

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 958

Panamá, 23 de septiembre de 2009

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La firma forense De Obaldía & García De Paredes, en representación de **Admiral Coatings Company, Inc.**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo de adjudicación del contrato CMCA-181892-LJP para la licitación CC-07-02, limpieza, metalizado y pintura de compuertas, año fiscal 2007, así como la resolución ACP-FMC-RM07-P06-C181892-01 de 16 de enero de 2007 y que se hagan otras declaraciones.

**Alegato de
Conclusión.**

**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.

La presente controversia nace de la decisión adoptada por el oficial de contratos de la Sección de Administración de Contratos de Obras, División de Contratos de la Autoridad del Canal de Panamá, ingeniero Efraín Isaza, al adjudicar el contrato núm. CMCA-181892-LJP, correspondiente a la licitación CC-07-02, limpieza, metalizado y pintura de compuertas, año fiscal 2007, al Consorcio McGowen, S.A./Blastingmar, S.A., por la suma de B/.2,589,000.00.

Conforme consta en autos, el 15 de diciembre de 2006 la empresa Admiral Coatings Company, Inc., presentó protesta (impugnación) contra la adjudicación del mencionado contrato, la cual fue admitida el 19 de diciembre de 2006 e

identificada con el número ACP-FMC-P06-C181892-01. Cabe señalar, que la protesta fue acompañada de una fianza monetaria de protesta expedida a favor de la Autoridad del Canal de Panamá, por la suma de B/.100,000.00, tal como lo exige el reglamento de contrataciones de dicha entidad. (Cfr. fs. 2-9, 10 y 43 del expediente judicial, numeral 1 de la cláusula 4.28.88 del pliego de cargos).

Según observa este Despacho, el 16 de enero de 2007 el gerente de la División de Contratos de la Autoridad del Canal de Panamá emitió la resolución ACP-FMC-RM07-P06-C181892-01, mediante la cual resolvió la protesta presentada por Admiral Coatings Company, Inc. en contra de la adjudicación del contrato núm. CMCA-181892-LJP, señalando en dicha resolución que el oficial de contrataciones había cumplido con el proceso de calificación enunciado en la cláusula 4.28.68 del pliego de cargos y con fundamento en los artículos 45 y 46 del reglamento de contrataciones, tal como quedaron modificados por el acuerdo 48 de 7 de agosto de 2001 (Cfr. f. 17 del expediente judicial).

También se expone en la resolución ACP-FMC-RM07-P06-C181892-01, que la adjudicación del contrato fue conforme al proceso de licitación pública plasmado en el reglamento de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá, el cual establece la adjudicación del contrato al proponente calificado que presente el precio más bajo; razones que motivaron al gerente de la División de Contratos a declarar infundada la protesta presentada por la empresa Admiral Coatings Company, Inc., y, producto de ello, a devolver a dicha empresa la fianza monetaria de protesta consignada. (Cfr. f. 17 del expediente judicial).

Dentro de la acción contencioso administrativa que nos ocupa, la apoderada judicial de la parte actora ha señalado que el contrato CMCA-181892-LJP para la licitación CC-07-02, limpieza, metalizado y pintura de compuertas, año fiscal 2007, fue adjudicado a un proponente que no estaba calificado de conformidad con el reglamento de contrataciones de la Autoridad del Canal de

Panamá, por lo que solicita que el citado contrato le sea adjudicado a su mandante, la empresa Admiral Coatings Company, Inc. Aunado a ello, también solicita que se establezca la responsabilidad de la Autoridad del Canal de Panamá de pagarle la suma de B/.3,000,000.00, en concepto de daños y perjuicios por las acciones llevadas a cabo por dicha entidad. (Cfr. fs. 90 y 91 del expediente judicial).

Frente a las pretensiones antes expuestas, esta Procuraduría estima conveniente advertir, que el artículo 44 del reglamento de contrataciones de la Autoridad del Canal de Panamá dispone que los contratos de dicha entidad serán adjudicados únicamente a proponentes calificados, y de acuerdo con el artículo 45 del mismo texto reglamentario, un proponente se considera “calificado” si se determina que tiene la capacidad para ejecutar el contrato, por lo que sólo a partir del momento en que el oficial de contrataciones determina que el proponente se encuentra debidamente calificado, es que el contrato es adjudicado.

En ese sentido y según se desprende del informe de conducta remitido por el gerente de la División de Contratos de la Autoridad del Canal de Panamá al Magistrado Sustanciador, el oficial de contrataciones tiene la obligación de determinar si el proponente que presentó la propuesta con el precio más bajo es calificado y, para ello, podrá obtener y considerar todo tipo de información que le permita comprobarlo, es decir, que podrá solicitar toda la información que estime pertinente, así como trasladarse a las instalaciones del proponente, sin que el reglamento de contrataciones disponga un plazo para ello. (Cfr. f. 137 del expediente judicial).

Igualmente se señala en el mismo informe, que una vez que el oficial de contrataciones haya determinado que el proponente que presentó la propuesta más baja está calificado, deberá adjudicarle el contrato sin importar si el precio

propuesto es menor que el estimado por la Autoridad. (Cfr. f. 138 del expediente judicial).

De conformidad con lo señalado anteriormente, el oficial de contrataciones mediante memorándum de calificación FMCM (ML004) de 7 de diciembre de 2006, que contiene el proceso deliberativo, concluyó que el Consorcio McGowen, S.A./Blastingmar, S.A., se encontraba calificado para ejecutar el contrato CMCA-181892-LJP, ya que cada una de las empresas que componen el Consorcio habían presentado su documentación para evaluación, la cual cumplió con lo establecido en la cláusula 4.28.68 del pliego de cargos elaborado por la entidad contratante. (Cfr. f. 15 del expediente judicial).

En cuanto a la pretensión de la demandante dirigida a obtener una indemnización de B/.3,000,000.00 a cargo de la Autoridad del Canal de Panamá, para reparar los daños y perjuicios que alega le han sido ocasionados, este Despacho es del criterio que la misma resulta absolutamente contraria a lo que dispone el artículo 97 del reglamento de contrataciones, según el texto vigente a la fecha de la adjudicación del contrato CMCA-181892-LJP, puesto que el mismo de manera expresa establece que si se comprueba que la protesta presentada estaba debidamente fundamentada y si el contrato no tiene porción pendiente de ejecución o no se ordena su resolución, el afectado únicamente tendrá derecho al reembolso de los gastos comprobables y razonables en que haya incurrido por la presentación de la protesta. (Cfr. acuerdo 107 de 15 de diciembre de 2005, mediante el cual se modificó el artículo 97 del reglamento de contrataciones de la ACP).

Al efectuar un juicio valorativo de lo antes expuesto, para esta Procuraduría resulta infundado que la parte actora, Admiral Coatings Company, Inc., pretenda que la Autoridad del Canal de Panamá asuma el costo de una maquinaria y/o equipo pesado que decidió adquirir antes de conocer la decisión de la entidad

contratante con relación a la adjudicación del contrato CMCA-181892-LJP para la licitación CC-07-02, limpieza, metalizado y pintura de compuertas, año fiscal 2007.

En este sentido, resulta oportuno precisar que el propio pliego de cargos establecía en el literal d) de la cláusula 4.28.68, bajo el título “Equipos y Construcción”, que el contratista debía demostrar detalladamente la manera de cómo planeaba obtener, ya sea alquilando, comprando o de cualquier otra forma, las facilidades, equipos y otros recursos necesarios para realizar el proyecto, y de igual manera, le advertía que tenía que suministrar la información de los equipos a utilizar, describiendo su uso y detallando sus condiciones, capacidades y limitaciones de los equipos de limpieza, abrasivos, ventilación, deshumidificadores, compresores y de metalizado.

De lo anterior puede colegirse, que bajo ninguna circunstancia la entidad contratante obligaba a las empresas oferentes a adquirir equipo antes de la adjudicación del contrato, ya que de acuerdo con el pliego de cargos, durante la etapa de selección del contratista las empresas participantes únicamente tenían la obligación de describir la forma de adquisición del equipo que sería utilizado para llevar a cabo la obra, por lo que no resulta viable que la actora ahora pretenda trasladar a la Autoridad del Canal de Panamá el costo de unos equipos que no tenían porque haber sido adquiridos durante esa fase de la licitación.

Dentro de la etapa probatoria del presente proceso se practicaron nueve pruebas testimoniales, con las cuales la apoderada judicial de la parte actora intentó que los siete funcionarios de la Autoridad del Canal de Panamá que comparecieron a la práctica de dichas diligencias testimoniales manifestaran que el Consorcio McGowen, S.A./Blastingmar, S.A., no estaba calificado para ejecutar el contrato CMCA-181892-LJP correspondiente a la licitación CC-07-02, limpieza, metalizado y pintura de compuertas, año fiscal 2007, enfocándose para ello en preguntas que giraban entorno a documentación preliminar emitida por el equipo

de funcionarios de la Autoridad del Canal de Panamá que trabajó en la mencionada licitación junto con el oficial de contrataciones.

Para efectos de lo antes indicado, resulta importante destacar que cinco de tales testigos al declarar sobre la ejecución del contrato CMCA-181892-LJP, manifestaron ante ese Tribunal que dicho contrato se llegó a ejecutar satisfactoriamente, ya que el Consorcio tenía la capacidad y los recursos para ejecutarlo; con lo que se viene a confirmar que la calificación hecha por el oficial de contrataciones de hizo ajustada a los parámetros previstos por el reglamento de contrataciones de la Autoridad. (Cfr. f. 294 del expediente judicial).

Así, por ejemplo, al repreguntarle a la licenciada Dálida del Carmen Rodríguez de Lasso, supervisora especialista en contratos de la Sección de Administración de Contratos de Construcción, sobre la ejecución del contrato en mención, ésta señaló que “el contrato de limpieza y pintura de compuertas especificaba diferentes fases (fechas) de inicio y terminación de trabajos específicos. Algunas de estas fases tienen multa cuando el contratista no cumple. En este caso el consorcio cumplió a cabalidad y dentro de cada una de las fechas establecidas en el contrato. La evaluación que consta en nuestros archivos del desempeño del consorcio es satisfactoria”. (Cfr. f. 291 del expediente judicial).

En esa misma línea, el ingeniero Rogelio Robles, quien formó parte del equipo técnico que participó de la licitación CC-07-02, expresó con relación al trabajo de limpieza, metalizado y pintura de compuertas realizado en el año 2007 por el Consorcio McGowen, S.A./Blastingmar, S.A., que el contrato CMCA-181892-LJP concluyó satisfactoriamente a tiempo, con la calidad requerida en el pliego de cargos y sin inconvenientes. (Cfr. f. 287 del expediente judicial).

En cuanto a los testimonios rendidos por Harmodio Yuen Cerrud y Mario Dovo Rodríguez, debemos indicar que los mismos son sospechosos y manifiestamente ineficaces a la luz de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 909

del Código Judicial, toda vez que los prenombrados laboraban en la empresa demandante, Admiral Coatings Company, Inc., por lo que sus declaraciones no pueden considerarse como elementos determinantes para la debida comprobación de los planteamientos hechos por la parte actora.

Aunado a lo anterior, resulta pertinente indicar que la apoderada judicial de la parte actora utilizó ambas diligencias para que los testigos hicieran referencia a experiencias laborales que previamente habían tenido con la desaparecida Comisión del Canal de Panamá, poniendo en tela de duda que, en la actualidad, la Autoridad del Canal de Panamá cuente con un verdadero sistema de contrataciones, tesis que no resiste el menor examen, ya que de las constancias procesales que reposan en el expediente judicial se desprende que el oficial de contrataciones cumplió a cabalidad con el procedimiento establecido en el reglamento de contrataciones de la institución, lo que se hace aún más evidente con la correcta calificación que hizo dicho funcionario del Consorcio McGowen, S.A./Blastingmar, S.A., toda vez que la experiencia indica que el contrato CMCA-181892-LJP fue ejecutado satisfactoriamente por el citado consorcio.

Según se desprende de las pruebas testimoniales practicadas dentro del presente negocio jurídico, el Consorcio McGowen, S.A./Blastingmar, S.A., ejecutó el mencionado contrato, ajustándose en todo momento a los requerimientos de la entidad contratante y, tal como lo han manifestado los propios funcionarios de la Autoridad del Canal de Panamá, con un cumplimiento satisfactorio.

Finalmente debemos advertir, que luego de examinar las constancias procesales y de analizar los argumentos planteados en la demanda bajo estudio, puede advertirse que si la pretensión de la demandante consiste en que se declare la nulidad del acto de adjudicación de la licitación CC-07-02, a fin de que el contrato correspondiente le sea adjudicado a Admiral Coatings Company, Inc., lo cierto es que tal pretensión resulta inviable frente a la realidad que plantea el

hecho de que el contrato CMCA-181892-LJP fue ejecutado satisfactoriamente por el Consorcio McGowen, S.A./Blastingmar, S.A.; situación que da lugar a que en este proceso cobre existencia el fenómeno jurídico denominado sustracción de materia, cuyo efecto inmediato es que el proceso devenga sin objeto litigioso y, en consecuencia, deba estimarse extinguida la pretensión de la actora.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 3 de junio de 1991 ha definido la sustracción de materia como “el fenómeno mediante el cual el proceso deviene sin objeto. No es más que la extinción sobreviniente de la pretensión, como consecuencia de esa falta de objeto litigioso sobre el que debe recaer la decisión jurisdiccional decisoria de la litis...”.

Sobre la base de las consideraciones previamente anotadas, que nacen del examen objetivo de las constancias procesales, puede arribarse a la conclusión que la demanda de la parte actora carece de fundamento; por lo que esta Procuraduría reitera a los Honorables Magistrados su solicitud que se declare que **NO ES ILEGAL** el acto administrativo de adjudicación del contrato CMCA-181892-LJP para la licitación CC-07-02, limpieza, metalizado y pintura de compuertas, año fiscal 2007, y, en consecuencia, niegue el resto de las pretensiones, ó, en su defecto, se **DECLARE** que en el negocio jurídico bajo análisis ha operado el fenómeno jurídico de sustracción de materia.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General