

Panamá, 9 de octubre de 2000.

Su Excelencia
DR. JOSÉ M. TERÁN SITTON
Ministro de Salud
E. S. D.

Señor Ministro:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la Consulta Jurídica que tuvo a bien elevarnos, mediante la cual nos solicita nuestro criterio jurídico respecto a la aplicación de ciertas normas relativas a los procedimientos previstos en los Contratos con Organismos Internacionales y la aplicación de la Ley N°.56, por la cual se regula la contratación pública y se dictan otras medidas.

Para dar respuesta a su muy interesante Consulta, debemos analizar en primera instancia, el artículo 14 de la Ley N°.56 de Contratación Pública. Veamos:

"Artículo 14. Contratos financieros 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 préstamos 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." (El resaltado es nuestro).

Dos (2) son los aspectos de importancia que se destacan del contenido de la norma arriba transcrita:

1. El hecho de establecerse expresamente, que en las contrataciones que realice el Estado, sean éstas de ejecución de obras, adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultorías, podrán incorporarse las normas y procedimientos previstos en los contratos de préstamo con organismos financieros internacionales o gobiernos extranjeros.
2. Que tanto los pliegos de cargos y demás documentos de las licitaciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o servicios con fondos provenientes de los contratos de préstamo, se elaborarán tomando en cuenta lo dispuesto en este precepto.

El primero de los aspectos, asegura, establece y permite de manera voluntaria pactar o incorporar libremente otras normas y procedimientos, al margen de la legislación nacional aplicable (Ley N°.56 de 1995); la norma además, dispone que este procedimiento podrá realizarse tanto con organismos financieros internacionales como con gobiernos extranjeros.

El segundo de los aspectos que hemos resaltado, lo constituye el hecho que, la ut supra citada norma establece clara y categóricamente, que de incorporarse otras normas o procedimientos dentro de la contratación entre el Estado y terceros, aparte de la legislación nacional aplicable, éstas (las primeras), deberán cumplirse tal y cual fueron incorporadas o pactadas, teniendo prelación sobre el Derecho Positivo (**siempre y cuando no se opongan al interés público o, contravengan el ordenamiento jurídico**). En materia de Contratación Pública entre el Estado con organismos financieros internacionales o gobiernos extranjeros, si ambos convienen pactar cláusulas contentivas con otro tipo de normas o legislación distinta a la nuestra, debe cumplirse lo pactado entre los contratantes.

Precisa analizar el contenido del artículo 74 ibídem, que a la letra dice:

"Artículo 74. Cláusulas y condiciones usuales.

Las entidades públicas podrán incluir, en los contratos que celebren, los pactos, cláusulas y condiciones usuales, dependiendo de la esencia y naturaleza del contrato y aquellas otras que se consideren convenientes, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los privilegios y prerrogativas del Estado, los cuales no podrán ser objeto de limitación, negociación o renuncia por la entidad pública. Cualquiera condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho."

Los aspectos más importantes que se destacan de este artículo 74 son:

1. Permite a cualesquier entidad pública, incluir en los contratos que celebren, pactos o cláusulas y condiciones usuales;
2. Permite además, la inclusión de aquellas cláusulas que las partes estimen conveniente;
3. Establece con atinada importancia dos (2) excepciones o limitantes, dentro de la relación contractual, las cuales son:
 - a. Que dichas cláusulas o pactos no se opongan al interés público y;
 - b. Que las mismas no contravengan el ordenamiento jurídico.
4. Si, dentro de la relación contractual, se pactan cláusulas o condiciones entre las partes, y las mismas no se cumplen conforme lo pactado, o en contravención al ordinal anterior, producirá la nulidad de pleno derecho automáticamente.

Ahora bien, en lo que respecta a la facultad que tiene la Contraloría General de la República (sus funcionarios), para fiscalizar, controlar y refrendar de una u otra forma los actos de manejo de fondos provenientes de un Convenio o Contrato con Organismos Financieros Internacionales, suscrito por la República de Panamá, a través de sus instituciones estatales, debemos analizar las disposiciones

constitucionales y legales, que versan sobre esta materia:

I.- Constitución Política.

"Artículo 276. Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, las siguientes:

1.

2. Fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección y según lo establecido en la Ley.

La Contraloría 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.

3. Examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos ".

II.- Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de República.

"Artículo 1. La Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente, de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos, y examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos. ..."

"Artículo 2. La acción de la Contraloría General se ejerce sobre las personas y organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, de los Municipios, Juntas Comunales, empresas estatales, entidades

autónomas y semiautónomas, en el país o en el extranjero. También se ejerce esta acción sobre aquellas personas u organismos en las que tenga participación económica el Estado o las entidades públicas y sobre las personas que reciban subsidio o ayuda económica de dichas entidades y sobre aquéllas que realicen colectas públicas, para fines públicos, pero tal acción será proporcional al grado de participación de dichos entes públicos. ..." (Los subrayados son nuestros)

Debemos tener presente que Panamá como país Beneficiario de un Convenio Internacional de Financiación, se compromete como país local, a dar un aporte determinado ya sea en especies o en un porcentaje en dinero deberá obligarse en todo cuanto ha pactado en dicho Convenio o Contrato.

No obstante y a pesar que el monto otorgado por el Organismo Financiero Internacional, sea mayor que el aporte nacional, debemos tener presente que una vez dicho Organismo Financiero inicie los desembolsos de subvención, al país Beneficiario (Panamá), éstos se convierten automáticamente en fondos nacionales, razón por la cual es menester de la Contraloría General de la República, la fiscalización y vigilancia de estos desembolsos.

Lo anterior no quiere decir que al ejecutarse un porcentaje determinado (20%) de un Convenio (fondos locales), se aplicará sólo a este veinte por ciento, la Ley N°.56 de Contratación Pública, como ustedes lo han indicado a foja dos (2) de su Consulta.

En esencia, tales funciones de la Contraloría General de la República, se centran en la revisión y supervisión, mediante procedimientos contables, de las cuentas, pagos, transferencias, contratos y órdenes de las entidades públicas contratantes, para determinar si están conforme a las normas jurídicas pertinentes, ya sean las pactadas en el Contrato o las establecidas en la Ley de Contratación Pública.

Por su parte, los artículos 45, 47 y 48 de la citada Ley establecen lo siguiente:

"Artículo 45. La Contraloría refrendará o improbará los desembolsos de fondos públicos y los actos que afecten patrimonios públicos. Esta facultad, cuando así lo juzgue conveniente por razón de las circunstancias, podrá no ser ejercida, pero tal abstención debe ser autorizada mediante resolución motivada del Contralor o del Sub-Contralor General de la República. La decisión respectiva puede ser revocada en cualquier momento en que las circunstancias lo aconsejen."

"Artículo 47. La Contraloría refrendará todos los bonos, pagarés, letras y otros documentos constitutivos de la deuda pública. Esta facultad será ejercida por el Contralor General, el Sub-Contralor General o por el funcionario de la Contraloría que el primero designe. Sin el cumplimiento de este requisito, el título será nulo. Para tal efecto, ningún documento o título de la deuda pública será puesto en circulación sin haber cumplido esa exigencia."

"Artículo 48. La Contraloría refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios. Esta función puede no ser ejercida en aquellos casos en que la Contraloría, por razones justificadas, la considere innecesaria, lo cual debe declarar en resolución motivada del Contralor o Sub-Contralor General de la República".

Es evidente que en materia de Contratación Pública, dentro del contexto de los Convenios Internacionales de Financiación u otros, prevalecen en primera instancia, las normas pactadas a voluntad de las partes, dentro del mismo instrumento y, supletoriamente regirán, las normas de la Contratación Pública de nuestra legislación (Ley N°.56 de 1995); dicho de otra manera, en materia de Contratación Pública, primero se atenderá a las normas pactadas en el Convenio o Tratado Internacional por las partes y, en segunda

instancia, por cualquier razón, aplicaremos de forma supletoria las normas del Derecho Positivo.

Lo anteriormente expuesto tiene su fundamento legal, en el artículo 188 de la Ley N°.61 de 31 de diciembre de 1999, por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal de 2000, que es del siguiente tenor:

"Artículo 188. CONTRATOS DE PRÉSTAMOS EXTERNOS. Los pliegos de cargos y demás documentos de las licitaciones para la ejecución de obras o adquisición de bienes y servicios, financiados con fondos provenientes de contratos de préstamos con organismos financieros internacionales o gobiernos extranjeros, podrán incluir las normas y procedimientos previstos en dichos contratos." (El subrayado es nuestro).

En el evento que en el Convenio Internacional de Financiación, no se haya pactado la forma de ejecución de la Contratación Pública o actos de licitación pública, o cualquier otra forma de ejecución del mismo, las partes podrán aplicar de forma supletoria, las normas de la Contratación Pública del país beneficiario; en tal caso, aplicaremos las estipulaciones contenidas en la Ley N°.56 de 1995. Veamos:

"Artículo 1. La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realice el Estado, en 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

PARAGRAFO. 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."

Podemos colegir, que la Ley No.56 de 1995 es perfectamente aplicable (de forma supletoria) al Convenio Internacional de Financiación suscrito entre la República de Panamá y el Banco Interamericano de Desarrollo (B.I.D.), en el caso que fuese necesario.

Estimamos en consecuencia, que tanto por la naturaleza del Convenio de Financiación como por las autoridades que representan a la República de Panamá, que tal Convenio de financiación genera en nuestro país derechos y obligaciones para las partes.

Nuestras Conclusiones:

1. Con respecto a su primera interrogante, referente a si las normas y procedimientos previstos en los Contratos de préstamos con Organismos Financieros Internacionales, sustituyen a las que se establecen en la Ley N°56. de 1995, debemos indicarle que prevalecen en primera instancia las normas pactadas a voluntad de las partes, dentro del mismo instrumento y, **supletoriamente regirán, las normas de la Contratación Pública de nuestra legislación** en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la propia Ley N°56 de 1995.
2. Las normas y procedimientos pactados entre las partes, en los Contratos Financieros Internacionales, sólo se podrán incorporar en los Contratos de Préstamos, siempre que no se opongan al interés público o al ordenamiento jurídico nacional. (V. Art. 74 de la Ley N°56 de 1995). Al mismo tiempo, la Contraloría General de la República, está plenamente facultada por disposición Constitucional y Legal para intervenir, fiscalizar, controlar y refrendar todos los actos de manejo de fondos provenientes de Convenios Internacionales, cuando éstos representen o estén de por medio intereses nacionales (ya sea que Panamá aporte financieramente o reciba subsidios financieros del extranjero).
- 3 No obstante lo anterior, hay que tener presente que el rol de la Contraloría General de la República como ente fiscalizador va encaminado a mantener una armónica colaboración con las instituciones estatales, que en su momento interviene y fiscaliza, por ser ésta una dependencia facilitadora, dentro del

en torno gubernamental; ello no quiere decir, que al momento de ejecutarse el Convenio en sí, sólo se aplicará la Ley N°.56 de 1995, en lo que respecta o se refiere los aportes locales. La Contraloría General de la República, a la hora de ejercer su rol de ente fiscalizador, no debe entorpecer los procedimientos de contratación, de las instituciones estatales, pactados con Organismos Financieros Internacionales, estableciendo mecanismos no existentes en la Ley N°.32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República.

4 Debemos recordar que siempre que el Gobierno de Panamá, reciba un subsidio financiero del extranjero, ya sea a través de un Convenio, Tratado, Donación o Préstamo, estos fondos provenientes del exterior se convierten automáticamente en fondos nacionales, los cuales son válidamente controlables y fiscalizables por la Contraloría General de la República.

5 Ahora bien, en materia de Contratación Pública, Procedimientos de Contratación, Participación en Licitaciones, Publicación de Licitaciones o cualquier otro acto dentro de este género, el Ministerio de Salud deberá tener presente, que regirá en primer lugar, la voluntad de las partes previamente establecida en el Convenio o Contrato y, de manera subsidiaria se deberán aplicar las normas de la Contratación Pública, establecidas en la Ley N°.56 de 1995.

Así dejamos contestada su consulta y, esperamos haber contribuido a la solución de la misma.

De usted, con toda consideración y aprecio.

Original
Firmado

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración