30 de mayo de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Concepto.

La Firma Forense Marré, Salvador, Bernal & Asociados, en representación de **C. G. de Haseth & Cía., S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°32816-2002-J.D. de 17 de diciembre de 2002, dictada por la **Junta Directiva de la Caja de Seguro Social** y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 4, del artículo 5 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, procedemos a emitir concepto en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, que se ha dejado enunciado en el margen superior del presente escrito.

I. En cuanto al petitum.

El demandante, solicita a esa Augusta Corporación de Justicia, que previo los trámites de Ley declare nula, por ilegal, la Resolución N°32,816-2002-J.D. de 17 de diciembre de 2002, mediante la cual se revoca en todas sus partes la Resolución N°DNC-435-200-D.G. de 10 de abril de 2001, mantenida a su vez por la Resolución N°646-2001-D.G., de 23 de agosto de 2001, que adjudicó a la empresa REPRICO, S.A., la solicitud de precios N°210226-08-12 y rechaza las ofertas presentadas por las empresas REPRICO, S.A., y C.G. DE HASETH & CIA., S.A., por considerar que no se respetaron las normas y procedimientos exigidos por la Ley N°56 de 1995, así como el Pliego de Cargos.

De igual forma solicita a los señores Magistrados, adjudiquen a la empresa C.G. DE HASETH & CIA, el acto de solicitud de precios N°210226-08-12.

II. Las normas que se aducen como infringidas y el concepto en que se dicen vulneradas, son las que a seguidas se copian:

Según el demandante se han infringido las siguientes disposiciones legales:

1. Los artículos 9, 10 y 43 de la Ley N°56 de 1995, que son del tenor literal siguiente:

"Artículo 9. Derecho y Obligaciones de las entidades estatales contratantes:

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes;

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

2...."

- o - o -

"Artículo 10. Derechos y Obligaciones de las entidades estatales contratantes:

Para la consecución de los fines de que trata el artículo 8, será la obligación de las entidades contratantes, obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la ley, su reglamento y su pliego de cargos."

- o - o -

"Artículo 43: No estarán sujetos a evaluación, los actos de selección de contratistas, celebrados para la fijación de precios unitarios en la adquisición de bienes muebles y servicios que rijan un determinado período fiscal, y aquellos cuyo precio sea el único parámetro para determinar la adjudicación, o cuando así se disponga en el Pliego de Cargos. En consecuencia, se asignará la adjudicación al proponente que haya ofrecido el menor precio, siempre que

cumpla con lo establecido en el Pliego de Cargos."

La presunta violación de las normas arriba transcritas, viene expuesta de la siguiente manera:

"Los proponentes REPRICO, S.A. y FERVAL PHARMACEUTICAL, INC. ofertaron el producto CLEXANE 40mg/0.4ml, del cual no presentaron Registro Sanitario, presentaron un documento que consiste en una Certificación de Farmacia y Drogas que acredita que su producto ofertado, es decir, el CLEXANE 40mg/0.4, tiene una concentración equivalente a la de CLEXANE 20mg/0.2, sin embargo este documento, no es ni puede ser considerado un Registro Sanitario.

Por otra parte presentaron el Certificado de Registro Sanitario No.44702 el cual amparaba el producto CLEXAN 20mg/0.2 ml/sol. Inyectable, el cual no alcanza la mínima concentración de 2,500 U.I. de actividad Anti-Xa, establecida en el pliego de cargos. (Sic)" (Cf. f. 83)

El demandante también aduce que se vulneran los artículos 9 y 43 de la Ley N°56 de 1995, en el concepto de violación directa por omisión, al dejar la Caja de Seguro Social de adjudicar la solicitud de precios al proponente que ofreció el menor precio, cumpliendo además con lo establecido en el pliego de cargos.

De igual forma, el demandante señala que se viola el artículo 1 del Decreto Ejecutivo N°665 de 5 de agosto de 1993, que hace referencia a que toda especialidad farmacéutica y productos similares debe contar previamente con su correspondiente Registro Sanitario.

Esta Procuraduría, luego de analizar la documentación que consta en el expediente, así como confrontar los argumentos planteados por el Presidente de la Junta Directiva

de la Caja de Seguro Social, considera que le asiste la razón a la empresa demandante, por las siguientes razones:

Consta en el expediente, que mediante Resolución N°435-2001-D.G., de 10 de abril de 2001, el Director General de la Caja de Seguro Social, adjudicó a la empresa REPRICO, S.A., la solicitud de precios N°210226-08-12 (9-2-01) para el suministro de 44,400 Viales de Heparina de Bajo Peso Molecular con actividad Anti-XA de 40MG/0.400ML Solución inyectables (Clexane 20mg/0.2ml/solución inyectable S.C.), por el precio de B/.3.50 cada vial, para un monto total de Ciento Cincuenta y Cinco Mil Cuatrocientos Balboas (B/.155,400.00). En dicho acto público, participaron las siguientes empresas: DROGUERIA EL JAVILLO, S.A., C.G. DE HASETH & CIA, S.A., REPRICO, S.A. y FERVAL PHARMACEUTICAL, INC.

Luego de la adjudicación, la empresa C.G. DE HASETH & CIA., S.A., por intermedio de apoderado legal recurre en contra de la decisión adoptada, esgrimiendo razones de carácter técnico, que impedían se adjudicara la solicitud de precios N°210226-08-12, a la empresa REPRICO, S.A.

Consta en el expediente, que mediante Nota N°301-01-19-2002-DCP, de 22 de enero de 2002, el Director de Contrataciones Públicas, a.i., del Ministerio de Economía y Finanzas, le señala al Gerente General de la empresa Reprico, S.A., **que luego del análisis exhaustivo del hecho jurídico, se observan incongruencias en los reportes hechos por la Dirección Nacional de Farmacias y Drogas, dejando entrever una clara y fehaciente duda en cuanto a la paridad del producto químico y la vigencia del Registro Sanitario otorgado al producto.** (Ver f. 52-53)

Es importante destacar, tal y como se advierte en el expediente, que el producto ofertado por la empresa REPRICO, S.A., no alcanzaba la mínima concentración de 2,500 U.I. de actividad Anti-Xa establecida en el pliego de cargos, por ende, no entendemos, en que se fundamentaron las autoridades de la Caja de Seguro Social, para adjudicar la solicitud de precios a la empresa Reprico, S.A., máxime cuando consta en autos, que mediante Certificación CC#014/DNFD, el Director de Farmacia Y Drogas del Ministerio de Salud, indica que el producto CLEXANE 40mg/0.4 ml, para las fechas de 13 de julio de 2000 y 2 de febrero de 2001, no tenía Registro Sanitario vigente, por consiguiente no podía ser vendido, comercializado ni importado en el territorio nacional. (V. f. 15).

Aunado a lo anterior, señala que el producto estaba amparado por el Registro Sanitario N°44702 **desde el día 6 de abril de 2001, es decir posterior al acto público.**

En cuanto a este aspecto, compartimos el criterio del demandante, cuando señala que el documento presentado por REPRICO, S.A., que consistía en una certificación de Farmacias y Drogas del Ministerio de Salud, que acreditaba que el producto ofertado CLEXANE 40mg/0.4, tenía una concentración equivalente a la de CLEXANE 20mg/0.2, no podía ser considerado como un Registro Sanitario.

De las constancias procesales recabas, se infiere que la empresa REPRICO, S.A., no cumplió con los requisitos señalados en el pliego de cargos, por tanto, no le correspondía la adjudicación, la cual debía ser otorgada a la empresa que atendió los requisitos exigidos en el pliego de cargos.

Precisamente, los argumentos esgrimidos en el Informe de Conducta remitido al Magistrado Sustanciador por el Presidente de la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, dejan entrever esta situación, cuando señala, el citado funcionario, "que había un conflicto de carácter técnico entre las empresas interesadas en que se le adjudicara la Solicitud de Precio No. 210226-08-12", agregando, "que era necesario tener el concepto del Ministerio de Economía y Finanzas, como entidad normativa y fiscalizadora de los actos públicos, de conformidad con lo que dispone el artículo No. 7 de la Ley 56 de 1995, quien consideró que la oferente REPRICO, S.A., no había cumplido con el pliego de cargos."

Referente a la competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, para intervenir en estos actos, los numerales 2 y 3, del artículo 7 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, a la letra establecen:

"Artículo 7: Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada por las entidades contratantes. El Ministerio de Hacienda y Tesoro, no obstante, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control fiscal que deba ejercer la Contraloría General de la República.

1. ...
2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública que se éste desarrollando.
3. Intervenir en la atención de las quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el expediente del acto público de que se trate.
4. ..."

Resulta evidente, que la entidad licitante, obvió lo establecido en el artículo 43 de la Ley N°56 de 1995, que dispone que se asignará la adjudicación al proponente que haya ofrecido el menor precio, **siempre que cumpla con lo establecido en el pliego de cargos.**

De igual forma, consideramos le asiste la razón al demandante, cuando advierte que se violó el artículo 10 de la Ley de Contratación Pública, que obliga a la entidad contratante a cumplir entre otras cosas, con el Pliego de Cargos.

Es importante destacar en cuanto a los criterios de evaluación, que la Ley N°56 de 1995, en su artículo 44, es prístina al señalar, que se debe cumplir con los requisitos exigidos en el Pliego de Cargos.

El artículo 44 de la Ley 56 de 1995, a la letra establece:

"Artículo 44: Criterios de Evaluación.

Las comisiones y entidades contratantes deberán aplicar los criterios, requisitos o procedimientos enunciados en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de cargos y en las especificaciones. En ningún caso podrán aplicar criterios distintos a los enunciados en la presente disposición."

Se ha acreditado, que la tesis del demandante se encuentra fundamentada en derecho y que se infringen las disposiciones legales aducidas, contenidas en la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, por la cual se regula la Contratación Pública, al no considerarse los parámetros exigidos en el Pliego de Cargos.

De la forma expuesta contestamos el traslado de la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la Firma Forense Marré, Salvador, Bernal &

Asociados, en representación de C.G. DE HASETH & CIA., S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°32816-2002-J.D. de 17 de diciembre de 2002, dictada por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social.

Pruebas: De las presentadas con el libelo de la demanda, aceptamos las originales, así como las copias debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo relacionado con este proceso, que puede ser solicitado al Director General de la Caja de Seguro Social.

Testimoniales: Aducimos los testimonios de las siguientes personas:

- 1) Señora Maritza de Plata, cédula N°8-444-888 (Ex Directora de Farmacias y Drogas del Ministerio de Salud)
- 2) Señor Erasmo Muñoz
- 3) Señor Manuel Ferrer Morgan (Gerente General de Reprico, S.A.)

Derecho: Aceptamos el invocado.

Del Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/4/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

MATERIA: Solicitud de Precios.
(adjudicación)