

REPÚBLICA DE



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 668

Panamá, 27 de marzo de 2024

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Contestación de la demanda.

Expediente: 1069552023.

La Firma Gem, Torres & Asociados, actuando en nombre y representación de la sociedad **BIOPUS CARE PANAMÁ, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución DNC-173-2023-D.G. de 18 de julio de 2023, emitida por la **Caja de Seguro Social**, y para 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 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contenciosa 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.

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la actora manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículos 34 Ley 38 de 31 de julio de 2000, “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”, que informan los principios, entre estos, el de estricta legalidad (Cfr. fojas 8-12 del expediente judicial).

B. El artículo 48 de la Ley 32 de 1984, que refiere respecto al refrendo por parte de la Contraloría General de la República en atención a los contratos que celebran las entidades públicas (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

C. El artículo 68 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que se refiere a las Contratación de Obras, Suministro de Bienes y Prestación de Servicios, en específico a la adjudicación de las licitaciones públicas (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

D. El artículo 132 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, que reglamenta la Ley 22 de 2006, que señala que la adjudicación de los actos de selección de contratista, una vez adjudicado el acto público, la entidad formalizará el contrato en el término establecido en el pliego de cargos (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial)

E. El artículo 15 del Decreto 33-LEG de 8 de septiembre de 2020 (vigente cuando se dieron los hechos), el cual indica que la fianza de cumplimiento es la garantía exigida al adjudicatario en un acto de selección de contratista, para el fiel cumplimiento del contrato u obligación de ejecutar su objeto (Cfr. foja 15-17 del expediente judicial).

F. El artículo 69 de la Resolución 38,491-2006-J.D. de 21 de febrero de 2006, que reglamenta la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, el cual señala que la fianza de cumplimiento es la aquella que garantiza el cumplimiento de un contrato y obligación de ejecutar fielmente su objeto y una vez terminado (Cfr. foja 17-18 del expediente judicial).

G. Los artículos 13 y 1543 del Código Civil, los cuales desarrollan respecto a la aplicabilidad de las normas y a la subrogación en los derechos, privilegios e hipotecas (Cfr. fojas 18-21 del expediente judicial).

III. Antecedentes.

Según consta en el Sistema Electrónico de "*PanamaCompras*", la **Caja de Seguro Social** mediante aviso de convocatoria publicado el 28 de diciembre de 2021, invitó a todos los interesados a participar del acto de LICITACIÓN PÚBLICA DE PRECIO ÚNICO 01-2022, MEDICAMENTOS Y SOLUCIONES DE NUTRICIÓN PARENTERALES., por renglón, 2021-1-10-0-99-LP-442452, cuya descripción detalló "*FIJACIÓN DE PRECIOS UNITARIOS PARA EL SUMINISTRO, ALMACENAMIENTO, TRANSPORTE Y ENTREGA, SEGÚN NECESIDAD Y A REQUERIMIENTO DE MEDICAMENTOS Y SOLUCIONES DE NUTRICIÓN PARENTERALES, DURANTE LAS VIGENCIAS FISCALES 2022 Y 2023*" (Cfr. Portal Electrónico www.panamacompra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

En ese sentido, la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, para postularse a la referida licitación, presentó declaración jurada ante la Dirección de Compra y Abastos de la **Caja de Seguro Social**, para que constara en el acto de licitación pública de Precio Único 01-2022 del Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452 (Cfr. Portal Electrónico www.panamacompra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

Que mediante la Resolución DNC-295-2022-D.G. de 7 de junio de 2022, la **Caja de Seguro Social**, adjudicó entre otros, el Renglón 381, para el "*SUMINISTRO DE TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACIÓN Y NEBULIZAR, AMPOLLA*", a favor de la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, la cual fue debidamente notificada a través de Edicto DNC-148-2022, fijado el 16 de junio de 2022 (Portal Electrónico www.panamacompra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

Que a través de memorando Circular DNC-PU-13-2022 de 23 de junio de 2022, el Subdirector Nacional de Compras de la Caja de Seguro Social, que quedó ejecutoriada la adjudicación arriba

descrita el 23 de junio de 2022, por lo que el vencimiento de la licitación es el 31 de diciembre de 2023 (Cfr. foja 78 del expediente judicial).

Como parte de los requisitos, la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, presentó la Fianza de Cumplimiento FICS-29000-0, emitida por ACERTA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A. (Cfr. Portal Electrónico www.panama.compra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

Posterior a la adjudicación de la licitación pública, la Dirección Nacional de Farmacia y Drogas del Ministerio de Salud, pone en conocimiento para el trámite correspondiente, el contenido de la Resolución 234 de 20 de junio de 2022, y su acto confirmatorio, es decir la Resolución 173 de 28 de abril de 2022, *"a través de la cual se ordena el retiro inmediato del mercado nacional y decomiso de Lote No. YC032 del producto TOBRAMICINA COMBINADO PHARM/ 300MG/5ML/ SOLUCIÓN PARA INHALACION ORAL POR NEBULIZADOR y sanciona con multa a la empresa BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A."*. Asimismo, también se comunicó la Resolución 345 de 7 de septiembre de 2022, *"que ordena el retiro inmediato del mercado nacional y decomiso de Lote No.CC045 del producto TOBRAMICINA COMBINADO PHARM/ 300MG/5ML/ SOLUCIÓN PARA INHALACION ORAL POR NEBULIZADOR y a su vez sancionar con multa a la empresa BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A."* (Cfr. foja 79 del expediente judicial y <https://www.minsa.gob.pa/informacion-salud/resoluciones-2022-fyd>).

Que mediante Resolución DNC-173-2023-D.G., de 18 de julio de 2023, la **Caja de Seguro Social**, resolvió administrativamente la Resolución DNC-295-2022-D.G. de 7 de junio de 2022, por medio de la cual se había adjudicado entre otros, el Renglón 381 a **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, puesto que con base a lo citado en párrafo anterior, se incumplió la entrega del producto que se licitó, es decir la *"TOBRAMICINA, 300MG/5ML/ SOLUCIÓN PARA INHALACION Y NEBULIZAR, AMPOLLA"* y se dispuso, que se iniciarían los trámites para la adjudicación del Renglón 381, veamos:

PRIMERO: DECLARAR RESUELTA ADMINISTRATIVAMENTE LA ADJUDICACIÓN del Renglón No.381 de la Licitación Pública de Precio Único 01 2022 (Primera Convocatoria), correspondiente al suministro de "TOBRAMICINA,300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACIÓN Y NEBULIZAR, AMPOLLA", adjudicación realizada a través de la Resolución No.DNC-295-2022-D.G. de 7 de junio de 2022, notificada a través de Edicto No. DNC-148-2022,

fijado el 16 de junio de 2022, a favor de la empresa **BIOPLUS CARE PANAMA, S.A.**, por un precio unitario de B/.20.800000, para un monto total de DOSCIENTOS NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO BALBOAS CON 00/100 (B/.209,664.00), con destino al Centro de Distribución (CEDIS) Panamá.

SEGUNDO: INHABILITAR a la empresa **BIOPLUS CARE PANAMA, S.A.**, por el término de SEIS (6) MESES, para participar en actos públicos que convoque la Caja de Seguro Social para la adquisición del producto **TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACIÓN Y NEBULIZAR, AMPOLLA**, a partir de la notificación de la presente resolución.

TERCERO: REMITIR a la Compañía **ACERTA COMPANÍA DE SEGUROS, S.A.** copia autenticada de la presente resolución, una vez se encuentre en firme y ejecutoriada, para fines informativos.

CUARTO: ADVERTIR a la empresa **BIOPLUS CARE PANAMA, S.A.** que se iniciarán los trámites para la adjudicación del Renglón No.381 para el suministro de **TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACIÓN Y NEBULIZAR, AMPOLLA** de la Licitación Pública de Precio Único No.01-2022, (Primera Convocatoria), celebrada el 18 de febrero de 2022, por lo que se procederá al cobro de la diferencia entre el precio adjudicado y el adquirido por la Jurisdicción Coactiva conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005.

QUINTO: ADVERTIR a la Dirección Nacional de Compras que de conformidad con el artículo 113 de la Ley No. 1 de 10 de enero de 2001, "Sobre medicamentos y otros Productos para la Salud Humana", las entidades públicas de salud remitirán, semestralmente, la información sobre la conducta de los contratista a la Comisión Nacional de Registro de Oferentes, en la cual detallarán los incumplimientos de los proveedores registrados en la Comisión." (Cfr. fojas 32-39 del expediente judicial)

En atención a lo anterior, se debía proceder con el cobro de la diferencia entre el precio adjudicado a **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.** y el adquirido, por parte de la Jurisdicción Coactiva conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005, y a su vez, la referida Resolución agotaba la vía gubernativa (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, y agotada la vía gubernativa, el 29 de de septiembre de 2023, la firma Gem Torres & Asociados, apoderado judicial, la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, acudió a la Sala Tercera para interponer la acción que ocupa nuestra atención, para que se declare nulo por ilegal la Resolución DNC-173-2023-D.G. de 18 de julio de 2023, y además, solicitó lo siguiente:

"...1. Que es **NULA, POR ILEGAL**, Resolución No. DNC-173-2023-D.G. de 18 de julio de 2023 dictada por la **CAJA DE SEGURO SOCIAL**, notificada el 1 de agosto 2023, por medio del Edicto en Puerta No. DCN-150-2023 emitida por la **CAJA DE SEGURO SOCIAL.**, a través de su Director General el Doctor **ENRIQUE LAU CORTÉS.**

2. *Que, como consecuencia de la declaración anterior, y para el caso de que durante el curso del proceso se haya ejecutado la FIANZA DE CUMPLIMIENTO presentada por BIOPLUS y/o se haya procedido con el cobro de la diferencia entre el precio adjudicado y el adquirido, se ordene DEVOLVER a BIOPLUS cualquiera suma de dinero o importe que hubiese pagado BIOPLUS o su aseguradora, al Tesoro Nacional o la CSS.*

3. *Que todas las anteriores declaraciones tiene efecto retroactivo.*"(Cfr. fojas 3-4 del expediente judicial).

Posterior a ello, mediante Resolución de uno (1) de abril de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Tercer de lo Contencioso Administrativo y Laboral, admitió la referida demanda (Cfr. foja 75 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Infracción.

Al sustentar los conceptos de infracción de las normas que se acusa de ilegal, la actora, manifiesta que la **Caja de Seguro Social** al proferir el acto impugnado, incumplió el principio de estricta legalidad y debido proceso, puesto que, la misma se fundamento en la rescisión de un contrato inexistente, por lo tanto la fianza de cumplimiento no debía ejecutarse puesto que estas entran a la vida jurídica una vez sea refrendado el contrato, que en el caso en comento no ocurrió (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Agrega además que no existe tipificado en la Ley, una norma que produzca la resolución administrativa de una adjudicación, pues a juicio de la actora, la ley señala que se puede dar por terminado administrativamente los efectos de un contrato debidamente refrendado, lo que no ha sucedido dentro del presente proceso (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Continuó señalando la actora que, la emisión de la Resolución DNC-173-2023-D.G. de 18 de julio de 2023 por parte de la **Caja de Seguro Social**, no tomo en cuenta que era necesario el respectivo refrendo de la Contraloría para que surja a la vida jurídica la obligación, y por ende, solicitar la ejecución de la fianza de cumplimiento. Además, señala la apoderada judicial que dentro del desarrollo de la adjudicación del Renglón 381 a su representada, nunca se emitió orden de compra ni mucho menos de refrendo o firma del contrato para perfeccionar la obligación (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

Indica la actora a través de su apoderada judicial que, a pesar de estar adjudicado el acto público 2021-1-10-0-99-LP-442452, Renglón 381 a favor de **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, la **Caja de Seguro Social**, no formalizó el contrato, no fue refrendado, ni emitió orden de compra en el término establecido en el pliego de cargos, por lo que no existía obligación por parte de **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**; y además, la fianza de cumplimiento FICS-29000-0, emitida por ACERTA SEGUROS, S.A., no era ejecutable, puesto que a juicio de la actora, no se encontraba vigente, en razón de que su vigencia era a partir del refrendo del contrato o la entrega de la orden de compra (Cfr. fojas 15-17 del expediente judicial).

Por último, señaló la recurrente que la fianza de cumplimiento se otorga para garantizar el cumplimiento de un contrato u obligación, lo que en el caso en estudio no ocurrió, ya que tal contrato u obligación no existió (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

V. Descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

Luego del análisis de los argumentos expuestos por la apoderada judicial de la recurrente con el objeto de sustentar los cargos de ilegalidad formulados en contra del acto acusado, esta Procuraduría procede a contestar los mismos, advirtiendo que, conforme se demostrará, no le asiste la razón a la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**

5.1 Motivación de la Resolución Resolución DNC-173-2023-D.G. de 18 de julio de 2023 por parte de la Caja de Seguro Social

Para la emisión del acto acusado de ilegal, la **Caja de Seguro Social**, llevó a cabo el procedimiento que así le permite nuestro ordenamiento jurídico, el cual se encuentra sustentado en el expediente administrativo.

La decisión adoptada por la **Caja de Seguro Social** se fundamentó en varios hechos que no pudieron ser desacreditados en la vía gubernativa por parte de la de la hoy actora.

Con base a lo anterior, tenemos que con la Resolución 234 de 20 de junio de 2022, y su acto confirmatorio, es decir, la Resolución 173 de 28 de abril de 2022, el Ministerio de Salud ordenó el retiro inmediato del mercado nacional y decomiso de Lote No. YC032 del producto TOBRAMICINA

COMBINADO PHARM/ 300MG/5ML/ SOLUCIÓN PARA INHALACION ORAL POR NEBULIZADOR y sancionó con multa a la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**". Asimismo, con la Resolución 345 de 7 de septiembre de 2022, se ordenó el retiro inmediato del mercado nacional y decomiso de Lote No.CC045 del producto TOBRAMICINA COMBINADO PHARM/ 300MG/5ML/ SOLUCIÓN PARA INHALACION ORAL POR NEBULIZADOR y a su vez, fue sancionada con multa la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**" (Cfr. foja 79 del expediente judicial y <https://www.minsa.gob.pa/informacion-salud/resoluciones-2022-fyd>).

Es decir, fueron dos resoluciones por medio de las cuales el Ministerio de Salud sancionó a la hoy actora, pues el producto que fue decomisado, guardaba relación con la adjudicación del Renglón 381 correspondiente al suministro de 10,080 AMPOLLAS de TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACIÓN Y NEBULIZAR, AMPOLLA a **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**

Es por lo expuesto que, el proveedor, no cumplió con la entrega pactada a través de la Licitación Pública 01-2020; por consiguiente, no fue posible el abastecimiento por parte de **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, a la **Caja de Seguros Social** (Cfr. foja 32 y 33 del expediente judicial).

Otra situación que motivó la Resolución Administrativa DNC-173-2023-D.G., de 18 de julio de 2023, se fundamenta en que el proveedor **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, ya mantenía sanción pecuniaria por situación presentada en la Dirección Nacional de Farmacia y Droga y aunado al hecho que el proveedor no había renovado su Registro Sanitario 97431, correspondiente al producto TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACIÓN Y NEBULIZAR, AMPOLLA, el cual presentó la hoy recurrente en la Licitación Pública de Precio Único 01-2022 y que tenía como fecha de vencimiento el 24 de octubre de 2022 (Cfr. foja 33 y Portal Electrónico www.panama.compra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

Cabe destacar que, la **Caja de Seguro Social**, puso en conocimiento a la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, para que rindiera sus descargos respecto a todo lo indicado y los hechos que se le endilgaban, puesto que condicionaban el cumplimiento del pliego de cargo en atención a la adjudicación del Renglón 381, a su favor (Cfr. foja 34 al 36 del expediente judicial)

Analizados los argumentos de la actora, la Dirección de Abastos a través de la Nota D. de A. 1105-2023 de 26 de mayo de 2023, señaló lo siguiente:

“...Tomando en cuenta lo manifestado por la empresa en su nota de descargo, en la cual solicita:

- *Que se le permita reemplazar el producto ofertado y adjudicado en la Licitación 01-2022, elaborado por Laboratorio Holopack Verpackungstechnik, GmbH, Alemania, por otro producto de Laboratorio Valmax; S.A., Argentina. Tiutlar LKM, Argentina.*

Hemos considerado los siguientes aspectos en torno a la evaluación efectuada:

- *La empresa Bio Plus Care S.A., en la Declaración Jurada, se comprometió:
Punto N°2 ‘Que nos comprometemos a cumplir fielmente con todas y cada una de las condiciones, especificaciones, términos y obligaciones contenidas y que se deriven del pliego de cargos...
Punto N°4 ‘Que mantendremos vigente durante la ejecución del acto de licitación pública el Registro Sanitario de todos los renglones adjudicados, en el caso de vencimiento del Registro Sanitario, en caso de ejecutoria de la Resolución de Adjudicación o de ejecución del contrato, entregaremos la solicitud de renovación cumpliendo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001.’*
- *La empresa Bio Plus Care, al momento de participar Licitación 01-2022(18/2/2023) ya presentaba problemas con la presentación del producto con el **Laboratorio Holopack Verpackungstechnik**, ante la dirección Nacional de Farmacia y Drogas, por lo cual fueron sancionados por el monto de B/. 40,000.00. (por falta gravísima). (foja 103)*
- *El Registro Sanitario N°97431, con vencimiento de 24 de octubre de 2022, con el cual participaron en la Licitación Pública 01-2022, no pudo ser renovado por la empresa Bio Plus Care, en la Dirección Nacional de Farmacia (sic) y Droga, por lo que tenía conocimiento que no podía cumplir, con la adjudicación de la Licitación 01-2022.*
- *El pliego de Cargo señala que la empresa adjudicataria, debe realizar su entrega de acuerdo a lo ofertado y la empresa Bio Plus Care, está solicitando entregar un producto diferente a su oferta, lo que contraviene lo plasmado en el Pliego de Cargo y en su Declaración Jurada.*

Luego de analizar los puntos expuesto por la empresa Bio Plus Care, le informamos que no procede, el cambio de un producto ofertado de la Licitación de Precio Único 01-2022, por otro producto totalmente diferente a la oferta presentada, toda vez que la empresa estaba anuente, que desde el principio no iba poder cumplir con el producto ofertado.” (Cfr. fojas 36 y 37 del expediente judicial)

En ese contexto, la **Caja de Seguro Social** con base al pliego de Cargo de la Licitación Pública 01-2022, en las Condiciones Especiales contenidas en el Capítulo III, punto 16, sobre el **INCUMPLIMIENTO DEL RENGLÓN ADJUDICADO**, que dispone:

"16. INCUMPLIMIENTO DEL RENGLÓN ADJUDICADO

...

*Con la ejecutoría de la resolución de adjudicación, surgen a la vida jurídica, las condiciones y obligaciones para el adjudicatario respecto, al pliego de cargos y su oferta, por ende, se da inicio al proceso administrativo de adquisición de **MEDICAMENTOS Y SOLUCIONES DE NUTRICIÓN PARENTALES** previsto en las proyecciones estimadas para el abastecimiento de nuestros centros de distribución, ...*

Si el adjudicatario o el contratista del renglón incumplen los términos establecidos en el pliego de cargos, oferta y/o la orden de compra o contrato, perderá la fianza de propuesta o cumplimiento según sea el caso, del renglón respectivo u objeto de la orden de compra o contrato, a consecuencia de la resolución administrativa y se activará las compras a terceros, de acuerdo a lo establecido en este Pliego de Cargos.

... (Sic.);

Y a lo dispuesto en punto 2 de las **COMPRAS A TERCEROS** del Capítulo III, de la Condiciones Especiales del Pliego de Cargos de la referida licitación pública, que establece:

"En caso que el adjudicatario decline la adjudicación o el contratista incumpla la entrega del suministro pactado, la Caja de Seguro Social (Dirección Nacional de Compras), para atender sus necesidades más urgentes se reserva el derecho de activar la entrega requerida (lo necesario para evitar el desabastecimiento del renglón correspondiente en ese momento), con el resto de los participantes que hayan propuesto el segundo, tercer, cuarto, etc., lugar, del precio unitario con relación al precio de referencia, según lo establecido en la Resolución de Adjudicación, con la finalidad de evitar un desabastecimiento y secuelas graves para el tratamiento y la salud de sus pacientes. Estas compras a terceros se formalizaran a través de orden de compra o contrato de acuerdo a la cuantía.

En el evento que la Caja de Seguro Social pacte la adquisición con un proponente distinto al adjudicatario o al contratista, procederá al cobro de la diferencia entre el precio adjudicado y el adquirido mediante jurisdicción coactiva con fundamento en el Artículo 5 de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005." (Cfr. foja 38 y Portal Electrónico www.panama.compra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

Es bajo ese concepto, que la **Caja de Seguro Social**, Resolvió Administrativamente la Adjudicación del Renglón 381 de la Licitación Pública de Precio Único 01-2022 (Primera Convocatoria), adjudicado a favor de **BIOPLUS CARE PANAMA, S.A.**; y a su vez advierte que se

iniciaran los trámites para la adjudicación del referido Renglón, por lo que se procedería al cobro de la diferencia entre el precio adjudicado y el adquirido por la Jurisdicción Coactiva, veamos:

PRIMERO: DECLARAR RESUELTA ADMINISTRATIVA MENTE LA ADJUDICACIÓN del Renglón No.381 de la Licitación Pública de Precio Único 01-2022 (Primera Convocatoria), correspondiente al suministro de **"TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACION Y NEBULIZAR, AMPOLLA"**, adjudicación realizada a través de la Resolución No.DNC-295-2022-D.G. de 7 de junio de 2022, notificada a través de Edicto No. DNC-1482022, fijado el 16 de junio de 2022, a favor de la empresa **BIOPLUS CARE PANAMA, S.A.**, por un precio unitario de B/.20.800000, para un monto total de **DOSCIENTOS NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO BALBOAS CON 00/100 (B/.209,664.00)**, con destino al Centro de Distribución (CEDIS) Panamá.

SEGUNDO: INHABILITAR a la empresa **BIOPLUS CARE PANAMA, S.A.**, por el término de **SEIS (6) MESES**, para participar en actos públicos que convoque la Caja de Seguro Social para la adquisición del producto **TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACIÓN Y NEBULIZAR, AMPOLLA**, a partir de la notificación de la presente resolución.

TERCERO: REMITIR a la Compañía **ACERTA COMPANIA DE SEGUROS, S.A.**, copia autenticada de la presente resolución, una vez se encuentre en firme y ejecutoriada, para fines informativos.

CUARTO: ADVERTIR a la empresa **BIOPLUS CARE PANAMA, S.A.** que se iniciarán los trámites para la adjudicación del Renglón No.381 para el suministro de **TOBRAMICINA,300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACION Y NEBULIZAR, AMPOLLA** de la Licitación Pública de Precio Único No.01-2022, (Primera Convocatoria), celebrada el 18 de febrero de 2022, por lo que se procederá al cobro de la diferencia entre el precio adjudicado y el adquirido por la Jurisdicción Coactiva conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005. ..." (Cfr. fojas 32-39 del expediente judicial) (Lo resaltado es de la cita)

5.2. Del Pliego de Cargo y la fianza de cumplimiento en el proceso de Licitación Pública de Precio Único.

Respecto a los argumentos expuesto por la recurrente, en cuanto a que el acto impugnado, proferido por la **Caja de Seguro Social**, incumplió el principio de estricta legalidad y debido proceso, puesto que el mismo se fundamentó en la rescisión de un contrato inexistente, por lo tanto la fianza de cumplimiento no debía ejecutarse, debemos indicar que, La Licitación Pública de Precio Único, es el procedimiento de selección de contratista en la que en un solo acto público, se convocan varios renglones de medicamentos para el consumo de uno (1) o varios períodos fiscales.

cuya adjudicación es por renglón al precio más bajo, siempre que se cumpla con los requisitos documentales establecidos en el pliego de cargo., por lo que dicho procedimiento tiene ciertas particularidades que están claramente establecidas en el pliego de cargos.

Expuesto lo anterior, debemos indicar que como norma General, la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 2 numeral 22, artículo 3 numeral 36, artículo 4 y artículo 61; definen el concepto de Fianza de Cumplimiento, Pliego de Cargos y además, refieren lo que conlleva la aceptación del pliego de cargos y la normas reguladoras en materia de contrataciones públicas, veamos:

“Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley los términos siguiente se entenderán así:

1...

22. Fianza de cumplimiento. Garantía exigida al adjudicatario de un acto de selección de contratista, al beneficiario de un procedimiento excepcional o especial de contratación, de conformidad con lo establecido en esta Ley, para el fiel cumplimiento del contrato u obligación de ejecutar su objeto y, una vez cumplido este, de corregir los defectos a que hubiera lugar de ser el caso.

Artículo 3. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los términos se entenderán así:

1...

36. Pliego de cargos. Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho

...

Artículo 4. Normas reguladoras. En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de esta Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos. En el caso de conflicto, se entenderá el orden de prelación indicado en este párrafo.

Artículo 61. Aceptación del pliego de cargos. Todo proponente en un acto de selección de contratista se obliga a aceptar el pliego de cargos sin objeciones ni restricciones.

En todos los actos de selección de contratista, la presentación de la propuesta por parte del proponente se considerará para todo los efectos legales y formales un aceptación tácita sin objeciones ni restricciones al pliego de cargos” (Lo subrayado es nuestro).

De lo anterior se colige, que el orden de aplicación de las normas reguladores en materia de contrataciones públicas, es claro al indicar que se tomara lo dispuesto en el pliego de cargo, por encima de lo que dispongan los contratos, y además, al ser las licitaciones públicas de precio único un tipo de licitación especialísimo que lleva a cabo la **Caja de Seguro Social**, bastaba con la adjudicación al contratista para que se diera la entrega de medicamento según renglón adjudicado, en atención a lo dispuesto al pliego de cargos.

En ese mismo orden de ideas, la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 “*Que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones*”, como norma específica aplicable a la Caja de Seguro Social, en su artículo 1, define el concepto de pliego de cargo de la siguiente manera:

“Artículo 1. Glosario. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

1 ...

...

19. Pliego de cargos. Conjunto de requisitos exigidos por la Caja de Seguro Social que especifican la adquisición de bienes, servicios, obras, consultorías u otro tipo de contratación, e incluye condiciones generales y particulares sobre certificaciones bancarias, cartas de respaldo financiero, cartas de compromiso, notas de adelantos de bienes, modelos de formularios y contratos, especificaciones técnicas, así como cualquier otro requisito indispensable, sobre procedimientos, principios generales, normas de inhabilidades e incompatibilidades, conformación de comisiones técnicas, formas de participación en actos públicos, prórrogas, multas y demás, establecidos en el reglamento de esta Ley.

El pliego de cargos debe ser claro, completo, justo y objetivo y no podrá contener condiciones o requisitos contrarios al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.

Bajo ese concepto, la Sala Tercera mediante Sentencia de 3 de enero de 2013 y Sentencia de 8 de febrero de 2017, en cuanto al Pliego de Cargo como instrumento integral del contrato señaló lo siguiente:

Sentencia de 3 de enero de 2013

"La Doctrina ha establecido que el principio de integración instrumental del contrato, tiene la finalidad de aclarar si en caso de conflicto, impera el contenido del pliego de cargo o lo pactado contractualmente, a lo cual señala Roberto Dromi, lo siguiente:

"El pliego, como instrumento jurídico integrante del contrato, es fundamental a la hora de ejecución del mismo. De allí que se haya sostenido que la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección, ha dado fundamento para que la doctrina, en feliz expresión, lo haya denominado la ley del contrato, por ser la principal de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato" (Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, segunda edición actualizada. 1995. Pág. 490).

Sentencia de 8 de febrero de 2017

"Sobre la importancia del pliego de cargos en un procedimiento licitatorio, el jurista argentino Roberto Dromi, manifiesta lo siguiente:

'La innegable significación jurídica del pliego de condiciones en el procedimiento licitatorio, implica una serie de consecuencias jurídicas. Son derechos y deberes de las partes intervinientes, en principio los siguientes:

9.1 Obligatoriedad de que el pliego tenga carácter general, impersonal y que asegure un trato igualitario para los oferentes. 'Es requisito fundamental que en la licitación ha de colocarse a todos los proponentes en pie de perfecta igualdad, siendo las cláusulas generales en que se fijaron las condiciones, derechos y obligaciones del contratista de obligada observancia para ellos'

9.2 Obligatoriedad de observar las prescripciones del pliego como a la ley misma. Efectivamente, las partes tienen que sujetarse a los pliegos como a la ley misma. 'El contrato celebrado con autorización legislativa y de conformidad con las bases de la licitación, es de una incontestable validez, y sus cláusulas sin excepción de una sola, tienen el mismo valor que la ley'

Es requisito fundamental que en la licitación ha de colocarse a todos los proponentes en pie de perfecta igualdad, siendo las cláusulas generales en que se fijaron las condiciones, derechos y obligaciones del contratista de obligada observancia para ellos a fin de que sobre esta base se den precios y se establezca la subasta que ha de permitir decidir en el momento oportuno cuál es la propuesta menos onerosas y más conveniente para el fisco" (DROMI, Roberto. Licitación Pública. Segunda Edición. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999. páginas 262-263) (Lo resaltado es nuestro)

De lo expuesto podemos colegir, que tanto el pliego de cargos como el contrato son ley entre las partes que lo aceptan, por consiguiente, la empresa **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, estaba obligada al cumplimiento al contenido del pliego de cargo, pues al habersele adjudicado el Renglón 381 de la Licitación Pública de Precio Único 01-2022, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452, a través de la Resolución DNC-295-2022-D.G. de 7 de junio de 2022, correspondiente al suministro de **TOBRAMICINA, 300MG/5ML, SOLUCIÓN PARA INHALACION Y NEBULIZAR, AMPOLLA**, y, al no poder cumplir con lo pactado con la **Caja de Seguro Social**, era viable jurídicamente que se ejecutara la Fianza de Cumplimiento FICS-29000-0, emitida por ACERTA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A. (Cfr. Portal Electrónico www.panama.compra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

En ese mismo orden de ideas, con la Declaración Jurada presentada por **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, ante la Licitación Pública de fijación de precios unitarios 01-2022 del Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452, esta se comprometió a cumplir fielmente con todas y cada una de las condiciones, especificaciones, términos y obligaciones contenidas y que se derivan del pliego de cargos; a mantener vigente durante toda la ejecución del acto de licitación pública el Registro Sanitario de todos los renglones adjudicados y en caso de vencimiento, entregar la renovación, cumplimiento con lo establecido en el Artículo 41 de la Ley 1 de 10 de enero de 2011 (Cfr. Portal Electrónico www.panama.compra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

Además, en el punto 11 de la referida Declaración Jurada fechada 31 de enero de 2022, **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, aceptó que se generara la compra a terceros en virtud que la **Caja de Seguro Social** (Dirección Nacional de Logística), determinara de manera exclusiva y excluyente que estaba en peligro de caer en un desabastecimiento, por incumplimiento en lo pactado en el pliego de cargos, adjudicación y el contrato, para atender sus necesidades, por lo que esta podía activar la entrega requerida con el resto de los participantes que hayan propuesto el segundo, tercer, cuarto etc., lugar, del precio unitario con relación al precio de referencia, según lo establece la Resolución de Adjudicación (Cfr. Portal Electrónico www.panama.compra.gob.pa, Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452).

El pliego de Cargo es claro al exponer las condiciones a las cuales se debieron someter los participantes en el proceso de licitación pública, y en atención a la especialidad de este tipo de acto público, presentar una fianza de cumplimiento.

Con relación a la ejecución de la Fianza de Cumplimiento FICS-29000-0, emitida por ACERTA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., por incumplimiento del Pliego de Cargos atribuido a **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, tenemos que, en el Capítulo III, CONDICIONES Y ESPECIFICACIONES, punto 16, foja 100 del Pliego de Cargo, se estableció lo siguiente:

"16. INCUMPLIMIENTO DEL RENGLÓN ADJUDICADO

La Caja de Seguro Social como entidad de seguridad social, tiene dentro de sus prioridades satisfacer la atención de salud de los asegurados a través del suministro oportuno de los medicamentos que requieran para sus padecimientos.

La Licitación Pública de Precio Único, es el procedimiento de selección de contratista en la que en un solo acto público, se convocan varios renglones de medicamentos para el consumo de uno (1) o varios períodos fiscales, cuya adjudicación es por renglón al precio más bajo, siempre que se cumpla con los requisitos documentales establecidos en el pliego de cargo.

Con la ejecutoria de la resolución de adjudicación, surgen a la vida jurídica, las condiciones y obligaciones para el adjudicatario respecto, al pliego de cargos y su oferta, por ende, se da inicio al proceso administrativo de adquisición de **MEDICAMENTOS Y SOLUCIONES DE NUTRICIÓN PARENTERALES** previsto en las proyecciones estimadas para el abastecimiento de nuestros centros de distribución, lo que permite a la Institución garantizar el derecho a la salud que tienen los asegurados.

En este contexto, el incumplimiento del pliego de cargos y la oferta por parte de los adjudicatarios de los renglones licitados, representa para la Caja de Seguro Social una afectación en la planificación y logística, para el suministro de los medicamentos que a la vez genera una situación de desabastecimiento que impide una atención de salud continua y expedita.

Si el adjudicatario o el contratista del renglón incumplen los términos establecidos en el pliego de cargos, oferta y lo la orden de compra o contrato, perderá la fianza de propuesta o cumplimiento según sea el caso, del renglón respectivo u objeto de la orden de compra o contrato, a consecuencia de la resolución administrativa y se activará las compras a terceros, de acuerdo a lo establecido en este Pliego de Cargos.

En los casos de falta de entrega del suministro, para que se configure la causal de incumplimiento, la entidad deberá haber generado la nota de solicitud de pedido, esto en cuanto a las entregas a necesidad y requerimiento, en cuyo caso se procederá con el procedimiento de resolución administrativa de la orden de compra o contrato evaluando la imputabilidad o no, del contratista por parte de la unidad peticionaria.

Culminado el proceso de resolución administrativa se deberá enviar el expediente debidamente foliado al Ministerio de Salud, para el inicio de las sanciones que Correspondan de acuerdo a la Ley No.1 de enero de 2001. (Lo subrayado es nuestro)

De lo anterior podemos colegir que, el pliego de Cargo como norma especial aplicable en el caso en estudio, indica que un incumplimiento atribuible al adjudicatarios de los renglones licitados, representa para la Caja de Seguro Social una afectación en la planificación y logística, para el suministro de los medicamentos que a la vez genera una situación de desabastecimiento que impide una atención de salud continúa y expedita, por consiguiente se perderá la fianza de propuesta o cumplimiento según sea el caso, del renglón respectivo.

Por las razones expuestas, quedan desvirtuados los argumentos expuesto por la actora, pues no era necesario la suscripción de un contrato para que "surgiera a la vida jurídica", la obligación por parte de **BIOPLUS CARE PANAMÁ S.A.** y por ende, la ejecución la Fianza de Cumplimiento, pues con la Resolución de Adjudicación DNC-295-2022-D.G. de 7 de junio de 2022, ya esta se obligaba al cumplimiento de lo pactado en el pliego de cargo y en consecuencia es viable jurídicamente la ejecución de la Fianza de Cumplimiento FICS-29000-0, emitida por ACERTA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.

5.3. Compras a Terceros

Respecto a este último punto, debemos señalar que en el Capítulo III, CONDICIONES Y ESPECIFICACIONES, punto 2, foja 93 del Pliego de Cargo, establece el procedimiento respecto a la compra a terceros, veamos:

2. COMPRAS A TERCEROS

De conformidad con el Artículo 109 de la Constitución Nacional, es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República, El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

En caso que el adjudicatario decline la adjudicación o el contratista incumpla la entrega del suministro pactado, la Caja de Seguro Social (Dirección Nacional de Compras), para atender sus necesidades más urgentes se reserva el derecho de activar la entrega requerida (lo necesario para evitar el desabastecimiento del renglón correspondiente en ese momento), con el resto de los participantes que hayan propuesto el segundo, tercer, cuarto, etc., lugar, del precio unitario con relación al precio de referencia, según lo establecido en la

Resolución de Adjudicación, con la finalidad de evitar un desabastecimiento y secuelas graves para el tratamiento y la salud de sus pacientes. Estas compras a terceros se formalizaran a través de orden de compra o contrato de acuerdo a la cuantía.

En el evento que la Caja de Seguro Social pacte la adquisición con un proponente distinto al adjudicatario o al contratista, procederá al cobro de la diferencia entre el precio adjudicado y el adquirido mediante jurisdicción coactiva con fundamento en el Artículo 5 de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005. (Lo subrayado es nuestro)

Por lo anterior, podemos colegir que la ejecución de la Fianza de Cumplimiento emitida por ACERTA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., como garantía en la adjudicación del Renglón 381, garantiza la diferencia entre el precio adjudicado y el adquirido en el procedimiento de compra a tercero en los términos expuestos en el pliego de cargo.

En razón de los argumentos expuestos, queda evidenciado que cada uno de los cargos de infracción aducidos por **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, quedan claramente desestimados.

Sobre la base de los fundamentos de hecho y de derecho antes expresados, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución DNC-295-2022-D.G. de 7 de junio de 2022**, emitido por la **Caja de Seguro Social**; y en consecuencia, se denieguen el resto de las peticiones de la recurrente.

VI. Pruebas:

Este Despacho aduce la copia autenticada del expediente administrativo que contiene el acto público de Licitación Pública de fijación de precios unitarios 01-2022 del Acto Público 2021-1-10-0-99-LP-442452, adjudicación del Renglón 381 a favor de **BIOPLUS CARE PANAMÁ, S.A.**, que guarda relación con el presente proceso y se encuentra en la entidad demandada.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Ufriola de Ardila
Secretaría General