

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 092

Panamá, 18 de enero de 2023

Contencioso Administrativo de Nulidad.

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

Expediente 909112022.

El Licenciado José Ismael Mojica González, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el **Decreto 36 de 27 de julio de 2022, emitido por el Tribunal Electoral**, publicado en el Boletín Electoral 5122-H de 28 de julio de 2022.

**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 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. La Pretensión.

El Licenciado José Ismael Mojica González, presentó el 2 de septiembre de 2022, demanda contencioso administrativa de nulidad en contra del Decreto 36 de 27 de julio de 2022, emitido por el **Tribunal Electoral**, en el cual se establece que dicha entidad no requiere del concepto favorable de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental (AIG), cuando tenga urgencia evidente para contratar bienes y servicios que involucren tecnología con montos superiores a los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) (Cfr. fojas 1 y 11 del expediente judicial).

Al respecto, el actor solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto impugnado, basado en el perjuicio notoriamente grave y la apariencia de buen derecho, siendo tal petición accedida por el máximo tribunal contencioso administrativo, por medio de la Resolución de treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022) (Cfr. foja 17-26 del expediente judicial).

Seguidamente, el Magistrado Sustanciador en representación de la Sala Tercera, admitió la acción interpuesta mediante la Resolución de veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022), ordenó el traslado de la misma al Magistrado Presidente del **Tribunal Electoral**, con la finalidad que rindiera su informe de conducta; y a esta Procuraduría, con el objeto de emitir su opinión de legalidad,

interviniendo en el proceso por mandato de ley, en defensa del ordenamiento jurídico (Cfr. fojas 30 del expediente judicial).

II. Disposiciones legales invocadas.

El demandante sostiene que el acto impugnado infringe las normas jurídicas que a continuación pasamos a indicar:

2.1. Del Código Electoral, ordenado mediante el Texto Único, aprobado a través del Acuerdo del Pleno 7-1 de 15 de febrero de 2022, publicado en la Gaceta Oficial 29482-A de 22 de febrero de 2022, **el artículo 142**, que trata sobre la autonomía del Tribunal Electoral para establecer costos en sus servicios, administrar sus fondos, así como aquellos que el Órgano Ejecutivo ponga a su disposición según la ley general de presupuesto del Estado; de igual manera, sobre las acciones de personal que solo serán informadas al Ministerio de Economía y Finanzas y a la Contraloría General de la República para el registro correspondiente. Aunado a ello, enfatiza que la entidad podrá arrendar, contratar servicios, adquirir materiales y equipos de manera directa por razones de urgencia que le impidan continuar con los tramites ordinarios de contratación pública, para labores inherentes a sus funciones, incluyendo las del Registro Civil, Cedulación, y la organización y celebración de elecciones y referendos (Cfr. fojas 3-5 del expediente judicial).

2.2. De la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, que crea la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental (AIG), publicada en la Gaceta Oficial 26400-C de 30 de octubre de 2009, **el artículo 3 (numeral 13)**, que se refiere a los objetivos de la entidad, específicamente, el que determina la aprobación de las especificaciones técnicas de las contrataciones de tecnología que realicen las entidades del Estado, con sumas superiores a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) (Cfr. 5-8 del expediente judicial).

2.3. De la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula las contrataciones públicas, ordenada por el Texto Único publicado en la Gaceta Oficial 29107-A de 7 de septiembre de 2020, **el artículo 39 (numeral 12)**, que establece la estructura del pliego de cargos para la selección de contratista dentro del procedimiento excepcional o del procedimiento especial de contratación, que puntualmente en los casos de adquisición de bienes y servicios que involucren tecnologías de la información y la información, con sumas superiores a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), deben contar con la

certificación que indique el concepto favorable a la AIG, con el propósito de determinar la viabilidad técnica y la sostenibilidad de la gestión (Cfr. 5-8 del expediente judicial).

III. Argumentos del demandante.

El Licenciado **José Ismael Mojica González**, acusa de ilegal el Decreto 36 de 27 de julio de 2022, emitido por el **Tribunal Electoral**, pues considera que su contenido se excede a las normas especiales establecidas tanto en la Ley 65 de 2009, que crea a la Autoridad de Innovación Gubernamental, como aquellas expuestas en la Ley 22 de 2006, sobre contrataciones públicas, respecto a la adquisición de bienes, servicios, pliegos de cargos y contratos que impliquen tecnologías de la información y la comunicación; ya que a su forma de ver, aunque en el Código Electoral se permita la contratación directa por razón de urgencia, lo cierto es que tal excepción corresponde a una generalidad que no podría superar el carácter especial de las disposiciones que invoca como infringidas (Cfr. fojas 3-8 del expediente judicial).

IV. Informe de conducta.

Mediante la Nota 615-MP-TE de 8 de noviembre de 2022, el **Tribunal Electoral** rindió su informe de conducta, señalando que, emitió el decreto impugnado con base en el artículo 142 de la Constitución Política y el artículo 142 del Código Electoral, a fin de garantizar el éxito en la organización y el desarrollo del proceso electoral del año 2024, pues la facultad privativa que tiene sobre dicha materia, le permitía omitir el procedimiento de contratación regular en casos de urgencia notoria; por otra parte, advierte que sus actuaciones solo pueden ser cuestionadas por medio de la acción de inconstitucionalidad (Cfr. fojas 32-35 del expediente judicial).

V. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego de conocer las consideraciones del Licenciado **José Ismael Mojica González**, así como las explicaciones rendidas por la entidad demandada, por medio de su informe de conducta, esta Procuraduría emitirá su concepto de legalidad, para determinar si en efecto hubo exceso por parte de la entidad acusada, respecto a las consideraciones establecidas.

No obstante, este Despacho advierte que el actor invoca dos (2) normas de manera inadecuada, pues se refiere de forma conjunta a dos (2) artículos contenidos en excertas legales distintas, efectuando su transcripción y desarrollo del concepto de legalidad de forma corrida, lo que no resulta

correcto para el examen de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, como la que se analiza.

Ahora bien, la situación jurídica en estudio, guarda relación al análisis comparativo entre el alcance de la autonomía del **Tribunal Electoral**, para ejercer la facultad privativa para regular, aplicar e interpretar todo lo relacionado a la materia electoral, en correlación a la competencia especialísima de la Autoridad de Innovación Gubernamental, respecto a las contrataciones públicas relacionados con las tecnológicas de la información y las comunicaciones, en el marco del proceso de modernización del Estado.

En este contexto, resulta necesario referirnos al principio de especialidad, como un elemento fundamental en las reglas de la hermenéutica legal, que en nuestro sistema jurídico se encuentra consagrado en el artículo 14 del Código Civil. Veamos:

“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. La disposición relativa a un **asunto especial**, o a negocios o casos particulares, **se prefiere a la que tenga carácter general**.

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 que se trate.**” (Lo resaltado es de este Despacho).

Es decir, debido a que el objeto de la controversia consiste en la potestad reglamentaria del **Tribunal Electoral** para dictar un acto administrativo que reconoce una excepcionalidad en materia de contrataciones públicas, de carácter tecnológico, para uso del proceso electoral del 2024, debemos referirnos al ordenamiento jurídico de la institución demandada, a fin de analizar si la facultad atribuida le permitía expedir el acto impugnado, aplicando las reglas de la hermenéutica legal determinadas en el Código Civil.

Atendiendo a las consideraciones expuestas, esta Procuraduría debe indicar que, la entidad acusada, es un tribunal autónomo e independiente estipulado en el Capítulo 3, del Título IV de la Constitución Política, que trata sobre los derechos políticos, y mediante sus artículos 142, 143 y 145,

se le reconoce personería jurídica, patrimonio propio y derecho a administrarlo, así como la facultad privativa para interpretar y aplicar la ley electoral; también debe dirigir, vigilar y fiscalizar las inscripción de los hechos vitales y actos jurídicos de las personas, la expedición de los documentos de identidad y las fases del proceso electoral; en ese mismo orden, se consignan todas sus atribuciones y se establece la potestad sancionadora para todas las autoridades públicas que incumplan, omitan o incurran en negligencia ante las órdenes o decisiones que emitan las autoridades electorales en el desempeño de sus atribuciones.

Asimismo, a través de la Ley 5 de 9 de marzo de 2016, Orgánica del Tribunal Electoral, publicada en la Gaceta Oficial 27986-A de 10 de marzo de 2016, se determina el objeto y autonomía funcional, jurisdiccional, y cada una de sus atribuciones atendiendo específicamente a las materias de registros civiles e identificaciones de las personas naturales, y de la organización electoral, en sus capítulos I y II; sin embargo, para efecto del caso en estudio, consideremos importante citar el texto de los artículos 11 y 12, en los cuales se detalla la potestad reglamentaria y jurisdiccional, y el uso de la tecnología y la descentralización en sus servicios, veamos:

“Artículo 11. Potestad reglamentaria y jurisdiccional. Son funciones del Tribunal Electoral en ejercicio de su potestad reglamentaria y jurisdiccional:

1. Ejercer iniciativa legislativa en las materias de su competencia.
2. Interpretar privativamente la Ley electoral y resolver las controversias de su aplicación.
3. **Reglamentar las leyes que son de su competencia.**
4. Ejercer la justicia penal electoral conforme lo disponga la ley.
5. Ejercer la justicia electoral en todos los asuntos que sean de su competencia.”

Al observar la norma transcrita, queda claro que el **Tribunal Electoral** cuenta con una amplia potestad reglamentaria y jurisdiccional, ya que ejerce iniciativa legislativa, es el único que puede interpretar su ley y resolver las controversias que se originen por su aplicación, puede reglamentarla, y además ejercer la justicia penal electoral y electoral administrativa; sin embargo, todo lo anterior, solo podrá efectuarse en el marco de las materias que son de su competencia, es decir, sobre identidad, identificación y organización electoral.

Consecuentemente, la ley orgánica del **Tribunal Electoral**, publicada en el 2016, como hemos señalado en líneas anteriores, actualiza sus normas y establece una atribución en materia de tecnología y de descentralización, contenida en su artículo 12, misma que nos permitimos citar:

“Artículo 12. Uso de la tecnología y descentralización. El Tribunal Electoral buscará la excelencia en el ejercicio de sus atribuciones, mediante la educación, la capacitación y la innovación tecnológica permanente, para brindar servicios eficientes.

El Tribunal Electoral tendrá oficinas en todos los distritos del país y **procurará prestar sus servicios en línea para beneficio de la población.**

Asimismo, **continuará perfeccionando el uso de la firma electrónica**, con su propia autoridad de certificación, a lo interno de la Institución, y **desarrollará nuevos procesos tecnológicos para hacer más eficiente los servicios que presta.**” (La negrita es de esta Procuraduría).

De la norma citada, podemos observar que la institución demandada procura modernizar sus servicios con el uso de la innovación tecnológica, buscando que los mismos puedan brindarse en línea, además, se refiere al uso de la firma electrónica y al desarrollo de nuevos procesos tecnológicos para ser más eficientes, lo que podría, en alguna medida, sustentar el contenido del acto impugnado; no obstante, el artículo 142 del Código Electoral (norma invocada como infringida) establece parámetros para la celebración de contrataciones públicas, el cual citamos:

“Artículo 142. En virtud de la autonomía que le otorga el artículo 142 de la Constitución Política, el Tribunal Electoral...

...

Cuando el Tribunal Electoral **tenga urgencia evidente, que le impida seguir los trámites ordinarios de la contratación pública, la cual será declarada por resolución motivada dictada por el Pleno, podrá arrendar, contratar servicios y adquirir materiales y equipos directamente para las labores inherentes a sus funciones,** incluyendo las de Registro Civil, Cedulación, Padrón Electoral y la organización y celebración de elecciones y referendos.” (Lo resaltado es nuestro).

De la norma citada, observamos que ante la existencia de una urgencia evidente en los contratos de arrendamientos, servicios, así como la compra de materiales y equipos para realizar sus funciones, **la entidad demandada podrá renunciar al procedimiento ordinario, e iniciar la contratación a través del procedimiento especial de contratación directa**, es decir, que se

encuentra habilitado para omitir las formalidades del trámite regular, pues de no hacerlo, se afectaría el cumplimiento de sus tareas, debido a la urgencia.

Aclarado lo anterior, esta Procuraduría también se pronunciará sobre el ámbito de aplicación de del Texto Único que regula las contrataciones públicas, y de la ley especial que crea y regula a la Autoridad de Innovación Gubernamental, con el propósito de determinar si el decreto impugnado se excede o no, a la facultad reglamentaria atribuida en materia electoral, al **Tribunal Electoral**.

Como primer aspecto, debemos referirnos al contenido del artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017, que se refiere al ámbito de aplicación de la excerta legal, veamos:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las normas, las reglas y los principios básicos **de obligatoria observancia que regirán** los procedimientos de selección de contratistas y los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, **las entidades autónomas** y semiautónomas, los municipios, las juntas comunales, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. La adquisición o **arrendamiento de bienes** por parte del Estado.
 2. La ejecución de obras públicas.
 3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su **arrendamiento**.
 4. La prestación de **servicios**.
 5. La operación o administración de bienes.
 6. Las concesiones o **cualquier otro contrato no regulado por ley especial.**
- ...” (Lo destacado es de este Despacho).

Dentro de esta perspectiva y conforme a la norma citada, el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, y sus reformas vigentes, debe aplicarse en todas las instituciones del Estado, incluyendo a las entidades autónomas como el **Tribunal Electoral**, se trate de un procedimiento ordinario, especial o excepcional de contratación pública; en adición, podemos señalar que en los últimos párrafos de la disposición citada (no fueron transcritos) se reconoce la aplicación excepcional de una ley especial para las contrataciones que efectúe la Caja de Seguro Social, no así, para los temas electorales, lo que constituye la obligatoriedad de cumplir con la formalidad de todos los procedimientos establecidos en la excerta legal, aun cuando se trate de urgencias evidentes.

Seguidamente, haremos mención de las normas que establecen el ámbito de aplicación de la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, que crea a la Autoridad para la Innovación Gubernamental, contenidas en sus artículos 1 y 2, veamos:

“Artículo 1. Se crea la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, en adelante la Autoridad, como **entidad competente del Estado** para planificar, coordinar, emitir directrices, **supervisar**, colaborar, apoyar y promover **el uso óptimo de las tecnologías de la información y comunicaciones en el sector gubernamental para la modernización de la gestión pública**, así como recomendar la adopción de políticas, planes y acciones estratégicas nacionales relativas a esta materia.”

“Artículo 2. La Autoridad tendrá personalidad jurídica, patrimonio propio y **autonomía en su régimen interno**, así como capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, administrar sus bienes y gestionar sus recursos, **sujeta a las disposiciones que regulan la contratación pública y a la fiscalización de la Contraloría General de la República.**

Para los fines de esta Ley, la Autoridad, en el ámbito de sus funciones, será representada ante el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de la Presidencia.” (La negrita es nuestra).

Las disposiciones citadas dejan en evidencias varios aspectos relevantes, siendo el primero de ellos, la creación de la entidad competente del Estado, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen interno, para ejercitar distintas competencias, **en las cuales se incluye la supervisión del uso óptimo de las tecnologías de la información y las comunicaciones para alcanzar la modernización gubernamental**, sin embargo, advierte que las contrataciones que efectúe dicha autoridad estarán sujetas a las normas especiales en materia de contrataciones públicas y de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República.

Es decir, que la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, aun cuando establezca a la Autoridad Nacional de Innovación Gubernamental como la entidad competente para atender la modernización del Estado, ello no implica que sus contrataciones, pueda omitir la aplicación de las disposiciones contenidas en el Texto Único de la ley especial de contrataciones públicas, o incluso, que no deba someterse a la fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República en las contrataciones que celebren las entidades públicas.

Es por ello que, el análisis precedente, conforme a las disposiciones citadas, nos permiten comprender que en efecto, el Tribunal Electoral se encuentra facultado legalmente para renunciar al procedimiento ordinario de contrataciones públicas y celebrar de manera directa todo contrato de arrendamiento, prestación de servicios o adquisición de bienes materiales y equipos necesarios para el desarrollo de sus funciones privativas; sin embargo, lo cierto es que dicha prerrogativa debe efectuarse según los parámetros determinados en la ley especial de contrataciones públicas, específicamente según el trámite excepcional, luego de sustentar la urgencia evidente; y en ese mismo orden, si la contratación guarda relación a temas tecnológicos, requerirá de la intervención de la Autoridad de Innovación Gubernamental, por ser la entidad competente para supervisar previamente dichas contrataciones, por medio de la expedición de la certificación de viabilidad exigida en la ley.

En otro orden de ideas, observamos que el Decreto 36 de 27 de julio de 2022 (acto impugnado), se apresura en reglamentar una excepción sobre la base de urgencias que no han ocurrido, lo que resulta contrario al espíritu de la norma contenida en el actual artículo 142 del Código Electoral, que, de manera cronológica, bien detalla el activador legal, razón por la cual, este Despacho es del criterio que está llamado a prosperar el cargo de ilegalidad invocado respecto al contenido del artículo en referencia (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

Ahora bien, respeto a la vulneración del artículo 3 (numeral 13) de la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, que enlista las funciones de la Autoridad Nacional de Innovación Gubernamental, puntualmente, la de aprobar las especificaciones técnicas de las contrataciones de tecnología que realicen las entidades del Estado, con sumas superiores a cincuenta mil balboas (B/.50.000.00), este Despacho es del criterio que en efecto el **Tribunal Electoral** incurre en un exceso dentro de su reglamentación.

Pues el propósito del Decreto 36 de 2022, se sustenta en una interpretación errónea de la norma electoral, que implica un exceso en la reglamentación, ya que como hemos indicado en líneas previas, la urgencia evidente debidamente motivada por las máximas autoridades de la entidad, solo permite ceder el procedimiento ordinario, para optar por el procedimiento excepcional o especial (directa), en la contratación pública que se pretenda efectuar.

Lo anterior, resulta en una situación jurídica que no implica la realización de un procedimiento atípico, distinto, o al margen de la ley especial de contrataciones públicas, que permita la omisión de la aprobación de las especificaciones técnicas para celebrar una contratación, por tratarse de un servicio, arriendo, o adquisición de bienes para el desarrollo de las funciones atribuidas a la entidad, por el contrario, el **Tribunal Electoral**, como entidad autónoma del Estado, está llamado a cumplir con las formalidades y exigencias que contempladas el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

En ese contexto, compartimos la argumentación expuesta por el recurrente en atención a la violación del artículo 39 (numeral 12) del último cuerpo normativo citado, que se refiere a la estructuración del pliego de cargo, pues el mismo consiste en la obligación que tiene la entidad licitante, en este caso, el **Tribunal Electoral**, contenga la certificación del concepto favorable otorgada por la Autoridad Nacional de Innovación Gubernamental, previo a la selección del contratista (procedimiento ordinario), del procedimiento excepcional o especial (procedimiento directo) de la contratación, por sumas superiores a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).

En otras palabras, la intervención de la AIG, se efectuará en todos los tipos de contrataciones reguladas en la ley especial, incluso en los procedimientos directos estipulados en el Capítulo VIII de la ley de contrataciones públicas, en el cual se determina la urgencia evidente que impida la celebración del acto público de selección de contratista, como una de las causales para sustentar dicha excepcionalidad, así como los parámetros del informe técnico que debe presentar la entidad licitante a la autoridad competente para obtener la aprobación.

Al respecto, resulta pertinente citar el contenido medular de los artículos 82 y 83 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que establecen las formalidades del procedimiento excepcional de contratación pública, puntualmente en atención a la solicitud de autorización y a la evaluación y aprobación de dicho procedimiento, veamos:

“Artículo 82. Solicitud de autorización de procedimiento excepcional.
Una vez cumplidos los requerimientos establecidos en los artículos anteriores, el representante legal de **la entidad deberá solicitar** formalmente a la autoridad competente **la autorización** de procedimiento excepcional. Junto con esta solicitud, la entidad **deberá aportar toda la documentación que acredite el cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros de la contratación**, de acuerdo con lo

establecido en las **disposiciones legales vigentes** al momento de presentar la solicitud.” (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

De lo anterior se evidencia que, las contrataciones directas no se encuentran exentas del cumplimiento de los requisitos formales, por el contrario, la entidad licitante debe solicitar una autorización para poder iniciar un procedimiento excepcional, mismo que debe ser sustentado conforme a las causales previamente establecidas en la ley, y además se le debe adjuntar los documentos que acredite el cumplimiento de los aspectos técnicos, contemplados en las disposiciones legales vigentes, tal como es el caso de la certificación con criterio favorable de la Autoridad Nacional de Innovación Gubernamental.

En ese sentido, nos permitimos referirnos al artículo que describe las autoridades competentes de evaluar y otorgar la aprobación para la celebración de una contratación excepcional, según los montos de la contratación, cito:

“Artículo 83. Evaluación y aprobación de contrataciones mediante procedimiento excepcional. Una vez recibida la documentación, **la autoridad competente evaluará el cumplimiento de los requisitos establecidos en este Capítulo**, así como la conveniencia de la contratación...

...

La evaluación y aprobación de las **contrataciones mediante procedimiento excepcional** que no sobrepasen la suma de trescientos mil balboas (B/.300,000.00) le corresponde a **la Dirección General de Contrataciones Públicas**.

...

La evaluación y aprobación de **las contrataciones mediante procedimiento excepcional** que sobrepasen la suma de trescientos mil balboas (B/.300,000.00) sin exceder los tres millones de balboas (B/.3,000,000.00) le corresponde al **Consejo Económico Nacional**.

La evaluación y aprobación de las **contrataciones mediante procedimiento excepcional** que sobrepasen la suma de tres millones de balboas (B/.3,000,000.00) le corresponden al **Consejo de Gabinete**.

La Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental deberá dar su concepto favorable a las especificaciones técnicas en las contrataciones mediante procedimiento excepcional que impliquen tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cuya cuantía sea superior a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).” (Lo resaltado es nuestro).

En consecuencia, queda claro que las contrataciones directas, requieren de una solicitud formal debidamente sustentada por la autoridad que ostente la representación legal de la entidad licitante, con la cual se deberá aportar todos los documentos propios del procedimiento, ante la autoridad competente, según el momento establecido en la licitación, quien tendrá la potestad de evaluar el cumplimiento de los parámetros legales y reglamentarios respecto a los criterios legales, financieros y técnicos, en los que se incluye a la Autoridad de Innovación Gubernamental.

Por otra parte, debemos enfatizar que aunque la Constitución Política le reconozca a la entidad demandada la facultad de ser fiscalizada por medio del control posterior de la Contraloría General de la República en las contrataciones públicas efectuadas desde el año anterior a la celebración del proceso electoral, hasta que se haya estipulado el cierre del mismo, queda claro que no podrán omitirse ninguno de los requisitos establecidos en la ley especial de contrataciones públicas, sea que las mismas se hayan realizado a través del procedimiento ordinario, excepcional o especial.

Siendo así, y luego de efectuar un análisis armónico e integral de las normas aplicables a las contrataciones públicas, se logra apreciar que el **Tribunal Electoral** se excede al atribuirse una competencia que se encuentra regulada por medio de ley especial de contrataciones públicas, así como la ley especial que regula al Estado en materia de modernización y tecnología de la información y las comunicaciones, por lo que este Despacho estima oportuno traer como referencia lo señalado en la doctrina, respecto a los límites de la Facultad Reglamentaria. Veamos:

“...existen límites de la potestad reglamentaria que pueden ser **de carácter formal**, cuando atañen a la competencia para dictar el reglamento, y de **carácter material**, que hacen relación con la **limitación de la potestad discrecional de reglamentar las leyes**, que debe ejercerse en interés público y no con abuso o desviación de poder.

...

Por la propia naturaleza de los reglamentos, **no pueden derogar ni modificar el contenido de las leyes formales** ni de otros reglamentos dictadas por autoridad de mayor jerarquía...” (GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratados de Derecho Administrativo*, Volumen I, Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs. 241 y 242) (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

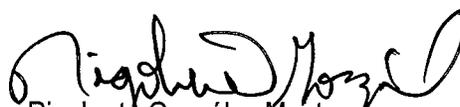
En ese sentido, este Despacho estima que el Tribunal Electoral, aun siendo competente para ejercer la potestad reglamentaria, no podrá excederse al establecer u omitir requisitos de

procedimientos especiales que competen a materias que no le han sido atribuidas, como lo es la contratación pública, asimismo, en aspectos tecnológicos aunque la finalidad recaiga en la modernización de los servicios que brinda, pues queda claro que si bien la ley orgánica de la entidad demandada fue emitida en el año 2016; es decir, de manera posterior a la ley que crea a la Autoridad Nacional de Innovación Gubernamental, lo cierto es que prevalece la especialidad de la materia, y es la AIG la entidad competente en aspectos de modernización gubernamental, por lo que será necesario contar con su concepto favorable en las contrataciones directas.

Por último, este Despacho estima necesario referirse al señalamiento expuesto por el **Tribunal Electoral**, en lo relacionado al recurso de inconstitucionalidad como la única acción que pueda ejercitarse en contra de las decisiones que éste emita, según lo dispuesto en el artículo 143 (numeral 11) de la Carta Magna, pues se equivoca la entidad en su razonamiento, ya que la acción de inconstitucionalidad se interpondrá solamente en contra de las sentencias de los juzgados penales electorales, o aquellas resoluciones emitidas por el Pleno de los Magistrados que integran el referido tribunal en materia electoral, por ser definitivas, irrevocables y de obligatorio cumplimiento, siendo tales actos distintos al que se analiza, mismo que en realidad es un decreto reglamentario que guarda relación a la omisión de un requisito dentro del procedimiento excepcional de contrataciones públicas de bienes y servicios que involucran el uso de la tecnología y la modernización en los servicios públicos, con miras al proceso electoral.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el Decreto 36 de 27 de julio de 2022, emitido por el Tribunal Electoral**, publicado en el Boletín Oficial 5122-H de 28 de julio de 2022.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General