

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso
Administrativo
de Plena Jurisdicción.

Alegato de Conclusión.

Vista Número: 018

Panamá, 03 de enero de 2020

El Licenciado Gian Carlos Cruz, actuando en representación de la empresa **Lanco Medical Group. S.A.**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución 1056 de 23 de julio de 2018, emitida por el **Ministerio de Salud**, y 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 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 a la empresa **Lanco Medical Group. S.A.**, en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que se declare nula, por ilegal, la Resolución 1056 de 23 de julio de 2018, emitida por el **Ministerio de Salud**, mediante la cual se rechazó la propuesta y se canceló el acto público 2018-0-12-0-08-LP-023636, para la adquisición de "Dobesilato de Calcio 500 mg cápsula. ft.12089", publicada el 10 de agosto de 2018, en el portal de "panamacompra", quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 31-32 y 33 del expediente judicial).

Tal como lo indicamos en la Vista 941 de 9 de septiembre de 2019, las constancias procesales demuestran que la decisión adoptada por la entidad demandada, no infringe las disposiciones invocadas en la acción en estudio. Veamos:

Este Despacho se opone a la supuesta infracción de las normas citadas como infringidas, toda vez que los procedimientos realizados por el Ministerio de Salud, se encuentran dentro de los

parámetros establecidos en la Ley 1 de 10 de enero de 2001 y de manera supletoria por el Texto Único de la Ley 22 de 2006, vigente al momento de los hechos.

En este punto, es importante indicar que tal como lo ha manifestado la demandante, en el acto de licitación para la adquisición del medicamento "Dobesilato de Calcio 500 mg capsula, ft.12089", requerido por el Ministerio de Salud, se presentaron dos (2) propuestas por parte de las empresas **Reprico. S.A.**, y **Lanco Medical Group. S.A.**

Luego de la apertura de propuesta, el 7 de mayo de 2019, la empresa **Lanco Medical Group. S.A.**, presentó una observación, a la licitación pública 2018-0-12-0-08-LP-023636, en Departamento de Compras del Ministerio de Salud, en la cual señalaba que la declaración jurada de medida de retorsión, presentada por el proponente Reprico, S.A., era un modelo incompleto que no cumplía con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, además de no detallar el número correspondiente a la licitación pública (Cfr. nota de 7 de mayo de 2019, en el portal de "panamacompra").

En atención a la observación presentada por la sociedad **Lanco Medical Group.**, la empresa Reprico S.A., a través de la nota de 8 de mayo de 2018, indicó que el modelo presentado con la declaración jurada de retorsión, cumplía con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, y manifestó que ni en las condiciones especiales, ni en el pliego de cargo, se solicitaba que se plasmará el número de la licitación pública en la declaración de retorsión. Aunado, a qué en el acto de apertura de propuesta no se solicitó la subsanación del documento.

En ese mismo orden de ideas, el 10 de mayo de 2018, la proponente Reprico S.A., exteriorizó una serie de observaciones, contra la empresa **Lanco Medical Group S.A.**, indicando, entre otras cosas, que dicha empresa presentó una declaración jurada de medidas de retorsión que no se ajustaba a lo establecido a los numerales 2 y 3 del artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016 (Cfr. Nota de 10 de mayo de 2018, en el portal de "panamacompra").

Las observaciones realizadas por la empresa Reprico S.A., a la sociedad **Lanco Medical Group**, fueron las siguientes:

"Que la empresa Lanco Group S.A., presenta con su propuesta dentro del LP. N°2018-0-12-0-08-LP-023636 REQ 18-22458, fecha del acto 7 de mayo de

2018, por el suministro de : 2.575.728 cápsulas de Dobesilato de Calcio 500 mg, ft.12089, una DECLARACIÓN JURADA DE MEDIDAS DE RETORSIÓN que la misma no se ajusta a la Ley N°48 de 26 de Octubre de 2016 en su artículo 12 dentro de los puntos 2 y 3 de la misma la cual fue firmada en aquel fue firmada en aquel entonces por su representante legal el señor ANGEL ORESTE ORTIZ LÓPEZ, con cédula de identidad personal número E-8-124937.

Que posterior a la presentación de esta Declaración Jurada de Medidas de retorsión de esa fecha la empresa Lanco Group S.A., presenta una llamada subsanación de documento en la que cambian el contenido de los puntos 2 y 3 y aparece y aparece en esta ocasión como firmante de dicha Declaración la señora MARJORIE KARINA DELGADO, con cédula de identidad personal E-8-86639.

En observancia al tema de la subsanación ejercida por parte de la empresa Lanco Group S.A., es claro y evidente que los mismos han sido de fondo, en otras palabras podemos entender esto con la presentación de un documento nuevo dentro del acto de licitación pública desarrollado ante esta entidad gubernamental. Aducimos esta observación ya que el proponente solo podrá subsanar la documentación que fue aportada al momento de la recepción de propuesta, siempre y cuando la misma adolezca de algún defecto de forma. Entiéndase bien que el defecto de forma es aquel en el que algún documento presentado carezca de sellos, firmas o dato personal de los proponentes o de la entidad a la que va dirigida.

Como un tercer punto tenemos el tema del contenido del Poder de representación en el acto público de selección de contratista. En caso que la propuesta sea suscrita por persona distinta al representante legal del proponente, su representante deberá acreditar mediante original, copia cotejada, copia simple o copia digital, que cuente con poder especial, cuya firma debe estar autenticada por Notario Público o con poder general debidamente inscrito en el Registro Público de Panamá, con las facultades expresas para actuar como representante en el acto de selección” (Cfr. Nota de 10 de mayo de 2018, en el portal de “panamacompra”).

En ese mismo orden de ideas, observa este Despacho que la inconformidad de la empresa Reprico S.A., se da, como consecuencia, que la sociedad **Lanco Medical Group.**, solo podía subsanar la documentación que fue aportada al momento de la recepción de la propuesta, siempre y cuando la misma adoleciera de un defecto de forma, y no presentar documentos nuevos, con el denominado uso de la subsanación de documento.

Lo antes expuesto guarda relación con lo que se estableció en el pliego de cargo, en el punto de “Otras Condiciones Especiales” específicamente en el punto de “Documentos Subsanables”. Veamos:

“DOCUMENTOS SUBSANABLES. Se entiende por subsanación el término por medio del cual la Institución le otorga a los proponentes para que corrijan la información y/o documentación defectuosamente aportada, dentro del período establecido en el pliego de cargos. La documentación que no ha sido

aportada no podrá ser subsanada. Hasta tres (3) días hábiles posterior al acto de recepción de propuestas, el proponente podrá subsanar la documentación que fue aportada al momento de la recepción de propuesta, siempre y cuando la misma adolezca de algún defecto de forma. El proponente que posterior a los tres (3) días hábiles no ha subsanado los documentos, no será tomado en cuenta para la adjudicación (Cfr. portal electrónico de “panamacompra”).

Es evidente que en atención a todas estas inconsistencias presentadas luego de la apertura de propuesta, la Dirección de Medicamentos e Insumos para la Salud, a través de la Nota 980/DMIS/DECMIS de 28 de mayo de 2018, le indicará a la Dirección Nacional de Asesoría Legal, del Ministerio de Salud, que confeccionara la Resolución de Rechazo de Propuesta y Cancelación del acto público 2018-0-12-0-08-LP-023636, para la adquisición de “Dobesilato de Calcio 500 mg cápsula. ft.12089”, esto con la finalidad de realizar un nuevo acto público.

A través de la Nota 323/DMIS de 8 de junio de 2018, la Dirección Nacional de Asesoría Legal del Ministerio de Salud, sustentó en el numeral 12 del artículo 22 y el artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, la confección de la Resolución de rechazo y cancelación de la propuesta del acto público 2018-0-12-0-08-LP-023636, cuyo contenido literal es el siguiente:

“Artículo 22. Principio de economía. En cumplimiento de este principio se aplicarán los siguientes parámetros:

...
12. Si en el procedimiento de selección de contratista, quien convoque, presida los actos respectivos o elabore los contratos, advierta o se le advirtiera que se ha pretermitido algún requisito exigido por ley, sin que contra tal acto se hubiera interpuesto algún recurso por la vía gubernativa, deberá ordenar el cumplimiento del requisito omitido o la corrección de lo actuado...”

Bajo esta misma excerta legal el artículo 68 señala lo siguiente:

“Artículo 68. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público.

En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, la entidad puede rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.

Ejecutoriada la adjudicación del acto público, ésta obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera ejercer la facultad de rechazo de su oferta, sin haberse formalizado el contrato.

El adjudicatario está obligado a mantener su propuesta y a firmar el contrato respectivo, de no hacerlo dentro del tiempo establecido en el pliego de cargos, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta.

Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público quedará en estado de cancelación, salvo que el interesado haga uso del derecho de interponer el recurso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declare el rechazo de la propuesta."

De la norma transcrita, claramente, se puede inferir en el segundo párrafo, que existe la facultad de la entidad licitante de rechazar una propuesta sin que ésta haya recaído en una adjudicación, por lo tanto, es una potestad de la institución que le otorga la Ley de Contrataciones Pública a las entidades licitantes, para rechazar las propuestas presentadas en cualquier etapa de la contratación.

En el caso que nos ocupa, se debe prestar mayor relevancia, toda vez que lo requerido en el acto público, por la entidad demandante es un **medicamento**, lo cual constituye un producto necesario para un sector de la población y cuya responsabilidad del Estado recae en cumplir con su abastecimiento y distribución. En consecuencia, nos encontramos ante una causa de **interés social** cuya finalidad es el bienestar colectivo, de toda la población, por consiguiente, el Ministerio de Salud, contaba y cuenta con la potestad de adoptar determinadas decisiones que procuren preservar intereses relativos a la existencia del Estado, al bienestar y la seguridad general de sus conciudadanos.

Este acto administrativo emitido por el Ministerio de Salud de rechazar y cancelar la propuesta para la adquisición del medicamento, no se dio de manera arbitraria, este Despacho, una vez realizado un análisis a los documentos exhibidos en el portal de "panamacompra", y en el expediente judicial, que conforman el acto de licitación 2018-0-12-0-08-LP-023636, para la adquisición del medicamento "Dobesilato de Calcio 500 mg cápsula, ft.12089", nos podemos percatar que las dos (2) empresas que participaron en el acto de apertura de propuesta, presentaron observaciones por inconsistencias e incumplimiento de requisitos en la "Declaración Jurada sobre Medidas de Retorsión" figura que se encuentra regulada en el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de

octubre de 2016, que enuncia adjetivos para definir las características de aquellos Estados que mantengan prácticas discriminatorias. Veamos:

Artículo 12. Declaración Jurada de medida de retorsión. En los casos en que el Consejo de Gabinete disponga que entre las medidas de retorsión a aplicar se encuentren aquellas descritas en el numeral 4 del artículo 8, ninguna persona natural o jurídica, de Derecho Público o de otra índole, nacional del Estado que Discrimina, podrá participar, directa ni indirectamente por interpuesta persona, en un acto público o contratación pública, de carácter nacional o internacional, convocado por una entidad pública, que se celebre en la República de Panamá. Sin perjuicio de lo anterior, para participar en un acto público de selección de contratista o concurso de ofertas, toda persona natural o jurídica o de Derecho Público deberá presentar, conjuntamente con su oferta una declaración jurada suscrita por la propia persona interesada o por el representante legal en la cual se certifica que:

1. No es una persona natural de un Estado al que se le aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley, o una persona jurídica incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley.

2. No mantiene beneficiarios finales, directa o indirectamente, cuya nacionalidad sea de un país al que se le aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley, o una persona jurídica incorporada, domiciliara, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley.

3. No Actúa en representación de una persona natural de un Estado al que se le aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley o de una persona jurídica incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley.

4. En la ejecución de procedimiento de selección de contratista de que se trate y de las obligaciones dimanantes de éstas, el valor de los sueldos, bienes, servicios, obras públicas, arrendamientos, valores, títulos o fondos a proveer por parte de la persona natural o jurídica, de Derecho Público o de otra índole, correspondiente o cualquier combinación de éstos, provenientes de Estados a los cuales se le aplican medidas de retorsión conforme a la presente Ley, no supera el 10% de valor total del acto público o contratación pública de que se trate, o el 10% del valor anual de dicho acto público o contratación pública, si ésta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada periodo para el cual sea renovado o extendido.

Aquella persona natural o jurídica de Derecho Público o de otra índole que omita presentar la declaración jurada descrita en este artículo no tendrá derecho a ser favorecida con la adjudicación del acto público de selección de contratista en el que participa.

Quien presente una declaración jurada falsa sin perjuicio de las responsabilidades penales, será sancionado con una multa equivalente al 25% del valor total del acto público o contratación pública o del valor anual del acto público o contratación pública, si esta es de naturaleza renovable o recurrente. Dicha multa aumentara al doble, es decir 50%, en caso que quien presenta la declaración jurada falsa hubiera resultado favorecido con el acto público o la contratación pública. El monto de la multa le será descontado privativa y automáticamente por la entidad pública contratante de cualesquiera sumas o cuentas pendientes de pago por parte del Estado. Las multas impuestas serán notificadas a la Contraloría General de la Republica para el respectivo cobro por descuento, por el cual será consignado en el Fondo Especial de la Dirección General de Contrataciones Públicas. Esta sanción se impondrá luego del cumplimiento del Procedimiento Administrativo General.

Las personas que aporten información que permita corroborar que una certificación contiene información falsa serán beneficiadas con el 25% de la multa impuesta y efectivamente recuperada de la información facilitada por el denunciante." (Lo resaltado y subrayado es nuestro).

El artículo antes mencionado establece de manera detallada cuál es el contenido y los requisitos que debe llevar la declaración jurada sobre medidas de retorsión, en esa misma norma se indica que al no presentar este documento como lo establece la ley se podría privar a la persona natural o jurídica del derecho a ser favorecida con la adjudicación del acto público.

Cabe resaltar que el acto público 2018-0-12-0-08-LP-023636, para la adquisición de "Dobesilato de Calcio 500 mg cápsula. ft.12089", no fue adjudicado a ninguna empresa, esto considerando las observaciones realizadas por las empresas participantes de la licitación, por lo tanto, el Ministerio de Salud, en atención al artículo 68 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y el principio de transparencia que debe regir las contrataciones públicas, tenía la facultad de rechazar las propuestas presentadas, y cancelar el acto público.

El rechazo y la cancelación de la propuesta, efectuada por el Ministerio de Salud, se enmarca también en el artículo 23 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por el artículo 61 de la Ley 61 de 2017, el cual hace referencia al principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos señalando, entre otras cosas, que: aquellos servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratistas y en contratos, están obligados a **procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución de objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante**, por lo tanto, el servidor público tiene la obligación de cumplir lo establecido en la Ley y salvaguardar los intereses del Estado.

Contrario a lo señalado por el actor, el Ministerio de Salud, cumplió con los principios que consagra la contratación pública, como por ejemplo: el de transparencia, economía, responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, eficacia, eficiencia y debido proceso. Además que el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, le da la facultad a la entidad licitante **que si hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, podrá rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.** Es decir que, el acto acusado se sustentó y motivó en el artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, y el Ministerio de Salud, no vulneró ninguno de los artículos de la Ley de Contratación Pública, ni el artículo 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, indicados por el actor.

Actividad Probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, es necesario destacar **la nula o escasa efectividad de los medios ensayados por el demandante** para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción de plena jurisdicción.

Al respecto, la Sala Tercera emitió el Auto de Pruebas número 403 de 12 de noviembre de 2019, por medio del cual admitió a favor del demandante los documentos visibles a fojas 31, 32, 33, 34, 47 y 48 del expediente judicial (Cfr., foja 117 del expediente judicial).

Se admitió además, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el proceso objeto de estudio, aducida por la Procuraduría de la Administración (Cfr., foja 117 del expediente judicial).

En ese orden de ideas se observa que no fueron admitidas por el Tribunal, los documentos aportados por la parte actora, que constan a fojas 35 a 40 del expediente judicial, puesto que contravienen lo dispuesto en el artículo 833 del Código Judicial.

En atención a lo expuesto, somos de la convicción que en la acción objeto de análisis, la actividad probatoria del recurrente **no logró cumplir la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su**

pretensión; deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (el subrayado corresponde a la Sala).

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: ‘en las actuaciones administrativas se deben observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que ‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (La negrilla es nuestra).

En atención a las anteriores consideraciones, esta Procuraduría reitera a la Sala Tercera su solicitud respetuosa para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución 1056 de 23 de julio de 2018, emitida por el Ministerio de Salud, y por lo tanto, se desestimen las demás pretensiones del demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, Encargada