

Panamá, 28 de mayo de 1997.

Superintendencia de la Administración

Licenciado

Carlos A. Vallarino

Viceministro de Planificación y Política Económica

E. S. D

Este Despacho ha recibido su Nota DdCP/223 de fecha 11 de abril de 1997, por medio de la cual nos consulta acerca de la aplicación de las normas fiscales, a la formalización de los convenios de cooperación técnica no reembolsables, a las cartas acuerdo para operaciones individuales de la Facultad de Preparación de Proyectos (F.P.P.), el refrendo del Contralor General sobre las modificaciones generales o de condiciones financieras generales y el régimen de validez jurídica de estas transacciones.

El texto de su Consulta nos permite concluir que indudablemente existe incertidumbre en lo que respecta a la aplicación de nuestra legislación de contratación pública y fiscal, así como a la participación del Contralor General de la República en el refrendo de los convenios de cooperación que celebra la República de Panamá con entidades financieras internacionales o gobiernos extranjeros. De allí que estimamos conveniente antes de responder sus interrogantes, exponer las siguientes consideraciones.

Dentro de la amplitud propia del concepto de Contrato, al que su examen nos obliga a incursionar; por cuestión más que de oportunidad, por un lógico sentido práctico, consideramos de suma importancia, señalar un marco jurídico que permita ubicar la actividad contractual del Estado.

Diversa es, la clasificación de los Contratos, no sólo en el ámbito del derecho administrativo, sino en el del derecho privado (civil o comercial).

Pero, con respecto al primer grupo, podemos comentar que uno de los elementos que lo diferencia de los del segundo, es que le son aplicables las normas de derecho público.

Es un principio de indiscutible significación contractual, el que reza, que el convenio es ley entre las partes, y ella también se extiende a los negocios jurídicos generadores de derechos y obligaciones en las que el Estado intervenga.

Se produce por lo expresado en los dos párrafos precedentes, una interesante combinación de aspectos, que parecieran contrastar. Veamos por qué.

Siendo la voluntad de las partes contratantes, la que determina el halo jurídico de la relación, obligándolas recíprocamente, nos formulamos la interrogante: ¿Podría el Estado -quien debe siempre al contratar, procurar su mayor beneficio-, rebasar los límites del derecho público, o en caso extremo obviar dichas normas?

La respuesta es sin lugar a dudas negativa. Y es que resultaría injustificado el accionar del Estado fuera del contexto del derecho público. Por ello, en términos generales sus actuaciones, se rigen por esas normas, salvo las excepciones que la propia ley prevé (en los casos en que el Estado actúa como ente privado).

Puede observarse como en todo contrato, en el que se identifique al Estado como parte, actuando en calidad de ente de derecho público, que las normas de contratación pública, así como aquellas que ordenan la fiscalización y control de sus actividades y fondos por el ente que en nuestro medio ejerce esa función, es decir, la Contraloría General de la República, en principio, son aplicables.

En nuestro país existe un organismo estatal independiente, de carácter técnico denominado Contraloría General de la República, cuyas funciones se encuentran ordenadas constitucionalmente, en el artículo 276, consistiendo ellas, básicamente en fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los bienes y fondos públicos, así como examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos.

Dentro del marco funcional que la Constitución ordena para la Contraloría General de la República, en el artículo 276, numeral 2, segundo párrafo, además se encuentra previsto que ella, "... determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que sólo ejercerá este último."

El control que ejerce la Contraloría General de la República, recaerá entre otras, "... sobre aquellas personas u organismos en los que tenga participación económica el Estado o las entidades públicas y sobre las personas que reciban subsidio o ayuda económica de dichas entidades..." (consultar artículo 2 de la Ley No.32 de 1984, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

La actuación de la Contraloría, como podemos ver, es necesaria e ineludible en toda relación contractual en la que el Estado sea parte. Como ejemplo de ello, se observa, que el Convenio PPF/009-PN, además de encontrarse suscrito por los representantes del Banco Interamericano de Desarrollo y el Gobierno Panameño, fue refrendado por el señor Subcontralor General de la República en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 48, de la Ley No.32 de 1984.

Es conveniente comentar, que el refrendo tiene el propósito de verificar que el contrato se ha producido de conformidad con las normas legales respectivas y si, además, cumple con los demás requisitos que de acuerdo a su propia naturaleza sean exigidos. Por ello, éste viene a constituir un requisito para la perfección de todo contrato en que intervenga el Estado.

Como hemos visto, hasta aquí, las funciones de la Contraloría General de la República, son de carácter general, y no contemplan excepciones en cuanto a actos sujetos a su control y otros que escapen de él. Lo que indica que los actos principales, así como los secundarios o aquellos modificadores de los principales, serán objeto del refrendo del Contralor.

El otro aspecto a considerar, es la aplicabilidad de la Ley No.56 de 1995, o sea la Ley de Contratación Pública. Nuevamente, y debido a la orientación que le hemos dado a nuestra respuesta, debemos reiterar que por disposición expresa del artículo 1, de esa Ley, su ámbito de aplicación comprende las

contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas para:

1. "La ejecución de obras públicas.
2. Adquisición o arrendamiento de bienes.
3. Prestación de servicios.
4. Operación o administración de bienes.
5. Gestión de funciones administrativas."

Parágrafo: " En las contrataciones que realicen los Municipios, Juntas Comunales y Locales y, en general, en aquellas que se rigen por leyes especiales, se aplicará esta Ley en forma supletoria."

Además, para la clase de convenio que motiva su Consulta, resulta de medular importancia el contenido del artículo 14 de la Ley No.56 de 1995, que expresa:

Artículo 14: "Contratos financiados por organismos internacionales de crédito.

En las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultoría, podrán incorporarse las normas y procedimientos previstos en los contratos de préstamo con organismos financieros internacionales o gobiernos extranjeros. Los pliegos de cargos y demás documentos de las licitaciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o servicios adquiridos con fondos provenientes de los contratos de préstamo, se elaborarán tomando en cuenta lo dispuesto en este precepto."

Lo señalado, respecto a nuestra legislación de Contratación Pública, permite concluir que sus normas son aplicables a los contratos que celebre el Estado, en términos generales. Sin embargo, aquellos que se rigen por leyes especiales, harán que ésta tenga carácter supletorio, y los que sean financiados por organismos internacionales de crédito podrán contar con las disposiciones y procedimientos previstos para esta clase de convenios.

La propia naturaleza de este tipo de contratos, -como viene a ser el Convenio PPF/009-PN-, supone la aplicación de la legislación local de Contratación Pública de manera supletoria, pues, debe tenerse presente que ellos, tanto en sus aspectos formales, como de fondo, buscan su adaptabilidad a los ordenamientos legales de los diversos países latinoamericanos, en los que el Banco Interamericano de Desarrollo ubica sus destinatarios.

En efecto, puede observarse que la tendencia moderna, en materia de contratación pública, busca flexibilizar sus disposiciones, de manera tal que, se brinde un margen de libertad contractual amplio a las partes, reduciendo formalismos y procurando la mayor celeridad posible en su tramitación, sin que ello implique, en forma alguna, desconocimiento o infracción, de las normas de derecho interno; permitiendo así, que este tipo de convenios, logren verdadera efectividad.

En consideración a los anteriores planteamientos, procedemos a responder las interrogantes que nos formula en su Consulta.

“a. ¿Son aplicables los requisitos del Código Fiscal anteriormente descritos a los convenios de cooperación técnica no reembolsables?”

Los convenios de cooperación técnica no reembolsables, a pesar, de ser una especie “sui generis” de acuerdos, no se encuentran en nuestra legislación exceptuados del cumplimiento de los requisitos ordenados por el Código Fiscal.

b. “Existe un tratamiento diferente en la ley relativo a la formalización del financiamiento de carácter reembolsable y el no reembolsable?”

El refrendo del contralor formaliza los contratos celebrados por el Estado sin distinción alguna por razón de su naturaleza, por ello, tanto los

Con respecto a esta interrogante, debemos señalar, que la Ley de Contratación Pública, no contempla distinción alguna para la tramitación y formalización de los contratos de financiamiento reembolsables y aquellos no reembolsables. Como expusimos anteriormente, esos contratos se encuentran determinados principalmente por su texto, y a ellos es supletoria la legislación de contratación pública local.

c. “¿Son aplicables los requisitos del Código Fiscal anteriormente descritas a las cartas acuerdos para operaciones individuales de la F.P.P.?”

De igual forma que respondimos la pregunta (a), debemos señalar, con respecto a esta interrogante; en el sentido de que nuestro Código Fiscal, no excluye de la aplicación de sus normas a las cartas acuerdos para operaciones individuales de la F.P.P.:

d. Bajo que régimen se establece la validez jurídica de convenios de cooperación técnica no reembolsables y cartas acuerdos para operaciones individuales de la F.P.P., y qué procedimientos son de necesario cumplimiento?

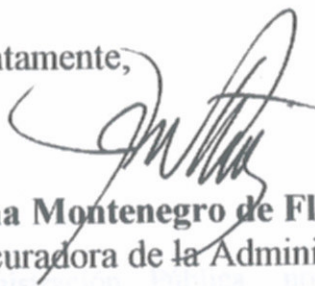
Consideramos que los convenios de cooperación técnica no reembolsables y las cartas de acuerdos para operaciones individuales de la F.P.P., exigen para su validez la opinión favorable del Consejo Económico Nacional (CENA), la autorización del Consejo de Gabinete y el refrendo del Contralor General de la República.

e. Es necesario el refrendo del Contralor para propósitos de formalizar modificaciones, ya sean generales o de condiciones financieras, de contratos de préstamo, cartas acuerdos para operaciones individuales de la F.P.P., o cooperaciones técnicas no reembolsables.

El refrendo del contralor formaliza los contratos celebrados por el Estado, sin distingo alguno por razón de su naturaleza. Por ello, tanto los actos principales como los modificatorios, requieren el refrendo del Contralor General de la República que como ya expresamos, sirve de aval a los mismos.

Esperando haber resuelto sus interrogantes, me suscribo de Usted,

Atentamente,



Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/7/hf/au