenta vasta experiencia y con el personal técnico competente, éste debe conocer perfectamente los meses en los que se da la época de estación seca en el país; y no le debe resultar extraño, ni novedoso, un evento climático como lo es el *Fenómeno del Niño*; en ese sentido, alegar la ocurrencia de un caso fortuito bajo el contexto de lo preceptuado en el artículo 34-D del Código Civil, resulta jurídicamente improcedente en el caso que nos ocupa.

Como afirmamos en su momento, el accionante tenía la obligación informarse acerca de todas las condiciones y detalles que pudieran afectar la ejecución del proyecto, y solicitarle a la entidad demandada las aclaraciones o correcciones que fueran necesarias para cumplir con los términos estipulados en el Pliego de Cargos; incluso, tal como indicó el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en la Resolución 113-2020-PLENO/TACP de 3 de septiembre de 2020 (Decisión), confirmatoria del acto impugnado, el contratista sabía que la entrega del Producto 3 sería durante la estación seca, por ende, bien pudo programar e iniciar las plantaciones de forma anticipada o, en su defecto, solicitarle en tiempo oportuno al Ministerio de Ambiente las adecuaciones pertinentes de forma que se perfeccionara el objeto del contrato; de ahí que el Consorcio IDEL no puede alegar luego de transcurrido casi un (1) año desde el inicio del mismo, que el incumplimiento se debió por caso fortuito o fuerza mayor, cuando éste tenía pleno conocimiento de las condiciones del área donde se desarrollaría la actividad.

En este punto, este Despacho estima conveniente poner de relieve que el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**, además de analizar la existencia, o no, de la **conurrencia de un acto de fuerza mayor**; también realizó un análisis de la temporalidad u oportunidad de la solicitud de prórroga presentada por el hoy actor; pudiéndose determinar en ese sentido, la **extemporaneidad de la misma en razón del avance de los tiempos y la supuesta existencia de un hecho que podría traer como consecuencia la modificación de las condiciones originalmente pactadas**.

En abono a lo hasta ahora indicado, consideramos oportuno poner de manifiesto lo expresado por la entidad demandada en su informe explicativo de conducta, donde expone: **a) que no habían suficientes elementos para considerar una adenda por caso fortuito o fuerza mayor**, toda vez, que según los mismos informes meteorológicos anexos como sustentadores, **el Fenómeno del Niño estaría afectando la zona del pacífico en forma leve o moderada**, por lo que técnicamente si la empresa hubiera considerado las variantes regulares de la época seca o verano de la región, solo hubiera sido necesaria la aplicación de técnicas como la aplicación de hidrogel que hicieron las demás empresas, con el propósito de que sus plantaciones sobrevivieran a esta época del año; **b) que a la fecha de la solicitud presentada por el actor (3 de enero de 2019), la empresa debió haber realizado por lo menos en un 75% la implementación de los planes de finca de los socios estratégicos**, ya que la entrega del Producto 3, estaba pactada para el 8 de marzo de 2019; y **c) que las estaciones secas o de verano no son variables, las mismas se desarrollan todos los años durante los mismos meses**, lo que debió ser considerado por el Consorcio IDEL para planificar, organizar y plantar el material vegetativo (Cfr. foja 187 del expediente judicial).

Dicho de otro modo, **el demandante no ha presentado prueba idónea que desvirtué los hechos acreditados por la entidad demandada en sede gubernativa**, dado que no ha logrado demostrar la existencia de eventos imprevistos, que justifiquen su omisión, en cuanto a su obligación de restaurar y reforestar **1,275 hectáreas con especies forestales hectáreas en la Cuenca Hidrográfica del Río Grande**, de conformidad con lo estipulado en el Pliego de Cargos y el Contrato de Servicios CC-14-CAF-2017 de 17 de diciembre de 2017; en consecuencia, no ha podido

corroborarse que la invocación de inimputabilidad obedezcan a hechos que escapaban del control del contratista, como alega el recurrente en su demanda, por tanto, podemos afirmar que en el caso que nos ocupa, no hubo caso fortuito ni fuerza mayor, y que el incumplimiento al contrato suscrito entre el **Consortio IDEL** y el **Ministerio de Ambiente**, fue producto de la falta de gestión oportuna del primero en relación con la consecución de los objetivos y acuerdos convenidos.

Por otro lado, este Despacho advierte que a través de las pruebas testimoniales admitidas por el Tribunal, **el accionante pretende que en esta instancia judicial se aborden aspectos respecto a una serie de hechos que debieron ser comprobados en la esfera administrativa y que, por ende, debían ser analizados por la entidad demandada al momento de resolver el proceso**, en otras palabras, las declaraciones vertidas por los testigos responden a un trámite que debió ser discutido, desarrollado, evaluado y superado en la vía gubernativa, recordando que la Sala Tercera no constituye una tercera instancia; de ahí que el medio de convicción en referencia resulta ineficaz e inconducente para probar los argumentos del actor.

Al mismo tiempo, somos de la opinión que los testimonios practicados no deben ser tomados en consideración por el Tribunal, debido a que los declarantes al momento en que ocurrieron los hechos si bien se identificaron como socios estratégicos del proyecto, lo cierto es que fueron contratados por el **Consortio IDEL** para desempeñar funciones en otras fincas, situación que fue reconocida por Belisario Ojo, Kennedix Pérez y Rey Pérez; por consiguiente, dichas declaraciones devienen en sospechosas conforme lo establecido en el **artículo 909 (numerales 3 y 10) del Código Judicial**.

Las reflexiones anteriores nos permiten colegir, sin lugar a dudas, que en el negocio jurídico bajo examen, **la actividad probatoria de la accionante no logró relevar la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo acusado y acreditar de manera adecuada lo señalado por ésta en sustento de su pretensión; en consecuencia, no cumplió con el principio jurídico consagrado en el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien demanda a cumplir con el deber de aportar los correspondientes medios de convicción a fin de acreditar los argumentos de hechos y de Derecho alegados en el libelo.**

A título ilustrativo, el Tribunal mediante la **Resolución de trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)**, indicó en torno al tema lo que siguiente:

“De las normas supra citadas se colige, sin mayor reparo, que en el caso bajo estudio no se ha dado ninguna de las infracciones alegadas por la actora, más aun si obvió aportar al proceso cualquier medio de convicción que sirviera para desvirtuar el contenido de los actos administrativos impugnados, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial...

Al efecto, la Sala debe manifestar que **en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de ‘presunción de legalidad’ de los actos administrativos, según el cual, éstos se presumen legales o válidos, de modo que, quien afirme su ilegalidad, debe probarla plenamente** (Cfr. art. 15 del Código Civil). Sobre este conocido principio, el profesor y tratadista José Roberto Dromi nos ilustra de la siguiente forma:

‘La presunción de legalidad no es un medio de prueba; atañe a la carga de la prueba y fija una regla de inversión de la carga de la prueba. Ante actos absolutamente nulos, no hace falta acreditar la ilegitimidad, porque ellos no tienen presunción de legitimidad.

El principio de presunción de legalidad de los actos administrativos no significa un valor absoluto, menos aún indiscutible, pues por eso se la califica como presunción. La presunción de legitimidad es relativa y formalmente aparente. **La presunción de legitimidad de que goza el acto administrativo de que fue emitido conforme a derecho, no es absoluta, sino simple, pudiendo ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto controvierte el orden jurídico.**’ (DROMI, José Roberto. Citado por PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. 5ª Edición. Santa Fe de Bogotá. 1992. pág. 266).

Como quiera que la carga probatoria se encuentra asignada a la parte demandante, quien debe aportar al proceso las pruebas de los hechos que alega y, como en el presente caso..., no logró acreditar la supuesta violación de los principio de estricta legalidad y del debido proceso legal.

...” (Lo resaltado es nuestro).

Del precedente jurisprudencial antes citado, se infiere que **las partes son las que deben probar las consideraciones que le sean favorables, así pues, quien alega uno o varios supuestos de hecho, deberá probarlos por los medios de prueba idóneos, con la finalidad que el Tribunal pueda declarar la procedencia de la pretensión que demanda; situación que no se**

cumple en el caso bajo examen, pues la evidencia que reposa dentro del infolio resulta insuficiente para poder acreditar los argumentos en los que se fundamenta la actora.

En virtud de los planteamientos antes expuestos, somos del criterio que al analizar el expediente de marras, se hace palpable que el caudal probatorio inserto presta mérito suficiente como para negar todas las pretensiones de la demanda; motivo por el cual, **esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Resolución DM-0614-2019 de 4 de diciembre de 2019**, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, ni su acto confirmatorio, en consecuencia, que se nieguen las pretensiones de la recurrente.

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Anasiris A. Polo Arroyo
Secretaria General, Encargada