



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.

083-2018

RECURRENTE:

HORACIO ICAZA Y CÍA, S.A.

ACTO IMPUGNADO:

Cuadro de Cotizaciones N°431 de 17 de julio de 2018, dictada por el Ministerio de Salud (Hospital del Niño), correspondiente al acto público de selección de contratista N° 2018-0-12-18-08-CM-020151.

MAGISTRADO PONENTE:

DIOGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN No.148/TACP de 27 de julio de 2018.

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que regula la Contratación Pública en Panamá; que crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, al Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, establece el procedimiento para la tramitación del recurso de impugnación, disposición legal amparada en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Antes de entrar a la verificación de los requisitos formales establecidos por la ley, para la presentación del recurso de impugnación, que nos permiten pronunciarnos sobre la admisión o inadmisión, resulta oportuno indicar que el presente recurso fue presentado por la empresa HORACIO IZACA Y CÍA, S.A., a través de su apoderado especial el Licenciado Alexander Zuleta, cual fuese repartido de conformidad al Acta de Reparto N°62-2018 de 25 de julio de 2018, al Magistrado José Aranda Ríos, con la numeración 083-2018; sin embargo, como quiera que el Magistrado Sustanciador se encuentra incapacitado por motivos de salud, nos acogemos para los efectos de la valoración de la presente causa, al contenido del artículo 212 del Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de abril de 2018, que señala al respecto: "... si por enfermedad o por cualquier otro motivo no pudiere el sustanciador concurrir al despacho y hubiere de afectarse una diligencia urgente o inaplazable, la diligencia la llevará a cabo el Magistrado que le sigue en el orden alfabético al sustanciador o en su defecto, el otro Magistrado que integra el pleno".



Que el día 27 de junio de 2018, el **MINISTERIO DE SALUD (HOSPITAL DEL NIÑO)** publicó en el portal electrónico de contrataciones públicas denominado "PanamaCompra" el aviso de convocatoria y el pliego de cargos para el acto de recibo de propuestas en el procedimiento de selección de contratista No. 2018-0-12-18-08-CM-020151 realizado en el Hospital del Niño, el día 03 de julio de 2018, en horario de 7:00 a.m., hasta las 11:00 a.m., y seguidamente en el mismo sitio, el acto de apertura de propuestas, desde las 11:01 a.m., en adelante, para la adquisición de **"HUMIDIFICADOR SERVO CONTROLADO ADULTA FT:102097"** con un precio de referencia de **veintisiete mil novecientos sesenta balboas con 00/100 (B/.27,960.00)**, cuya decisión fue de adjudicar el acto a la empresa MEDICAL DEPOT, S.A., tal como reposa dentro del portal de contrataciones públicas a fecha 17 de julio de 2018.

Dicha decisión fue impugnada por el apoderado especial el Licenciado Alexander Zuleta, quien actúa en representación de la empresa HORACIO ICAZA & CIA, S.A., dentro del término de ley, al encontrarse insatisfecho del resultado del acto administrativo decidido por el **MINISTERIO DE SALUD (HOSPITAL DEL NIÑO)**.

También consta la Fianza de recurso de impugnación No. 04-19-42640-0, con un límite máximo de responsabilidad de tres mil trescientos cincuenta y tres balboas con 33/100 (B/.3,353.33), de 24 de julio de 2018, monto que representa más del 15% del valor de la propuesta, emitido por Optima Compañía de Seguros, a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios **MINISTERIO DE SALUD-HOSPITAL DEL NIÑO/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**. Diligencia de consignación que reposa a foja 022 del Expediente del Tribunal.

Luego del recuento anterior, y de analizar el bien requerido por la entidad licitante, apreciamos que el mismo se trata de un tema médico, cual tiene una regulación especial, tal y como lo indica el cuarto párrafo del artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, que es del siguiente tenor:

Artículo 1. Ámbito de aplicación....

...

...

"La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos, por parte de la Caja de Seguro Social, se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

....."

y



Y decimos que nos encontramos ante un tema médico, toda vez que la Ley N°1 del 10 de enero de 2001, cuando se refiere a su ámbito de aplicación en el artículo 1, señala lo siguiente:

"Artículo 1. Esta ley regula el manejo en general de la fabricación, importación, adquisición, distribución, comercialización, información y publicidad, el registro sanitario y control de calidad, de medicamentos terminados, especialidades farmacéuticas, psicotrópicos, estupefacientes y precursores químicos de uso medicinal; de los productos biológicos, productos medicamentosos desarrollados por la ingeniería genética, fitofármacos, suplementos vitamínicos, dietético y homeopáticos y suplementos alimenticios con propiedad terapéutica; de los equipos e insumos médico quirúrgico, odontológicos y radiológicos, productos o materiales de uso internos, sean biológicos o biotecnológicos, empleados en la salud humana; de los productos cosméticos, plaguicidas de uso doméstico y de salud pública, antisépticos y desinfectantes, productos de limpieza y cualquier otro producto relacionado con la salud de los seres humanos, que exista o que pueda existir (el subrayado es nuestro).

Así las cosas, y siguiendo el tenor literal de la norma supra transcrita, vemos que por disposición legal, esta Colegiatura no es competente para el conocimiento del recurso de impugnación presentado en la Secretaría General de esta esfera administrativa, por cuanto el objeto contractual versa sobre insumos médicos (Todo insumo que tiene relación interna o externa con el ser humano, utilizado para limpiar, curar y suturar, en cirugía y otras actividades relacionadas).

Así pues, no cabe duda de que el objeto requerido por el **MINISTERIO DE SALUD (HOSPITAL DEL NIÑO)**, escapa del conocimiento de este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ya que ser insumo médico, debe tratarse bajo las reglas de la Ley N°1 de 1 de enero de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana y no con el procedimiento establecido por el Texto Único de la Ley N°22 del 27 de junio de 2006.

El artículo 1 relacionado al ámbito de aplicación de la Ley No. 22 de 2006, indica que esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos; lo cual apunta directamente al aspecto sustantivo de cada uno de los procedimientos de contratación, es decir, desde su convocatoria, celebración y decisión sobre el mismo, pese a que la interpretación literal solo incluye a los contratos públicos de la entidad y no a los actos de selección de contratista; sin embargo, estos van dirigidos hacia la formalización de contratos y órdenes de compra, los cuales deben ceñirse a la explicación de la Ley 1 de 2001 (Véase tercer párrafo del artículo 1 de la Ley 22 de 2006). Por ende, ante lo mencionado es imprescindible entender que incluye tanto a los contratos públicos como a los actos de selección de

21



contratista, pues en ambos casos deben someterse a las reglas y principios de que se refiere.

Respecto a la materia adjetiva es decir, la recursiva procesal, se advierte del contenido del Artículo 1 de la Ley No. 22 de 2006, que no hace mención alguna y ello es así, porque la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, no está dada sobre la base de la aplicación de la Ley 22 de 2006; sino por lo que textualmente impone su artículo 136, considerando a su vez que la instancia jurisdiccional se desarrolla sobre lo normado legalmente y no sobre principios de los que sí se vale para decidir en ocasiones, pero no para su operatividad; pues recordemos que la competencia desde el punto de vista Convencional y Constitucional (Artículo 32 de la Constitución Política), solo puede darse a través de una norma legal.

Habiendo precisado lo anterior, hemos de continuar nuestro análisis, indicando el hecho que es bien conocido, que el Ministerio de Salud, utiliza la Ley 22 de 2006 para la convocatoria, celebración y hasta el sistema electrónico de "PanamaCompra", pero cierto es también que en materia de medicamentos e insumos medico quirúrgicos, sus productos correlativos, aplica los requerimientos de la Ley N°1 de 2001, esta Ley, exclusiva para medicamentos tiene un trato distinto, al grado que en materia recursiva, tanto en la fase precontractual como en la contractual da salida directa ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia para la resolución de sus conflictos.

Al cuestionar si se trata de la Ley de Contratación Pública lo que determina la competencia, nos percatamos que este Tribunal está habilitado para dirimir conflictos que no obedecen necesariamente a la Ley 22 de 2006, tal es el caso con la Ley 51 de 1995 de la Caja de Seguro Social cuando el objeto no es medicamento, el caso de la Ley 18 del 23 de abril de 2010 del Ministerio de Educación (MEDUCA), que abre competencia al Tribunal, pero indistintamente, el Tribunal está vedado sobre la materia de contratos o adquisición de medicamentos e insumos medico quirúrgicos, en este sentido vemos que la competencia no la otorga el utilizar o no la Legislación Especial de Contratación Pública.

En tanto, nuestro segundo análisis se hace a partir de una operación jurídica basada en el Título Preliminar de nuestro Código Civil, artículo 14, numeral 2:

"Artículo 14. Si en los códigos de la República se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1...

2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo Código, se preferirá la disposición consignada en el artículo posterior, y si estuviere en diversos códigos o leyes, se preferirá la disposición del Código o ley especial sobre la materia de que se trate".



Lo anterior dispone la selección de la ley especial sobre otra especial respecto de la materia que se trate, siendo así nos corresponde confrontar dos leyes especialísimas, una de contratación pública frente a otra que se refiere a los medicamentos e insumos médicos. Considerando que literalmente la competencia del Tribunal nos ilustra sobre la naturaleza del asunto, nos sentimos cómodos al descifrar en igual medida cual debe ser la regente en la fase recursiva.

Si bien la Ley 22 de 2006 alude de manera muy general a “todas las entidades” y omite referirse a ella, la Ley N°1 de 2001 sobre medicamentos, sí hace referencia su sagrado trato (Arts.134 y 137), en este sentido, vemos claro que entre una y otra ley especial, hay una especialísima por la naturaleza del objeto que se debe preservar, en nuestra opinión, siendo esta la Ley No. 1 de 10 de enero de 2001, más aún cuando el artículo 137 de la mencionada ley nos indica que los actos de selección no admiten recurso en vía gubernativa; no obstante, son impugnables ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Habiéndose determinado, que por la naturaleza del objeto <<medicamentos e insumos médicos quirúrgicos>>, en materia de recursos contra actos de selección de contratista, la normativa aplicable es la Ley No. 1 de 10 de enero de 2001, este Tribunal concluye que no es competente para conocer de recursos contra actos administrativos que adjudiquen, rechacen, cancelen o declaren desiertos un acto de selección de contratista o por una resolución u otro acto administrativo en el que se rechazan las propuestas o cualquier otro acto que afecte la selección objetiva del contratista, toda vez que artículo 137 de la norma en comentario dispone que los actos de selección de contratista no admiten recursos en vía gubernativa, empero son impugnables ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

De manera que, quienes componemos este Tribunal, somos del criterio que lo que procesalmente y en Derecho corresponde, es la declaratoria de falta de competencia de conocer el recurso de impugnación sometido a esta Corporación de justicia administrativa, por conducto del Licenciado Alexander Zuleta, en contra del Cuadro de Cotizaciones N°431 de 17 de julio de 2018, emitida por el **MINISTERIO DE SALUD (HOSPITAL DEL NIÑO)**, dentro del acto de selección de contratista de compra menor No. 2018-0-12-18-CM-020151.

De igual forma, es importante señalar, que previa elaboración del acto administrativo, la entidad pública debe confrontar el objeto de la contratación con la Ley 1 de 2001, a fin de establecer la vía recursiva correspondiente, evitar crear expectativas no reales a los posibles recurrentes y en consecuencia no vulnerar los derechos que legalmente le asistan.

9 R

Por último, en cuanto al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del infolio administrativo, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna por la actora, se ordena su devolución a través del procedimiento fiscalizado por la Contraloría General de la República.

Como consecuencia de lo anterior, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades, legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que este Tribunal no es competente para conocer del recurso de impugnación presentado por el Licenciado Alexander Zuleta, en nombre y representación de la empresa HORACIO ICAZA Y CÍA, S.A., por las consideraciones vertidas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del Recurso de Impugnación N°04-19-42640-0, con un límite máximo de responsabilidad de tres mil trescientos cincuenta y tres balboas con 33/100 (B/.3,353.33), de 24 de julio de 2018, monto que representa más del 15% del valor de la propuesta, emitido por Optima Compañía de Seguros, a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios **MINISTERIO DE SALUD-HOSPITAL DEL NIÑO/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.**

TERCERO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su alzada en el portal electrónico respectivo.

CUARTO: ORDENAR la salida y el archivo del expediente identificado con el número 083-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 136, del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 sobre Contrataciones Públicas; y artículo 213 Decreto Ejecutivo 40 de 11 de abril de 2018; Ley 38 de 31 de julio de 2000 sobre Procedimiento Administrativo General en lo aplicable, Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Constitución Política de la República de Panamá.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VASQUEZ R.
Secretario General

