

13 de abril de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Concepto.

El licenciado Emeterio Miller, en representación de **Constructora López, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°025FIS/Convenio 0007 de 1° de febrero de 2001 emitida por el **Presidente de la Junta Directiva del Fondo de Inversión Social, Ministro de Economía y Finanzas**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con el respeto que nos caracteriza, concurrimos ante el despacho a su cargo, con la finalidad de contestar la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

Nuestra intervención está debidamente fundamentada en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 38 de 2000, según el cual a esta Procuraduría le corresponde "intervenir en interés de la ley, en los procesos contencioso-administrativos de plena jurisdicción en los que se impugnen resoluciones que hayan decidido procesos en vía gubernativa, en los cuales haya habido controversia entre particulares por razón de sus propios intereses."

I. La pretensión.

La sociedad demandante solicita que vuestra Sala declare que es nula, por ilegal, la Resolución N°025FIS/CONVENIO 0007 de 1° de febrero de 2001, así como la Resolución N°53 de 3 de abril de 2001 ambas emitidas por el Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal del Fondo de Inversión Social, Su Excelencia Norberto Delgado, Ministro de Economía y Finanzas y en la cual se rechaza el Recurso de Reconsideración.

Esta Procuraduría se opone a las solicitudes incoadas en el libelo de la demanda, porque las mismas carecen de sustento legal.

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

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

Segundo a Sexto: Éstos no son hechos, sino argumentaciones esgrimidas por el abogado de la demandante, que negamos.

III. Las normas que se dicen infringidas y sus conceptos, son las que a seguidas se analizan:

a. Artículo 3, numeral 19, de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

"Artículo 3. Definiciones:

Para los fines de la presente Ley, las expresiones y voces siguientes tendrán los significados que en cada caso se consignan.

1...

19. Procedimiento de selección de contratista. Procedimiento administrativo por el cual el Estado, previa convocatoria, selecciona entre varias personas naturales o jurídicas, en igualdad

de oportunidades, la propuesta que reúne los requisitos que señalan la ley, los reglamentos y el pliego de cargos."

Concepto de la violación.

"La norma transcrita ha sido violada, ya que el funcionario que expidió el acto atacado obvió su aplicación para el presente caso, ya que en la Resolución No.025FIS/CONVENIO 007 (sic) de 1 de febrero de 2001 en contraposición a lo normado no se escoge en igualdad de oportunidades la mejor propuesta, es decir, la que reúne los requisitos que señala la ley y el pliego de cargos.

La omisión es tan clara y sustancial que no admite discusión alguna, puesto que además de no aplicar la norma al presente caso, le niega la interposición de los recursos ordinarios a nuestra representada como lo es el de Reconsideración, por lo que además de la conducta omisiva del funcionario que dictó el acto atacado, en cuanto a la selección de contratistas, según la norma citada, se vulnera el derecho de mi mandante a recurrir como tiene derecho a una instancia superior. Se ha dejado de aplicar el artículo 3 de la Ley 56 de 1995 para un caso como el presente que requería de su aplicación lo que ha influido en lo dispositivo de la Resolución recurrida." (Foja 10).

b. Artículo 9 de la Ley 56 de 1995.

"Artículo 9. Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes.

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos."

Concepto de la violación.

"Honorables Magistrados, el funcionario público que expidió el acto atacado mediante el presente Recurso yerra al dejar de aplicar la norma citada, puesto que conculcar los derechos de los proponentes y en especial el de mi representada en el sentido de que adjudica un Acto Público a un proponente que primeramente no es el de mejor precio, en segundo lugar no cumple con todos los requisitos del pliego de cargos, sin embargo, crea desigualdades jurídicas a favor de uno al descartar a unos (como fue el caso de mi representada) y calificar con puntaje bajo a otros que incurrieran en irregularidades similares o iguales a la que resultó ganadora según recomendación de la Comisión Evaluadora.

No puede ser que en un Estado de Derecho se permitan estas incongruencias, ya que la omisión de la aplicación de la norma al momento de dictar el Acto atacado, llevó a error al funcionario público encargado de expedirlo y dejó de aplicarse el artículo 9 de la Ley 56 de 1995 a un caso como el presente que requería de su aplicación lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la Resolución atacada por medio de la presente Demanda de Plena Jurisdicción." (Foja 11)

c. Artículo 12 de la Ley 56 de 1995.

"Artículo 12. Incapacidad legal para contratar.

Son inhábiles para participar en actos de selección de contratistas y celebrar contratos con las entidades públicas.

1. Las personas que hayan sido inhabilitadas para contratar, mientras dure la inhabilitación.
2. Los servidores públicos, quienes no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajan, cuando éstos sean lucrativos y de carácter ajeno al servicio que prestan.

3. Las personas a quienes se les haya resuelto administrativamente un contrato por incumplimiento culposo o doloso, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente Ley, mientras dure la inhabilitación.
4. Los servidores públicos y los particulares que intervengan, en cualquier forma, en la preparación, evaluación, adjudicación o celebración de la licitación, concurso o solicitud de precios.
5. Los deudores morosos con el Estado.
6. Los defraudadores del fisco."

Concepto de la violación.

"Tanto la Resolución No. 025FIS/CONVENIO 0007 de 1 de febrero de 2001 como la Resolución No. 53 de 3 de abril de 2001 ambas expedidas por el Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal del Fondo de Inversión Social han dado un alcance o sentido que se encuentra en contraposición a la letra y espíritu de la norma citada, esto es así, puesto que el yerro jurídico del funcionario de la referencia ocurre en la medida de que interpretando erróneamente la norma crea desigualdades para los proponentes, en especial mi representada.

Este apoderado judicial se dirige a la Sala con el único propósito, de que en estricto derecho se respeten las garantías consagradas en la Ley sobre Contratación Pública para los contratantes, y esto es así puesto que es deber del funcionario conocer la Ley, ya que existe una presunción '*iuris tantum*' a su favor, por lo que se le otorga una presunción de legalidad de sus actos, sin embargo, en el presente caso debe declararse ilegal el mismo, ya que se interpretó erróneamente el artículo 12 de la Ley 56 de 1995 en un caso como el presente que requería de su correcta aplicación lo que ha influido en lo dispositivo de la Resolución atacada." (Fs. 12)

d. Artículo 21 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

"Artículo 21. Deber de selección objetiva y justa.

Los funcionarios responsables deberán seleccionar al contratista en forma objetiva y justa. Es objetiva y justa la selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que ésta busca, con base en lo estipulado en pliego de cargos."

Concepto de la violación.

"La norma transcrita establece la obligación de la entidad contratante de seleccionar de manera justa y objetiva la propuesta que sea más favorable a la misma entidad, es decir, la que sea más favorable al Estado panameño que sea más favorable a lo que estipula el Pliego de Cargos, ésta obligación fue omitida por parte del funcionario que expidió el acto atacado mediante la presente demanda de plena jurisdicción, ya que la propuesta más favorable fue la de nuestra representada, pero la misma no fue ni siquiera tomada en cuenta al ser descartada, no fue evaluada, lo cual atenta contra la selección objetiva y justa de que trata la norma. Yerra el funcionario público de la referencia al no tomar en cuenta la propuesta de nuestra representada que cumplía con todos los requisitos del Pliego de Cargos y además, fue el segundo mejor precio, por lo que si se hubiera entrado de manera justa y objetiva a evaluar la misma hubiera obtenido un puntaje superior a la que fue decretada como la ganadora.

El funcionario público que dictó el acto atacado fue de forma directa el artículo 21 de la Ley 56 de 1995, por omisión, porque dejó de aplicar la norma a un caso como el presente que requería de su aplicación lo que ha influido en lo dispositivo de la Resolución atacada." (Fs. 13)

e. Artículo 60 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

"Artículo 60. Causales de nulidad absoluta.

Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar la licitación, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona."

Concepto de la violación.

"La norma consagra las causales de nulidad absoluta en los procesos de contratación por parte del Estado, la misma no fue tomada en cuenta al momento de proferir el Acto Público atacado por parte del funcionario encargado de expedirlo, ya que siendo que se tipifican las nulidades, debió advertir que se encontraba ante una al no tomar en cuenta la propuesta de mi representada, lo anterior es así, ya que la negligencia en declarar una nulidad cuando ha sido advertida por una de las partes, y es que, la misma fue advertida en nuestro Recurso de Reconsideración, mismo que fuera negado por la Resolución No. 53 de 3 de abril de 2001 por lo que se de el (sic) error jurídico por parte del funcionario al no aplicar una norma que debió aplicar al caso bajo examen, puesto que se hubiera llegado a declaraciones contrarias a las que se llegaron por medio de la Resolución o Acto atacado, ya que la nulidad para la contratación en el presente caso existe, toda vez que fue eliminada, descartada, aniquilada una propuesta sin evaluarla, lo que viola el derecho a que sea revisada la misma. Se dejó de aplicar el artículo 60 de la Ley 56 de 1995 para un caso como el presente que requería de su aplicación incurriéndose en violación directa por omisión del precitado artículo lo que influyó en lo

dispositivo de la Resolución atacada.”
(Fs. 14)

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Consta en Autos que el Fondo de Inversión Social llamó a Acto Público para la adjudicación del Proyecto No. 22377 para la “Rehabilitación y Ampliación de la Escuela Vista Hermosa”; No. 22378 para la “Rehabilitación de la Escuela Rubén Darío Carles”; No. 22379 para la “Rehabilitación y Ampliación de la Escuela de Llano Martín”, todos ubicados en el Distrito de Penonomé de Coclé.

En dicho Acto Público participaron las siguientes empresas, las cuales ofertaron los siguientes precios:

Empresas	Monto
Latinoamericana de Ingeniería Civil y Estructuras, S.A.	132,257.69
Constructora López, S.A.	133,060.18
Edificaciones y Acueductos del Istmo, S.A.	134,371.29
Inversiones Dianva, S.A.	134,937.66
Servicios y Construcciones Fan, S.A.	138,316.28
Ingeniería Santiago, S.A.	139,225.00
Construcciones Universales, S.A.	141,030.89
Corporación Internacional Arquín, S.A.	149,160.33
Cía. Gilán, S.A.	152,510.72
RMV Construction, S.A.	153,170.55
Servicios Jamarva, S.A.	155,114.69

Mediante el Informe Técnico del 15 de noviembre de 2000, la Comisión Evaluadora encargada de evaluar las propuestas presentadas en ese acto de selección de contratistas logró

determinar que la oferta presentada por la empresa **Latinoamericana de Ingeniería Civil y Estructuras, S.A.**, se encontraba en un 17.81% por debajo del precio oficial fue la oferta más baja; sin embargo, esa empresa no presentó referencias bancarias ni comerciales para ser cotejadas, razón por la cual solamente se le concedieron 85 puntos.

La propuesta de la empresa **Constructora López, S.A.**, que fue la segunda mejor oferta no fue evaluada en virtud que el monto total de su desglose de precios era por B/.133,060.19, mientras que el monto total de la propuesta era B/.133,060.18, reflejando una diferencia de B/.0.01 (centavo), razón por la cual dicha Comisión no la evaluó por considerarla una propuesta indeterminada.

La propuesta de la empresa Edificaciones y Acueductos del Istmo, S.A. que se encuentra en un 16.50% por debajo del precio oficial cumplió con todos los requisitos exigidos según el Pliego de Cargos y Especificaciones, razón por la cual se le concedió 98.90 puntos.

El Representante Legal del Fondo de Inversión Social (FIS) debidamente facultado para decidir sobre la selección de contratista procedió mediante la Resolución No. 025FIS/CONVENIO 0007 de 1 de febrero de 2001 a adjudicar la ejecución de los referidos proyectos a la empresa Edificaciones del Istmo, S.A., por un monto total de Ciento Treinta y Cuatro Mil Trescientos Setenta y Un balboas con 29/100 (B/.134,371.29), toda vez que esta propuesta representa los mejores intereses para el Estado.

Contra la Resolución 025FIS/CONVENIO 0007 de 1° de febrero de 2001, la sociedad Constructora López, S.A., interpuso Recurso de Reconsideración contra la decisión adoptada por la entidad contratante que dijo: "...no fue evaluada porque el monto de su desglose por B/.133,060.19 no corresponde al monto total de su oferta por B/.133,060.18, por lo tanto fue considerada como una propuesta indeterminada." También sustentaron el recurso en que otras ofertas fueron consideradas por la Comisión Evaluadora a pesar de tener el mismo error aritmético.

Una vez que se aprehendió el conocimiento del recurso indicado y luego del estudio del Pliego de Cargos y los expedientes que guardan relación con los referidos proyectos, se logró determinar que la oferta presentada por la empresa Constructora López, S.A., no fue oportunamente evaluada por la Comisión Evaluadora, por considerarla como una propuesta indeterminada; por tanto, con fundamento en el numeral 15, del artículo 17 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, en el que se faculta a la entidad contratante a sanear la gestión administrativa, se le ordenó a la Comisión Evaluadora se procediera a revisar lo actuado en ese acto público; concretamente, a evaluar la propuesta presentada por la sociedad Constructora López, S.A., toda vez que su actuación debió limitarse a indicar si la propuesta cumplía o no con los requisitos establecidos en el Pliego de Cargos.

Es importante destacar que la facultad para determinar si una propuesta es indeterminada o no, recae exclusivamente en la entidad contratante, una vez que la Comisión Evaluadora

haya rendido su informe tal como lo establece el punto 10.1.4 del Pliego de Cargos de los aludidos proyectos. De ello se colige que la actuación de la Comisión Evaluadora debe estar encaminada solamente a decidir si las propuestas que presentan las empresas en los actos públicos de selección de contratistas cumplen o no los puntajes que correspondan a cada una de ellas, conforme a los mecanismos establecidos según el Pliego de Cargos.

El Informe Técnico de 14 de marzo de 2001 de la Comisión Evaluadora refleja que se procedió a evaluar la propuesta presentada por la sociedad Constructora López, S.A., tomando en consideración los parámetros evaluativos establecidos en el Pliego de Cargos, logrando ésta determinar que la oferta que presentó esa empresa se encuentra en un 17.32% por debajo del precio oficial y que cumplió con todos los requisitos exigidos por el Pliego de Cargos, razón por la cual obtuvo 100 puntos, en su evaluación. Además presentó errores aritméticos.

Una vez cumplido el procedimiento de saneamiento administrativo por parte de la Comisión Evaluadora y conforme a la facultad otorgada por Ley, se puede observar que en la propuesta presentada por la empresa Constructora López, S.A., el monto total de su desglose de precios, no concuerda con el monto de la propuesta. Existe una diferencia de B/.0.01 (un centavo).

De conformidad con lo que establece el **Punto número 10.1.4 del Pliego de Cargos** "El monto total del desglose tiene que ser igual al monto total de la oferta **de lo**

contrario será considerada indeterminada y será rechazada por la entidad contratante una vez la Comisión Evaluadora haya rendido su informe." Igualmente el **numeral 9, del artículo 40 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995** es claro al establecer que **"la entidad contratante rechazará las propuestas** condicionadas, alternativas o **indeterminadas, una vez la Comisión de Evaluación haya rendido informe."**

Esa fue la razón por la que la entidad contratante consideró que la propuesta de la sociedad Constructora López, S.A., debía ser considerada indeterminada, porque el monto total del desglose no coincidía con el monto total de la propuesta, reflejándose una diferencia de B/0.01 (un centavo).

Siendo ello así, y una vez evaluados los argumentos que fueron presentados por la recurrente y el error aritmético, la entidad contratante decidió negar el recurso de reconsideración.

Nótese que la actuación del FIS fue ajustada a derecho, porque la misma aplicó el Punto número 10.1.4 del Pliego de Cargos y el artículo 40 de la Ley No. 56 de 27 diciembre de 1995.

Aunado a lo anterior, el FIS se remitió a lo establecido en los Puntos 10.1.2 y 10.1.3 del Pliego de Cargos, que dicen:

"10.1.2 Cuando en un renglón exista diferencia entre el precio unitario y el precio total prevalecerá el precio unitario para efectos comparativos solamente."

"10.1.3 El monto total que resulte de la corrección del punto anterior, es el que será considerado para el análisis de la propuesta pero no se podrá modificar la oferta."

Por su parte, el párrafo segundo del Punto 3 del Capítulo II, denominado Condiciones Especiales, dispone que **"de existir discrepancia entre el precio unitario y el total del renglón, prevalecerán los precios unitarios."**

La situación analizada en la vía gubernativa para resolver el Recurso de Reconsideración no ha variado y son precisamente esos mismos argumentos y esas disposiciones jurídicas las que le sirven de sustento al FIS para no adjudicar el acto público a Constructora López, S.A.

Lo expuesto evidencia que no se han vulnerado ninguna de las normas de la Ley 56 de 1995 invocadas por la sociedad demandante, por lo que solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan desestimar las pretensiones de la sociedad demandante y se declare la legalidad de la Resolución N° 025FIS/CONVENIO 0007 de 1° de febrero de 2001, así como de la Resolución N° 53 de 3 de abril de 2001 ambas emitidas por el Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal del Fondo de Inversión Social, Su Excelencia Norberto Delgado, Ministro de Economía y Finanzas.

Pruebas:

Aceptamos las aducidas junto con el libelo de la demanda, porque las mismas cumplen con las formalidades exigidas por el Código Judicial.

Aducimos como prueba de la Administración, el expediente administrativo que contiene toda la actuación que se surtió

en el Fondo de Inversión Social, el cual debe constar en los archivos de la institución contratante.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

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

AMdeF/5/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General