

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número: 941

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 09 de septiembre de 2019

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

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.

Contestación de la demanda.
Excepción de Acción Mixta.

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 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la sociedad demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 20, 27, 53, 64 y 68 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, que indica los principios generales de la Contratación Pública; el principio del debido proceso; la licitación pública; el funcionamiento de las comisiones y la facultad de la entidad licitante de cancelar la convocatoria del acto público (Cfr. fojas 9-13, 17-26 del expediente judicial).

B. El artículo 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; norma que señala lo referente a la motivación de los actos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 13-17 del expediente judicial); y

III. Breves antecedentes y descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de la entidad demandada.

De acuerdo con las evidencias que constan en autos, el acto acusado en el presente negocio jurídico lo constituye la Resolución 1056 de 23 de julio de 2018, emitida por el Ministerio de Salud, a través de la cual se rechazaron las propuestas dentro del 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).

En atención al rechazo de la licitación el apoderado judicial de la sociedad **Lanco Medical Group. S.A**, con fundamento en el artículo 137 de la Ley 1 de 10 de enero del 2001, Sobre Medicamentos y otros Productos de la Salud Humana, presentó ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, una demanda de Plena Jurisdicción, el 5 de septiembre de 2018 (Cfr. fojas 3-30 del expediente judicial).

El actor sustenta la acción indicando que el 7 de mayo de 2018, el Ministerio de Salud, a través del Departamento de Compras, celebró el acto público 2018-0-12-0-08-LP-023636, para la adquisición de "Dobesilato de Calcio 500 mg capsula, ft.12089" (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

En la citada licitación participaron las siguientes empresas: Reprico, S.A., y **Lanco Medical Group, S.A.**, manifestando que en el acto público se estableció como criterio para la adjudicación "**la propuesta que oferte el precio más bajo y que se cumpla con los requisitos establecidos en el pliego de cargos**" (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Señala el apoderado de la actora, que su representada fue el que presentó la oferta más baja, cumpliendo con todos los requisitos, tal como quedó establecido en la apertura de propuesta, publicada el 7 de mayo de 2018, en el portal electrónico de "panamacompra; y que el 8 de mayo del 2018, presentó ante el Ministerio de Salud, observaciones a la propuesta presentada por la empresa Reprico, S.A., en atención al incumplimiento en la presentación de la declaración jurada de las medidas de retorsión (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Situación que a su vez ocasionó que, el 9 de mayo de 2018, en el sistema electrónico de "panamacompra", se publicara una nota de la empresa Reprico, S.A., en la cual se comunicaba que la propuesta presentada por la empresa **Lanco Medical Group. S.A.**, no cumplía con los requisitos del pliego de cargos, en lo relativo a la declaración jurada de medidas de retorsión y las inconsistencias en el formulario de propuesta (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

En atención a lo antes expuesto, el 10 de mayo de 2018, la empresa **Lanco Medical Group.**, presentó ante el Ministerio de Salud, una subsanación de la declaración jurada de retorsión de acuerdo a lo establecido en el pliego de cargos (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Indica, el apoderado de la demandante que el 11 de mayo de 2018, el Ministerio de salud, publicó el informe emitido por la Comisión Verificadora, el cual indicaba que la propuesta presentada por la empresa **Lanco medical Group.**, ofertó el menor precio y a su vez cumplió con el pliego de cargos, recomendando su adjudicación (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

En atención al informe de la Comisión Verificadora, la sociedad demandante el 30 de mayo de 2018, señaló que presentó en el Departamento de Compras del Ministerio de Salud, la Nota s/n

de 29 de mayo de 2018, a través de la cual solicitó la actualización del estado del procedimiento de selección de contratista. No obstante, el día 2 de julio de 2018, en virtud que no se recibió respuesta, se entregó la nota reiterativa N- 2018-272 de 30 de junio de 2018 (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Indica el recurrente que el 10 de agosto de 2018, el Ministerio de Salud, publicó en el sistema electrónico de "panamacompra", la Resolución 1056 de 23 de julio de 2018, que rechazó la propuesta y canceló el acto público, sin justificación alguna, lo cual le causa graves perjuicios económicos y morales a su representada. Ya que dejó de vender el medicamento al Estado, el cual según la accionante debió ser adjudicado, ya que cumplió con todos los requisitos del pliego de cargos y ofertó el precio más bajo (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

En atención a lo expuesto, la actora solicita, que se declare, nula por ilegal, la resolución emitida por el Ministerio de Salud, se restablezca el derecho vulnerado y se le adjudique la licitación pública. Además, que se hagan otras declaraciones, entre las cuales solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

Señaló además, que "En la presente encuesta el Ministerio de Salud celebró el procedimiento de selección de contratista el 7 de mayo de 2018, en el cual se presentaron dos proponentes, a saber, REPRICO, S.A., y LANCO MEDICAL GROUP, S.A., por lo que el rechazo de propuesta dentro del procedimiento de selección de contratista de marras, solamente es viable cuando en éste se presenten causas de orden público o de interés social que impidan que la administración finalice el procedimiento de selección..." (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Continúa manifestando la recurrente que su mandante ofertó el precio más bajo y cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos, tal como lo señaló la comisión codificadora designada por la entidad licitante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 53 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, por lo que debió ser beneficiado con la adjudicación del acto público (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Alega el recurrente que el acto administrativo demandado, carece de motivación, ya que no indica los motivos por los cuales la entidad demandada rechazó la propuesta presentada en el acto público en comento (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

Indica además, el apoderado judicial que el acto administrativo demandado, vulneró los principios de confianza legítima y buena fe que gravitan en la contratación pública (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos planteados por la demandante, podemos percatarnos que las normas que se estiman vulneradas se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, por lo que esta Procuraduría procede a contestar los cargos de infracción de manera conjunta, advirtiendo que, conforme se demostrará, no le asiste la razón a la misma.

En atención a lo argumentado por la accionante, 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.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 1056 de 23 de julio de 2018**, emitida por el **Ministerio de Salud** y se desestimen las demás pretensiones de la sociedad recurrente.

IV. Pruebas.

4.1. Se objetan los documentos visibles a fojas 35-40 del expediente judicial por no cumplir con los requisitos de autenticidad de los artículos 833, 856 y 857 del Código Judicial.

4.2 Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por la sociedad actora.

EXCEPCIÓN.

Con fundamento en el artículo 688 del Código Judicial, esta Procuraduría interpone una excepción en defensa de los intereses del Estado y del Ministerio de Salud, a fin de enervar la pretensión del actor. Dicha excepción es la siguiente:

A. Excepción de Acción Mixta.

En esta oportunidad procesal nos permitimos excepcionar el presente proceso de plena jurisdicción, porque la recurrente ensaya una acción mixta, en virtud que en la demanda, el apoderado judicial señala lo siguiente:

“...con el objeto de presentar formal demanda Contenciosa-Administrativa de **Plena Jurisdicción** para que se declare nula por ilegal Resolución No.1056 de 23 de julio de 2018, emitida por el Ministerio de Salud, mediante la cual se decide rechazar las propuestas y cancelar el acto público No.2018-0-12-0-0-08-LP-023636, REQ.18-22458, ADQUISICIÓN DE DOBESILATO DE AL CIO 500 MG CAPSULA. F.T.12089, y en su defecto se RESTABLEZACA DERECHO VULNERADO Y SE ADJUDIQUE la licitación pública en comento a nuestro mandante, además que se realicen otras declaraciones, entre las cuales se **ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios**, a favor de nuestra representada.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97, numeral 2 del Código Judicial de la República de Panamá... (Énfasis suplido) (Cfr. foja 4 del expediente judicial)”.

Al respecto, se observa claramente que en la demanda el apoderado judicial de la sociedad demandante solicita la “se declare nula por ilegal Resolución No.1056 de 23 de julio de 2018, emitida por el Ministerio de Salud, mediante la cual se decide rechazar las propuestas y cancelar el acto público No.2018-0-12-0-0-08-LP-023636, REQ.18-22458, ADQUISICIÓN DE DOBESILATO DE AL CIO 500 MG CAPSULA. F.T.12089, y en su defecto se RESTABLEZACA DERECHO VULNERADO Y SE ADJUDIQUE la licitación pública en comento a nuestro mandante, además que se realicen otras declaraciones” lo cual obedece a la naturaleza de las demandas de Plena Jurisdicción (Cfr. foja 3-4 del expediente judicial).

Así mismo el abogado de la actora solicita: “se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios, a favor de nuestra representada. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97, numeral 2 del Código Judicial de la República de Panamá...”, que corresponde a

las acciones de indemnización (Lo destacado es de este Despacho) (Cfr. foja 4 del expediente judicial)

En virtud de lo antes expuesto, es necesario aclarar, que no sólo se trata de dos (2) pretensiones en una demanda; sino que las mismas, obedecen a dos (2) acciones jurídicas distintas, que se tramitan mediante demandas con particularidades y características inherentes a cada una; por lo que, en nuestra opinión no es dable declarar la viabilidad de una demanda de plena jurisdicción señalando que los daños y perjuicios peticionados corresponden al fondo del proceso, puesto que tales solicitudes distorsionan la naturaleza individual de cada acción, las cuales recordemos son interpuestas por profesionales de la abogacía, quienes deben conocer los presupuestos procesales de cada una.

En ese mismo contexto, es imperante señalar que presentar un sólo escrito cuyo contenido advierte dos (2) acciones distintas, sugiere que el Magistrado Sustanciador debe elegir cómo tramitará el proceso contencioso administrativo, lo que se aparta de las facultades del operador de justicia, puesto que tal actuación contraviene el principio de imparcialidad e incluso, en este caso particular, releva de responsabilidad a la apoderada judicial de la sociedad demandante de interponer una acción con la debida identificación y con los presupuestos procesales que le corresponden.

En abono de lo señalado, debemos recordar que la importancia de indicar las disposiciones en que se fundamentan las demandas o acciones, en este caso particular, admitida como Plena Jurisdicción, radica en el hecho que las decisiones de los administradores de justicia, deben estar circunscritas estrictamente con base en las pretensiones de los accionantes, de allí que sea importante que éstos no solamente indiquen con claridad sus pretensiones, sino que además deben especificar las disposiciones del ordenamiento jurídico que las fundamentan y exponer de manera lógica y suficiente, a través de argumentos fácticos jurídicos, las razones y los motivos por los cuales el acto acusado infringe las mismas.

Lo antes expuesto, **permite al operador judicial enfocar su análisis y emitir su decisión conforme a Derecho, de lo contrario tendría el juzgador que emprender una búsqueda, colocándose en la posición del accionante, a fin de determinar cuál es el verdadero querer de este último y cuáles son las normas que amparan la misma; aspecto éste que escapa indiscutiblemente del rol para el cual fue designado el juzgador, aunado al hecho que podría tomarse una decisión errada o equivocada, o sin competencia para ello.**

De la lectura de todo lo antes explicado, se infiere con meridiana claridad que las pretensiones arriba descritas, corresponden a una declaración **que resulta propia de las demandas de indemnización**, razón por la cual, a juicio de este Despacho, la sociedad demandante **en una misma acción ha mezclado pretensiones que corresponden a dos (2) procesos distintos**, lo que no resulta procedente, tal como lo señaló la Sala Tercera en el Auto de 19 de enero de 2007, en el **que decidió no admitir una demanda por confundirse en la misma la naturaleza de las demandas de plena jurisdicción y de indemnización**. Veamos.

“El licenciado... actuando en nombre y representación de... ha interpuesto ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, **demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción para que se condene a la Caja de Seguro Social... a pagarle al... la suma de once mil novecientos setenta y cuatro balboas con sesenta y tres centavos (11,974.63)...**

El Magistrado Sustanciador procede, seguidamente, a verificar que la demanda cumple con los requisitos legales necesarios para que pueda ser admitida.

En primer lugar, este Tribunal de primera instancia, de manera docente, procede a recordar que a través del recurso **de plena jurisdicción se pide la declaratoria de ilegalidad de una actuación de la Administración, que es manifiesta a través de un acto u omisión, dependiendo del caso**, y a la vez se pide la restitución del derecho que se presume violado y todo lo que el demandante estime como intereses lesionados.

Tomando como base lo detallado, quien suscribe, considera que la demanda que nos ocupa es inadmisibile. Ello en virtud de que el apoderado judicial de la parte actora lo que pretende a través del presente recurso de plena jurisdicción es la indemnización y el pago retroactivo de una diferencia en concepto de pensión de Plan de Retiro Anticipado Autofinanciable (PRAA), que alega fue mal calculada.

En este punto, **resulta conveniente señalar que para tales pretensiones nuestro ordenamiento jurídico consagra la acción de indemnización por actos o hechos de la Administración o por prestación**

defectuosa de servicios públicos por parte de la Administración, que se fundamenta en los ordinales 8, 9 y 10 de nuestro Código Judicial.

Ahora bien, en el caso hipotético de que se tomara el recurso presentado como una acción contencioso administrativa de indemnización, la misma resulta, de igual forma, inadmisibles pues el recurrente no se apoya en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 97 numerales 8, 9 y 10 del Código Judicial para encausar una demanda de indemnización contra el Estado...

Lo que el petitum contempla, es la reparación de derechos subjetivos del señor... en vista de que se solicita que la Sala se pronuncie sobre el pago de una indemnización; y el pago retroactivo de una diferencia en concepto de pensión de Plan de Retiro Anticipado Autofinanciable (PRAA) (fs. 5-6).

Por las razones anotadas, lo procedente es negarle curso legal a la demanda presentada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943.

En mérito de lo expuesto, el Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por... actuando en nombre y representación de...** (La negrita es de esta Procuraduría).

De igual forma, el Tribunal mediante el Auto de 12 de septiembre de 2006, expuso, al referirse a una solicitud de indemnización formulada en un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, lo siguiente:

“En definitiva, la Sala se ve precisada a concluir con lo siguiente:... 3. **La pretensión de indemnización señalada por el petente, corresponde a un recurso legal distinto al de plena jurisdicción, que puede claramente ser reclamado a través de la vía correspondiente.**

...

En cuanto a esto último, como ya se dijo, la justicia contencioso administrativa contempla una serie de recursos legales con los cuales los administrados pueden acceder a ella, en busca del restablecimiento de sus derechos, dentro de ellas podemos mencionar con relación al asunto en comento, que **'con la llamada demanda de reparación directa o reparación de daños y perjuicios que busca precisamente reparar los daños y perjuicios causados por alguno de estos mecanismos...'** (ibidem. pág. 102). De manera pues, que es por medio de estos tipos de demandas contempladas en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial que el administrado debe acceder a la justicia para lograr un control efectivo sobre la responsabilidad de los actos y demás formas de actividad administrativa que exigen pues, la responsabilidad extracontractual del Estado, y **no así por intermedio del recurso de plena jurisdicción.**

...” (La negrilla es nuestra).

Bajo este mismo criterio, el Tribunal mediante el Auto de 12 de abril de 2019, expuso, al referirse a una solicitud de indemnización formulada en un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, lo siguiente:

“En esa línea de pensamiento, y sin perjuicio de lo antes expuesto, consideramos imperante aclararle a la apoderada judicial de la demandante, que la jurisprudencia de la Sala Tercera ha sido enfática al pronunciarse en aquellos asuntos relacionados con la reclamación de una compensación económica, **por los perjuicios derivados de la emisión del acto administrativo atacado de ilegal, cuando ha sido incluida dentro de una acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción, señalando que esa pretensión no es propia de las acciones de plena jurisdicción, siendo más reciente el dictado en Sentencia de 5 de agosto de 2016, en el que se expuso lo siguiente:**

‘Finalmente, debemos destacar la solicitud de reconocimiento de indemnización por daños y perjuicios, ya que la misma no va a ser considerada por este Tribunal Colegiado, **primeramente porque la determinación de los posibles daños y perjuicios es un elemento característico de los procesos contencioso administrativos de indemnización y no de plena jurisdicción, debido a que estos últimos, por su naturaleza, solo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estiman lesionados...**’

En ese marco de ideas ha dejado manifiesto, que el resarcimiento de perjuicios no constituye una restauración del derecho subjetivo lesionado, por razón de la emisión del acto impugnado; puesto que, la naturaleza propia de las acciones de plena jurisdicción es no solo buscar la nulidad del acto impugnado, sino que el derecho de la parte afectada retorne a su estado original; es decir, a la situación en que se encontraba antes de la expedición del acto impugnado, de ahí la diferencia entre la acción contenciosa administrativa contractual, en la que se requiere el pago de una compensación económica por el perjuicio causado, al darse un incumplimiento de lo pactado en el contrato y la acción de plena jurisdicción, que persigue la reparación del derecho particular lesionado.” (El resaltado es nuestro).

Como se puede observar, la causa medular de la demanda que ocupa nuestra atención, consiste a todas luces **en un reclamo indemnizatorio de la actora que claramente corresponde a un recurso legal distinto al de plena jurisdicción, que debe ser exigido a través de la vía correspondiente; razón por la que nos encontramos frente a una pretensión que no es cónsona con la naturaleza de las acciones de plena jurisdicción.**

Finalmente, solicitamos que al momento en que se tome una decisión se tenga en cuenta que, conforme lo ha indicado esa Alta Corporación de Justicia a través de reiterada jurisprudencia, una cosa es la Tutela Judicial Efectiva y otra cosa el deber que tiene toda persona que acuda ante la Jurisdicción

Contencioso Administrativa en auxilio de sus derechos subjetivos, de cumplir con los requisitos básicos y mínimos que la norma procesal establece (Cfr. Auto de 23 de junio de 2010).

Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, si bien es cierto, la Tutela Judicial Efectiva, entre otras cosas, comprende el derecho de acceder a los jueces y tribunales en defensa de intereses legítimos, así como el derecho de tener la oportunidad para alegar y probar ante un tribunal las pretensiones en un determinado proceso legal, y en el que debe predominar un régimen de igualdad entre las partes; no lo es que, **la inadmisión de una demanda por la inaplicación de los requisitos legales contenidos en las normas de procedimiento por parte del activador jurisdiccional, constituyan, a nuestro juicio, un obstáculo procesal al acceso de la justicia y en su defecto una violación a la Tutela Judicial Efectiva.**

En ese orden de ideas, la demanda es aquel acto jurídico procesal del actor, mediante el cual se introduce la instancia y se pone la pretensión en conocimiento del tribunal de forma de obtener un pronunciamiento favorable de este, por lo que debe cumplir con los requerimientos mínimos y básicos para la presentación de la misma y ser admitida para su conocimiento.

Así las cosas, el rol de los operadores de justicia es dar pronta seguridad jurídica y tutelar frente a la indefensión, abriendo las compuertas de la jurisdicción y garantizando las libertades fundamentales de los que acuden a ella; sin embargo, el derecho de acceso a la jurisdicción; es decir, la posibilidad que tienen los ciudadanos de ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional, sólo debe ser restringido por razones irrazonables y generada por una débil y confusa argumentación, que es contraria a todas luces, al principio del Debido Proceso.

No obstante, **las formalidades o requerimientos básicos y mínimos que la norma establece para la presentación de las demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no deben ser consideradas como razones irrazonables**, ni considerarse una interpretación restrictiva de las leyes procesales en cuanto a la legitimación del actor, en virtud de esa interpretación, **siempre que la argumentación y los motivos que se alegan para solicitar la no admisión de una demanda, lo constituyan la inobservancia o inaplicación de esas normas procesales y, que a su vez, haya por parte del actor, una confusión respecto a la figura o tipo de proceso con el cual debe acceder**

a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en reclamo de sus derechos, como lo es en el caso que ocupa nuestra atención.

De lo contrario, se estaría requiriendo a la Sala Tercera, a que la admisión de cualquier demanda se oficie sin el requerimiento de las normas procesales establecidas para tal fin, y en las que incluso se estaría pretendiendo a que sea ésta, la que determine y considere **la naturaleza de las demandas presentadas y que están dirigidas a cuestionar la ilegalidad de los actos administrativos que se demandan.**

Lo anterior, traería como consecuencia, además, que no se requeriría como requisito para la admisión de este tipo de demandas y que ocupa nuestra atención, el agotamiento de la vía gubernativa; ni tampoco el aportar copia del acto administrativo demandado; **entre otras**, por razón de la Tutela Judicial Efectiva.

SOLICITUD FINAL EN RELACIÓN A LA EXCEPCIÓN.

Frente al sustentado argumento jurídico, doctrinario y de precedentes jurisprudenciales que hemos expuesto, **solicitamos a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera, de la Corte Suprema de Justicia, se sirvan DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE ACCIÓN MIXTA** que hemos promovido frente a la demanda de plena jurisdicción instaurada por la empresa Medical Lanco Group, **S.A.**, para que 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; **y COMO CONSECUENCIA DE ELLO SE RECHACEN LAS PRETENSIONES DE LA ACTORA Y SE ORDENE EL ARCHIVO DEL EXPEDIENTE.**

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General