

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 421

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 25 de octubre de 2013

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

Concepto

El Licenciado Julio Young, actuando en representación de **Quifar Internacional, S.A.**, solicita que se declaren nulas, por ilegales, la Resolución número 1136 de 27 de agosto de 2012, emitida por el **Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales** y la Resolución 004/2013- Decisión-Pleno/TAdCP de 21 de enero de 2013, dictada por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas** y que se hagan otras declaraciones.

Honorable 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 numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de emitir concepto en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, por razón de los intereses contrapuestos que existen entre la recurrente Quifar Internacional, S.A., y la sociedad Moderna Comercial, S.A.

I. Antecedentes del caso.

Según consta en autos, el 25 de julio de 2012 el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales llevó a cabo el acto público de selección de contratista número 2012-2-66-0-99-LV-003821, bajo la modalidad de licitación abreviada por mejor valor, para el suministro de 44,010 kilogramos de hipoclorito de calcio granular y 38,700 kilogramos de hipoclorito de calcio en pastilla de 3" de diámetro, para ser utilizado a nivel nacional (Cfr. foja 25 del expediente judicial) .

Luego de evaluadas las propuestas presentadas por los oferentes, la Comisión Evaluadora designada recomendó que se adjudicara el reglón número 1 de dicha licitación pública por mejor valor a la empresa Moderna Comercial, S.A., por lo que el Director Ejecutivo del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales emitió la Resolución número 1136 de 27 de agosto de 2012, acusada de ilegal (Cfr. fojas 25 y 26 del expediente judicial).

Como producto de lo anterior, la empresa Quifar Internacional, S.A., acudió en tiempo oportuno ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para interponer un recurso de impugnación en contra de esa decisión (Cfr. fojas 28 y 29 del expediente judicial).

Para esclarecer los hechos planteados por la impugnante, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ordenó la práctica de una prueba oficiosa, consistente en solicitarle a la Escuela de Química de la Facultad de Ciencias Naturales, Exactas y Tecnología de la Universidad de Panamá un informe técnico, en el que debía indicar si los certificados de calidad aportados por las empresas Moderna Comercial, S.A., y Quifar Internacional, S.A., anexos a sus propuestas reunían las condiciones descritas en la Norma Técnica ANSI/AWWA B202-02 Quicklime and Hydrated Lime (Cfr. fojas 30 y 31 del expediente judicial).

El Decano de esa facultad mediante nota FCNET-D-2657-12 de 22 de noviembre de 2012, envió al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas el informe requerido, en el que sólo se indicó que ninguna de las empresas había cumplido con lo establecido en la norma. A requerimiento de ese Tribunal Administrativo dicho informe fue ampliado el 13 de diciembre de ese año (Cfr. fojas 31 a 33 del expediente judicial).

Luego de estas actuaciones, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas emitió la Resolución 083/2012-TAdeCP de 28 de diciembre de 2012, por cuyo conducto declaró que la recomendación de la

Comisión Evaluadora que dio lugar a la adjudicación a la empresa Moderna Comercial, S.A., del acto de selección de contratista número 2012-2-66-0-99-LV-003821, era contraria a lo dispuesto en el pliego de cargos, y ordenó a dicha comisión que realizara un nuevo estudio de las propuestas; análisis en el que se concluyó que ninguna de las empresas participantes en la mencionada licitación pública había cumplido con la entrega de las certificaciones de calidad de los productos licitados (Cfr. fojas 34 y 35 del expediente judicial).

En atención al último dictamen de la Comisión Evaluadora descrito en el párrafo anterior, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas emitió la Resolución 004/2013-Decisión-Pleno/TAdCP de 21 de enero de 2013, también acusada de ilegal, a través de la cual revocó la adjudicación hecha por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales a la empresa Moderna Comercial, S.A., y a la vez, procedió a declarar desierto ese procedimiento de licitación abreviada por mejor valor (Cfr. fojas 27 a 38 del expediente judicial).

Frente a esta decisión la sociedad Quifar Internacional, S.A., ha acudido ante la Sala para interponer la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en estudio, con el objeto de que esa Corporación de Justicia declare nulas, por ilegales, las Resoluciones número 1136 de 27 de agosto de 2012, expedida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, y la 004/2013-Decisión-Pleno/TAdCP de 21 de enero de 2013, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Cfr. fojas 5 y 6 del expediente judicial).

II. Disposiciones legales que se aducen infringidas.

La demandante estima que los actos administrativos acusados infringen las siguientes normas de la Ley 22 de 27 de junio de 2006:

1. Los numerales 5 y 6 del artículo 18, los cuales establecen la necesidad de motivar en forma detallada y precisa, entre otros, los actos contractuales y la declaratoria de desierto; y que las autoridades no pueden actuar

con desviación de poder ni abuso de autoridad, debiendo ejercer su competencia únicamente para los fines establecidos en la Ley (Cfr. fojas 19 y 20 del expediente judicial);

2. Los numerales 10 y 11 del artículo 43 que, de manera respectiva, se refieren al deber que tiene la Comisión Evaluadora de verificar en el pliego de cargos de las licitaciones públicas por mejor valor, que los proponentes hayan cumplido con los requisitos exigidos; y de evaluar, utilizando la metodología de ponderación, cada una de las propuestas presentadas, lo cual debe quedar plasmado en un informe que debe ser rendido en un plazo máximo de 10 días hábiles, mismo que podrá ser prorrogado, por una sola vez, por 5 días hábiles, si la complejidad del acto lo amerita (Cfr. fojas 20 a 22 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la institución demandada.

Al sustentar la supuesta infracción de las normas invocadas, el apoderado judicial de la sociedad demandante, Quifar Internacional, S.A., argumenta que cuando emitió el informe sobre la evaluación de las propuestas de la mencionada licitación, la Comisión Evaluadora no explicó en detalle y de manera precisa las razones de hecho y de Derecho que le sirvieron de apoyo para recomendar al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales su descalificación de ese acto público, ya que en su dictamen solamente indicó que la empresa no cumplía con la entrega de la documentación obligatoria, lo cual, según alega, no es cierto, pues la misma se presentó de acuerdo con lo exigido en el pliego de cargos (Cfr. fojas 19 a 22 del expediente judicial).

Este Despacho observa que el apoderado judicial de la sociedad Quifar Internacional, S.A., ha solicitado a la Sala que declare la nulidad, por ilegal, de dos resoluciones, la primera identificada con el número 1136 de 27 de agosto de 2012, expedida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, y la otra, con

el número 004/2012-Decisión-Pleno/TAdCP de 21 de enero de 2013, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, las cuales aunque se encuentran estrechamente vinculadas entre sí, ya que esta última nació como producto del recurso de impugnación que la actora interpuso en contra de la decisión adoptada por la institución de adjudicar a Moderna Comercial, S.A., no puede obviarse el hecho de que ambas tienen efectos jurídicos distintos, por tal razón los cargos de infracción que aduce la recurrente se analizarán por separado.

En ese sentido, debemos señalar que al emitir la Resolución número 004/2012-Decisión-Pleno/TAdCP del 21 de enero de 2013, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas procedió a revocar la adjudicación hecha por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales a favor de la empresa Moderna Comercial, S.A., por lo que es evidente que con respecto a la Resolución 1136 de 2012 ha ocurrido el fenómeno jurídico denominado por la doctrina y la jurisprudencia como sustracción de materia, puesto que ha desaparecido el objeto litigioso.

La Sala mediante Sentencia de 21 de marzo de 2011, se pronunció en torno a esta figura jurídica en los siguientes términos:

“Examinadas las violaciones alegadas y los argumentos en que se sustentan, la Sala comparte los argumentos expuestos por la Procuradora de la Administración en la contestación de la demanda, que considera que en el presente caso ha operado el fenómeno jurídico de sustracción de materia, ante la imposibilidad del Tribunal de pronunciarse de manera efectiva en relación con la pretensión de la sociedad recurrente.

Lo anterior es así luego del análisis de las pruebas que adujo la Procuraduría de la Administración, entre las que se destaca la copia autenticada de la Resolución AN 2344-Elec de 5 de enero de 2009, dictada por el Administrador General de la Autoridad Nacional del Ambiente, ‘Por la cual se autoriza a la empresa REFORESTADORA CAÑAZA S.A., para que presente ante la Autoridad Nacional del Ambiente los documentos correspondientes para obtener la aprobación del Estudio de Impacto

Ambiental y el Contrato de Concesión de Aguas relativos al proyecto denominado Central Hidroeléctrica LA LAGUNA'. Asimismo figura la Resolución AN N° 2408-Elec de 3 de febrero de 2009, 'Por medio de la cual se declara terminado el procedimiento administrativo que guarda relación con la solicitud de MIFTA 26, INC., para la construcción y explotación del proyecto hidroeléctrico LA LAGUNA, se ordena la devolución de la garantía consignada y el archivo de todo lo actuado'. Ambas resoluciones fueron debidamente notificadas a los Representantes Legales de REFORESTADORA CAÑAZAS, S.A. y MIFTA 26, INC, respectivamente. (Cfr. fs.161 a 169 del expediente).

La Sala observa que de conformidad a lo así resuelto, ciertamente significa que el Acta de Cierre ANAELE-045-07 de 13 de diciembre de 2007 bajo examen, dejó de tener eficacia, y, por ende dejó de tener efectos jurídicos por desaparecer el objeto sobre el cual se refiere.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativo) administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE HA OPERADO EL FENÓMENO JURÍDICO DE SUSTRACCIÓN DE MATERIA dentro de la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la Lcda. ALMA L. CORTES en representación de REFORESTADORA CAÑAZAS, S.A." (La subraya es de esta Procuraduría).

En cuanto a los cargos de infracción que aduce la recurrente en contra de la resolución dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, esta Procuraduría se opone a tales planteamientos, ya que las constancias del expediente judicial demuestran que la sociedad Quifar Internacional, S.A., no cumplió con lo establecido en el numeral 18 del acápite 33 del pliego de cargos que sirvió de base en el acto de selección de contratista número 2012-2-66-0-99-AV-003821, puesto que la Escuela de Química de la Facultad de Ciencias Naturales, Exactas y Tecnología de la Universidad de Panamá, en su informe técnico ampliado, indicó que el certificado de calidad del producto licitado, denominado hipoclorito de calcio, aportado por esta empresa junto con su propuesta, no reunía las condiciones establecidas en la Norma Técnica

ANSI/AWWA B202-02 Quicklime and Hydrated Lime, pues, aunque es un documento emitido por una empresa certificadora debidamente acreditada, no cumple con la Norma NSF/ANSI 60 “Sobre los Productos Químicos en el Tratamiento del Agua (Consecuencia para la Salud)”, la cual exige que se garantice mediante pruebas las concentraciones de todas las impurezas consideradas como contaminantes en los reactivos utilizados para el tratamiento de agua potable (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

Para los efectos de sustentar nuestro criterio, consideramos oportuno señalar que el numeral 18 del acápite 33, del mencionado pliego de cargos, denominado “Requisitos Obligatorios”, el cual forma parte del Capítulo II “Condiciones Especiales”, establecía que las propuestas debían estar acompañadas con una certificación de calidad del hipoclorito de calcio que reuniera las condiciones señaladas en la Norma Técnica ANSI/AWWA B202-02 Quicklime and Hydrated Lime, la cual debía ser expedida por una empresa certificadora de calidad debidamente acreditada (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

Por otra parte, y sólo a manera de comentario, puesto que según hemos explicado en cuanto a este acto administrativo se ha producido la sustracción de materia, debemos observar que pese a que mediante la Resolución 1136 de 27 de agosto de 2012, el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales decidió adjudicar el acto de selección de contratista número 2012-2-66-0-99-LV-003821 a la empresa Moderna Comercial, S.A., lo cierto es que, el informe técnico en mención igualmente indica que la propuesta presentada por este postor tampoco observó lo dispuesto en el acápite 18 del artículo 33 del pliego de cargos, del Capítulo II denominado “Condiciones Especiales”, puesto que en éste se señala que el certificado de calidad que acompañó a su propuesta fue expedido por la misma empresa productora del hipoclorito de calcio, por lo que no puede convertirse en juez y parte (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

Lo antes expuesto permite arribar a la conclusión de que al resolver el recurso de impugnación promovido por Quifar Internacional, S.A., el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas cumplió adecuadamente con las normas de la Ley de Contrataciones Públicas, de manera particular con el artículo 43 que establece que la adjudicación de los actos públicos por mejor valor se hará al proponente que haya obtenido el mayor puntaje, según la metodología de ponderación especificada en el pliego de cargos, siempre que el mismo cumpla con los requisitos mínimos obligatorios requeridos en dicho documento.

Por lo tanto, como ninguna de las empresas proponentes cumplió con lo exigido en el numeral 18 del acápite 33, denominado “Requisitos Obligatorios”, del Capítulo II, “Condiciones Especiales”, del pliego de cargos que sirvió de base para el acto de selección de contratista número 2012-2-66-0-99-LV-003821, ese Tribunal Administrativo no podía tomar otra decisión que la de revocar la adjudicación que el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales había efectuado previamente a favor de la sociedad Moderna Comercial, S.A., mediante la Resolución 1136 de 27 de agosto de 2012, y proceder a declarar desierto ese acto público, tal como lo hizo en la Resolución 004/2013-Decisión-Pleno/TAdCP, que se acusa de ilegal, de tal suerte que, a juicio de este Despacho, el acto administrativo demandado no infringe los artículos 18 (numerales 5 y 6) y 43 (numerales 10 y 11) de la Ley 22 de 2006; por consiguiente, estimamos que los cargos de violación descritos en la demanda con sustento en las normas invocadas deben ser desestimados por la Sala.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Procuraduría de la Administración solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que en relación a la Resolución número 1136 del 27 de agosto de 2012, expedida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, se ha producido el fenómeno

jurídico denominado **SUSTRACCIÓN DE MATERIA**, y en cuanto a la Resolución número 004/2013-Decisión-Pleno/TAdCP de 21 de enero de 2013, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que la misma **NO ES ILEGAL** y, en consecuencia, pedimos se denieguen las demás pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Con el propósito que sea solicitado por la Sala e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso que nos ocupa, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 207-13