

7 de abril de 2000.

Licenciado

JOAQUÍN E. CARRASQUILLA LOZANO

Director de Contrataciones Públicas del
Ministerio de Economía y Finanzas.

E. S. D.

Señor Director:

Cumpliendo con las funciones Constitucionales y Legales asignadas, procedo a absolver la consulta que tuvo a bien formularme a través de **Nota No.302-01-82-2000-DCP** fechada 4 de febrero de 2000, recibida en este Despacho el día 16 de marzo del presente, en la que se refiere a los actos públicos celebrados por la empresa ETESA, S.A., por adquisición de bienes y servicios; y, algunas quejas presentadas ante su Despacho por inobservancia de la Ley 56 de 1995, que regula la Contratación Pública en Panamá.

La Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), es una empresa creada como consecuencia del proceso de privatización del IRHE, en la que el Estado fundamentado en la Constitución Política, artículo 153, numerales 12 y 13, asume la responsabilidad de organizar los servicios públicos que se establecen en la Constitución; así como de autorizar y expedir el Pacto Social y los Estatutos de estas sociedades de economía mixta a través de Resoluciones del Consejo de Gabinete conforme los lineamientos de la Ley.

En virtud de este mandamiento constitucional el Estado como detentor del poder público, dictó la Ley No.6 de 3 de febrero de 1997, "A través de la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad",¹ a fin de propiciar el abastecimiento de la demanda de los servicios de energía eléctrica, sobre criterios de eficiencia económica, viabilidad financiera, calidad y confiabilidad de servicio, dentro de un marco de uso racional y eficiente de los diversos recursos energéticos del país, tal como lo ha plasmado dentro de sus finalidades.

Al respecto, debe tenerse claro que se trata de una empresa de características muy particulares y propias, pues constituye, un tipo especial de empresa pública, que según la doctrina, constituyen una modalidad de empresa pública, calificadas como **entidades descentralizadas que realizan actividades de índole comercial o industrial, organizadas bajo un régimen jurídico mixto, semi-administrativo, y regidas alternativamente por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de los actos.**² Puede establecer mecanismos especiales de funcionamiento que garanticen el buen desempeño de la empresa, tal como sucede con el régimen especial de contrataciones.

Entendiendo, entonces que se trata en este caso de una empresa de características totalmente "sui generis", en donde aún cuando, el cien por ciento (100%) de las acciones de esta empresa pertenezcan al Estado, lo cierto es que la propia ley que la crea la ha dotado de un status jurídico especial, al definir que dicha empresa se constituye como sociedad anónima y se rige por disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas y por el Código de Comercio, enfatizando que mientras el Estado mantenga la mayor parte de las acciones, esto es, el cincuenta y uno (51%) o más de las acciones de esta empresa, se aplicarán las disposiciones especiales de esta sección y las disposiciones del derecho privado que les sean aplicables.

¹ Ver, Gaceta Oficial No.23.220 de 5 de febrero de 1997.

² DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1997. Pp.516.

Según, se ha explicado la problemática expuesta surge de la inconformidad de varias personas en relación con los actos públicos celebrados por la empresa ETESA, al parecer ignorando los procedimientos establecidos en la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, que regula la Contratación Pública en Panamá. Sin embargo, al revisar la normativa que crea la empresa en referencia, hemos podido corroborar que el Artículo 41 de la Ley 6 es precisa, al establecer un régimen especial en materia de contratación para dicha sociedad, el tenor de la norma aludida es el siguiente:

“ARTÍCULO 41. Régimen Especial de contrataciones. La contratación de materiales, obras o servicios, se ejecutará en la forma que determine la Junta Directiva, que se guiará por principios de eficiencia y transparencia.” (Lo subrayado es de este Despacho).

El precepto transcrito, evidencia de manera palmaria que la Junta Directiva de la empresa está facultada para determinar como se realizarán y los principios aplicables en las contrataciones para la adquisición de bienes y servicios en la empresa.

Aunado a ello, ciertamente, la Ley 56 de 1995, en su artículo 2, pareciera darle la razón a la empresa ETESA, S.A., en cuanto a la forma en que realizan el trámite de las adquisiciones de bienes y servicios que requieran para su buen funcionamiento y desarrollo de las políticas a implementar. Para mejor análisis de la situación expuesta examinemos con detenimiento la norma en referencia, cuyo tenor lee:

“ARTÍCULO 2. Contratos de empresas comerciales e industriales del Estado y empresas de economía mixta. Las sociedades en las cuales el Estado tenga participación económica o control efectivo, o cuya propiedad total sea del Estado, y que se dediquen a actividades comerciales e industriales, o aquellas entidades públicas que la ley autorice, se

regirán por las normas de derecho privado, para la adquisición de bienes o servicios, o en sus relaciones contractuales con terceros, salvo las normas previstas en sus respectivos instrumentos de creación. **Estas empresas celebrarán los contratos para la adquisición de bienes y servicios con fundamento en el principio de libertad de concurrencia. Las disposiciones de la presente Ley en materia de contratación pública de tales entidades, tendrán carácter subsidiario, siendo de aplicación preferente, a esta Ley, las disposiciones especiales relativas a la contratación de tales organismos y las del Código Civil y del Código de Comercio, compatibles con el régimen jurídico de tales entidades públicas y con el interés público que se persigue mediante el mecanismo contractual por parte del Estado.” (Lo subrayado y resaltado es de este Despacho).**

La disposición copiada no admite duda en cuanto a su interpretación literal, ya que recoge con claridad meridiana la forma en que estas empresas de economía mixta celebrarán sus actos públicos para la adquisición de bienes o servicios, estableciendo de forma indubitable que en estas empresas las disposiciones contenidas en la Ley 56 de 1995, que regula la Contratación Pública en Panamá, tendrán carácter subsidiario, es decir, supletorio o secundario; siendo, de aplicación preferente a dicha Ley las normas del Código Civil y del Código de Comercio compatible con las finalidades de la contratación.

Luego de analizar las normas pre-insertas somos de la opinión, que dada la naturaleza de la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. -ETESA- ha sido la intención del legislador patrio regular de manera especial todos los aspectos que guarden relación directa con la adquisición de bienes o servicios requeridos por ésta, a fin de optimizar el servicio prestado y se cumplan las finalidades de este nuevo régimen.

El contenido del comentado Artículo 2 de la Ley 56 ibídem, a nuestro juicio es reforzado por lo establecido en el

PARÁGRAFO del Artículo 1, cuando expresa: **“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.”** De lo cual, indudablemente, se infiere que en materia de contrataciones públicas, existen excepciones a la regla, de que en las contrataciones públicas en general se dará cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 56. En este caso, luego de una lectura al Parágrafo del artículo 1, así como al Artículo 2 examinado, de la Ley 56 in comento, podemos concluir afirmando que las empresas de economía mixta, sin duda alguna, constituyen algunas de las excepciones a la regla.

Consecuente con lo antes explicado, la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. -ETESA-, con fundamento en los artículos 36, numeral 8; y, 41 de la Ley 6 bajo estudio; y, en la Ley 56, artículo 2, tiene la facultad de regular su régimen de contrataciones, atendiendo por supuesto, la naturaleza de la empresa y contemplando los fines de la misma, entre los que está precisamente promover la competencia y participación del sector privado, como instrumento básico para incrementar la eficiencia en la prestación de servicios pero, sobre todo tratando de asegurar ofertas energéticas eficientes capaces de abastecer la demanda, garantizando no sólo la energía sino la potencia requerida entre los prestadores del servicio.

En atención a ello, la Junta Directiva de la empresa plenamente facultada ha fijado los criterios para realizar en la forma más económica posible, la selección, diseño, construcción, operación y mantenimiento de las plantas de generación correspondientes, así como del equipo que considere necesario para desarrollar sus operaciones, a través del sistema de libre competencia, en donde debe prevalecer los principios de eficiencia y transparencia.

Es importante resaltar, que, algunas sociedades anónimas creadas por el Estado con capital público, están sometidas a la fiscalización de la autoridad estatal, lo que en este caso ocurre

de conformidad con el artículo 27 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997.

En resumen, la empresa ETESA sí tiene un procedimiento especial en materia de contratación por mandamiento expreso de la Ley que la crea; no obstante, este hecho no supone excluir criterios de eficiencia, calidad y confiabilidad, o que pretenda desconocer que el Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad normativa y fiscalizadora del sistema por disposición legal. De modo que consideramos que al determinar el procedimiento a seguir en materia de contrataciones estas empresas de economía mixta, debieran seguir en gran medida los patrones establecidos por la entidad rectora a objeto de mayor seguridad, ya que de lo que se trata al final es de lograr la eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

De este modo espero haber dado respuesta a lo consultado, me suscribo, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.