

, 25 de mayo de 1987.

Su Excelencia
Ing. Rogelio O. Dumanoir J.
Ministro de Obras Públicas
E. S. D.

Señor Ministro:

A continuación me permito dar respuesta a la consulta que tuvo a bien plantear a esta Procuraduría mediante su Oficio N°453-M fechado el 11 de mayo corriente, recibido en este despacho el día 15 del mismo, referente a observaciones formuladas por el Banco Mundial sobre las especificaciones y pliego de cargos relativos a contratos a celebrarse con financiamiento de dicho organismo.

Según lo expresado en la comunicación que contestamos y en la documentación que se sirvió acompañar a ella, los representantes de dicho organismo internacional consideran "que existen contradicciones entre las normas del Banco y las exigencias del Código Fiscal de la República de Panamá y Decretos reglamentarios", respecto de algunos aspectos específicos de dichos documentos.

He examinado la documentación en referencia, especialmente la respuesta dada por el Despacho a su digno cargo a las referidas observaciones y la opinión del Lic. Gabriel Martínez Garcés, Director de Asesoría Jurídica del mismo, luego de lo cual considero que el contenido de estos dos últimos documentos encuentran apoyo jurídico en nuestras normas legales.

No obstante lo anterior, considero mi deber exponer a usted algunas consideraciones que juzgo importantes en torno a la situación planteada, a saber:

1.- De conformidad con el inciso final del artículo 10 de la Ley 31 de 1984, que adicionó el artículo 38 del Código Fiscal, se instituyó la siguiente norma:

"Cuando se trate de obras financiadas por organismos o agencias internacionales de crédito, en tales especificaciones y contratos se dejarán a salvo los reglamentos aprobados por tales organismos

o agencias para dichas especificaciones o contratos".

Esta norma legal fue emitida para salvar las dificultades prácticas que se daban en situaciones como la planteada, a fin de permitir una compatibilización de los reglamentos de dichos organismos internacionales de financiamiento con nuestras normas legales. Sin embargo, el texto de la norma reproducida dispone que ello ocurrirá cuando se trate "de obras financiadas por organismos o agencias internacionales de crédito", lo que no es aplicable a otro tipo de contratos.

2.- De acuerdo a lo que consta en la primera página de las normas aprobadas por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial tales normas no son de obligatorio cumplimiento por los países prestatarios. En efecto, en los dos primeros párrafos de la referida página, en la que se consignan las "INSTRUCCIONES", se declara lo siguiente:

"El presente modelo de documentos de licitación ha sido preparado conjuntamente por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial para ser utilizado por los prestatarios en la adquisición de bienes mediante licitación pública internacional. Simplemente ha de servir de modelo y su utilización no es obligatoria. Sin embargo, las normas y los procedimientos que aquí figuran son resultado de una amplia experiencia internacional y se recomienda su uso en proyectos total o parcialmente financiados por alguno de los bancos mencionados.

Los prestatarios y sus dependencias o agentes de compras pueden utilizar los documentos tras completar los pormenores en los lugares indicados y suprimir las disposiciones que no sean aplicables."

Pareciera, entonces, que las normas contenidas en el referido documento no son de indefectible aplicación por los países prestatarios, sino que constituyen un modelo o guía en los procesos de contratación para "la adquisición de bienes mediante licitación pública internacional", con financiamiento de dichos organismos internacionales de crédito.

En consecuencia, pienso que este aspecto debería ser

puesto de relieve en futuras conversaciones con los representantes del Banco Mundial sobre los aspectos que ahora nos preocupan.

3.- En cuanto a las supuestas incongruencias entre los dos tipos de normas jurídicas mencionadas, mi criterio es el siguiente:

A.- La primera objeción se refiere al uso del papel sellado para las propuestas que deben ser presentadas, el cual -se dice- no está disponible para los oferentes en caso de que éstos se encuentren en otro país.

Como bien señala el Lic. Martínez en el memorandum antes citado, los apartados 9 y 10.1 de las normas aprobadas por el Bancono descartan el pago del impuesto del timbre instituido por el Estado prestatario, ya que se limitan a establecer que la oferta constará, entre otros documentos, de un "formulario de oferta y una lista de precios preparados de conformidad con las cláusulas 10, 11 y 12".

Por su parte, el artículo 47 (inciso segundo del numeral 2) del Código Fiscal y el artículo 10 del Decreto Ejecutivo N°33 de 3 de mayo de 1985, disponen -por su orden- lo siguiente:

"Cada propuesta será presentada en sobre cerrado que contendrá la proposición ajustada al pliego de cargos, la fianza provisional, los documentos que se soliciten en el pliego de cargos o especificaciones, el precio propuesto y el certificado de idoneidad al que se refiere el artículo 40A de este Código".

- o - o -

"La propuesta será presentada en un (1) sobre cerrado, escrita en tres (3) ejemplares, uno de los cuales será original, en el formulario de propuesta preparado oficialmente por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y en el cual la entidad licitante añadirá además, la información de que se trate. Por su parte, el postor deberá consignar los datos requeridos para completar la propuesta, incluyendo el precio y adhiriéndole al original las estampillas fiscales que cubran el valor del papel sellado, las cuales serán anuladas por quien presida el respectivo acto.

Los documentos que deberán presentar

los porponentes son los siguientes:

La propuesta ajustada al pliego de cargos, la fianza provisional, los documentos que se soliciten en dicho pliego, el Certificado de Postor que expide el Ministerio de Hacienda y Tesoro.

El original y las copias deberán estar firmadas, en ambos casos, de puño y letra por quien ostenta la representación legal de la persona jurídica o por la propia persona natural que efectúe la propuesta.

El postor también podrá hacerse representar mediante apoderado, tanto para la firma de su propuesta como para el acto de que se trate. La firma del poderdante en el respectivo poder deberá estar autenticada por Notario Público."

- o - o -

Estas normas, contrario a lo que aseveran los representantes del Banco Mundial, no exigen el uso de papel sellado para la presentación de la oferta o propuesta; por el contrario, señalan que la propuesta debe ser presentada en un formulario "preparado oficialmente por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y en el cual la entidad licitante añadirá, además, la información de que se trata". Lo único que exigen estas normas es que se le adhieran al original estampillas fiscales que cubran el valor del papel sellado.

A nuestro juicio, no existe ninguna contradicción entre las normas aprobadas por el Banco Mundial y las normas de nuestro Derecho Positivo que se acaban de reproducir, porque ambas disponen que la oferta o propuesta será presentada en un formulario que incluirá el o los precios respectivos.

Por otro lado, no me parece que tenga adecuado fundamento el argumento expuesto por los representantes del referido Banco respecto de que el papel sellado no está disponible para los oferentes del exterior, "ya que sitúa a posibles licitantes extranjeros en desigualdad de condiciones con los nacionales". En efecto, antes de constituir una norma que plantea desigualdades en el tratamiento jurídico, ella sitúa a todos en paridad de situaciones jurídicas, puesto que es aplicable a todos (nacionales y extranjeros), norma que da desarrollo al principio constitucional recogido en el artículo 20 de nuestra Carta Política, según el cual los "panameños y los extranjeros son iguales ante la ley".

Por otro lado, este argumento pierde vigencia cuando

se analiza en mayor detalle. Es así porque todo posible oferente o licitante interesado en participar en el acto de licitación tiene que obtener de la Administración Panameña toda la documentación necesaria, lo que indica que igualmente puede en esa oportunidad obtener los timbres fiscales necesarios para adherirlos a su propuesta.

B.- En cuanto a la exigencia del Certificado de Postor a los licitantes no nacionales, ello obedece a lo establecido en el artículo 40A del Código Fiscal y en el artículo 10 (inciso tercero) del Decreto Ejecutivo N°33 de 1985, según los cuales toda persona (nacional o extranjera) que desee participar como postor en licitaciones públicas, debe comprobar "su idoneidad a ese efecto, lo que se hace mediante la presentación del referido certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Tesoro".

Estas normas no son incompatibles con lo establecido en el apartado 13.1 de las normas aprobadas por el Banco, según el cual "el licitante presentará, como parte de su oferta, documentos que acrediten que puede participar en la licitación y cumplir el contrato si su oferta fuese aceptada". A su vez, el literal b) del apartado 13.3 de dichas normas dispone que tales documentos deben comprobar, entre otros aspectos, que "el licitante tiene capacidad financiera, técnica y productiva necesaria para dar cumplimiento al contrato".

En consecuencia, si esta última es una obligación del licitante según las normas del propio Banco, no encuentro incompatibilidad con nuestras normas legales, que exigen que todo aspirante a participar en una licitación compruebe su idoneidad ante el Ministerio de Hacienda y Tesoro, para obtener un Certificado de Postor.

Todo ello es indispensable para que la Administración tenga un margen razonable de seguridad de que la persona con quien contrata es idónea para cumplir con las obligaciones que contrae.

No vemos, entonces, la supuesta incongruencia que los representantes del Banco encuentran entre las normas aprobadas por éste y nuestras normas legales respecto a esta exigencia específica.

Por otro lado, el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N°33 de 1985 dispone que las empresas extranjeras "podrán hacer propuesta mediante un Agente o Representante debidamente establecido en el país, que posea el Certificado de Postor que expide el Ministerio de Hacienda y Tesoro", en cuyo caso el contrato correspondiente será celebrado "con dicho Agente o Representante".

Por tanto, los posibles postores o licitantes extranjeros pueden utilizar también este mecanismo, que les permite superar las dificultades que se mencionan.

C.- Otro de los aspectos en que se dice existe incongruencia entre ambos regímenes jurídicos es el atinente a la fianza de propuesta.

Nuestro Código Fiscal establece en su artículo 41 que dicha fianza deberá constituirse por la cuantía que se señala en las especificaciones, cuyo mínimo debe corresponder "al 10% del importe o valor total de lo que sea objeto del contrato", norma que igualmente ha sido instaurada por el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N°33 de 1985.

Por su parte, los apartados 9.1 (literal d) y 15.01 de las normas del Banco disponen que, como parte de los documentos que deben acompañar la oferta, se presentará "la garantía de oferta, de conformidad con la cláusula 15", pero en el último apartado en referencia (15.1) no se precisa el monto o el porcentaje de dicha fianza, sino que se deja abierto este aspecto. Sin embargo, se hace una llamada para aclararlo al final de la página respectiva en la siguiente forma: "Inclúyase el monto que el comprador estima adecuado. Puede ser tanto una suma fija como un porcentaje del precio de la oferta licitante. Por lo común, la garantía de la oferta debería fluctuar entre el 2% y el 5% de su monto".

En consecuencia, con arreglo a las citadas normas, el monto de la referida fianza se deja a discreción del país prestatario, a efecto de que señale aquel que "estima adecuado". La explicación que adicionalmente se suministra constituye una mera aclaración o simple recomendación para que el prestatario esté enterado de lo que comunmente se establece sobre este aspecto, pero de ninguna manera constituye una norma inflexible de obligatorio acatamiento.

Por tanto, me parece que no existe contradicción entre ambos regímenes jurídicos.

D.- Otro aspecto en el que se dice que existe contradicción entre ambos regímenes jurídicos es el relacionado con un representante autorizado en Panamá para actuar en representación de los licitantes extranjeros.

Ya mencionamos con antelación que este aspecto está regulado por el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N°33 de 1985, que es del siguiente tenor:

"Las empresas extranjeras podrán hacer

propuesta mediante un Agente o Representante debidamente establecido en el país, que posea el Certificado de Postor que expide el Ministerio de Hacienda y Tesoro. En tal caso, el Agente o Representante deberá expresar en la propuesta que actúa y hace la propuesta a nombre de la empresa extranjera.

El contrato correspondiente será celebrado con dicho Agente o Representante. Cuando se traté de obras y la entidad licitante requiera que la empresa extranjera también suscriba el contrato, ésta previamente deberá registrarse en Panamá y cumplir con los demás requisitos que exige la ley."

Esta norma permite una alternativa para los licitantes extranjeros dado que dispone que ellos podrán hacer propuesta mediante un Agente o Representante debidamente establecido en el país, que posea el "Certificado de Postor", en cuyo caso el contrato se celebrará con este agente o representante.

A su vez, en el literal c) del apartado 13.3 de las normas del Banco se estipula:

"C.- En el caso de una licitación que no tenga un giro comercial ordinario en el país del comprador, esté (o estará en caso de que se acepte su oferta) representando por un agente en el país que esté en condiciones de dar cumplimiento a las obligaciones del proveedor en materia de mantenimiento, reparación y existencia de repuestos que constan en las especificaciones técnicas y cuenta con el equipo necesario para ello."

Aunque esta segunda norma exige, en el supuesto de licitantes extranjeros que no operen regularmente en el país, que cuenten con un agente que pueda cumplir con las obligaciones "en materia de mantenimiento, reparación y existencia de repuestos", esto es, para fines más limitados de los que contempla nuestra legislación, tal disposición no es incompatible con nuestras normas legales. Por el contrario, ambos sistemas jurídicos contemplan la necesidad de que exista un representante o agente en nuestro país del licitante o contratista extranjero.

Hay que tomar en consideración, a este efecto, que el proceso de licitación da origen a una serie de actos y de trámites en los que debe y puede participar el licitante; y que el contratista debe mantener una relación jurídica con el Estado, que exige que el contratista sea accesible en diversas oportunidades. De allí la necesidad de que los licitantes y contratistas cuenten con representantes que atiendan estos aspectos de las relaciones que mantienen con el Estado, especialmente en la fase de ejecución del contrato.

Me parece, por tanto, que no existe incongruencia entre uno y otro régimen jurídico.

E.- Otro aspecto en que se dice que existe incongruencia es en los atinente a la presentación de ofertas por correo.

Según los representantes del Banco, "se debe autorizar que ofertas de firmas extranjeras sean enviadas por correo ya que de acuerdo a las reglas de adquisiciones del Banco, no es necesario que ellos (sic) tengan representante legal en Panamá".

Este aspecto no está precisado en la sección D de las normas del Banco, que regula la presentación de las ofertas, limitándose dicha sección a disponer que las ofertas se presentarán "dentro de un sobre interior y otro exterior, que el licitante deberá cerrar y marcar respectivamente 'original' y 'copia', que deberán dirigirse al destinatario correspondiente. No dispone que este sobre deba entregarse personalmente o por correo, dejándose abierta la vía que escoja el interesado para hacer llegar oportunamente la propuesta.

Por su parte, los artículos 47 (nums.2, 3 y 4) del Código Fiscal y 10 del Decreto Ejecutivo Nº33 de 1985 disponen que la propuesta será presentada en sobre cerrado, ajustada al pliego de cargos, sin aclarar si debe hacerse personalmente o por otro medio. Sin embargo, el artículo 22 del referido Decreto Ejecutivo dispone:

"A partir de la hora fijada en el aviso, cada postor, entregará personalmente o mediante apoderado debidamente constituido, el sobre cerrado que contiene su propuesta, con la leyenda escrita como indica el pliego de cargos."

Esta norma reglamentaria si exige que la propuesta se presente personalmente por el licitante o a través de su apoderado a ese efecto. Por tanto, si bien es cierto que las normas del Banco no señalan la forma de presentación de las

ofertas en el aspecto ahora de interés, nuestras normas legales si excluyen la posibilidad de que la propuesta se entregue por correo. Pareciera, entonces, que si existe contradicción entre ambos sistemas en este aspecto específico.

F.- Otro de los temas que han sugerido controversia es el relativo a la adjudicación provisional de la licitación.

Tanto el numeral 7 del artículo 47 del Código Fiscal, como el artículo 23 del Decreto Ejecutivo Nº33 de 1985, disponen que debe hacerse una adjudicación provisional en el acto público de licitación, que no constituye una medida definitiva o que cierra el proceso de licitación, dado que tales textos legales disponen que luego viene el proceso de evaluación detallada de la propuestas admitidas y posteriormente la adjudicación definitiva, que en muchos casos estará sujeta a la evaluación de la Comisión Financiera y del Consejo de Gabinete.

En las secciones e) y f) de las normas del Banco no se contempla en forma expresa una adjudicación provisional de la licitación, pero si se exige un examen preliminar de las ofertas, con la posibilidad de rechazar aquellas que no cumplan con las exigencias instituidas en las bases de la licitación.

No encuentro, por tanto, incongruencia entre nuestras normas legales y las del Banco, especialmente porque la adjudicación provisional que contemplan las primeras "no constituye un acto administrativo definitivo o firme, por lo que contra la misma no cabe recurso alguno", tal como disponen los artículos 47 (num.7) del Código Fiscal y 23 del Decreto Ejecutivo Nº33 de 1985. En consecuencia, se trata de un acto de mero trámite, que en nada contraviene las referidas normas del Banco.

Observo que los representantes de éste han señalado que éste "no puede aceptar adjudicaciones provisionales ya que sólo crearía (sic) confusiones", lo que constituye una observación basada en el criterio de dichos representantes, pero sin precisar la norma o normas legales emitidas por el Banco que prohíben dicha adjudicación provisional.

Tampoco me parece fundada tal observación, porque todos los participantes en la licitación deben estar concientes de que la adjudicación provisional no es un acto definitivo y que después se pasará a la fase de evaluación y adjudicación definitiva, por lo cual no puede la primera originar confusiones.

En estos términos dejo absuelta la consulta que tuvo a bien formularme, aunque considero oportuno indicar al señor

Ministro que los criterios expuestos por los representantes del Banco se basan en las propias apreciaciones que ellos tienen sobre los temas analizados, en los que figuran razones de conveniencia o de carácter práctico que, desde luego, escapan a una confrontación formal de normas jurídicas.

Con nuestra consideración y aprecio, queda,

Atentamente,

Olmedo Sanjur G.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

/mder.