

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1117

Panamá, 9 de octubre de 2017

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

**Concepto de la Procuraduría de la
Administración.**

La firma forense Lacayo & Asociados, actuando en nombre y representación de la sociedad **Medicare Investment, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución DNC-460-2016-D.G. de 8 de agosto de 2016, emitida por el **Director General de la Caja de Seguro Social** y que se hagan otras declaraciones.

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

En cumplimiento de las funciones señaladas en el tercer párrafo del numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, de actuar en interés de la Ley, en los procesos en que haya existido controversias entre particulares, corresponde a la Procuraduría de la Administración comparecer ante esa instancia jurisdiccional con el fin de emitir concepto dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción enunciada al margen superior, ordenada en la Providencia de 22 de marzo de 2017, visible a foja 42 del presente expediente.

I. Disposiciones que se aducen infringidas.

La firma forense apoderada judicial de la sociedad demandante aduce la infracción de las siguientes disposiciones:

A. El Artículo 133, 137 y 142 de la Ley 1 de 10 de febrero de 2001, “Sobre Medicamentos y otros productos para la Salud Humana”; normas que se refiere a la formalización de la adjudicación del acto público; la indicación en el sentido que los actos de selección no admiten recurso en la vía gubernativa; y la

impugnación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. foja 8 a 12 del expediente judicial); y

B. El Artículo 68 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, “Que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones”; norma que se refiere a la adjudicación de las licitaciones públicas (Cfr. foja 16 a 17 del expediente judicial).

II. Antecedentes.

De acuerdo a lo que se desprende de autos, se observa que la Caja de Seguro Social realizó un acto público concerniente en la Licitación Pública de Precio Único 01-2015 (primera convocatoria), para la fijación de precios unitarios para el suministro, almacenamiento, transporte y entrega, según la necesidad, de medicamentos, medicamentos especiales: sustancias controladas y narcóticos, así como otros insumos que se establecieron en el pliego de cargo, sus adendas y anexos para los hospitales, policlínicas y demás lugares que establezca la Caja de Seguro Social a nivel nacional durante el término de doce (12) meses como mínimo que abarca el ejercicio de la vigencia fiscal y las extensiones de la vigencia, fundamentada en la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, Orgánica de la Caja de Seguro Social y en el Reglamento por medio del cual se regula el procedimiento de obras, suministro de bienes y prestación de servicios en general. (Cfr. foja 45 del expediente judicial).

En tal sentido, el acto público tenía como objetivo la adquisición de cuatrocientos veintidós (422) renglones, de los cuales al verificar las condiciones legales, técnicas, administrativas y financieras establecidas en el respectivo pliego de cargos, resultaron doscientos noventa y nueve (299) renglones adjudicables.

El proceso que ocupa la atención de la Honorable Sala en este momento, se relaciona al renglón 143 del referido acto público, para la adquisición del producto denominado dextrometorfano bromhidrato, 10mg/5ml jarabe, frasco, 120

ml., el cual tenía un precio de referencia unitario de cincuenta y ocho centésimos de balboa (B/.0.58). (Cfr. foja 46 del expediente judicial).

De acuerdo al Acta de Licitación Pública 01-2015 (I Convocatoria), consultable en el portal electrónico de PanamáCompras (2015-1-10-0-99-LP-1573059), se observa que el mismo se realizó el día 10 de junio de 2015. En la misma se puede constatar que para el renglón 143, hicieron propuestas el proveedor veintidós (22) **Medicare Investment, S.A.**, con un precio unitario de setenta y cinco centésimos de balboa (B/.0.75), y el proveedor veintitrés (23) Medipan, S.A., quien ofertó a un precio de unitario sesenta y ocho centésimos de balboa (B/.0.68).

A pesar que la empresa Medipan, S.A. ofertó un precio menor, al verificarse los requisitos documentales presentados por la proponente por el personal técnico idóneo en el objeto de la contratación, se determinó a través de un informe final de revisión:

“NO CUMPLE (SI SE AJUSTA A LA DESCRIPCIÓN DEL FOF, SIN EMBARGO EL NOMBRE COMERCIAL DEL PRODUCTO DESCRIBE SOLUCIÓN ORAL PEDIÁTRICA) (RENGLÓN UTILIZADO POR POBLACIÓN PEDIÁTRICA Y ADULTA Y EN NOMBRE COMERCIAL LIMITA EL USO) POR LO QUE NO CALIFICA SU USO EN LA INSTITUCIÓN”.

En tal sentido, mediante Resolución DNC-059-2016-D.G. de 2 de febrero de 2016, se adjudicó, entre otros, el renglón 143 al proveedor veintidós (22) **Medicare Investment, S.A.**, con un precio unitario de setenta y cinco centésimos de balboa (B/.0.75), la cual fue notificada mediante edicto DNC-010-2016 (Cfr. foja 74 y siguientes del expediente judicial).

Señala el informe de conducta, que a través de la Nota DNC-ATE-256-2016 de 22 de abril de 2016, la Asistente Técnica Ejecutiva de la Dirección Nacional de Compras y la Asistente Técnica Ejecutiva de la Dirección de Abastos, le

comunican a la Directora Nacional de Compras que en virtud del escrito presentado por la empresa Medipan, S.A., se evalúa la oferta de dicha empresa y se modifica el criterio emitido; toda vez que se describe que el nombre comercial del medicamento ofertado corresponde a **“Metorfano 10mg/5ml., solución oral, por lo que el producto se ajusta a la descripción del renglón y **CUMPLE** con lo solicitado por la Institución, el mismo puede ser utilizado en la población adulta y pediátrica.”** Agrega el informe respectivo, que mediante nota DNC-PU-800-2016 de 30 de mayo de 2016, la Directora Nacional de Compras solicita a la asistente de la Dirección Ejecutiva Nacional Legal en la Dirección Nacional de Compras, dejar sin efecto la Resolución DNC-059-2016-D.G. de 2 de febrero de 2016, en lo referente a la adjudicación del renglón 143 efectuada a la empresa **Medicare Investment, S.A.**, y en su defecto, adjudicar el mismo a la empresa Medipan, S.A., por el precio unitario sesenta y ocho centésimos de balboa (B/.0.68) (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

Mediante Resolución DNC-460-2016-D.G. de 8 de agosto de 2016, acto administrativo demandado a través de la presente acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción, el Director General de la Caja de Seguro Social, dispuso en la parte resolutive:

“ ...

RESUELVE:

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTO la Resolución **No. DNC-059-2016-D.G.** de 2 de agosto de 2016, en lo relativo a la adjudicación del Renglón No. 143 de la Licitación Pública de Precio Único No. 01-2015, celebrada el 10 de junio de 2016 a la empresa **MEDICARE INVESTMENT, S.A.** por el precio de B/.0.75, el cual se detalla a continuación:

RENLÓN	
143	DEXTROMETORFANO BROMHIDRATO, 10MG/5ML JARABE, FRASCO, 120 ML, V.O.

SEGUNDO: RECHAZAR la propuesta presentada por la empresa **MEDICARE INVESTMENT, S.A.**, para el Renglón No. 143 de la Licitación Pública de Precio Único No. 01-2015, celebrada el 10 de junio de 2016.

TERCERO: ADJUDICAR a la empresa **MEDIPAN, S.A.** el renglón No. 143 de la Licitación Pública de Precio Único No. 01-2015, para la **'FIJACIÓN DE PRECIOS UNITARIOS PARA EL SUMINISTRO, ALMACENAMIENTO, TRANSPORTE Y ENTREGA, SEGÚN LA NECESIDAD, DE MEDICAMENTOS, MEDICAMENTOS ESPECIALES: SUSTANCIAS CONTROLADAS Y NARCÓTICOS Y OTROS INSUMOS QUE SE ESTABLECIERON EN EL PLIEGO DE CARGO, SUS ADENDAS Y ANEXOS PARA LOS HOSPITALES, POLICLÍNICAS Y DE DEMÁS LUGARES QUE ESTABLEZCA LA CAJA DE SEGURO SOCIAL A NIVEL NACIONAL DURANTE EL TÉRMINO DE 12 MESES COMO MÍNIMO QUE ABARCA EL EJERCICIO DE LA VIGENCIA FISCAL Y LAS EXTENSIONES DE LA VIGENCIA'**, correspondiente al renglón 143 **'DEXTROMETORFANO BROMHIDRATO, 10MG/5ML JARABE, FRASCO, 120 ML, V.O.'** por un precio unitario de B/.0.68 para un monto total de **DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVENTA Y SIETE BALBOAS CON 28/100 (B/.277,097.28)**.

CUARTO: ADVERTIR al interesado que en contra de la presente resolución, no se admite recurso en vía gubernativa, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 137 y 142 de la Ley 1 de 10 de enero de 2011 Sobre Medicamentos y otros Productos para la Salud Humana y son impugnables ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

..." (Cfr. foja 31 a 35 del expediente judicial).

Mediante contrato 1000359469-08-12-D.G. (2015-1-10-0-99-LP-157305), suscrito el 31 de enero de 2017 entre el Director General Interino de la **Caja de Seguro Social** y el apoderado especial de la empresa Medipan, S.A., se acuerda el suministro de cuatrocientos siete mil cuatrocientos noventa y seis (407,496) unidades del medicamento dextrometorfano bromhidrato, 0.2% jarabe, Metorfano 10mg/5ml solución oral, renglón 143 a dicha entidad, por un total de doscientos setenta y siete mil noventa y siete balboas con veintiocho centésimos

(B/.277,097.28) a razón de un precio unitario sesenta y ocho centésimos de balboa (B/.0.68). Dicho contrato fue refrendado el 23 de marzo de 2017 por el Contralor General de la República (Cfr. fojas 92 a 97 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

La activadora en sede de legalidad considera que se han infringido las siguientes normas de la Ley 1 de 10 de febrero de 2001:

“Artículo 133. Formalización de la adjudicación. La adjudicación del acto público se hará mediante resolución motivada, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos de la propuesta favorecida, en concordancia con el pliego de cargos.

La adjudicación debe recaer en la oferta que resulte sostenida en la forma más conveniente del sistema de subasta de compras al menor precio o el sistema de presentación de sobre cerrado, dentro del grupo de los precalificados.

Opcionalmente, la Autoridad de Salud realizará las compras de medicamentos, equipos e insumos médico-quirúrgicos, al amparo de lo dispuesto en la Ley 56 de 1995, sobre contratación pública.”

De acuerdo a lo manifestado por la empresa demandante, esta norma ha sido infringida de manera omisiva, en razón que la adjudicación del acto público se realizará mediante resolución motivada, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos de la propuesta favorecida, en concordancia con el pliego de cargos, lo que según considera, no ocurrió en el acto que nos ocupa, y que posteriormente, luego de adjudicado el acto y estando en firme la Resolución DNC-059-2016-D.G de 2 de febrero de 2016, se encuentra en firme y ejecutoriada, la empresa Medipan S.A. presenta escrito de inconformidad en contra de la referida resolución (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Sobre este particular, la firma forense Rivera, Bolívar y Castañedas, que representa a la empresa Medipan, S.A., sostiene que:

“...contrario a lo que hemos venido indicando, que nuestro representado sí cumplió con los requisitos exigidos en el pliego de cargos.

Señala igualmente que estando la resolución de adjudicación en firme, se presenta el escrito de inconformidad, conculcando el derecho de **MEDICARE INVESTMENT, S.A.**, a la seguridad jurídica, pero tampoco explica a que se refiere ese supuesto derecho.

El escrito de inconformidad presentado por **MEDIPAN, S.A.**, está regulado en el **REGLAMENTO POR MEDIO DEL CUAL SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE OBRAS, SUMINISTRO DE BIENES Y PRESENTACIÓN DE SERVICIOS EN GENERAL**, en el artículo 80, es decir, el reglamento de la Ley No. 55 de 2005 que es la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social. Dicha inconformidad se presentó en tiempo oportuno y en virtud de la vulneración del derecho de MEDIPAN, S.A., a que no le fuera adjudicada la Licitación de Precio Único 01-2015 sin razón o explicación alguna.” (Cfr. foja 64 del expediente judicial).

Sobre este aspecto, la Procuraduría de la Administración considera que actualmente dentro del expediente judicial, no existe constancia alguna de las fechas en que se produce la notificación respectiva de la resolución de adjudicación del acto público consistente en la Licitación Pública 01-2015 (I Convocatoria), a efectos de verificar si la interposición de la inconformidad presentada por la empresa Medipan, S.A., se realizó dentro del plazo establecido en el artículo 86 del Reglamento por medio del cual se regula el procedimiento de obras, suministro de bienes y presentación de servicios en general, aprobado mediante Resolución 38,491-2006-J.D. de 21 de febrero de 2006, proferida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, la cual establece el procedimiento para la presentación de inconformidades. Señala la norma:

“Artículo 86. Del procedimiento de inconformidades. Todos los oferentes y contratistas que participen en actos de selección de contratistas de la CSS que consideren violado su derecho dentro de la esfera precontractual podrán presentar escrito de inconformidad cumpliendo el siguiente procedimiento:

1- El escrito de inconformidad podrá presentarlo el representante legal de la persona participante en el proceso de selección de contratista o mediante apoderado legal antes de ejecutoriado el acto de adjudicación cumpliendo las formalidades de Ley incluyendo la presentación en original del certificado de registro público, poderes, timbres, las pruebas y demás requisitos que soliciten en instructivos.

...” (Lo resaltado es nuestro).

El artículo 87 del referido Reglamento, establece la forma de efectuar las notificaciones correspondientes:

“Artículo 87. De las notificaciones. Todas las diligencias tendientes a notificar una resolución que decida el fondo de un acto de selección de contratista deberán ser ejecutadas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de emisión del acto administrativo.

Esta notificación será realizada por edicto visible en tablero de la CSS que deberá ser fijada por asesoría legal de la unidad de compras y abastos que realizó el acto público y un edicto en puerta en el domicilio legal de los participantes del referido acto. La notificación se entiende hecha a partir de la fijación del edicto en puerta de todos los oferentes.

El informe secretarial del funcionario notificador una vez culminado su gestión consignará el lugar, hora y fecha de la visita y fijación del edicto respectivo en el domicilio de los oferentes y su firma el cual deberá reposar en el expediente del acto respectivo.

Culminado el término anterior se entenderá por notificado y ejecutoriado el acto administrativo.”

En otro orden de ideas, la sociedad demandante considera infringido el artículo 137 y 142 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, que a la letra señala:

“Artículo 137. Recursos. Los actos unilaterales en materia de adquisición de medicamentos e insumos médico-quirúrgicos de las instituciones públicas de salud, sólo crean una mera expectativa para el oferente registrado. Los actos de selección no admiten recurso en vía gubernativa; no obstante, son impugnables ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.”

“Artículo 142. Impugnación. La adjudicación de los contratos de suministro no admite recurso por la vía gubernativa, y sólo es impugnabile ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.”

Las normas transcritas se estiman infringidas por comisión, toda vez que la demandante considera que ante actos públicos para la adquisición de medicamentos, no se admiten recursos por vía gubernativa, por lo que estima que la Caja de Seguro Social infringió estas normas al recibir la nota de inconformidad descrita anteriormente, el cual considera que no es más que: *“...una reconsideración disfrazada de nota, y sumado al hecho que la misma es extemporánea, por lo que consideramos que la Resolución No. DNC-460-2016-D.G. de 8 de agosto de 2016, fue emitida en abierta contravención de los artículos 137 y 142 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001.”* (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Por su parte, la sociedad Medipan, S.A., sostiene que la demandante no especifica en que fue una violación directa, incumpliendo de igual forma la obligación que tiene de citar y explicar por separado, las normas infringidas (Cfr. foja 65 y 66 del expediente judicial).

Por último, la activadora en sede de legalidad sostiene la infracción del artículo 68 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones, que a la letra señala:

“Artículo 68. Adjudicación. La adjudicación de las licitaciones públicas sobre disposición o adquisición de obras, bienes y servicios, se hará al proponente que haya propuesto el menor precio global, por renglón, precio unitario o único, subasta inversa o modalidad diferente, si este constituye el único parámetro de escogencia, siempre que la propuesta cumpla con todos los requisitos del pliego de cargo, a fin de salvaguardar los mejores intereses del asegurado.

La entidad hará público el precio oficial en los pliegos de cargos, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades de todos los oferentes.

En las licitaciones públicas que deban adjudicarse por vía de ponderación de factores, la adjudicación corresponde al proponente que haya obtenido la mayor ponderación y revele un puntaje mínimo de ochenta y cinco por ciento (85%) del total de la tabla de ponderación, de acuerdo con el procedimiento que se establezca en el pliego de cargos.

En caso del concurso, la adjudicación se hará al proponente que haya propuesto el menor precio siempre que sea igual o menor del precio oficial y que cumpla con un mínimo del ochenta y cinco por ciento (85%) de los requisitos establecidos en el pliego de cargos. El concurso deberá ser adjudicado en dos fases, cumpliendo los términos que estipule el reglamento.

Una vez cumplidas las formalidades legales establecidas en la Ley, el jefe de la entidad o el funcionario en quien se delegue mediante resolución motivada, adjudicará o declarará desierta dentro del periodo de validez de la oferta, la licitación pública o el concurso que exceda de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).

En aquellos actos que no superen la cuantía anterior, se entenderá adjudicado el acto con la entrega de la orden de compra o del contrato al proponente que resultó ser la propuesta que mejores intereses le representa a la entidad.

De igual manera, se notificará por escrito la declaratoria de desierta a todos los participantes de los actos que no superen cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).

La entidad podrá adjudicar un acto público convocado, aun cuando solo se presente una oferta en la primera convocatoria, siempre que la necesidad del bien, obra o servicio así lo requiera y la propuesta cumpla con los requisitos del pliego de cargos."

Se señala que la norma ha sido violada por omisión, toda vez que la empresa Medipan, S.A., independientemente de ofrecer un menor precio, aunque este sea el último parámetro a considerarse, se deben cumplir con todos los

requisitos, lo que en su opinión no ocurrió con el caso que nos ocupa, toda vez que dicha empresa luego de pasado el acto de licitación hizo correcciones luego de la adjudicación del renglón 143 del acto público por medio de la resolución DNC-059-2016-D.G. de 2 de febrero de 2016, la cual se encontraba en firme y ejecutoriada cuando fue revocada por la Resolución DNC-460-2016.D.G. de 8 de agosto de 2016, afectándola económicamente por la inversión realizada para cumplir con el compromiso adquirido (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

La firma forense que representa judicialmente a la empresa Medipan, S.A., señaló al respecto que la demandante omite indicar si la violación es directa, además de argumentar que presentó el Registro Sanitario y toda la documentación en debida forma para la Licitación de Precio Único 01-2015 (Cfr. foja 65 del expediente judicial).

Así las cosas, consideramos que dentro del presente proceso, se hace necesario acreditar diversos elementos que son fundamentales para determinar las pretensiones procesales de las partes.

El informe de conducta rendido por el Director General, Interino de la Caja de Seguro Social, señala que para la verificación del cumplimiento de los requisitos documentales por parte de los proponentes del acto público consistente en la Licitación de Precio Único 01-2015, el personal técnico idóneo en el objeto de la contratación designado por la entidad, al presentar el resultado final de la revisión, indicó que la empresa Medipan, S.A., que ofertó un precio menor, no cumplía con los parámetros (Cfr. foja 46 del expediente judicial).

De igual forma, se hace necesario determinar si la empresa Medipan, S.A., presentó en tiempo oportuno su escrito de inconformidad, al tenor de lo que establece la Resolución 38,491-2006-J.D. de 21 de febrero de 2006, proferida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, mediante el cual se aprueba el Reglamento por medio del cual se regula el procedimiento de obras, suministro de

bienes y presentación de servicios en general, situación que hubiese podido incidir en que las autoridades de la Caja de Seguro Social rechazaran la propuesta presentada por la empresa **Medicare Investment, S.A.**, a través del acto administrativo objeto de censura en sede de legalidad.

IV. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

Frente a los elementos de prueba aportados por las partes intervinientes, no tenemos certeza de diversos hechos que son fundamentales dentro del procedimiento administrativo realizado por la Caja de Seguro Social, relativo a la adjudicación del renglón 143 de Licitación de Precio Único 01-2015, los cuales pueden ser aportados dentro del período probatorio correspondiente.

Ante la falta de claridad, en esta oportunidad, a cerca de la legalidad o no de la Resolución DNC-460-2016-D.G. de 8 de agosto de 2016, emitida por el **Director General de la Caja de Seguro Social**, objeto de impugnación, el **concepto de la Procuraduría de la Administración queda reservado a lo que se establezca en la etapa probatoria.**

V. Pruebas: Aducimos como prueba de informe, a efectos que la Honorable Sala Tercera requiera a la Caja de Seguro Social, que informen lo siguiente:

1. Si de acuerdo al respectivo pliego de cargos, la omisión en la documentación señalada por la Comisión Verificadora en la adjudicación del renglón 143 de la Licitación de Precio Único 01-2015, podía ser subsanada, y en caso afirmativo, en que tiempo debía realizarse la misma.

2. Que informe la fecha en que se fijó el edicto de notificación de la resolución de adjudicación del renglón 143 de la Licitación de Precio Único 01-2015, en la puerta de los domicilios legales de las empresas Medicare Investment, S.A., y Medipan, S.A. En este caso, se sirva remitir copia autenticada del informe secretarial del funcionario notificador, a efectos de cumplir con lo preceptuado en

el artículo 87 del Reglamento por medio del cual se regula el procedimiento de obras, suministro de bienes y presentación de servicios en general de la Caja de Seguro Social.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 749-16