

DIRECCIÓN GENERAL

**RESOLUCIÓN DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO
No. IESS-DG-2018-0020-RFDQ**

**ABG. CARLOS ALBERTO VALLEJO BURNEO
DIRECTOR GENERAL
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL**

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL.- Quito, 01 de agosto de 2018, a las 12H00.- **VISTOS.-** En mi calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de conformidad con la Acción de Personal Nro. SDNGTH-2018-3308A de 14 de marzo de 2018, que rige a partir del 13 del mismo mes y año, en relación al proceso administrativo con el cual se emitió la Resolución Declaratoria de Desierto, Archivo y Adjudicatario Fallido Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052, correspondiente al Proceso de Régimen Especial Nro. RE-PU-HCAM-2018-052 para la *"ADQUISICIÓN DE 720 UNIDADES DEL FÁRMACO MIGLUSTAT CÁPSULA 100 MG PARA LA UNIDAD DE PEDIATRÍA DEL HOSPITAL DE ESPECIALIDADES CARLOS ANDRADE MARÍN"* y en virtud del requerimiento realizado por la señora Lilian Estrella, apoderada especial de la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., ingresado en la Dirección Nacional de Gestión Documental del IESS el 24 de julio de 2018, a través del cual solicitó: *"... declarar la nulidad de las dos resoluciones antes indicadas y finalmente se instruya se suscriba el contrato entre el Hospital Carlos Andrade Marín y LETERAGO del Ecuador"*; en conformidad prevé el artículo 132 del Código Orgánico Administrativo y en la calidad antes invocada, procedo a realizar la revisión por insinuación de persona interesada, de la Resolución Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052, de 5 de julio de 2018 y Resolución de Apelación de dicho acto Nro. 11101101-CGA-2018-0009, de 19 de julio de 2018, emitidas por el Coordinador Administrativo del Hospital Carlos Andrade Marín; **EN LO PRINCIPAL:**

PRIMERO. - ANTECEDENTES:

1.- Mediante sentencia ejecutoriada de acción constitucional de protección Nro. 19304-2018-00059, emitida el 18 de abril de 2018, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, se dispuso: *"(...) Uno.- Se ordena que en el plazo máximo de treinta días se provea a MA.GA.RE.MO., del medicamento solicitado (MIGLUSTAT), para lo cual tanto el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como el Ministerio de Salud Pública deberán observar el procedimiento previsto en la normativa respectiva. Dos. - Como garantía de no repetición se dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) adquiera el medicamento para lo posterior, de tal manera que sea proveído oportunamente al niño MA.GA.RE.MO., para su tratamiento según lo prescriba su médico. (...)"*

2.- Mediante Resolución de Inicio Nro. 111011101-0881-CGA-2018- RE-PU-HCAMP-2018-082, de 26 de abril de 2018 la Arquitecta Anyela Estefanía Burbano López Coordinadora General Administrativa (S) del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín (HCAM), a la fecha, en el considerando vigésimo cuarto señaló: *“Que, mediante memorando Nro. ARCSA-ARCSA-CGTC-DTRSNSOYA-2018-2120-O de fecha 02 de abril de 2018, donde la Dra. María Fernanda Mora Falquez, Directora Técnica de Registro Sanitario, Notificación sanitaria Obligatoria y Autorización del Ministerio de Salud Pública, otorgó a BIOTOSCANA ECUADOR S.A., la exclusividad del medicamento MIGLUSTAT CÁPSULA 100 MG, con registro sanitario Nro. 76-MEE-021, con vigencia de tres meses y que mediante oficio con fecha enero 2018, el Sr. Leandro Moreno, Gerente General de BIOTOSCANA DEL ECUADOR S.A., autoriza a la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A. el uso de los Registros Sanitarios”, en tal virtud, resolvió la contratación de la mentada empresa, por su condición de proveedor único, al tenor de lo dispuesto en el artículo 95 del Reglamento General a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública y procedió a: “(...) Art. 3. **INVITAR** a la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A. con número de RUC: 099226219201, para que presente su oferta técnica para la **“ADQUISICIÓN DE 720 UNIDADES DEL FÁRMACO MIGLUSTAT CÁPSULA 100 MG PARA LA UNIDAD DE PEDIATRÍA DEL HOSPITAL DE ESPECIALIDADES CARLOS ANDRADE MARÍN”** de conformidad con el cronograma establecido en los pliegos del proceso...”*

3.- Mediante Resolución de Adjudicación Nro. 111011101-1036-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052, de 23 de mayo de 2018, el ingeniero Julio Alberto Miranda Ruiz, Coordinador General Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, a la fecha, resolvió: *“Art.1. Adjudicar el proceso de Régimen Especial No. RE-PU-HCAM-2018-052, cuyo objeto es la **“ADQUISICIÓN DE 720 UNIDADES DEL FÁRMACO MIGLUSTAT CÁPSULA 100 MG PARA LA UNIDAD DE PEDIATRÍA DEL HOSPITAL DE ESPECIALIDADES CARLOS ANDRADE MARÍN”**, al oferente invitado LETERAGO DEL ECUADOR S.A., con número de RUC: 0992262192001, por valor el de USD 93 240,00 (NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 00/100), EXENTO DE IVA, el plazo para la ejecución del presente contrato será de sesenta (60) días calendario contados desde el día siguiente de la fecha de suscripción del contrato, con entregas parciales conforme a lo establecido por el Administrador del Contrato en base a la necesidad institucional (...)”*

4.- A través de los oficios Nros. IESS-HCAM-CGJ-2018-0976-O de 29 de mayo de 2018, IESS-HCAM-CGJ-2018-0997-O de 1 de junio de 2018, IESS-HCAM-CGJ-2018-1016-O de 4 de junio de 2018, IESS-HCAM-CGJ-2018-1021-O de 4 de junio de 2018, IESS-HCAM-CGJ-2018-1059-O de 8 de junio de 2018, IESS-HCAM-CGJ-2018-1065-O de 11 de junio de 2018 e IESS-GCAM-CGJ-2018-1072-O de 12 de junio de 2018, el Coordinador General Jurídico del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín solicitó a la Apoderada Especial de la Empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A, la documentación habilitante para suscribir el Contrato correspondiente al proceso de contratación referido en párrafos anteriores.

5.- Después de varias insistencias, con oficio Nro. IESS-HCAM-CGJ-2018-1084-O de 13 de junio de 2018, dirigido a la Apoderada Especial de la Empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A el Coordinador General Jurídico del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, señaló lo siguiente: *"(...) En base a estos antecedentes, la entidad contratante ha verificado que el adjudicatario hasta la presente fecha no ha cumplido con la entrega de la siguiente documentación: Copia notariada del certificado de distribuidor o subdistribuidor autorizado vigente a la fecha, de ser conferido en el exterior debe estar debidamente apostillado o consularizado (sic) y traducido al español.- Copia notariada del Poder Especial, vigente a la fecha, de ser conferido en el exterior debe estar debidamente apostillado o consularizado (sic) y traducido al español.- Carta de Autorización para Uso de Registro Sanitario, debidamente notariada (...)* Esta documentación debe ser entregada hasta el 14 de junio del 2018 a las 14h00, una vez que la documentación solicitada sea revisada y se encuentre a conformidad, se notificará la fecha de suscripción del contrato respectivo.- En caso de no cumplir con lo solicitado, se procederá con lo establecido en el artículo 114 del RGLOSNCP que dice: *'Adjudicatario fallido.- En caso de que el adjudicatario no se presente dentro del término previsto, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable, la entidad contratante lo declarará adjudicatario fallido' (...)*"

6.- Mediante oficio S/N de 14 de junio de 2018, la Apoderada Especial de LETERAGO ECUADOR S.A, solicitó al Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, lo siguiente: *"(...) se digne autorizar se amplíe el plazo de 8 días para la suscripción del Contrato del Proceso RE-PU-HCAM-2018-052 para la adquisición de 720 unidades del producto MIGLUSTAT, para el tratamiento de la enfermedad NIEMANN PICK tipo C, que fuimos adjudicados. LETERAGO DEL ECUADOR S.A. como Proveedor formuló esta solicitud, en razón de que el día de hoy se vence el plazo término para la suscripción del contrato y aún no disponemos del documento actualizado que nos solicitaron: Autorización de comercialización del Fabricante ACTELION de Suiza a Biotoscana Ecuador, mismo que se pidió al Laboratorio con la Urgencia del caso y aún no se ha recibido, indicándonos el día de hoy, que se encuentra procesando el documento y que enviarán lo antes posible ya que el mismo es emitido en el exterior y de esta manera se cumpliría lo estipulado (...)"*; el 5 de julio de 2018 realizó una insistencia y señaló: *"(...) se sirva acoger los argumentos respecto a este inconveniente que ha impedido la suscripción del contrato oportunamente, y se digne disponer que se continúe con la suscripción del contrato pues nuestro deseo es cumplir a cabalidad con nuestros compromisos (...)* En caso de no ser acogida favorablemente nuestra petición señor Gerente, nos permitimos solicitar se digne disponer la declaratoria de Desierto del proceso, considerando las situaciones imprevistas a las que se vio avocada y representada (...)". De tales pedidos, no se evidencia dentro del expediente de la contratación, que estos hayan sido atendidos por parte del Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín.

7.- El Coordinador General Jurídico a través de memorando Nro. IESS-HCAM-CGJ-2018-1870-M de 20 de junio de 2018, dirigido al Coordinador General Administrativo, -ordenador de gasto- del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, señaló que el

oferente adjudicado no presentó el Certificado de Distribución otorgado por ACTELION PHARMACEUTICALS LTD., a favor de BIOTOSCANA ECUADOR S.A., vigente a la fecha, debidamente traducido, apostillado y notariado; por tanto, no cumplió con la entrega de la documentación habilitante para suscribir el contrato respectivo, dentro del término establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

8.- Mediante Resolución de Declaratoria de Desierto y Archivo Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052 de 5 de julio de 2018, el Coordinador General Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, resolvió: *"Art. 1. DECLARAR DESIERTO el proceso de Régimen Especial No. RE-PU-HCAM-2018-052, cuyo objeto es la 'ADQUISICIÓN DE 720 UNIDADES DEL FÁRMACO MIGLUSTAT CÁPSULA 100 MG PARA LA UNIDAD DE PEDIATRÍA DEL HOSPITAL DE ESPECIALIDADES CARLOS ANDRADE MARÍN' de conformidad con el literal e) del artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone: 'La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos: (...) e. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente. Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad o su delegado, podrá disponer su archivo o su reapertura' (...) Art. 2. DISPONER EL ARCHIVO del proceso de contratación para la ADQUISICIÓN DE 720 UNIDADES DEL FÁRMACO MIGLUSTAT CÁPSULA 100 MG PARA LA UNIDAD DE PEDIATRÍA DEL HOSPITAL DE ESPECIALIDADES CARLOS ANDRADE MARÍN' (...) Art. 3 DECLARAR ADJUDICATARIO FALLIDO a LETERAGO DEL ECUADOR S.A., con número de RUC: 0992262192001 de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone: (...) Adjudicatarios Fallidos. - Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al adjudicatario o a los adjudicatarios y notificará de esta condición al SERCOP (...)"*

9.- Mediante oficio Nro. IESS-HCAM-CGA-2018-0065-O de 10 de julio de 2018, el Coordinador General Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, notificó al Gerente General y a la Apoderada Especial de la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., con la Declaratoria de Desierto, Archivo y Adjudicatario fallido realizada mediante Resolución Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052 de 5 de julio de 2018, en el siguiente domicilio: Av. Manuel Córdova Galarza S/N y las Violetas, conforme consta en el numeral 1.2., del Formulario 1 de la Oferta presentada por la Empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A.

10.- Con oficio S/N de 10 de julio de 2018, ingresado al Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín con número de referencia IESS-HCAM-JATSGCME-2018-3459-E de la misma fecha, la Apoderada Especial de LETERAGO DEL ECUADOR S.A interpuso un recurso de apelación en contra de la Resolución de Declaratoria de Desierto, Archivo y Adjudicatario Fallido Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052 de 5 de julio de 2018 suscrita por el Coordinador General Administrativo del mismo Hospital.

11.- A través del oficio Nro. IESS-HCAM-CGA-2018-0066-O de 11 de julio de 2018, el Coordinador General Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, solicitó al Servicio Nacional de Contratación Pública, inicie los trámites correspondientes para incluir en el Registro de Incumplimientos a la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., como adjudicatario fallido, en virtud de la documentación adjunta al referido oficio.

12.- La empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., interpuso una acción de protección con medidas cautelares, cuyas pretensiones son la declaración de vulneración de derechos Constitucionales con la determinación de reparación integral, se deje sin efecto y se invalide jurídicamente los actos administrativos constantes en las resoluciones Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052 de 05 de julio de 2018; y, Nro. 11101101-CGA-2018-0009, de 19 de julio de 2018, cuya notificación se recibió el 24 de julio de 2018.

13.- La señora Lilian Estrella, apoderada especial de la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., ingresó en la Dirección Nacional de Gestión Documental del IESS el 24 de julio de 2018, una insinuación, a través de la cual en lo principal, señaló: *"(...) la entidad contratante requirió a mi representada el Certificado de Distribución otorgado por ACTELION PHARMACEUTICALS LTD., documento que NUNCA constó en los pliegos como requisito de cumplimiento obligatorio por parte del oferente (...) se puede verificar que este documento NO CONSTÓ en el listado inicial de documentos habilitantes para la celebración del contrato administrativo; es a partir del documento denominado 'cuarta insistencia' que aparece la solicitud del certificado, como es obvio, la gestión de este documento condujo a que el mismo sea emitido con fecha 20 de junio de 2018, apostillado el 22 del mismo mes y año; y, presentado al Hospital el 05 de julio de 2018.- Certificación que a pesar de constar en el archivo del Hospital sirvió de fundamento para declarar a mi representada como adjudicatario fallido, a pesar de que el mismo fue remitido a la entidad contratante con fecha anterior a la emisión del acto administrativo que este momento me encuentro impugnando (...) De igual forma Biotoscana Ecuador S.A., para comercializar medicamentos, requiere únicamente el Registro Sanitario, que de conformidad con el Reglamento para la Obtención de Registros Sanitarios de Medicamentos, es la certificación otorgada por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria para la importación, exportación y comercialización de los productos de uso y consumo humano señalados en la Ley Orgánica de Salud (...)"*

14.- Mediante memorando Nro. IESS-HCAM-CGJ-2018-0053-M, de 31 de julio de 2018, suscrito por los abogados Natalia Narváez, Omar Ayabaca y Flavio Venegas, abogados de la Coordinación General Jurídica del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, ponen en conocimiento del Director General del HCAM, el informe del proceso de resolución de Declaratoria de Desierto, Archivo y Adjudicatario fallido realizada mediante Resolución Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052 de 5 de julio de 2018, que en lo principal, señala: *"(...) la Coordinación General Jurídica al solicitar la 'COPIA NOTARIZADA DEL CERTIFICADO DE DISTRIBUIDOR O*

SUBDISTRIBUIDOR AUTORIZADO VIGENTE A LA FECHA, DE SER CONFERIDO EN EL EXTERIOR DEBE ESTA DEBIDAMENTE APOSTILLADO O CONSULARIZADO Y TRADUCIDO AL ESPAÑOL, requirió documentación adicional a aquella prevista en los pliegos del proceso precontractual de la referencia, por cuanto en los pliegos no determina que el certificado deberá estar debidamente notarizado. Cabe señalar que el certificado se encontraba debidamente apostillado. (...) por un lapsus calami la solicitud de la prórroga requerida fue contestada extemporáneamente, a través de oficio Nro. IESS-HCAM-CGA-2018-0065-O de 10 de julio de 2018 (...) se determina que la Entidad Contratante estaba facultada para otorgar una prórroga, y a fin de cumplir con lo que dispone la Ley de Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, velando por los intereses institucionales, por cuanto la solicitud de ampliación del contratista se realizó en su debido tiempo y con fecha anterior a que culmine el término para suscribir el contrato (...)"

15.- Mediante memorando Nro. IESS-PG-2018-0689-M, de 1 de agosto de 2018, el Procurador General del IESS, remite a esta Dirección General el informe de audiencia Constitucional, contenido en el memorando Nro. IESS-SDNP-2018-0851-M, de 1 de agosto de 2001, suscrito por la abogada Diana Carolina Pantoja Freire, en el que señala: "1. El Juez de la Unidad de Garantías Penales con competencia en Infracciones Flagrantes sede Cantón Quito- Unidad Judicial Quitumbe determinó la vulneración de 3 derechos: •Vida y salud del menor M.G.R.M al no cumplir con la acción de protección No. 19304-2018-00059.- •Dignidad de la madre del menor al obligarle a firmar una carta de agradecimiento por parte del HCAM. - •Seguridad Jurídica por incumplimiento de sentencia de la acción de protección. - 2. El juez ha determinado que la parte accionante no ha podido demostrar los daños materiales e inmateriales invocados, sin embargo, en la reanudación de audiencia a llevarse a cabo el 2 de agosto de 2018, determinará los daños sobre los derechos declarados vulnerados, con la determinación de responsabilidades a los funcionarios del HCAM implicados en la violación de derechos. - 3. También señaló que esperaba en la reanudación de la audiencia que presentemos un informe sobre el cumplimiento de sentencia de acción de protección del menor M.G.R.M., toda vez que él no puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, puesto que no es una acción contenciosa administrativa y que la solución sobre la legalidad de los mismos nos corresponde como institución."

16.- Mediante memorando Nro. IESS-HCAM-GG-2018-1497-M, de 1 de agosto de 2018, el Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín pone en conocimiento de esta Dirección General, las acciones realizadas dentro de la causa judicial Nro. 17283-2018-01416, respecto de la audiencia llevada a cabo el 1 de agosto de 2018, para lo cual remite el Informe suscrito por el Doctor Willians Saud Reich Coordinador Jurídico del HCAM; abogada Nathalia Narváez Vallejo; y, abogado Omar Ayabaca Buenaño, a través del cual manifiestan: "El Juez en sus conclusiones manifestó que no es la Autoridad competente para declarar la nulidad de los actos administrativos y además supo manifestar que con la suspensión de los actos administrativos, se podría proceder a la suscripción del contrato según recalcó en su intervención y que su resolución versará en base a la siguiente documentación que ha solicitado: 1.- Se justifique en que calidad suscribe los actos administrativos el Coordinador

Administrativo; 2.- Se ponga en conocimiento las acciones que el HCAM ha realizado para la entrega del medicamento Miglustad y así dar con el cumplimiento de la medida cautelar Nro. 19304-2018-0059, de la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Centinela del Cóndor, Zamora y además cumplir con lo dispuesto en la medida cautelar 17283-2018-01416, con respecto a la entrega inmediata del medicamento denominado Miglustad.- 3.- Además la madre del menor, indique quien ha vulnerado sus derechos la integridad personal a través de una carta de agradecimiento entregada al HCAM.- Dentro de la misma Acción de Protección con Medidas Cautelares en la que ha intervenido la madre del menor, la misma ha señalado que tendría provisión del medicamento MIGLUSTAT 100 MG hasta el día sábado 04 de agosto de 2018, por lo que de no realizar la contratación oportunamente se podría determinar un incumplimiento de la Acción de Protección a favor del menor M.G.R.M.”

SEGUNDO. - ANÁLISIS:

2.1.- Ámbito Constitucional. -

El proceso de contratación pública de régimen especial, proveedor único, efectuado por el Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, fue iniciado en razón de la sentencia emitida dentro de la Acción de Protección Nro. 19304-2018-00059, acción con la cual se tutelan los derechos a la vida y a la salud del menor de edad M.G.R.M.; en virtud de que, se le diagnosticó una enfermedad denominada NIEMANN PICK TIPO C, cuyo tratamiento médico se realiza con el medicamento MIGLUSTAT en la dosis de 100 mg.; cabe indicar, que dicho fármaco es distribuido exclusivamente por la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S. A.

El 27 de abril de 2018 el Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, invitó a la mencionada empresa a presentar la oferta para el procedimiento de régimen especial, proveedor único, para la adquisición de 720 unidades del fármaco, a utilizarse en el tratamiento del menor.

Por su parte el Coordinador General Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín mediante Resolución Nro. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052, de 5 de julio de 2018, declaró desierto el proceso de contratación pública y como adjudicatario fallido a la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S. A.

Ante el Recurso de Apelación propuesto por la Empresa, el Coordinador General Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, negó el mismo, mediante Resolución Nro. 111011101-CGA-2018-0009, de 19 de julio de 2018.

El IESS conforme prevé el artículo 225 de la Constitución de la República, se encuentra en la obligación de aplicar los principios de eficacia y eficiencia como base fundamental del servicio a la colectividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 ibídem; más aún en un estado constitucional de derechos y justicia, sistema constitucional que tiene como fin el respeto a los derechos fundamentales, basándose en principios, antes que en normas de derecho positivo, siendo de aplicación sistemática, directa y conjunta.

Bajo la premisa fundamental establecida en el artículo 426 de la Constitución de la República, que dispone: "(...) *Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.*"; esta administración se encuentra en la obligación constitucional de garantizar los derechos establecidos en la norma fundamental, los cuales son de aplicación inmediata y directa.

Al tenor de lo que dispone la norma fundamental en sus artículos 75 y 76, referente a la tutela efectiva, en concordancia con el artículo 4 del Código Orgánico Administrativo (COA), el HCAM debió proceder con la adquisición del medicamento MIGLUSTAT, toda vez que, su incumplimiento se contrapone a lo dispuesto en la sentencia de 18 de abril de 2018, correspondiente a la Acción de Protección, interpuesta por la madre del menor M.G.R.M., en la cual se ordenó: "... *que en el plazo máximo de treinta días se provea a (...) del medicamento solicitado (MIGLUSTAT)...*"

2.2.- Derecho que podrían ser vulnerados. -

Sobre el derecho a la vida.

Constitución de la República

"Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. (...) 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios."

Declaración Universal de Derechos Humanos.

"Art. 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida digna, a la libertad y a la seguridad de su persona".

El Estado ecuatoriano, así como la Organización de Naciones Unidas reconocen como pilar fundamental de la estructura social el derecho a la vida, derecho que en su más alta concepción implica la protección total a este bien jurídico puesto que es considerado como generador de otros posibles derechos sobre la persona.

Las sentencias emitidas dentro de la Acción de Protección tanto en primera como segunda instancia, tuvo como finalidad precautelar precisamente el derecho a la vida, puesto que el HCAM se vio impedido de suministrar este medicamento al paciente por la negativa de autorización por parte del Ministerio de Salud Pública, como órgano rector en esta materia, medicamento que fue considerado por los jueces como el necesario para precautelar la vida del menor de edad. En dichas sentencias se declaró la vulneración del derecho a la vida del menor; por lo tanto, resulta inconsecuente que mientras la justicia constitucional precauteló este derecho, en vía administrativa, se inobservó su cumplimiento.

Sobre el derecho a la salud.

"Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.- El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional."

El derecho a la salud tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, puesto que la afectación en gran medida del primero terminará irremediablemente en una alteración del segundo, razón por la cual, los operadores de justicia constitucional declararon la vulneración del derecho a la salud; en tal virtud, resulta improcedente en este momento, realizar consideraciones valorativas sobre los efectos de la medicina prescrita para el tratamiento de la enfermedad del menor, puesto que esos argumentos fueron debidamente dilucidados en las instancias constitucionales; por lo tanto, lo que estrictamente corresponde a esta administración, es garantizar la ejecución integral de las medidas de reparación y rehabilitación en el marco de la sentencia constitucional, la cual tiene como fin el suministro de la medicina al menor M.G.R.M., para el tratamiento de su enfermedad.

De lo expuesto se colige que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1; 11, numerales 4, 5 y 6; 83, numerales 1 y 5; 227; 367; 424; y, 426 de la Constitución de la República, la norma suprema prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, siendo el deber de la administración pública velar por el cumplimiento de los derechos de las personas; razón por la cual, es deber del HCAM como entidad de servicio público, actuar en conformidad a los mandatos constitucionales y subsanar los actos administrativos que se contrapongan.

2.3.- Ámbito de legalidad. -

Constitución de la República

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Código Orgánico Administrativo

“Art. 4.- Principio de eficiencia. Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales.”

“Art. 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.”

“Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.”

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.”

“Art. 132.- Revisión de oficio. Con independencia de los recursos previstos en este Código, el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada. - El trámite aplicable es el procedimiento administrativo. - El transcurso del plazo de dos meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento de revisión de oficio sin dictarse acto administrativo, produce la caducidad del procedimiento.”

El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.

Mediante informe de Resultados del Proceso Nro. RE-PU-HCAM-2018-052, de 9 de mayo de 2018 suscrito por el responsable del proceso y la funcionaria de la Unidad de Contratación Pública del Hospital Carlos Andrade Marín manifestaron: “(...) 5 RECOMENDACIÓN DE ADJUDICACIÓN, NOMBRE DEL ADJUDICATARIO Y LOS MOTIVOS POR LOS QUE SE HA ELEGIDO SU OFERTA, ASI COMO LOS NOMBRES

DE LOS SUBCONTRATISTAS, DE SER EL CASO (...) Una vez concluido el análisis de cumplimiento de la integridad y requisitos mínimos de la oferta presentada, el Designado concluye lo siguiente: La empresa LETERAGO DEL ECUADOR: con RUC: 0992262192001, Cumple con los requerimientos legales, técnicos y económicos, exigidos en los pliegos... ”

De conformidad a lo establecido en el artículo 113 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante no podrá solicitar al oferente adjudicado documentos que no se encuentre determinados dentro de los pliegos, los cuales contienen toda la información técnica, económica, legal y condiciones contractuales requeridas para un proceso, en conformidad con el artículo 31 de la referida ley.

Por lo tanto, la Resolución No. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052, mediante la cual se declara desierto el Proceso de Régimen Especial Nro. RE-PU-HCAM-2018-052, que dispuso el archivo del proceso de contratación y declaró adjudicatario fallido a la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., se emitió en clara contraposición con el derecho a la seguridad jurídica, el cual se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, las cuales deberán ser aplicadas por las autoridades competentes; considerando que los servidores públicos que actúan en virtud de una potestad estatal ejercerán únicamente las competencias y facultades atribuidas en la norma suprema y la ley, lo cual no fue considerado por el Coordinador General Jurídico del HCAM, al haber solicitado el certificado de distribución, documento que no se encontraba dentro del listado de documentación habilitante señalada en los pliegos del proceso que nos ocupa, inobservando así lo determinado en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Los actos emanados por la Administración Pública deben conducir a la consecución de sus fines, sobre la base de la debida razonabilidad establecida en el artículo 18 del COA, precepto inobservado en la resolución emitida por el Coordinador General Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, en virtud de que, a pesar de tener conocimiento de que la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., fue autorizada por el Gerente General de BIOTOSCANA DEL ECUADOR S.A., para tener la exclusividad en la comercialización del medicamento MIGLUSTAT CÁPSULA 100 MG, con registro sanitario Nro. 76-MEE-021, solicitó la presentación de documentación adicional fuera de la etapa precontractual, declaró al procedimiento desierto y dispuso su archivo, a pesar de ser la única empresa proveedora del medicamento la declara como adjudicatario fallido, situación que se contrapone a lo ordenado en la sentencia de 18 de abril de 2018, correspondiente a la Acción de Protección, interpuesta por la madre del menor M.G.R.M., en la cual se ordenó: “... que en el plazo máximo de treinta días se provea a (...) del medicamento solicitado...”

(Todos los énfasis me corresponden).

EN CONSECUENCIA.- Por las consideraciones expuestas, en mi calidad de Director General, máxima autoridad administrativa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de conformidad con el numeral uno del artículo 105 y artículo 132 del Código Orgánico Administrativo, en razón de haberse infringido disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, sobre la base del análisis efectuado.- **RESUELVO.-** a) Declarar la nulidad de la Resolución Declaratoria de Desierto, Archivo y Adjudicatario Fallido No. 111011101-1365-CGA-2018-RE-PU-HCAM-2018-052, de 5 de julio de 2018; y, consecuentemente de la resolución No. 11101101-CGA-2018-0009, de 19 de julio de 2018, de apelación emitidas por el Coordinador General Administrativo del Hospital Carlos Andrade Marín.- b) Disponer a la Coordinador Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, sobre la base de la respectiva resolución de delegación, que previa a la realización de las actuaciones adicionales que el caso requiera, emita el correspondiente acto administrativo sustitutivo, en el marco del análisis y las disposiciones de la presente Resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 228, número 2 del Código ibidem.- c) Notificar con la presente resolución a la empresa LETERAGO DEL ECUADOR S.A., al Gerente General y al Coordinador Administrativo del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín.- d) Se deja a salvo los derechos que la ley franquea al administrado.-

NOTIFÍQUESE. -



Abg. Carlos Alberto Vallejo Burneo

DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL