

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 548

Panamá, 27 de mayo de 2019

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción Especial.**

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

La firma forense Infante & Pérez Almillano, actuando en representación de **Latinrep Supply, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, emitida por 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.**

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 intervenir en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción especial descrito en el margen superior, **por razón de los intereses contrapuestos que en la vía administrativa mantuvieron las empresas Latinrep Supply, S.A.**, (adjudicataria) y Alpha Mediq, S.A., en la licitación pública de mayor cuantía que celebró la Caja de Seguro Social, tal como lo indicó el Magistrado Sustanciador en su Oficio número 649 de 1 de abril de 2019 (Cfr. foja 35 del expediente judicial).

I. Antecedentes.

El 7 de noviembre de 2018, en la Administración de la Dinalog - Compras de la Caja de Seguro Social se llevó a cabo la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12, con registro en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra" número 2018-1-10-0-08-LP-319334, para el suministro de "37,500 bolsas de una pieza para colostomía / ileostomía para adulto recortable

abierta (se solicita con filtro de carbón incorporado y diámetro de 10 mm o 12 mm hasta 55 mm)”, con destino al Centro de Distribución Panamá (CEDI) (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

En dicho acto público participaron las siguientes empresas proponentes: **Latinrep Supply, S.A.**, con una oferta de dos balboas con sesenta y un centésimos (B/.2.61) como precio unitario y noventa y siete mil ochocientos setenta y cinco mil balboas (B/.97,875.00) como precio total; y **Alpha Mediq, S.A.**, con una oferta de precio unitario por la suma de dos balboas con ochenta y cinco centésimos (B/.2.85) y un precio total de ciento seis mil ochocientos setenta y cinco balboas (B/.106,875.00); mientras que el precio oficial era por valor de noventa y nueve mil balboas (B/.99,000.00) (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

A través de la Nota DINALOG-COMPRAS-1532-2018 de 21 de noviembre de 2018, la Supervisora del Departamento de Compras le remitió el expediente completo de la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12, a la Coordinadora Nacional de Insumos Médicos Quirúrgicos, para que informara si lo ofrecido por las mencionadas empresas correspondía o no a lo solicitado por la institución (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

Por medio de la Nota DENSYPS-SDNTSS-CNIMQx-N-949-2018 de 21 de noviembre de 2018, el Director Institucional del Área Metro, Coordinación Nacional de Insumos MQ, informó a la Subdirectora Nacional de Compras, referente a la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12, que la empresa **Latinrep Supply, S.A.**, no cumplía con lo solicitado por la institución; y que la empresa Alpha Mediq, S.A., sí cumplió con lo requerido (Cfr. fojas 21 y 24 del expediente judicial).

El pliego de cargos de la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12 (primera convocatoria), no estableció parámetro alguno para determinar cuándo la propuesta debía considerarse onerosa o riesgosa, por lo tanto,

resultaba viable la aplicación del principio de discrecionalidad administrativa, entendido como aquel que brinda un cierto margen de libertad para que una autoridad, habiendo valorado una situación, adopte una decisión sobre un tema que no se encuentra regulado (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

La Supervisora del Departamento de Compras, a través de la Nota DINALOG-COMPRAS-1569-2018 de 26 de noviembre de 2018, remitió el expediente original de la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12 (primera convocatoria), a la Subdirectora Nacional de Compras, con la finalidad que se realizara el estudio de mercado y el análisis de porcentaje de onerosidad, basado en los precios establecidos en ese momento, a fin de continuar con el trámite correspondiente (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

El Departamento de Estadística y Estudios Económicos remitió a la Subdirectora Nacional de Compras, los resultados obtenidos del análisis de precios, tal como consta en la Nota EyEE-MV-1081-2018 de 29 de noviembre de 2018, que refleja lo que a seguidas se copia:

PORCENTAJE DE ACUERDO AL PRECIO DE REFERENCIA					AHORRO REAL EN B/.				
N° Exp.	Empre-sa	Precio de Referencia B/.	Precio Ofertado	Dife-rencia Absoluta B/.	Porcen-taje por Deba-jo del Precio de Referencia	Canti-dad	Monto de Referencia B/.	Monto de Oferta B/.	A-horro Real
1000 5470 3108 -12	ALPHA MEDIQ S.A.	2.64	2.85	0.21	7.95%	37, 500	99, 000. 00	106, 875. 00	7, 875. 00

(Cfr. foja 22 del expediente judicial).

La Jefa de Compras a Nivel Central, a través de la Nota DC-CEDIS-2579-2018 de 11 de diciembre de 2018, remitió el original del expediente de la Licitación

Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12, a la Asistente de la Dirección Ejecutiva Nacional Legal en la Dirección Nacional de Compras, para que se confeccionara la resolución de adjudicación y el edicto a favor de la empresa Alpha Mediq, S.A., por un monto de ciento seis mil ochocientos setenta y cinco balboas (B/.106,875.00) (Cfr. 22 del expediente judicial).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, en concordancia con el artículo 58 (numeral 1) del Reglamento por medio del cual se regula el procedimiento de contratación de obras, suministros de bienes y prestación de servicios en general, la adjudicación se otorgaría al proponente que hubiera propuesto el mejor precio si éste constituía la forma de adjudicación, cuyo parámetro de comparación fuera el precio de referencia; o siempre que el proponente cumpliera con todos los requisitos de presentación y de fondo de índole legal, administrativa y financiera (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Una vez que se cumplieron las formalidades legales establecidas en la Ley, correspondió a la Directora Nacional de Compras proceder a adjudicar el mencionado acto público y autorizar los gastos, que no excedieran la suma de doscientos mil balboas (B/.200,000.00) (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Por razón de lo antes expresado, la Directora Nacional de Compras expidió la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, por medio de la cual adjudicó a la empresa Alpha Mediq, S.A., la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12, celebrada el 7 de noviembre de 2018, con registro en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra" 2018-1-10-0-08-LP-319334, para el suministro de "*37,500 bolsas de una pieza para colostomía / ileostomía para adulto recortable abierta (se solicita con filtro de carbón incorporado y diámetro de 10 mm o 12 mm hasta 55 mm)*", con destino al Centro de Distribución Panamá (CEDI) (Cfr. fojas 21-23 del expediente judicial).

El artículo tercero de la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, emitida por la Caja de Seguro Social, acusada de ilegal, indica: *“Advertir al interesado que la presente resolución no admite recurso en la vía gubernativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 137 y 142 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, Sobre Medicamentos y otros Productos para la Salud Humana”* (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con la decisión anterior, la empresa **Latinrep Supply, S.A.**, interpuso la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, bajo análisis, en la que solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, emitida por la Caja de Seguro Social (Cfr. fojas 2-13 del expediente judicial).

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

La empresa demandante manifiesta que se han infringido las siguientes disposiciones:

A. El artículo 62 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, relativo a los principios de transparencia en la contratación pública (Cfr. fojas 6-7 del expediente judicial);

B. El artículo 143 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, que guarda relación con la publicidad de los informes (Cfr. foja 7 del expediente judicial); y

C. Los artículos 34, 36 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que se refieren a los principios que informan al procedimiento administrativo general; a la prohibición de emitir un acto administrativo con infracción de una norma jurídica vigente; y a las causales de nulidad de los actos administrativos, cuando éstos se dictan con prescindencia u omisión de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal (Cfr. fojas 9-11 del expediente judicial).

III. Concepto de la violación de la demandante.

Al sustentar el concepto de la violación, la accionante señala que la Caja de Seguro Social ha infringido el artículo 62 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, de manera directa, por comisión, puesto que la resolución acusada fue el resultado de la expedición de una serie de actos contrarios a los principios de transparencia en la contratación pública, entre éstos, la promoción de la más amplia competencia en las compras y en los contratos; los precios más favorables e imparcialidad y transparencia, puesto que, según manifiesta, ninguna de las notas informativas que fueron consideradas por la entidad contratante para tomar su decisión, fueron publicadas en el portal PanamaCompra, lo que le impidió la posibilidad de formular observaciones en relación con lo dictaminado en ellas, con el objetivo de lograr que su oferta fuese reconocida como la más beneficiosa para el Estado; por lo que manifiesta que se ha vulnerado el principio del debido proceso (Cfr. fojas 6-7 del expediente judicial).

En adición, la demandante sostiene que la Caja de Seguro Social ha vulnerado el artículo 143 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, sobre la publicidad de los informes, debido a que los dictámenes y los conceptos técnicos en los que se basó la Dirección Nacional de Compras de la entidad demandada para tomar su decisión de adjudicación del acto público no se publicaron en el portal electrónico PanamaCompra (Cfr. fojas 7-8 del expediente judicial).

La recurrente también manifiesta que la Caja de Seguro Social transgredió lo establecido en los artículos 34, 36 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 2000; ya que no atendió el principio de transparencia al no haber publicado en el portal PanamaCompra los informes, los dictámenes y los conceptos básicos que fueron considerados para expedir la resolución acusada de ilegal; y, además, se basó en el principio de discrecionalidad administrativa para justificar la decisión de

adjudicar el acto público a la proponente que ofertó la opción más onerosa para el Estado (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

IV. Posición de la empresa Alpha Mediq, S.A.

Mediante la Providencia de admisión de fecha 1 de abril de 2019, el Magistrado Sustanciador dispuso que se le corriera traslado de la demanda a la empresa Alpha Mediq, S.A., por el término de cinco días (Cfr. foja 34 del expediente judicial).

Además el Tribunal, por intermedio del Centro de Comunicaciones Judiciales, ordenó notificar al Representante Legal de la empresa Alpha Mediq, S.A., y que se le entregara copia de la Providencia de admisión de la demanda (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

Sin embargo, no consta en autos que esa empresa haya comparecido al proceso para hacer valer su derecho (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

V. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho concuerda con el criterio planteado por la sociedad demandante, puesto que la Caja de Seguro Social no acató lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, que indica lo siguiente:

“Artículo 143. Publicidad de informes. Todo informe, dictamen o concepto de técnicos o expertos sobre materias propias de la ejecución de un contrato de suministro de medicamentos, insumos o equipos médico quirúrgicos, que deba ser considerado para que la institución pública de salud tome una decisión, será de conocimiento público, salvo que por su naturaleza jurídica tenga carácter reservado.

Toda persona interesada podrá hacer llegar las observaciones que estime convenientes a la institución de salud correspondiente, con relación a esos informes o dictámenes. El funcionario que deba tomar una decisión con fundamento en esas experticias se pronunciará sobre dichas observaciones.”

Nuestro concepto se fundamenta en el hecho que **en la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, emitida por la Caja de Seguro**

Social, acusada de ilegal, se mencionan una serie de notas que expidió la entidad demandada en las que se detallaron informes, dictámenes y conceptos técnicos, que no se publicaron en el sistema electrónico de contrataciones públicas “PanamaCompra”. Las notas a las que nos referimos son las siguientes:

➤ La **Nota DENSYPS-SDNTSS-CNIMQx-N-949-2018 de 21 de noviembre de 2018**, por medio de la cual el Director Institucional del Área Metro, Coordinación Nacional de Insumos MQ, informó a la Subdirectora Nacional de Compras, referente a la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12, lo siguiente:

“ ...

1. La empresa LATINREP SUPPLY, S.A., NO Cumple, en su formulario de propuesta describe un producto con diámetro de 10 a 12 mm hasta 55 mm, sin especificar el número de catálogo correspondiente a la misma, en su catálogo no se expresa un código de catálogo que corresponda con esta dimensión (foja 96) y en su certificado de verificación técnica aportado no se especifican los números de catálogos para las distintas dimensiones (foja 97). Esto, recalcó hace imposible evaluar a este oferente.

2. La empresa ALPHA MEDIQ, S.A., Cumple, presentó fiel copia del Certificado de Criterio Técnico CSS MQ-5398-03-17/R, con el catálogo 13830, expedido por el Departamento Nacional de Evaluación y Gestión de Tecnología Sanitaria.” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. fojas 21 y 24 del expediente judicial).

Nótese que la **Nota DENSYPS-SDNTSS-CNIMQx-N-949-2018 de 21 de noviembre de 2018**, además, **hace referencia directa al diámetro que debía tener el producto objeto del acto público**; información que por su naturaleza debió ser publicada para que fuera del conocimiento de las empresas proponentes y éstas pudieran hacer sus respectivas observaciones.

➤ A través de la **Nota DINALOG-COMPRAS-1569-2018 de 26 de noviembre de 2018**, la Supervisora del Departamento de Compras, remitió el expediente original de la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12 (primera convocatoria), a la Subdirectora Nacional de Compras, **con la finalidad**

que se realizara el estudio de mercado y el análisis de porcentaje de onerosidad, basado en los precios establecidos en ese momento, a fin de continuar con el trámite correspondiente; partiendo del hecho que el monto cotizado por la empresa Alpha Mediq, S.A., era de ciento seis mil ochocientos setenta y cinco balboas (B/.106,875.00); mismo que estaba por encima del precio de referencia estimado de noventa y nueve mil balboas (B/.99,000.00) y su diferencia era de siete mil ochocientos setenta y cinco balboas (B/.7,875.00) (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Para tales efectos, el Departamento de Estadística y Estudios Económicos remitió a la Subdirectora Nacional de Compras, los resultados obtenidos del análisis de precios, tal como consta en **la Nota EyEE-MV-1081-2018 de 29 de noviembre de 2018**, que refleja lo que a seguidas se copia:

PORCENTAJE DE ACUERDO AL PRECIO DE REFERENCIA					AHORRO REAL EN B/.				
N° Exp.	Empre- sa	Precio de Refe- rencia B/.	Precio Oferta- do	Dife- rencia Abso- luta B/.	Porcen- taje por Debajo del Precio de Refe- rencia	Canti- dad	Monto de Refe- rencia B/.	Monto de Oferta B/.	Aho- rro Real
1000 5470 3108 -12	ALPHA MEDIQ S.A.	2.64	2.85	0.21	7.95%	37, 500	99, 000. 00	106, 875. 00	7, 875. 00

(Cfr. foja 22 del expediente judicial).

La información que emanó de la Nota EyEE-MV-1081-2018 de 29 de noviembre de 2018, arriba citada, **debía hacerse pública a las empresas oferentes**; ya que, tal como se mencionó en los antecedentes, la misma fue el resultado del hecho que el pliego de cargos de la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12 (primera convocatoria) no estableció parámetro

alguno para determinar cuándo la propuesta debía considerarse onerosa o riesgosa, por lo que la entidad licitante estimó viable la aplicación del principio de discrecionalidad administrativa (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

Lo anterior, permitió a la institución apartarse del criterio de selección por el mejor precio y basarse en el supuesto que se dirige a que el proponente cumpliera con todos los requisitos de presentación, así como los de fondo, de índole legal, administrativa y financiera, a la luz de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, en concordancia con el artículo 58 (numeral 1) del Reglamento por medio del cual se regula el procedimiento de contratación de obras, suministros de bienes y prestación de servicios en general (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Por consiguiente, insistimos que la **Nota DENSYPS-SDNTSS-CNIMQx-N-949-2018 de 21 de noviembre de 2018**, y la **Nota EyEE-MV-1081-2018 de 29 de noviembre de 2018**, contenían información, informes o dictámenes técnicos que debía ser de conocimiento público, de manera que cualquiera de las proponentes pudiera hacer llegar las observaciones que estimara convenientes en relación con el suministro de insumos o equipos médico quirúrgicos, consistentes en *“37,500 bolsas de una pieza para colostomía / ileostomía para adulto recortable abierta (se solicita con filtro de carbón incorporado y diámetro de 10 mm o 12 mm hasta 55 mm)”*, lo que hubiera dado lugar a que el funcionario que debía tomar una decisión con fundamento en esas experticias se pronunciara sobre dichas observaciones, antes de darse la adjudicación de la Licitación Pública de Mayor Cuantía 1000547031-08-12; situación que no se pudo verificar en el proceso bajo análisis por la falta de publicación de aquéllas en el sistema electrónico de contrataciones públicas “PanamaCompra”.

Lo indicado en los párrafos previos, nos permite coincidir con la empresa demandante cuando señala que **la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, emitida por la Caja de Seguro Social, acusada de ilegal vulneró el artículo 62 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, en lo relativo a la imparcialidad y la transparencia.**

También concordamos con la accionante cuando manifiesta que **la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, emitida por la Caja de Seguro Social, violó los artículos 34, 36 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, por haberla expedido infringiendo normas jurídicas vigentes; porque desconoció, entre otros, el principio de legalidad; y por incurrir en una causal de nulidad absoluta por haberse dictado en abierta violación del debido proceso legal.**

Por tanto, **este Despacho es del concepto que en el proceso bajo análisis la actuación de la Caja de Seguro Social no fue conforme a Derecho.**

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita, respetuosamente, a los Magistrados que conforman la Sala Tercera, que se sirvan declarar **QUE ES ILEGAL la Resolución DNC-1719-2018-D.C. de 27 de diciembre de 2018, emitida por la Caja de Seguro Social.**

VI. Pruebas. Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el presente caso, el cual debe reposar en los archivos de la institución demandada.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General