



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 30 de septiembre de 2024
Nota C-214-24

Ingeniera
María Fernanda de Mendoza
Coordinadora General
Programa Saneamiento de Panamá
Ciudad.

Ref.: Aplicación del artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, “Que subroga la Ley 58 de 2002, Que establece medidas de retorsión caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá, y dicta otras disposiciones”.

Ingeniera de Mendoza:

Tengo a bien dirigirme en ocasión a dar respuesta a su nota UCP-SP-2180-2024 de 9 de septiembre del presente año, mediante la cual nos hacen las siguientes interrogantes:

1. ¿Siendo que la Ley No. 48 de 26 de octubre de 2016 es de orden público, puede el Estado excepcionar su aplicación en la etapa precontractual para todos los proponentes interesados en un acto público? De ser afirmativa su consideración ¿Cuál sería el mecanismo para dicha excepción?
2. Si los pliegos del acto público de selección de contratista omiten el requisito de la presentación de una Declaración Jurada de Medidas de Retorsión o si el proponente omite la presentación de esta, indistintamente del caso, ¿resulta o no afectado el derecho de un contratista de poder ser favorecido con la adjudicación de un acto público de selección de contratista en el que participa?
3. ¿Puede subsanarse la omisión de la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión requerida como exigencia de la etapa precontractual, en la etapa contractual?

En relación a las dos primeras preguntas, la Procuraduría de la Administración es de opinión que el Estado no puede excepcionar la aplicación del artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, a ningún proponente, porque esto iría contra el principio de legalidad, ya que no existe ninguna disposición que permita la exclusión.

No obstante, sí puede el Consejo de Gabinete excepcionar la aplicación de las medidas de retorsión, impuesta por el Estado, de oficio o a solicitud de parte interesada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley, siempre que exista una resolución previa que establezca la o las medidas de retorsión.

En lo que respecta a la tercera pregunta, la omisión de la presentación de las medidas de retorsión requerida como lo exige la etapa precontractual, no puede subsanarse, porque esa declaración debe acompañarse con la propuesta, y el artículo 55 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, ordenado por la Ley 153 de mayo de 2020, establece que solo se podrán subsanar documentos presentados con la propuesta.

- Las respuestas anteriores las fundamentamos en las siguientes consideraciones:

La Ley 48 de 26 de octubre de 2016, “Que subroga la Ley 58 de 2002, Que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá, y dicta otras disposiciones”, estableció las medidas que se pueden imponer a los Estados, jurisdicciones u organismos internacionales que de alguna forma discriminen o apliquen medidas desventajosas, o limiten a cualquier persona natural o jurídica panameña u organizaciones establecidas bajo la ley de Panamá.

Antes de ella, la Ley subrogada, es decir, la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002 “Que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá”, se dictó porque la República de Panamá estaba siendo víctima de medidas de retorsión impuestas por otros países y organizaciones como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que colocó a la República de Panamá en las llamadas "listas negras", que adquirió mayor fuerza a finales de la década de los noventa, con la publicación en 1998, del documento titulado "Informe sobre competencia fiscal perjudicial: Una cuestión global emergente", en el cual dicho organismo internacional, adoptó criterios para identificar a aquellos países con regímenes fiscales de baja o nula tributación.

La retorsión es, según la definición que nos brinda el autor Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, la "devolución del daño o perjuicio infringiendo otro igual o análogo al causante", y la única medida de retorsión establecida en la Ley 58 era la aplicación de restricciones al país que discrimina, para poder participar en actos de selección de contratista o de concesionario de carácter nacional o internacional, pero el artículo 8 de la Ley 48 de 2016, estableció otras medidas, tales como:

1. Medidas tributarias respecto a la determinación de los impuestos aplicables sobre dividendos y remesas al exterior que sean pagados o acreditados en concepto de intereses, regalías, comisiones o cualquier clase de renta producida en Panamá;
2. Medidas de incremento arancelario a las personas naturales o jurídicas de Estados que discriminan a Panamá;
3. Medidas migratorias y laborales a los nacionales de las jurisdicciones incluidas en la Lista de Estados que Discriminan;
4. Restricción o suspensión del movimiento de carga o pasajeros vía terrestre;
5. Medidas de sanciones pecuniarias a la carga, con origen en un Estado de la lista, que utilice el mar territorial y las aguas continentales de la República de Panamá, de acuerdo con el análisis y evaluación de las implicaciones económicas y comerciales que determine el informe de evaluación;

6. Cualquier otra medida que decida adoptar el Consejo de Gabinete.

Por otra parte, el artículo 10 de la Ley 48 de 2016 establece que el Consejo de Gabinete podrá excluir las sanciones o medidas de retorsión previstas en la resolución, pero no se trata de la misma presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión, sino solo de las medidas en sí, siempre que se hayan impuesto mediante resolución. El tenor literal del citado artículo dice así:

“Artículo 10. Exclusión. El Consejo de Gabinete podrá, **al momento de emitir la resolución o con posterioridad, exceptuar de la aplicación de las medidas de retorsión previstas en la resolución**, de oficio o a solicitud de parte interesada, a las personas naturales o jurídicas, de Derecho Público o de otra índole, por considerar que, en virtud de las actividades que desarrollan, de verse estas afectadas se puede generar o propiciar **algún tipo de incumplimiento por parte de la República de Panamá de obligaciones establecidas en tratados o acuerdos ratificados y vigentes en la República de Panamá y/o afectar el interés público nacional.**” (Negritas del Despacho)

De la norma citada se colige que, al momento de emitir la resolución o con posterioridad a ella, el Consejo de Gabinete podrá excluir las medidas de retorsión impuestas al Estado que discrimina, si en virtud de las actividades que ellas desarrollan, de verse estas afectadas, se puede generar o propiciar algún incumplimiento de obligaciones establecidas en tratados o convenios ratificados y vigentes en la República de Panamá y/o afectar el interés público nacional.

A propósito de interés público, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, lo define como el “Conjunto de aspiraciones surgidas de las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegida mediante la intervención directa y permanente del Estado”, de manera que, interés público nacional, sería el conjunto de aspiraciones colectivas de los miembros de la sociedad panameña, protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado panameño.

En lo que respecta a la declaración jurada de medidas de retorsión, observamos que la misma se encuentra recogida dentro de los requisitos mínimos obligatorios que deberán ser presentados por los proponentes u oferentes junto con su propuesta. En efecto, el artículo 12 de la Ley 48 de 2016 que contiene este requisito dispone lo siguiente:

“Artículo 12. Declaración Jurada de Medidas de retorsión. En los casos en que el Consejo de Gabinete disponga que entre las medidas de retorsión a aplicar se encuentren aquellas descritas en el numeral 4 del artículo 8, ninguna persona natural o jurídica de Derecho Público o de otra índole, nacional o del Estado que Discrimina, podrá participar, directa o indirectamente por interpuesta persona, en un acto público o contratación pública, de carácter nacional o internacional, convocado por una entidad pública, que se celebre en la República de Panamá. Sin perjuicio de lo anterior, para participar en un acto público de selección de contratista o concurso de ofertas, toda persona natural o jurídica o de Derecho Público

deberá presentar, conjuntamente con su oferta, una declaración jurada suscrita por la propia persona interesada o por el representante legal, en la cual certifique que:

1. No es una persona natural de un Estado el que se le aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley, o una persona jurídica incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a esta Ley.

2. ...

Aquella persona natural o jurídica de Derecho Público o de otra índole, que omita presentar la declaración jurada descrita en este artículo **no tendrá derecho a ser favorecida con la adjudicación del acto público de selección de contratista en el que participa.**

...” (Las negritas son del Despacho).

Como se trata de una ley de orden público y de naturaleza especial, mediante la cual se rige estrechamente todo lo que concierne, entre otras cosas, a la contratación pública, y que los proponentes u oferentes tienen que haber presentado su declaración jurada de medidas de retorsión junto con su propuesta, significa que este concepto prevalece sobre la voluntad de ellos, y esa declaración debe ser presentada con entera independencia si aparece o no como requisito en el pliego de cargos.

En lo que respecta al orden público nacional, en la Sentencia de 21 de marzo de 2022, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, citando al procesalista Alberto Ricardo Dalla Vía, dijo lo siguiente:

“... ***El orden público comprende***, en consecuencia, al conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios generales de una sociedad o a las garantías precisas de su existencia, como por ejemplo las normas penales.

En el Derecho Civil ***el orden público constituye el límite infranqueable por la voluntad individual.***

En un Estado de Derecho, el orden público supremo se identifica con la Constitución en su carácter de supraestructura jurídica y condición de validez de las restantes normas del ordenamiento.’ (Dalla Vía, Alberto Ricardo. Relevancia del Orden Público en la Afirmación de la Autonomía Personal).”

Como queda expuesto, la Ley 48 de 2006 es una ley de orden público, puesto que la misma es de obligatorio cumplimiento y se impone sobre la voluntad de los particulares, y desde este punto de vista, por disposición de la propia Ley 48 del 2006, si los pliegos de cargos del acto de selección de contratista omite la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión como requisito, o si el proponente omite la presentación de la misma, resultará afectado en el derecho de poder ser seleccionado del contrato en el que participa, puesto que la presentación de este requisito es esencial en la contratación pública.

Al respecto, los artículos 55 y 99 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, dispone lo siguiente:

“Artículo 55....

Solo se podrán subsanar documentos presentados con la propuesta, entendiéndose por subsanación la corrección de estos, siempre que no se trate de documentos ponderables.” (Las cursivas y negritas son nuestra).

“Artículo 99. Contrato celebrados con extranjeros. Las personas naturales o jurídicas extranjeras que celebren contratos con el Estado deberán dejar constancia en el contrato de la renuncia a reclamación diplomática...

Este precepto también se aplicará a las sociedades en que existan extranjeros que sean propietarios o que tengan el control sobre las acciones o participaciones sociales en ella, y en los casos de cesión de contrato a extranjeros, en las mismas circunstancias.

Lo anterior es sin perjuicio de lo que establezca la Ley 48 de 2016, sobre medidas de retorsión.” (Las cursivas y negritas son nuestra).

Como queda expuesto en líneas anteriores, el artículo 12 de la Ley 48 de 2016 establece que en los casos que el Consejo de Gabinete disponga que entre las medidas de retorsión a aplicar, se encuentra la descrita en el numeral 4 del artículo 8 de la citada Ley 48, o sea, la restricción o suspensión a persona naturales o jurídicas, de Derecho Público o de otra índole nacional del Estado que discrimina, esas personas no podrán participar, directa o indirectamente por interpuesta persona, en un acto público o contratación pública, de carácter nacional o internacional, convocada por una entidad pública, que se celebre en la República de Panamá.

De los planteamientos expuestos en los párrafos que anteceden, concluimos lo siguiente:

1. El Estado no puede excepcionar la aplicación del artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, porque no existe ninguna disposición que lo permita, y si tal excepción se produce, ello atentaría contra el principio de legalidad, que puede formularse, indicando que dicho principio consiste en que las autoridades no tienen más facultades que las que le otorgan las leyes, y que sus actos únicamente son válidos cuando se fundan en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe.

Lo anterior, porque ninguna disposición de la Ley 48 de 2016, contiene la facultad para que se pueda dispensar a alguna persona de presentar la declaración jurada de medidas de retorsión, aunque sí puede el Consejo de Gabinete excepcionar la aplicación de las medidas de retorsión impuesta por el Estado, de oficio o a solicitud de parte interesada, siempre que previamente exista la resolución que contenga alguna de las medidas, como lo ordena el artículo 10 de la Ley 48 de 2016.

2. Si los pliegos del acto público de selección de contratista, omiten establecer el requisito de la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión, o si el proponente omite la presentación de esta declaración, no podrá ser favorecido con la

adjudicación de un acto público, porque el artículo 55 lex cit, así lo establece categóricamente.

3. Debido a lo anterior, la omisión de presentar la declaración jurada de medidas de retorsión no es subsanable, ni en la etapa precontractual, y tampoco en etapa contractual, por lo que el proponente no tendrá derecho a ser favorecido con la adjudicación del acto público en el que participa.

Antes de finalizar, es importante señalar que, por la importancia objeto del tema consultado, y en virtud a los señalamientos previos, desarrollados dentro del presente análisis, recomendamos que el Ministerio de Salud, a través de la Coordinadora General, Programa Saneamiento de Panamá, eleve la consulta ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP); en atención a las posibles afectaciones que se puedan dar en el derecho de los proponentes (en el caso que nos ocupa).

De esta manera damos respuestas a sus preguntas, indicándole que las mismas no constituyen un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que determine una posición vinculante por parte de esta Procuraduría de la Administración.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/gac
C-194-24

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 502-4300, 500-8523*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**