

30 de diciembre de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

Interpuesto por la firma Marré, Salvador, Bernal y Asociados en representación de **Servicios de Mantenimiento y Construcción, S.A. (SERMACO), Compañía de Ingenieros Asociados, S.A. (CODINASA), Grupo Corporativo GS, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°DS-MOP-DINAC-236-03 fechada 9 de marzo de 2004, dictada por el **Ministro de Obras Públicas** y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación de
la demanda**

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

Por este medio concurrimos ante ese Alto Tribunal de Justicia, con la finalidad de emitir formal contestación en la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, enunciada en el margen superior del presente escrito, conforme lo exige el artículo 5, numeral 2, de la Ley 38 de 2000, en los siguientes términos:

I. Peticiones de la parte demandante.

La apoderada judicial de la empresa demandante, ha solicitado a ese augusta Tribunal de Justicia que declare nula, por ilegal, la Resolución N°DS-MOP-DINAC-236-03 de 9 de marzo de 2004, expedida por el Ministro de Obras Públicas, mediante la cual se revoca la Resolución N°DS-MOP-DINAC-181-03 de 9 de septiembre de 2003, que adjudicaba a la sociedad

accidental Servicios de Mantenimiento y Construcción, S.A. (SERMACO)/ Compañía de Ingenieros Asociados, S.A. (CODINASA) / Grupo Corporativo GS, S.A. la licitación pública N°04-03. (Cf. f. 1 a 4)

Como consecuencia de lo anterior, ha solicitado a esa Corporación de Justicia que ordene al Ministro de Obras Públicas, se le adjudique la licitación pública 04-03 a la sociedad accidental que representa.

II. Los hechos u omisiones en que su fundamentó la acción, los contestamos así:

Primero: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Segundo: Éste, lo contestamos igual que el punto primero.

Tercero: Éste, constituye una alegación de la parte actora; por tanto, se tiene como tal.

Cuarto: Este hecho lo aceptamos; pues, así se desprende del contenido de la foja 5, del expediente judicial.

Quinto: Éste, lo contestamos igual que el punto cuarto.

Sexto: Ésta, es una alegación de la parte demandante; por tanto, se tiene como tal.

Séptimo: Este hecho lo aceptamos; pues, así se desprende del contenido de las fojas 12 y 13 del expediente judicial.

Octavo: Éste, tal como se encuentra redactado es una alegación de la parte actora; por tanto, se tiene como eso.

Noveno: Éste, lo contestamos igual que el punto octavo.

Décimo: Este hecho es cierto; pues, así se deduce de autos; por tanto, lo aceptamos.

Undécimo: Aceptamos que la empresa CBH Construcciones, S.A., presentó su recurso de reconsideración en contra de la Resolución N°DS-MOP-DINAC-181-03; puesto, que así se deduce de autos.

El resto, constituye una alegación de la parte demandante; por tanto, se tiene como tal.

Duodécimo: Ésta, es una apreciación subjetiva de la parte demandante; por tanto, se rechaza.

Décimo Tercero: Ésta, es una alegación de la parte demandante; por tanto, se rechaza.

Décimo Cuarto: Éste, lo contestamos igual que el punto décimo tercero.

Décimo Quinto: Éste, tal como se encuentra redactado es una alegación de la parte actora; por tanto, se tiene como eso.

III. Las disposiciones legales que la apoderada judicial de la empresa demandante considera infringidas y sus conceptos de violación, son las que a seguida se escriben:

A. La procuradora judicial de la recurrente, ha señalado como infringido el artículo 169 de la Ley 38 de 2000, el cual es del siguiente tenor literal:

"Artículo 169: Una vez interpuesto el recurso señalado en el artículo anterior, la autoridad de primera instancia dará en traslado el escrito del recurrente a la contraparte, por el término de cinco días hábiles, para que presente objeciones o se pronuncie sobre la pretensión del recurrente.

En el evento de que no exista contraparte en el proceso, la autoridad decidirá el recurso por lo que conste de autos, salvo que existan hechos o

puntos oscuros que resulten indispensables aclarar para efectos de la decisión que debe adoptarse, en cuyo caso la autoridad ordenará que se practiquen las pruebas conducentes a ese propósito, dentro de un término que no excederá de quince días hábiles."

Como concepto de la violación, la empresa demandante argumentó lo que a continuación se transcribe:

"Esta norma ha sido violada **DIRECTAMENTE POR OMISIÓN**, toda vez que el Ministro de Obras Públicas, al recibir el Recurso de Reconsideración presentado por la empresa **CBH CONSTRUCCIONES, S.A.**, debió dar traslado a todos los participantes, en especial a nuestros mandantes, a fin de que presentaran sus objeciones al respecto. El no ajustarse la Administración a los procedimientos y términos previstos en la Ley 38 del 31 de julio de 2000, violenta la garantía fundamental del debido proceso." (Cf. f. 54). (El resaltado es de la demandante).

B. La representante judicial de la actora estima como infringido el punto 5.3, denominado "Procedimiento de Evaluación", contenido en el Pliego de Cargos, el cual establece lo siguiente:

"5.3 Procedimiento de Evaluación. La información para evaluación solicitada en esta Licitación Pública (Capacidad Financiera, Personal Técnico y Declaración de Equipo Propio y/o alquilado) debe ser diferente a la solicitada.
En las Licitaciones Públicas No.3-03, 05-03 y 06-03, en caso de que el proponente participe en estas Licitaciones Públicas, debido a que estos proyectos se licitarán y ejecutarán simultáneamente.
En caso de que el proponente participe en dos o más proyectos o Licitaciones Públicas y repita la información para evaluación, solo se le tomará en cuenta

en el primer proyecto o Licitación Pública en que participó.”

Concepto de la violación.

“Esta norma ha sido **INTERPRETADA DE MANERA ERRÓNEA**, por parte del Ministro y Vice-Ministra, toda vez que según ellos la disposición en mención, debe aplicarse exclusivamente al adjudicatario, sin embargo la norma es clara, toda vez que es extensiva a los proponentes, más en ningún momento la norma hace alusión a los adjudicatarios, ni hace excepciones para su aplicación”. (Cf. f. 54)

C. La procuradora judicial de la recurrente ha señalado como infringido el punto 20.3, denominado “Análisis de las Propuestas”, contenido en el pliego de cargos, el cual expresa lo que a continuación se escribe:

“Las comisiones y las entidades contratantes deberán aplicar los criterios, requisitos o procedimientos enunciados en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de cargos y las especificaciones. En ningún momento podrá aplicar criterios distintos a los enunciados en el pliego de cargos.”

Concepto de la violación.

“La norma violada es clara al manifestar que no se pueden aplicar criterios diferentes a los enunciados en el pliego de cargos, no entendemos por que la Administración, aplica criterios distintos a los que ellos mismos han establecido en su pliego de cargos, en el caso que nos ocupa: **LA COSTUMBRE**, que según la Ley 38 del 31 de julio de 2000, no es aplicable... Si la Administración ha determinado deficiencias en sus normas aplicables a las licitaciones públicas, debió modificar los pliegos de cargos en vez de abiertamente violar sus parámetros de aplicación, lo que atentan abiertamente con la seguridad jurídica de aquellas empresas que de buena lid,

participan en actos públicos". (Cf. f. 55)

IV. La Procuraduría de la Administración contesta la demanda de la siguiente manera:

Antes de emitir nuestra opinión en el negocio sub júdice, queremos señalar que por mandato legal, nuestra intervención se encuentra limitada a la defensa del acto impugnado, por lo que cumpliremos estrictamente con lo que establece la ley.

Al examinar el caudal probatorio anexado al caso bajo estudio se observa que, el Ministerio de Obras Públicas convocó al acto público N° 04-03 para la rehabilitación de la carretera panamericana, 4to. Tramo: Guabalá-las Vueltas, sección IV (estación 394K + 660), Provincia de Chiriquí.

El pliego de cargos de la licitación pública estipuló que el precio oficial era de B/.3,558,210.50, y en dentro de las condiciones generales que se escogería la propuesta que tuviera el menor precio, si éste constituía el único parámetro de adjudicación, o al proponente que hubiese obtenido la mayor ponderación, de acuerdo a la metodología de ponderación señalada en el pliego de cargos.

El día 15 de abril de 2003, se dio el acto de apertura de sobres de las propuestas recibidas, entre los cuales se encontraban los siguientes proponentes:

1. Asfaltos Panameños, S.A.
2. Asociación accidental Servicios de Mantenimiento y Construcción, S.A. (SERMACO)/ Compañía de Ingenieros

Asociados, S.A. (CODINASA) / Grupo Corporativo GS,
S.A.

3. Río Piedra Candela, S.A.

4. Constructora Urbana, S.A.

5. CBH Construcciones, S.A.

Recibidas y analizadas las propuestas, la Comisión Técnica Evaluadora emitió su dictamen conforme a la metodología de ponderación, establecida en el pliego de cargos; cuyos factores y parámetros de valoración de las propuestas fueron el precio más bajo (80 puntos), capacidad financiera (6 puntos), experiencia de la empresa (2 puntos), experiencia del personal técnico (3 puntos), declaración de equipo propio y/o alquilado (9 puntos), representando un total de 100 puntos a evaluar.

Siendo así las cosas, la Comisión determinó que la propuesta presentada por la empresa Asociación Accidental: Servicios de Mantenimiento y Construcción, S.A. (SERMACO)/ Compañía de Ingenieros Asociados, S.A. (CODINASA) / Grupo Corporativo GS, S.A., obtuvo el mayor puntaje (90.62).

En cumplimiento de lo establecido en el pliego de cargos, la institución demandada entregó el dictamen de la Comisión Técnica Evaluadora a las empresas participantes, para que en un término de cinco (5) días hábiles efectuaran sus observaciones.

Las empresas Asfaltos Panameños, S.A. y CBH Construcciones, S.A., enviaron sus observaciones, las cuales fueron contestadas por los miembros de la Comisión mediante

nota s/n fechada 17 de junio de 2003, la cual en su parte medular señala lo siguiente:

“La Empresa ASFALTOS PANAMEÑOS menciona que las licitaciones 03-03, 05-03 y 06-03 se licitarán y ejecutarán simultáneamente y que en el Procedimiento de Evaluación no menciona la LP-04-03, le informamos que en el Punto 5, Subpunto 5.3 del Pliego de Cargos de la Licitación Pública 04-03 dice: ‘La información para evaluación solicitada en esta Licitación Pública... debe ser diferente a la solicitada en las Licitaciones Públicas Nº03-03, 05-03 y 06-03...’, por lo tanto si está incluido la LP-04-03.

...

Con respecto a las observaciones que hace la empresa **CBH Construcciones, S.A.**, a las recomendaciones de la Comisión Evaluadora de la Licitación Pública 04-03, le podemos informar lo siguiente:

En lo referente a la observación de que la Comisión no debió recomendar la adjudicación de esta licitación a una empresa en particular basándose en el artículo 42 de la Ley de Contrataciones, esta Comisión acoge la solicitud de CBH CONSTRUCCIONES y el punto E de RECOMENDACIONES del informe de Evaluación queda como sigue:

‘E. OBSRVACIONES Y RECOMENDACIONES

La Comisión Evaluadora, después de analizar la información presentada por los proponentes y basándose en los requerimientos establecidos en el PLIEGO DE CARGOS DE LA ‘REHABILITACIÓN DE LA CARRETERA PANAMERICANA, 4to. TRAMO: GUABALA - LAS VUELTAS, SECCIÓN IV (ESTACIÓN 394K+190 A ESTACION 409K + 660)’ Provincia de Chiriquí’, hace las siguientes observaciones:

Las Constructoras Asfaltos Panameños, S.A., Ríos Piedra Candela S.A. y CBH Construcciones, se le dieron 0 puntos en la Experiencia del Personal

Técnico y Declaración de Equipo porque repiten información suministrada en la Licitación Pública 03-03 y con fundamento en el Punto 5, Subpunto 5.3, Procedimiento de Evaluación del Capítulo III, Condiciones Especiales del Pliego de Cargos.'

Si bien es cierto que las licitaciones no se dieron a la misma hora, el Pliego de Cargo es claro al solicitar información diferente de las licitaciones LP 03-03, 05-03 y 06-03, porque los proyectos **se ejecutarán simultáneamente**. Las evaluaciones se realizaron en forma cronológica, por lo tanto, se consultó con la Comisión de la LP03-03, si la información se repetía y si se daba esto la LP-03-03, obtendría los puntajes, no así la LP-04-03." (El resaltado y subraya son de la Comisión)

En virtud de lo anterior, el Ministro de Obras Públicas mediante Resolución N°181-03 de 9 de septiembre de 2003, adjudicó la Licitación Pública N°04-03 a la Asociación Accidental: Servicios de Mantenimiento y Construcción, S.A. (SERMACO)/ Compañía de Ingenieros Asociados, S.A. (CODINASA) / Grupo Corporativo GS, S.A.; pues, obtuvo el mayor puntaje de ponderación.

Dentro del término de ley, la empresa CBH Construcciones, S.A., interpuso formal Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución N°181-03, el cual fue debidamente contestado por el Ministro de Obras Públicas; a través de la Resolución N°DS-MOP-DINAC-236-03 de 9 de marzo de 2004.

La entidad nominadora fundamentó su decisión en el hecho que, la empresa CBH Construcciones, S.A., jamás incurrió en lo estatuido en el punto 5, subpunto 5.3, denominado

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN, contenido en las condiciones especiales, el cual disponía que la empresa sólo podía ser descalificada si repetía el equipo y el personal siempre que el proponente participe en dos o más proyectos o licitaciones y las mismas se hayan licitado y ejecutado simultáneamente.

De suerte que, a juicio del señor Ministro, la Comisión Evaluadora al momento de calificar el equipo, el personal técnico y declaración de equipo, indicado en su propuesta, no debió asignarle el puntaje de 0 en su evaluación; de manera que, al presentar el precio más bajo y cumplir con los parámetros de evaluación, según la metodología establecida en el pliego de cargos, se concluyó con la revocatoria de la Resolución N° DS-MOP-DINAC-181-03, adjudicándole a la recurrente la Licitación Pública N°04-03.

Lo expuesto nos evidencia que, el señor Ministro de Obras Públicas cumplió con lo establecido en la Ley 56 de 1995 y el pliego de cargos; toda vez que, la empresa CBH Construcciones, S.A., al momento de participar en la Licitación Pública N° 04-03, no había resultado favorecida en los Actos Públicos N°03-03, N°05-03 y N°06-03.

En consecuencia, no existía impedimento alguno para que dentro de la Licitación Pública N°04-03, se tuviese en consideración la experiencia del mismo personal técnico y la declaración del equipo descrito en las propuestas presentadas en las Licitaciones N°03-03, N°05-03 y N°06-03.

Por otra parte, es importante indicar que la Ley 56 de 1995 tiene un procedimiento especialísimo, el cual permite a la administración pública tomar los correctivos necesarios,

para salvar los intereses de la Nación; por consiguiente, es inapropiado tener en consideración lo dispuesto en la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo general; toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 la misma es aplicable a todos los procesos administrativos, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas.

Es un hecho innegable que, las adjudicaciones de los actos públicos se perfeccionan con el refrendo de la Contraloría General de la República, tal como lo preceptúa el párrafo final del artículo 45 de la Ley 56, por ende, no es hasta esa fase que el acto se encuentra ejecutoriado. Éste dice así:

“Artículo 45. ... La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas. Sin embargo, las personas que se consideren agraviadas con la decisión, podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas de procedimiento fiscal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contencioso administrativa que corresponda.”

La Sala Tercera, en diversas ocasiones se ha pronunciado sobre el particular, de la siguiente manera:

Sentencia: 26 de abril de 1993.

“En relación a la transgresión (sic) aludida la Sala Tercera debe aclarar lo siguiente:
La empresa PLACE CONCORD INTERNACIONAL, S.A., había suscrito con la Dirección de Aeronáutica Civil un contrato de arrendamiento por un periodo de 5 años contados a partir del mes de septiembre de 1984.

Al vencimiento del contrato en el año 1989, la citada sociedad 'solicitó', a la Dirección de Aeronáutica Civil la renovación de este contrato. Acto seguido, la Junta Directiva de esta institución autorizó al Director General de la entidad para que previo el cumplimiento de los requisitos fiscales correspondientes celebrase el nuevo contrato.

Este contrato se confeccionó y fue distinguido con el número 150/89, y suscrito el 14 de septiembre de 1990. Sin embargo, el mismo no recibió el refrendo por parte de la Contraloría General de la Nación, por lo cual no se perfeccionó... (La subraya es de la Corte).

En efecto, si bien es cierto que Aeronáutica Civil había confeccionado el referido contrato, éste no podía tener efectos vinculantes hasta tanto recibiese el refrendo respectivo por parte de la Contraloría General de la Nación, tal como dispone el artículo 48 de la Ley 32 de 19784. (Orgánica de la Contraloría).

Este refrendo le fue negado al Contrato N°150/89 por lo que debemos concluir, que este contrato nunca se perfeccionó, y que finalmente la institución estatal decidió negar la renovación de la concesión para la empresa PLACE CONCORD INTERNACIONAL, S.A...

La Sala debe indicar al recurrente que tales violaciones no se han producido, en primer término porque el referido contrato, tal como hemos reiterado a todo lo largo de este análisis, no originó derechos y obligaciones o una vinculación jurídica entre las partes que le suscribieron, dado que no existió el concurso de todos los requisitos fundamentales del contrato. Debemos enfatizar al demandante que nos encontramos ante una contratación administrativa y no de orden privado, y que sin el refrendo o autorización del

mismo no hay perfeccionamiento del acto.

Y lo que es más importante, el contrato no es una norma legal o reglamentaria susceptible de ser infringida. Debemos recalcar que los actos administrativos son objeto del control de la legalidad, precisamente porque supuestamente vulneran disposiciones legales o reglamentarias y es por ello que el acto puede o no ser ilegal. (Confróntese artículos 16 y 28 de la Ley 33 de 1946)."

Sentencia 27 de enero de 2000.

"Antes de la intervención de los organismos de asesoría financiera señalados, no es posible entender que jurídicamente existe ejecutoriedad del acto porque no se han cumplido todas las etapas propias para su formación; tampoco existe su ejecutoriedad, que implicaría el obligatorio cumplimiento del acto, en este caso de adjudicación definitiva; de lo que se desprende que si se emite concepto no favorable a la prosecución del trámite contractual entre el Estado y el licitante, como ha ocurrido en el presente caso, el adjudicatario no puede alegar derechos a la formalización del contrato, ya que la adjudicación no se entiende ejecutoriada sin el correspondiente trámite de aprobación o autorización, y tampoco puede exigir compensación dineraria por los gastos incurridos en el proceso licitatorio."

Sentencia de 27 de enero de 2000.

"La Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre negocios jurídicos similares al ahora planteado por Importadora D.M.D., S.A., en los que mientras que no se cumplan los requisitos legales que concluyan el proceso precontractual entre éstas las aprobaciones o autorizaciones de los entes u organismos públicos exigidos por la Ley, no puede reputarse perfeccionada la fase de convocatoria del acto público que se trate, a pesar de mediar el acto de adjudicación

definitiva, aunque contra éste no se haya interpuesto dentro del término establecido las impugnaciones previstas por la Ley o el Reglamento respectivo."

A manera de conclusión, debemos manifestar que en el presente caso la entidad licitante acogió la propuesta que convenía a sus intereses, máxime si esa decisión no se dio en forma arbitraria, sino que medió una revisión del informe rendido por la Comisión Técnica Evaluadora, la cual evidenció que la empresa CBH Construcciones, S.A., cumplió con los requisitos exigidos en el pliego de cargos.

Es dable recordar que, la Ley 56 de 1995 en su artículo 48 faculta a la entidad licitante para aceptar o rechazar la propuesta, que más convenga a los intereses del Estado, siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público.

Por lo tanto, si la revisión del acto de adjudicación N°DS-MOP-DINAC-181-03 demostró que la empresa CBH Construcciones, S.A., presentó el precio más bajo (B/.3,195,797.00), cumplió con las condiciones generales y especiales contenidas en el pliego de cargos, y se dio previo a la ejecutoría del acto público, no existía razón alguna para que la autoridad nominadora rechazara su propuesta.

Por consiguiente, estimamos que, no se ha producido la violación del artículo 169 de la Ley 38 de 2000, ni los puntos 5.3 y 20.3 del Pliego de Cargos.

Pruebas: Aceptamos, solamente, los documentos originales y copias debidamente autenticadas, conforme lo dispone la ley.

Aducimos el expediente administrativo, el cual fue remitido por el Ministerio de Obras Públicas con su Informe de Conducta a la Secretaría de la Sala Tercera.

Señor Magistrado Presidente,

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

AMdeF/11/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General