



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 017-2021

RECURRENTE: RADITEK INC.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N° 005 de 5 de febrero de 2021 emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se cancela el acto de selección de contratista N°2020-0-18-01-08-LP-049335.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No.038-2021-Pleno/TACP de 12 de abril de 2021 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que regula la Contratación Pública en Panamá; en su artículo 146 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, el Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, que establece el procedimiento para la tramitación del recurso de impugnación en sus artículos 238 al 240 y que reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el sistema electrónico de contrataciones públicas denominado "PanamaCompra", disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

Con fundamento en el artículo 47 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, el Ministerio de Seguridad Pública, publicó en el portal electrónico "PanamaCompra", el día 06 de octubre de 2020, el aviso de convocatoria y el pliego de cargos para que todo comerciante interesado en contratar con el Estado, presentara el día 14 de octubre de 2020, en horario de 10:00 hasta la 11:00 a.m., las propuestas contentivas de toda la documentación necesaria para participar del procedimiento de selección de contratista

97

No. 2020-0-18-01-08-LP-049335, cuyo objeto contractual es el "CURSO INICIALES PARA PILOTOS DE AERONAVES CESSNA CARAVAN 208 (1000)".

Tales ofertas, según los términos de referencia, fueron abiertas el mismo día de la entrega, es decir, el día 14 de octubre de 2020, desde las 11:01 de la mañana.

El Ministerio de Seguridad Pública, luego del trámite correspondiente al procedimiento de Licitación Pública decidió rechazar todas las propuestas recibidas para el acto público No. 2020-0-18-01-08-LP-049335 y advirtió que dicho acto público quedará en estado de cancelado. Cabe destacar que la resolución de cancelación fue publicada en el portal electrónico el día 18 de febrero de 2021.

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno de conformidad con el artículo 157 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 reordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, es decir, el día 26 de febrero de 2021, por la Lcda. Adriana Serrano Herbruger, quien actúa en calidad de apoderada especial, en representación de la empresa **RADITEK INC.**, presentó ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación en contra de la Resolución No. 005 de 5 de febrero de 2021 proferida por el Ministerio de Seguridad Pública, que rechazó todas las propuestas recibidas y advirtió que el acto público No. 2020-0-18-01-08-LP-049335. (Poder y recurso de impugnación visibles a fojas 008 a la 012 del expediente del Tribunal).

III. PRETENSIONES DEL RECURRENTE:

La Licenciada Adriana Serrano Herbruger, quien representa los intereses del recurrente, sustentó su libelo de demanda con fundamento en las siguientes manifestaciones:

Señala en sus hechos que mediante la Resolución No. 005 de 5 de febrero de 2021, el Ministerio de Seguridad Pública, rechazó todas las propuestas presentadas, y, a su vez, canceló el acto público de marras, utilizando un argumento carente de la debida motivación estableciendo el detalle de lo señalado en dicha resolución la cual a la letra reza lo siguiente:

"Que luego de recibidas las propuestas, la entidad licitante ha advertido rechazar todas las propuestas sin que hubiera recaído en adjudicación y así cancelar el presente acto público. De manera que, por causas de orden público e interés social, se considera conveniente rechazar las propuestas recibidas para el presente acto público. Que sobre la base de los hechos señalados y en cumplimiento del artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 153 de 2020, se hace necesario rechazar las propuestas presentadas para el acto público No. 2020-0-18-01-08-LP-049335. Curso Iniciales para pilotos de Aeronaves Cessna Caravan 208 (1000)."

51



Que con esta decisión la entidad pretende rechazar la propuesta de su representada sin dar una explicación clara, detallada y motivada de su decisión, alejada de lo dispuesto en el artículo 26 de Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

De manera tal que citó la Resolución No .043-2019-Pleno/TACP de 19 de marzo de 2019 (Decisión), en donde se manifestó que:

“Lo anterior sin lugar a dudas, arriba a la conclusión que debe sustentarse la causal o causales por las que se procede al rechazo de las propuestas y que la ley refiere debe ser por orden público o interés social, temas que no fueron desarrollados en la resolución impugnada, la cual copiamos a continuación:

Como se observa, la motivación se concentra en el hecho de que se rechaza y cancela para ampliar el cuadro de distribución, ampliar especificaciones técnicas y estándares internacionales; lo cual no puede enmarcarse dentro de lo que conocemos como orden público o interés social. No basta con que las entidades sustenten sus decisiones de rechazo y cancelación en estos conceptos, sin haber presentado una fundamentación fehaciente, con pruebas o argumentos lo suficientemente idóneos, susceptibles de constatación, respecto de las motivaciones que configuran el interés social o el orden público. En este caso particular, justificar la ampliación de los estándares internacionales, cuadro de distribución y especificaciones técnicas. En el caso del orden público, este “salvaguarda y armoniza los intereses generales sobre los particulares... se refiere a la paz pública, a una convivencia social ordenada y coherente al interés jurídico que tutela” Muñoz, Eliseo. Algunos Elementos de Técnica Legislativa, UNAM, 2006, pág. 138.

Por otro lado, sabemos que con el interés social se pretende el bienestar colectivo, el de toda la población, por ello se invoca para justificar la adopción de determinadas decisiones o en casos donde se procure preservar intereses superiores relativos a la existencia del Estado y al bienestar y la seguridad general.”

Por lo que con la decisión adoptada la entidad sin mayor explicación ni motivación adecuada, violentando los principios de confianza legítima y de buena fe, basándose en criterios inexistentes rechazó las propuestas y canceló el acto público.

En base a todo lo expresado solicita que se revoque la Resolución No. 005 del 5 de febrero de 2021 proferida por el MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA, y se adjudique a su representada dicha licitación pública.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.014-2021/TACP de 1 de marzo de 2021, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos anunciados en los artículos 238, 239, 240 y s.s., del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, admitió el recurso de impugnación interpuesto por la Lcda. Adriana Serrano Herbruger, en representación de la empresa **RADITEK INC.**, resolución que fue publicada el día 1 de marzo de 2021, en el portal electrónico denominado “PanamaCompra,” corriéndose traslado del recurso presentado al Ministerio de Seguridad Pública. para que, a partir de la notificación de la

67



resolución precitada, compulsara dentro del término tres (3) días hábiles, el informe de conducta a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra," acompañado de toda la documentación correspondiente al acto impugnado.

V. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

De acuerdo al Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el Ministerio de Seguridad Pública, el día 08 de marzo de 2021, remitió el informe de conducta, en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad. Además, da respuesta a los argumentos del recurrente.

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, reordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, esta Colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso, siendo competente para conocer de aquellos recursos de impugnación en contra de los actos de adjudicación emitidos por las entidades en los procedimientos de selección del contratista, teniendo en cuenta que el objeto del debate versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

En este sentido, este Tribunal puntualiza que el procedimiento de selección de contratistas es una Licitación Pública, establecida en el artículo 95 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, cuya reglamentación se encuentra en el Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual establece que el procedimiento de licitación pública se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, donde se manifiesta:

Artículo 58: "La licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00). En este procedimiento de selección de contratista, las entidades licitantes no aplicarán el margen de riesgo, a fin de fomentar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio para el Estado".

Para este acto público la modalidad de adjudicación sería global y cómo criterio de selección se estableció que sería adjudicada al oferente que ofertara el precio más bajo y qué a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

En ese sentido, en atención al principio de economía contemplado como uno de los pilares de la contratación pública señala en el artículo 27 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 que el Estado tiene el deber de adoptar los procedimientos que garanticen la



pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten por lo que nos concierne examinar cada una de las piezas procesales descritas en el registro electrónico del presente acto público, no sin antes realizar un estudio del mismo siguiendo los parámetros establecidos en las normas de contrataciones públicas a fin de descartar si dicho acto público quebranta o no aspectos formales que pudiesen acarrear en algún vicio de nulidad que nos impida adentrarnos a valorar la petición formulada por el recurrente así como los actos llevados a cabo por la entidad y a ello nos avocamos.

El presente proceso, tiene su génesis en el acto público No. 2020-0-18-01-08-LP-049335, para “Cursos iniciales, para pilotos de Aeronaves Cessna Caravan 208 (1000)” a través del cual la entidad llevó a cabo el día 14 de octubre de 2020, el acto de recepción y apertura de propuestas del acto público en mención, cuyo precio de referencia es de ochenta y un mil trescientos veinte balboas con 00/100 (81, 320.00). en el cual se recibieron las propuestas descritas en la siguiente forma:

Propuestas Recibidas

Nombre Proponente	Descripción General	Fecha y Hora Ingreso Propuesta	Precio Propuesto	Motivo Subsanación
<u>RADITEK INC.</u>	<u>Ver Propuesta</u>	14-10-2020 10:53 a.m.	61,858.84	
<u>CARLOS JULIO REYNA GUZMAN</u>	<u>Ver Propuesta</u>	14-10-2020 10:30 a.m.	63,994.56	
<u>MAPIEX AVIATION</u>	<u>Ver Propuesta</u>	14-10-2020 09:52 a.m.	70,299.00	
<u>AMCP & GROUP PANAMA S.A.</u>	<u>Ver Propuesta</u>	14-10-2020 10:48 a.m.	74,900.00	

Al analizar cada uno de los requerimientos y condiciones establecidas en el pliego de cargos por la entidad licitante, pudimos observar una serie de inconsistencias que impiden examinar el fondo del asunto, toda vez que contravienen con las disposiciones legalmente señaladas en materia de contrataciones públicas. Por lo que, procedemos a detallar cada uno de ellas.

Nótese que, dentro del pliego de cargos visible en la plantilla electrónica, la entidad licitante no adjuntó ninguno de los modelos de formularios que deben presentar los proponentes según los requerimientos exigidos en dicho pliego, a fin que los oferentes puedan ofrecer en igualdad de condiciones la oferta. Tomando en cuenta que la legislación vigente determinó que, al momento de la convocatoria del acto público, las entidades convocantes deberán adjuntar los modelos de formularios identificados con la justificación legal que corresponda con el fin de dar oportunidad a los interesados que preparen su oferta en igualdad de condiciones. Verbigracia de lo manifestado, soslayamos el documento correspondiente a la declaración de incapacidad legal para contratar aportada por los proponentes/ participantes, la cual tal como se puede observar fue en su mayoría erróneamente presentada por los ofertantes haciendo alusión a la legislación anterior y no así la legislación aplicable.

Al respecto, las entidades estatales, al momento de realizar la convocatoria deben atender lo establecido en el artículo 264 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de

91



septiembre de 2020 y en asocio con el artículo 45 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020, los cuales a la letra rezan lo siguiente:

Artículo 264 Formato y modelos electrónicos.

Los pliegos de cargos y términos de referencia serán confeccionados conforme a los formularios electrónicos disponibles en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", a los cuales se les podrá adjuntar cualesquiera documentos que completen los requerimientos y condiciones que deberán cumplir los interesados en participar en el procedimiento de selección de contratista que corresponda.

Esto en asocio, con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 153 de 2020 que establece de manera taxativa lo siguiente:

Artículo 45: Formularios. Las entidades incluirán, dentro de los pliegos de cargos, los modelos o formularios necesarios que garanticen la presentación de ofertas en igualdad de oportunidades. Estarán comprendidos dentro de estos, el de propuesta, en caso de que la institución lo estime conveniente, los modelos de las fianzas, las cartas, el proyecto de contrato y el modelo del convenio de asociación accidental, entre otros. (La negrita y el subrayado es nuestro) .

En ese mismo orden de ideas, considerando que nos encontramos frente a un procedimiento de selección del contratista cuya aplicabilidad corresponde a la ley vigente No. 153 del 2020, misma que introdujo una serie de adecuaciones y modificaciones a la norma de contratación pública, las cuales debieron ser contempladas por la entidad administrativa al momento de llevar a cabo el acto de selección de contratista, debido a que pudimos observar que no consta dentro de los requisitos de obligatorio cumplimiento, el requisito concerniente al Pacto de integridad contemplado en el artículo 24 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, el cual establece el deber de la administración de hacer constar en la plantilla del pliego de cargos la exigencia referente al Pacto de Integridad. No obstante, no consta dicho requerimiento dentro del pliego de cargo, a pesar que es una obligación de la entidad licitante establecer este requisito obligatorio tal como lo establece la normativa jurídica.

Artículo 24. Pacto de Integridad. La Dirección General de Contrataciones Públicas elaborará e incluirá en los documentos estandarizados un pacto de integridad que será de obligatorio cumplimiento para las entidades, proponentes y contratistas, en el cual se establecerán entre otros, principios de transparencia y anticorrupción obligándose las partes a no permitir pagos, ofrecimientos ni sobornos para obtener la adjudicación y la posterior firma del contrato y la consecución de adendas en perjuicio del Estado. Este pacto deberá ser incluido en los contratos de subcontratación que celebren las entidades públicas.

En seguimiento a lo anteriormente manifestado, el artículo 39 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la ley 153 de 2020 establece lo siguiente:

51



Artículo 39: Estructuración del Pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, del procedimiento excepcional de contratación o del procedimiento especial de contratación, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

- 1.
- 2.
3. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.
- 4.
5. Los requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes.
- 6.
- 7.
- 8.
9. Los modelos de formularios que deberán completar y presentar los proponentes, como las fianzas, el proyecto de contrato, los modelos de cartas, las declaraciones juradas cuando procedan y demás documentos y certificaciones que se requieran.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.

.....
De igual forma, los contratistas deberán suscribir el pacto de integridad, conforme lo establecido en el artículo 15 de la presente Ley.

En relación al precitado artículo, nos remitimos al artículo 15 de la presente Ley, el cual manifiesta lo siguiente:

“Artículo 15. Competencia: Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

- 1.....
- 2.....
- 3.....
4.
5.
19. Elaborar un pacto de integridad que deberá ser anexo a toda contratación pública y será parte integrante del pliego de cargos y de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes. Este será refrendado por el jefe o representante legal de la entidad o funcionario delegado. El pacto de integridad se fundamentará en los principios de transparencia y anticorrupción y deberá establecer que ninguna de las partes pagará, ofrecerá”.

Aunado, a lo establecido en el artículo 40 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, el cual establece que,

“Artículo 40. Promoción de compras socialmente responsables, sostenibles y sustentables. La Dirección General de Contrataciones Públicas establecerá en los procedimientos de contrataciones para todas las entidades públicas los criterios de sostenibilidad, eficiencia energética e innovación, así como los aspectos sociales y éticos”.



Al respecto, este Tribunal Colegiado, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado con relación a este tipo de inconsistencias en el pliego de cargos, siendo una de estas la Resolución 006-2021-Pleno/Tacp de 12 de enero de 2021 (Decisión), la cual señaló lo siguiente:

Fecha de publicación del acto público: 14 de septiembre de 2020.

“Sobre el particular, debemos destacar que, si bien el pacto de integridad es una función de la Dirección General de Contrataciones Públicas, conforme el artículo 15, numeral 5 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que se refiere a estandarizar los aspectos generales de los pliegos de cargos para cada acto público, sin embargo, **es responsabilidad de todas las entidades estatales incluir en las plantillas del pliego de cargos la referencia al cumplimiento del pacto de integridad** que ha estandarizado la DGCP, situación que no fue contemplado en el presente caso.

Así tampoco, la entidad contempló en el pliego de cargos, el requerimiento sobre la Carta de Adhesión a Principios de sostenibilidad, otra modificación introducida a la Ley de contrataciones públicas, amparada en el propio artículo 40 del Texto Único de la ley 22 de 2006, cuyo propósito, no es más que la descripción de aquellas normas fundamentales en las relaciones comerciales que el Estado espera mantener con sus proveedores.

Si bien este Tribunal reconoce el aporte de las empresas participantes por el cumplimiento con la condición del pacto de integridad, sin embargo, **ante la ausencia en el pliego de cargos del pacto de integridad y la carta de adhesión a los principios de sostenibilidad, condiciones éstas que son de obligatorio cumplimiento, sustentamos que la entidad incurrió en vicio de nulidad absoluta**, toda vez que el pliego de cargos se confeccionó carente de elementos dispuestos por la propia ley vigente de contrataciones públicas, lo que demostró inconsistencia por parte de la entidad al momento de estructurar su pliego de cargos, respecto a las cuestiones anteriormente planteadas”.

De igual manera, en la Resolución No. 182-2020-Pleno/TACP de 30 de diciembre de 2020 (Decisión), vemos el siguiente análisis:

Fecha de publicación del acto público: 19 de octubre de 2020.

“Otra desatención es la no inclusión en el pliego de cargos del Pacto de Integridad que invoca el artículo 24 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, cual es del tenor siguiente:
Artículo 24: Pacto de Integridad

.....
Cabe destacar que, el pacto de integridad es una función de la Dirección General de Contrataciones Públicas de acuerdo al artículo 15, numeral 5 del Texto único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la Ley 153 de 2020, que refiere a estandarizar los aspectos generales de los pliegos de cargos de cada acto público, así como establecer las condiciones generales en los términos señalados en el artículo 42 de la mencionada ley, artículo que indica las condiciones generales y que las mismas serán incorporadas en el pliego de cargos y de obligatorio cumplimiento en todos los actos de contratación pública que celebren las entidades contratantes.

21



No podemos olvidarnos del artículo 39 de la ley especial de compras estatales que señala la estructuración de los términos de referencia que va de la mano con las disposiciones jurídicas fundamentadas”.

Vemos pues, que en atención a lo dispuesto en el artículo 161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 161. Apego a las normas. Todos los procesos se efectuarán con arreglo a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía y eficacia y con apego al principio de estricta legalidad.....”.

En ese mismo orden de ideas encontramos lo señalado en la doctrina administrativa por **GONZÁLEZ LÓPEZ**¹, “Los pliegos deben incorporar requisitos objetivos necesarios para participar; definir reglas objetivas justas, **claras** y completas que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto del proceso; **definir con precisión las condiciones** y calidades de los bienes, obras y servicios requeridos; no incluir condiciones o exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad de la información suministrada por la entidad; **definir reglas que no induzcan a error a los proponentes**; impedir la formulación de ofertas de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; definir el plazo para la liquidación del contrato, y finalmente no disponer de renunciaciones a reclamaciones por los hechos antes enunciados”. Siendo de esta manera que “entre los requisitos de habilitación o de rechazo de las ofertas y de ponderación existirán unos relacionados con el objeto del proceso, características y modalidades para su prestación, y otros relacionados con la idoneidad del oferente, según se trate de licitación, selección abreviada o concurso de méritos”.

Así las cosas, queda de manifiesto que las modificaciones establecidas a la ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenadas por la ley 153 de 2020, la cual desde su entrada en vigencia (8 de septiembre de 2020) dispone la obligatoriedad por parte de las entidades licitantes respecto a la exigencia de los requisitos antes mencionados, los cuales por su condición de mínimos obligatorios deben formar parte de cualquier procedimiento de selección de contratista al momento de su convocatoria, con lo cual al ser el acto in comento publicado el 6 de octubre de 2020, le es aplicable las exigencias planteadas en la normativa vigente respecto a estos requisitos habilitantes para cada proponente, tal como en reiteradas ocasiones ha planteado este Tribunal Colegiado, en actos públicos que nacen a la vida jurídica posterior a la vigencia de la ley 153 de 2020.

Ahora bien, la posterior emisión de la Resolución 002-2021 por la cual se implementa la utilización de los documentos estandarizados dentro de los procesos de contrataciones públicas publicada 8 de enero de 2021, establece el estricto cumplimiento de estos modelos de formularios debidamente estandarizados por la Dirección General

¹ **GONZÁLEZ LÓPEZ**, Edgar, “El pliego de condiciones en la Contratación Estatal”, la reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, págs. 189-190



de Contrataciones Públicas, mismos que al ser subidos al portal electrónico de "PanamaCompra", cobran esa publicidad, transparencia, y el debido proceso, tal cual lo mandata la ley, sin embargo, esto no es óbice para que las entidades a partir de la vigencia de la Ley 153 de 2020 introduzcan en los requisitos obligatorios la exigencia tanto del Pacto de Integridad como la Carta de Adhesión a Principios de sostenibilidad, tal como lo exige el artículo 15, 39, 40 del Texto Único de la ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley 153 de 2020, en asocio con el artículo 24 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020.

Por otro lado, consideramos oportuno manifestar que, al revisar las condiciones especiales, las cuales versan sobre "CURSO INICIALES, PARA PILOTOS DE AERONAVES CESSNA CARAVAN 208 (1000)" en nada favorece al proceso licitatorio toda vez que, no existe una exigencia que pueda medir la capacidad de los postores; teniendo en cuenta cada una de las exigencias que demanda en el artículo 39 del Texto Único de la ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, para la estructuración del pliego de cargos que incluyan: (i) reglas objetivas, justas, claras y completas (ii) las condiciones y la calidad de los bienes, las obras o los servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (iii) las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales referentes al objeto de la contratación (iv) los modelos de los formularios.

Por consiguiente, es preciso que la entidad tenga en cuenta la obligatoriedad de presentar un pliego de cargos con condiciones clara y específicas que pueda medir la capacidad técnica de los oferentes.

Por lo que, debe quedar claro que todas las entidades convocantes de un determinado acto de selección de contratistas, guardan una discrecionalidad técnica en la configuración del pliego de cargos, sin embargo, al momento de la revisión por este Tribunal de dichas cláusulas o pautas dadas a los ofertantes, esta Colegiatura de acuerdo a la Legislación Vigente ostenta el control en sede administrativa para evaluar la observancia y estricta aplicación de las normas sobre contrataciones públicas, sobre la actuaciones *pre-contractuales* realizadas por parte de las distintas entidades licitantes. En este sentido, las entidades apoyadas en el principio de razonabilidad, tienen amplia libertad para configurar el negocio, lo que se plasma en el pliego de cargos y en los términos de referencia. Es así como las entidades licitantes, dentro de su amplia discrecionalidad, definen aspectos múltiples del futuro negocio, como el bien o servicio a contratar y el perfil de las personas naturales o jurídicas que ofertarán, de acuerdo a razones de estricta conveniencia, pero no a la arbitrariedad.

Empero, la vinculación de la administración al pliego de cargos también se extiende a este Tribunal, salvo la existencia de vicios o ilegalidades del contenido del pliego de cargos como sucede en el caso en estudio, ya que de lo contrario se estudiaría el fondo de la *litis*.

59



Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, hay lugar a precisar que las entidades estatales licitantes deban ser extremadamente cuidadosas y transparentes al exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales cuya inobservancia, a la vez, determina que tales entidades no pueden seleccionar entonces las ofertas de acuerdo a la legislación vigente sobre contrataciones públicas dentro de las dimensiones del Principio de Legalidad cuyas vigencia y obligatoriedad resultan consustanciales al ejercicio de las funciones públicas y al poder que en ellas va inmerso en un Estado Social y Democrático de Derecho, regla en cuya virtud las autoridades públicas no pueden ejercer sino aquellas funciones o desplegar las atribuciones que les hubieren sido expresamente asignadas o conferidas por la Constitución Política o las leyes de la República.

Dicho lo anterior, este Tribunal expresa que el vicio de nulidad hace imposible a los *proponentes-ofertantes* formular adecuadamente, y en condiciones de igualdad, sus ofertas, siendo necesario que todos los ofertantes cuenten con los parámetros necesarios para apoyarse al momento de presentar sus propuestas. Conviene agregar, que el planteamiento anterior, se enmarca dentro de los criterios dispuestos por la legislación sobre contrataciones públicas, en cuanto al cumplimiento de los parámetros establecidos para la estructuración de los pliegos de cargos, de acuerdo al artículo 39 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, previamente mencionado.

Por lo tanto, atendiendo a lo preceptuado en el Capítulo XIX Nulidad de los Actos y Contratos de este mismo compendio de normas, el cual manifiesta lo siguiente:

“Artículo 166. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público **o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido.**”
Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona. (el subrayado y la negrita es del Tribunal)

De manera tal que, este Tribunal mal pudiese entrar a valorar el fondo del proceso ante la existencia de un vicio de nulidad absoluta presente dentro de este acto de selección de contratista, por lo cual, lo concerniente conlleva *anular* el procedimiento de selección de contratistas, ya que, este acto de selección de contratista, se realizó con prescindencia a lo previamente establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Así las cosas, exhortamos a la entidad licitante, que al momento, de elaborar el pliego de cargos, mantenga en cuenta los parámetros atinentes sobre los cuales debe ceñirse los criterios y condiciones para la selección de los contratistas, con la finalidad

21



de que se conduzca de forma apropiada el procedimiento para la presentación de las propuestas, ya que de lo contrario esta actuación se constituiría en la vulneración al documento rector del acto público y a su vez afectaría directamente el desarrollo igualitario y transparente del procedimiento de selección de contratista.

Por lo que, es tarea de este Tribunal en sede administrativa, el resguardar el correcto desenvolviendo de las fases o etapas en los distintos actos de selección de contratista, siendo así que, no puede avalarse el que las entidades licitantes realicen trámites distintos o adicionales a los expresamente previstos en la ley y el decreto reglamentario, ya que de esta manera, resulta estrictamente necesario que todas las entidades se rijan por las disposiciones de la legislación sobre contrataciones públicas.

Así las cosas, esta Colegiatura procede a *revocar* en todas sus partes la Resolución de Cancelación No. 005 de 05 de febrero de 2021 proferido por el Ministerio de Seguridad Pública, el cual decidió rechazar todas las propuestas recibidas para el acto público No. 2020-0-18-01-08-LP-049335, cancelar el presente acto público y en su lugar se procede a aplicar lo establecido en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de *anular* la actuación de la entidad contratante.

“Artículo 244. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, revocar restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o **anular** lo actuado por la entidad contratante. (el subrayado y la negrita es del Tribunal).”

En lo referente a la fianza de impugnación consignada por el recurrente, este Tribunal considera que la misma debe ser devuelta, porque se ha observado que no ha existido mala fe ni temeridad en la interposición del recurso de impugnación.

En atención a todo lo anteriormente valorado, y la debida motivación, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los efectos de la Resolución de Cancelación No. 005 de 05 de febrero de 2021 proferido por el Ministerio de Seguridad Pública, el cual decidió rechazar todas las propuestas recibidas para el acto público No. 2020-0-18-01-08-LP-049335, cancelar el presente acto público.

SEGUNDO: ANULAR el acto público N° 2020-0-18-01-08-LP-049335 celebrado por el Ministerio de Seguridad Pública, para “CURSOS INICIALES, PARA PILOTOS DE AERONAVES CESSNA CARAVAN 208 (1000)”, en razón de que se incurrió en inconsistencias en la elaboración y estructuración del pliego de cargos lo que conduce a error a los ofertantes, siendo así que el presente acto de selección de contratista, se haya realizado con prescindencia a lo previamente establecido en el Texto Único de la

9

Ley 22 de 2006. Si la entidad administrativa mantiene su interés del requerimiento del objeto contractual deberá generar la realización de un nuevo acto público al respecto.

TERCERO: ORDENAR la devolución de fianza de impugnación constituida en cheque certificado No. 000762, consignada mediante diligencia No. 012-2021 del día 26 de febrero del 2021, por un monto de Ocho Mil Ciento Treinta y Dos Balboas con 00/100 (B/. 8,132.00), que representa el diez por ciento (10%) del precio de referencia, a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República. (fs. 015-017 del Expediente Jurídico del Tribunal)

CUARTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno; salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución a través del portal electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posterior a su publicación en el portal electrónico "PanamaCompra".

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°017-2021/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de la República de Panamá, Convención Americana de Derechos Humanos; Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020 y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,



JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado
VOTO RAZONADO



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada





REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE RADITEK INC., A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN NO. 005 DE 5 DE FEBRERO DE 2021, DICTADA POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA.

Con todo respeto y consideración me veo en la necesidad de reiterar mi desacuerdo con parte de la motivación de la resolución suscrita por el resto de mis homólogos, la cual fundamento de acuerdo al artículo 115 del Código Judicial, norma supletoriamente aplicable de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 positiva al momento de la convocatoria del presente procedimiento de selección de contratista por Licitación Pública No.2020-0-18-01-08-LP-049335.

Si bien comparto la decisión de declarar la nulidad absoluta del presente procedimiento de selección de contratista, por considerar, entre otras cosas, que la falta de motivación del acto administrativo resulta un acto gravísimo, ya que deja en absoluto desamparo a los administrados que reclaman una decisión fundamentada, lo que incluso provoca un estado de indefensión al no saber que argumentar ante las posteriores autoridades, precisamente por desconocer el o los reales motivos de su rechazo.

Entendiendo que con la motivación de las decisiones lo que se pretende es garantizar plenamente el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que las partes conozcan las razones por la cual la administración se ha pronunciado de tal manera, pues, no sólo implica el razonamiento de una adjudicación, declaratoria de deserción o la resolución por la cual se rechazan las propuestas, sino también que los que no se benefician con el acto administrativo conozcan los argumentos que le impidieron la concesión del acto público, con lo cual no sólo se transgrede la ley especial, sino también la Ley No.38 de 2000 y Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (viva manifestación de la voluntad de los países firmantes, entre ellos Panamá) entendiendo que el principio de racionalidad se extiende a la motivación y a la argumentación dentro del marco de las potestades discrecionales de la administración, que como hemos señalado en innumerables ocasiones, no son absolutas.

Sin embargo, no apoyamos el planteamiento mayoritario de que los documentos estandarizados denominados Pacto de Integridad y la Carta de Adhesión a Principios de Sostenibilidad debieron ser incorporados al pliego de cargos, por cuanto que, de conformidad a la Resolución No.002-2021, proferida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, por la cual se implementa la utilización de documentos estandarizados dentro de los procesos de contrataciones públicas, fue publicado el día 8 de enero de 2021, lo que significa que las entidades no tenían forma de poder adjuntar



dichas cartas si aún no se encontraban elaboradas, a pesar de que el Texto Único de la Ley No.22 de 2006 entró en vigencia el día 8 de septiembre de 2020 y tomando en consideración que el presente acto público de selección de contratista fue convocado el día 6 de octubre de 2020.

En ese sentido, el artículo 39 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, al referirse a los términos de referencia indica que los pliegos de cargos se regirán por los modelos y las circulares o guías generales emitidos por la Dirección General de Contrataciones Públicas, sin perjuicio de las particularidades y los requerimientos especiales en cada caso. De manera que, claramente los pliegos de condiciones en alguna medida se deben regir por los instructivos que la Dirección General de Contrataciones Públicas genere, encontrándose imposible su cumplimiento por parte de la entidad si todavía no ha nacido a la vida jurídica para ser exigible.

Vemos que el artículo 15 de la ley que nos gobierna lista un catálogo de competencia de la Dirección General de Contrataciones Públicas, entre ellas, la de dictar actos administrativos que garanticen la implementación y aplicación de la presente normativa y su reglamento, y que posibiliten el funcionamiento de la Dirección y su interrelación con los demás organismos. Estandarizar los aspectos de los pliegos de cargos de cada tipo de acto público y de cada modo de contratación, incluyendo los formularios, manuales e instructivos, así como establecer las condiciones generales en los términos señalados en el artículo 42 (Texto Único de la Ley No.22 de 2006) y los distintos documentos que utilicen las entidades contratantes en la etapa precontractual, contractual y de ejecución.

El mismo artículo citado, pero en el numeral 19, se decanta que la elaboración del pacto de integridad deberá anexarse en toda contratación pública y que será parte integral del pliego de cargos corresponde a la Dirección General de Contrataciones Públicas y no a las entidades, por ello, aplicar nulidad por algo que escapa de la capacidad de la entidad no tiene sentido, pues, las nulidades corresponden por la falta del debido proceso, pero cuando la misma recae en un actuar desplegado por ella y no por otra institución, pues, cada entidad se encuentra en la obligación de obedecer lo que no solamente ha sido ordenado, sino que también que tenga presencia tangible o por lo menos aplicada, de lo contrario no cabe su ejecución y resulta ser un acto risible su obligatoriedad y fuera de toda lógica cuando la resolución que publica la existencia de la elaboración de los documentos exigibles ha sido posterior a la convocatoria del acto público (como hacer tangible, lo que aún no existe).

Si bien es cierto que la modificación de la ley que nos sustenta entró en vigencia el día 8 de septiembre de 2020, y en ella se incorporó lo del tema de los documentos estandarizados, pero su aplicación no es posible por la falta de los mismos, también es cierto que la Administración no puede paralizarse ni mucho menos los administrados



deben sufrir las consecuencias de aquellas formalidades legales para el desarrollo del país. Con ese pensamiento (mayoritario) se entiende entonces que las entidades, so pretexto de la inexistencia de aquellos documentos debieron dejar de funcionar y estancarse, simplemente por la carencia de unas cartas que no se encontraban elaboradas al momento de su convocatoria, ya que de realizarse el acto público de selección de contratista sin la publicación de los modelos inexistentes conllevaría la nulidad de toda la actuación, pese a la necesidad imperante al momento de la convocatoria.

Esa falta de atención en vez de resolver una necesidad lo que va a provocar pérdida de dinero para los participantes y tiempo para la entidad; así como también la espera en la solución de una necesidad que quizás sea urgente. Bases puras y simples es lo que se requiere, que no provoquen incertidumbres a los ofertantes y que la nulidad realmente corresponda en la forma en que el principio de economía lo desglosa, tomando en consideración que las reglas y los procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual para servir los fines estatales, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Es allí en donde entra la racionalidad y justificación con una importancia práctica a la altura del principio de legalidad, ya que resulta irracional exigir a la entidad un documento que aún no existe y que, por la simple mención en la ley, su existencia no se hace automática, pudiéndose afirmar que no hay aplicación del Derecho sin justificación.

No adjudicar un acto público por haberse anulado genera sin lugar a dudas un resultado malogrado, tanto para el interés general, como para las necesidades que pretendían satisfacerse con la celebración y ejecución del contrato estatal trazado; resultando desilusionante no sólo para la entidad estatal que fue la que confeccionó, impulsó y llevó hasta su finalización el respectivo procedimiento de selección administrativa al que, por tanto, le dedicó tiempo, recurso humano y presupuestales, como frustrante también para los oferentes que atendieron la voz de llamado de la convocatoria, y quienes realizaron el esfuerzo de elaborar y estructurar sus ofertas para el acto público, sin olvidar los costos que surgen en toda clase de procedimiento, los cuales también pueden terminar de una manera que naturalmente no era la que ninguno de los sujetos procesales esperaba desde el instante preciso de su ideación; particularidad que se concretiza o materializa cuando no resulta posible realizar una selección objetiva en la que la terminación del procedimiento administrativo corresponderá a la terminación del acto en sí, en cuya virtud se adoptará la determinación de no concederlo a ninguno de los participantes, simplemente porque se procura requerir un requisito que aún no ha sido elaborado, es decir, que no existía en el momento respectivo y cuya responsabilidad no se le puede adjudicar a la entidad.



El procedimiento administrativo como sabemos, se encuentra protagonizado por una serie de actos que, conjugados entre sí, derivan en el camino que inexorablemente debe recorrerse para llegar al dictado del acto administrativo definitivo (adjudicación, declaratoria de desierto o rechazo de ofertas) célula motora de la función que permite a la administración concretar la satisfacción de necesidades colectivas. De allí que se haya afirmado en la Doctrina que el procedimiento administrativo no es un acto complejo sino un complejo de actos, teniendo cada uno individualidad jurídica propia, pero relacionado con los demás actos, los cuales, a su vez tienen vinculación con el acto final a dictarse.

Esta concepción resulta de aplicación dentro del ámbito de los contratos administrativos, incluyendo la etapa procedimental de selección del contratista. De manera que, la estandarización no es más que la adecuación o adaptación, en este caso, de un documento aun proceso determinado, pero que se requiere precisamente de su existencia.

El criterio que hoy defiende ha sido avalado por unanimidad en resoluciones anteriores recientes (Resolución No.018-2021-Pleno/TACP de 27 de enero de 2021) entre otras y hoy, sin ninguna motivación respecto al cambio de criterio, se tiende a variar, logrando así confundir al administrado. Por eso, antes de recomendar reglas claras y objetivas, debemos empezar por uniformar nuestra Jurisprudencia, para que se conozca de antemano cuáles son los criterios a los que se enfoca el Tribunal y no que se convierta en una incertidumbre cada día.

Debe existir una consistencia jurisprudencial en obediencia al principio de seguridad jurídica que ha caracterizado a este ente de administración de justicia administrativa, principio que significa la cognoscibilidad de las normas jurídicas y la paralela previsibilidad de las consecuencias de cada conducta y, en concreto, de los poderes públicos al aplicar las normas. O sea, conocimiento de las normas y de las posibles consecuencias del actuar. Los sujetos deben poder tener una certeza y previsibilidad del derecho, una confianza en la racionalidad del derecho". (Editorial DYKINSON, Madrid, 2006, páginas 33-35, citado por el fallo de 30 de abril de 2009, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (el subrayado es nuestro).

En igualdad con lo anterior, el Tribunal Constitucional Español en su ya clásico pronunciamiento STC 150/1990 planteó las siguientes conclusiones sobre el principio en mencionado:

"a. La seguridad jurídica es... suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio.

b. (...) los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del



Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo creciente en la gestión y aplicación de los tributos".

En síntesis, no podemos mantener una postura y luego cambiarla de la nada, sin siquiera exteriorizar las razones jurídicas que nos llevan al cambio de pensamiento, para que las partes sepan los motivos del cambio, cual se cumple haciendo prevalecer la ley y garantizando que el proceso se desarrolle de manera legal.

De nada vale trazar las reglas del juego, para luego permitir que se vulnere en detrimento de otros que sí se esforzaron en cumplirlos, sobre todo cuando en muchas ocasiones se ha decidido casos como el que nos ocupa con un planteamiento claro e inequívoco y que se encuentra en nuestro orden sistemático jurisprudencial al alcance de todo aquel que en algún momento desee contratar con el Estado y sepa de antemano cuáles han sido las posturas de los Magistrados en determinados casos.

Se puede cambiar de pensamiento por diferentes circunstancias, para enderezar un criterio que se considere errado, para profundizar en un tema con el que se cuenta con mayores elementos de convicción o porque la ley ha variado su punto en un tema específico, etc. Lo que no es bien visto es el pronunciamiento en una materia, luego cambiarlo sin exponer las razones y luego volver al pensamiento inicial, ya que eso confunde al administrado en no saber con certeza la posición de los administradores de justicia en determinada circunstancia.

La Corte Suprema de Justicia, a través del Pleno, y de sus distintas Salas, ha reconocido que la jurisprudencia puede ser variada, señalando:

"...[la Corte]es consciente de la importancia que para los usuarios de la administración de justicia reviste la unidad de la jurisprudencia, como elemento de la seguridad jurídica. Sin embargo, unidad no es sinónimo de inalterabilidad..., toda vez que la certeza del derecho no sólo tiene basamento en la unidad Jurisprudencial; la legitimidad de las decisiones judiciales encuentra su principal asidero en el acatamiento a la Ley, interpretada en lo posible de la manera más apegada al texto de la misma" (Registro Judicial, junio de 1998, pág.14).

En relación a este mismo tema, la Corte ha indicado:

"... la jurisprudencia está constituida por los pronunciamientos que emita la autoridad jurisdiccional en determinada materia y que sirve de apoyo jurídico-legal, para sustentar esa misma posición, idea o lineamiento, respecto de un asunto que reviste la misma naturaleza jurídica. Sin embargo, hay que señalar que la jurisprudencia, no es un elemento que se caracteriza por ser inmutable o invariable, no sólo porque las normas de derecho



constantemente son sometidas a reformas que varían su contenido y significado legal, sino por la complejidad que caracteriza la tarea de interpretar los preceptos para su aplicación en cada caso particular; por la evolución de las circunstancias sociales y políticas; por el progreso de la doctrina y, por qué no decirlo, para enmendar criterios errados. Esto quiere decir que la postura de un tribunal de justicia respecto a un asunto legal puede ser modificada. No obstante, ese cambio de juicio no puede ser antojadizo ni apresurado, sino debidamente razonado y sustentado, pues, de lo contrario, se atentaría contra la seguridad jurídica y uniformidad de los fallos, que en síntesis es lo que persigue la jurisprudencia" (Registro Judicial, enero de 2001, pág.361. El resaltado es nuestro)

Claro está en que, para cambiar de criterio sobre determinados aspectos ya debatidos previamente y sistematizados a través de fallos, se debe razonar el cambio jurisprudencial que apoyan las razones que la argumenten, y así evitar cualquier análisis de especulación que pueda provocar el estudio de la misma y que efectivamente va a romper la uniformidad que se había tenido en casos similares y que sirvieron de base de decisiones pasadas recientemente, ya que no existen diferencias superlativas en cuanto al tiempo entre pronunciamientos y pronunciamientos dentro de la garantía de protección de los Derechos de los asociados, existiendo unos cuantos días entre razonamientos.

Por último, el operador de justicia, como sujeto procesal encargado de dirigir el proceso, tiene sus funciones bien marcadas en la normativa, y es la de decidir de acuerdo a la Constitución y la Ley el conflicto que se le ha traído a su conocimiento como consecuencia de la competencia funcional que surge con el accionar del aparato estatal administrativo creado para dirimir un caso en particular. No está en él, el rol orientador ni mucho menos el de recomendar aspectos técnicos, generales ni específicos para la toma de decisión, sino la de asegurarse de conceder la pretensión si así ha sido demostrada para su convencimiento. Es decidir de conformidad a lo que la entidad ha solicitado en los términos de referencia y de acuerdo a lo que los proponentes hayan aportado.

De acuerdo a la norma especial, es la DGCP y las entidades quienes elaboran el pliego de cargos (condiciones generales y especiales, respectivamente) y no el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, pues, eso rebasa en demasía nuestra competencia. Sólo nos corresponde velar por el cumplimiento del debido proceso, transparencia y la realización de los documentos en su totalidad, así como también descartar alguna situación que la ley especial ha exigido y que se haya obviado o las leyes complementarias, más no recomendar un requisito en particular. No podemos ser jueces y partes al mismo tiempo, ni sugerir, sólo acatar la ley y garantizar los derechos subjetivos de los participantes.

Lo anterior toma importancia por la sugerencia que hace el ponente en cuanto a la exigibilidad de experiencia o algún tipo de certificación referente a los cursos de pilotos, lo que como operadores de justicia nos corresponde es si las leyes exigen esa condición o

no y valorar en base a ello, por lo que la vinculación de la administración al pliego de cargos en ningún momento se extiende a este tribunal, sino exclusivamente a asegurar el fiel cumplimiento de la ley, poniéndole un freno de alguna forma a la discrecionalidad que como hemos expuesto, no es absoluta en los términos de referencia.

No es categórico por cuanto, a pesar de ser una facultad de las entidades, no pueden obviar ciertas características que las leyes nacionales exigen en determinados casos. En la estructuración del pliego de cargos no está la participación del juzgador en ninguno de sus numerales, sí las reglas objetivas, justas y claras, entre otros aspectos más; quedándonos como función el visualizar el real cumplimiento o no y trabajar en ese sentido, sin extrapolar esa actividad.

Los fines de la contratación es un tema reservado a las entidades encargadas de desarrollar el acto público, para lo cual deben tener conciencia que el error en la elaboración del pliego de cargos es exclusivo de ellos, de acuerdo con el principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, quienes tienen la misión primordial de proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.

Por lo anterior, la vinculación de la Administración al pliego de cargos **jamás se extiende a este tribunal** como se afirma en la decisión de mayoría, sino más bien a realizar el examen de acuerdo al ordenamiento jurídico y los términos de referencia como única participación.

Sin más que decir, y como quiera que los razonamientos expuestos no han sido compartidos por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, no me queda otra alternativa que expresar de manera firme y respetuosa que, RAZONO EL VOTO.

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado

KAREN S. SOLÍS
Secretaria General, Encargada.

