

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 275

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 14 de marzo de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La Licenciada Vilma De Luca Diez, **Pharma Supplies, Corp., S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 21-17 de 31 de julio de 2017, emitida por el Departamento de Compras del Patronato del **Hospital Materno Infantil José Domingo De Obaldía**, y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

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 descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se declare parcialmente nula, por ilegal, la Resolución 21-17 de 31 de julio de 2017.

Tal y como indicamos al momento de contestar la demanda, mediante la Resolución 21-17 de 31 de julio de 2017, dictada por el Departamento de Compras del Patronato del **Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía**, se resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

PRIMERO: Dejar sin efecto Resolución de adjudicación, número 69 del 16 de junio de 2017, toda vez que no se consideró nota emitida por el servicio en la que no indicó que el proveedor cumplía con lo solicitado sino que se solicitaba mayor información del proponente.

SEGUNDO: Rechazar la propuesta del proponente Pharma Supplies Corp., y cancelar acto número 2017-0-

12-119-04-CM-017303.” (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

Así las cosas, una vez agotada la vía gubernativa mediante la emisión del acto cuya legalidad se cuestiona, la recurrente, a través de su apoderada especial, interpuso una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en contra de la Resolución 21-17 de 31 de julio de 2017, la cual fundamentó, entre otras cosas, en lo siguiente:

“Concepto de la infracción: El Departamento de Compras del Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía/Ministerio de Salud, violó directamente por omisión la aplicación de esta norma rectora de la Ley 1 de 2001 antes señalada, al desconocer la prohibición expresa de que la revocación de oficio sólo puede hacerse hasta la adjudicación de un acto público, y proceder **cuarenta y ocho (48) días calendario posteriores a la fecha de adjudicación** de la Compra Menor Apremiante número 2017-0-12-119-04-CM-017303, a nuestro representado **a través de la Resolución 69 de 16 de junio de 2017, publicada en Portal Electrónico de Panamá Compra ese mismo día** (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Atendiendo al estadio procesal en el que nos encontramos, esta Procuraduría aprovecha para reiterar que **no le asiste la razón a la actora**, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por el **Departamento de Compras del Patronato del Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía**, al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, es contrario a Derecho, por supuestamente haber vulnerado las normas arriba mencionadas.

Al igual y como lo hicimos en su momento, debemos partir haciendo referencia al artículo 125 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 125. (Principio de Identidad). El principio de identidad entre la muestra ofertada y las condiciones especificadas en el pliego de cargos rigen durante el período convenido; no obstante, las instituciones públicas de salud se reservan el derecho de realizar ajustes técnicos o correctivos a las condiciones pactadas cuando hechos sobrevinientes **contrarios al interés público**, así lo requieran, salvando siempre la justa relación económico

financiera, y el justo reconocimiento de cualquier perjuicio que pudiera ocasionarse a las partes. **Corresponde a la Autoridad de Salud determinar los casos en que se vulnere el interés público.**” (El resaltado y subrayado es nuestro).

Por otro lado, el artículo 13 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, vigente al momento de la celebración del acto, establecía lo siguiente:

“Artículo 13. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

...
2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.” (El resaltado es nuestro).

De las normas transcritas, se observa que la satisfacción del interés público constituye uno de los elementos fundamentales de toda contratación pública, encontrándose ésta, en consecuencia, condicionada a que el servicio a prestar resulte idóneo en cuanto al fin que está supuesto a satisfacer.

En ese orden de ideas, mediante el aviso de convocatoria publicado el día 14 de junio de 2017, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “Panamá Compra”, así como en el tablero informativo de la entidad demandada, se hizo el llamado a los interesados a participar como proponentes en el acto público de Compra Menor Apremiante número 2017-0-12-119-04-CM-017303, para la compra de ALBUMINA HUMANA POBRE EN SODIO 20% I.V., requisición número 2017-263, con precio de referencia quince mil seiscientos balboas (B/.15,600.00) (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

Dentro del acto público al que arriba hacemos mención, se presentó, como único proponente, la empresa **Pharma Supplies Corp.**, que ofertó el producto requerido, por la suma de ocho mil cuatrocientos noventa balboas (B/.8,490.00), por lo que se procedió a verificar la propuesta recibida, y se envió a la unidad de servicio para la correspondiente evaluación (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

Visto lo anterior, la entidad demanda través de su informe de conducta, indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“La Jefatura del Departamento de Compras, en consideración que la cotizadora que estaba trabajando el expediente se encontraba para la fecha 16/6/2017, en tiempo compensatorio, se reasigna el trámite para dar cumplimiento a lo solicitado por la Unidad de Servicio; pero **por error involuntario**, se adjudica mediante Resolución 69 de 16 de junio de 2017, **cuando lo que procedía era declarar desierto**, por lo que se presume que la nueva cotizadora no advirtió la condición real del expediente, ocasionando que se suscitara el error.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, y luego de una recomendación de la Jefatura del Departamento de Farmacia, la Jefatura del Departamento de Compras confeccionó la Resolución 21-17 de 31 de julio de 2017, a través de la cual se dispuso dejar sin efecto la Resolución de Adjudicación 69 de 16 de junio de 2017 (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

Cabe mencionar, que la recomendación a la que se hace alusión en el párrafo que antecede por parte de la Jefatura del Departamento de Farmacia, surgió producto de una consulta que le formulara la Supervisora del Departamento de Compras, en el sentido siguiente:

“Buenas tardes licdo. Debido a los cuidados que implica la utilización de Productos biológicos, recomienda solicitar información al proponente relacionada a la siguiente observación en el prospecto de información del usuario:

Los procedimientos de inactivación/eliminación pueden tener un valor limitado para virus no envueltos tales como parvovirus B19 y otros agentes infecciosos transmisibles.

Hacemos esta solicitud con la finalidad de aclarar la interrogante que genera esta observación, ya que su utilización pueda darse bajo criterios de seguridad para los pacientes y funcionarios de salud relacionados al proceso de prescripción y administración.

Agradecemos su valiosa y pronta respuesta; ya que este acto fue tramitado apremiante” (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

A la consulta arriba formulada, se le dió respuesta en el siguiente contexto:

“La Jefatura del Departamento de Farmacia, debido a los cuidados que implica la utilización de Productos biológicos, principalmente en la población pediátrica, recomienda anular la compra apremiante de Albúmina humana pobre en sodio 20%, hasta que se cuente con toda la información necesaria para emitir un criterio.

Hacemos esta solicitud en base a recomendaciones del Comité de Farmacoterapéutica de este nosocomio.” (El resaltado y el subrayado es nuestro) (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

De lo arriba se desprende, que nos encontramos ante un caso en donde estamos hablando de vidas humanas, y como se indica en el fragmento transcrito, **principalmente en la población pediátrica**, condiciones que justifican, que ante una insuficiencia en cuanto a la información requerida, así como de las propiedades un producto biológico que al final estaría siendo administrado a personas, se proceda con su suspensión, **hasta tanto se cuente con los valores y las condiciones que garanticen la seguridad en lo que respecta a su prescripción y/o utilización.**

En otro orden de ideas, deseamos hacer especial énfasis en el siguiente fragmento del informe de conducta suscrito por la entidad demandada:

“...pero **por error involuntario**, se adjudica mediante Resolución 69 de 16 de junio de 2017, **cuando lo que procedía era declarar desierto...**” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

Lo anterior permite observar, que si bien el acto público de selección de contratista, identificado con el número 2017-0-12-119-04-CM-017303, le fue adjudicado a la hoy actora, el mismo se dio bajo la base un *error*, lo cual, trae como consecuencia, la nulidad de la adjudicación.

Como fundamento de lo arriba expuesto, debemos partir del hecho que nos encontramos ante un contrato.

Al ser esto así, el artículo 1112 del Código Civil, establece lo siguiente en relación a los mismos:

“Artículo 1112. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. **Consentimiento de los contratantes**
2. Objeto cierto que sea materia del contrato
3. Causa de la obligación que se establezca”.

De la norma transcrita, se desprende que uno de los elementos esenciales del contrato es *el consentimiento* de las partes, elemento, que en el caso que nos ocupa, se encontraba viciado, producto del error involuntario al que ya previamente hemos hecho referencia.

Pero, ¿Que es el Consentimiento? Por un lado, el consentimiento puede definirse como el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa, y la causa que han de constituir el contrato.

Por otro lado, podríamos indicar que el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones, y de actos complejos, que no solo denotan la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, **sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer.**

En este orden de ideas, si bien el acto de adjudicación pudiera interpretarse, precisamente, como esa concurrencia de voluntades; la unificación en un solo querer por parte del Estado, **se dio sobre la base de un escenario que no correspondía a la realidad**; ya que, como se indica en el informe de conducta, lo que correspondía era declarar desierto el acto, **y no proceder a su adjudicación**, situación que trae como consecuencia que se haya configurado un vicio de la voluntad, **el cual, de no haber existido, no se habría dado la adjudicación.**

En este sentido, y a fin de abonar a lo ya expuesto, el artículo 1117 del Código Civil, el delimitar los efectos del error, como vicio de la voluntad, establece lo siguiente:

“Artículo 1117. Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas

condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.” (El resaltado es nuestro).

Como se observa, la condición para que el *error* invalide el consentimiento, es que el mismo haya recaído sobre la sustancia de la cosa, que no es más, que sobre el objeto en sí del contrato; tal y como ocurrió en el caso que nos ocupa, configurándose de esa manera, **un vicio de la voluntad**; ya que, como mencionamos anteriormente, de no haberse indicado que la empresa proponente cumplía con las exigencias del pliego de cargo, **el acto público nunca le hubiera sido adjudicado**.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, la copia autenticada del acto objeto de reparo y la copia autenticada del expediente administrativo, según se evidencia en el Auto de Pruebas número 51 de 1 de febrero de 2019.

Producto de lo antes indicado, y en consecuencia del material probatorio aportado, y no sustentatorio de la pretensión de la accionante, este Despacho estima que en el presente proceso la recurrente **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en las que sustentan su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su 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... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, 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...**’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

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 debe 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)...”

Atendiendo a las consideraciones de hecho y de Derecho antes expuestas, esta Procuraduría reitera a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 21-17 de 31 de julio de 2017**, emitida por el Departamento de Compras del Patronato del Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General