



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 15 de febrero de 2017.
C-020-17.

Su Excelencia
Dulcideo de la Guardia
Ministro de Economía y Finanzas
E. S. D.

Señor Ministro:

Nos dirigimos a usted en ocasión de dar respuesta a la nota MEF-2017-1643, de 18 de enero de 2017, recibida en este Despacho el 24 de enero de 2017, por medio de la cual consulta si es jurídicamente viable invertir en Cuentas de Pago Parcial (CPPs) y Certificados de No Objeción (CNOs), parte de los recursos que integran el fondo del Fideicomiso del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), formalizado a través de Contrato de Fideicomiso de 12 de septiembre de 2008, suscrito entre el Ministerio de Economía y Finanzas, en condición de fideicomitente, el Banco Nacional de Panamá, en calidad de fiduciario y la Caja de Seguro Social como beneficiario.

Sobre el particular, este Despacho opina que el Banco Nacional de Panamá, en su condición de fiduciario, no puede invertir fondos del Fideicomiso del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) en Cuentas de Pago Parcial (CPPs) y Certificados de No Objeción (CNOs), toda vez que la finalidad de estos títulos valores, en los contratos llave en mano o similares, en los que el contratista se ha obligado a asumir el riesgo del financiamiento, es facilitar el acceso al crédito ofrecido por terceros, ajenos al Estado, para la realización de la obra y demás prestaciones objeto del contrato.

El artículo 212 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, orgánica de la Caja de Seguro Social, dispuso la creación de un fideicomiso a favor del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, gestionado por la Caja de Seguro Social, cuyo fondo estará integrado por los aportes líquidos anuales realizados por el Estado a través del Ministerio de Economía y Finanzas, de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 213 ibídem, para la sostenibilidad de dicho riesgo, en lo atinente a los beneficios definidos, cuyo fiduciario será el Banco Nacional de Panamá.

De conformidad con el artículo 214 de la mencionada Ley 51 de 2005, la Caja de Seguro Social solicitará al fiduciario, el monto necesario para cubrir la diferencia negativa entre los ingresos y los gastos corrientes del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, al cierre del año fiscal en que tal situación se produzca, para lo cual se requerirá la presentación del informe anual de la Junta Técnica Actuarial, creada a través del Artículo 217 de la Ley 51 de 2005, que sustente la necesidad de dicho acceso.

Por su parte, el artículo 215 de la Ley 51 de 2005, regula lo concerniente a las inversiones del Fondo, y dispone que sus recursos deberán ser invertidos considerando las proyecciones técnicamente efectuadas para determinar la necesidad de utilizarlos. Dicha norma igualmente señala que las inversiones de los recursos del Fondo deberán hacerse en condiciones de seguridad, de rendimiento y de liquidez; ajustándose a criterios de diversificación de riesgo y plazo, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación que expida el Órgano Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas.

El Decreto Ejecutivo 117 de 18 de diciembre de 2008, "Por el cual se Reglamentan las Operaciones e Inversiones del Fondo constituido por la Ley 51 de 2005 en beneficio del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte gestionado por la Caja de Seguro Social", es el instrumento que define las operaciones del Fideicomiso, incluyendo los criterios de riesgo y plazo de las inversiones financieras y los procedimientos de fiscalización y control.

En relación a lo indicado, en su parte medular, los artículos 10 y 11 del citado cuerpo reglamentario disponen lo siguiente:

"Artículo 10. (PRINCIPIOS DE INVERSIÓN). El Fiduciario se registrará por los siguientes principios de inversión:

1. Los recursos del Fondo deberán ser invertidos por el Fiduciario, considerando las proyecciones técnicas efectuadas para determinar la necesidad de utilizarlos, las cuales serán presentadas anualmente por la Caja de Seguro Social al Fiduciario, treinta días siguientes a la presentación del informe anual de la Junta Técnica Actuarial a la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social.
2. Las inversiones se realizarán bajo parámetros razonables de seguridad, rendimiento y liquidez, de conformidad al principio del buen padre de familia, tal y como se desarrolla más adelante en este reglamento.
3. La cartera de inversiones se estructurará y mantendrá observando principios de administración de cartera y diversificación de riesgos y plazos que incluyan, al menos, límites al monto de las inversiones en relación a la cartera total, a las categorías de activos, al emisor o grupo económico y al monto invertido en una sola emisión o instrumento, siguiendo en su orden de prioridad la seguridad, la liquidez, la solvencia y el mejor rendimiento posible.

(...)

"Artículo 11. (PARÁMETROS DE INVERSIÓN) El fiduciario se registrará en su gestión por los siguientes parámetros de inversión:

(...)

- En bonos o valores del Estado o de entidades autónomas oficiales, siempre que sean garantizados por el Estado panameño. El valor total invertido en estos instrumentos, podrá ser hasta el cincuenta por ciento (50%) del monto total del FONDO." (resaltado del Despacho).

Es claro, en virtud de lo previsto en la citada norma reglamentaria que el Banco Nacional de Panamá, en su calidad de fiduciario del fondo del Fideicomiso del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), puede invertir hasta el 50% del monto total de dicha masa patrimonial, en bonos o valores del Estado o de entidades autónomas oficiales, siempre que sean garantizados por el Estado panameño.

Sin embargo, en aras de determinar si las Cuentas de Pago Parcial (CPPs) y Certificados de No Objeción (CNOs), se enmarcan dentro del supuesto de hecho señalado en las normas legales y reglamentarias citadas, a juicio de este Despacho, resulta insuficiente atender únicamente a su naturaleza de título valor del Estado; sino que es preciso definir su finalidad en el ámbito de los contratos llave en mano.

En ese sentido, el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, sobre Contratación Pública, regula sus artículos 94 y 95 los contratos llave en mano o de modalidad similar, los cuales tienen lugar cuando la administración pública pretende proyectar una obra que, por su naturaleza o interés público, se tenga que realizar bajo la combinación de diferentes prestaciones, como única vía para contratar tales obligaciones en un solo procedimiento y con un solo contrato.

El artículo 94 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, dispone lo siguiente:

“Artículo 94. Contratos llave en mano. Cuando la administración pública pretenda proyectar una obra que, por su naturaleza o interés público, se tenga que realizar bajo combinación de diferentes prestaciones que incluyan por regla general diseño, construcción, consultoría, suministros y prestación de servicios o la fusión de algunas de estas, se podrán elevar convocatorias llave en mano como única vía para contratar en un solo procedimiento y un solo texto jurídico dichas obligaciones.

Esta modalidad de contratación se activa cuando la administración pretenda alcanzar la entrega del objeto que se va a contratar en perfecto estado de funcionamiento y rendimiento, apto para proporcionar a la entidad pública la capacidad de uso necesario para el cumplimiento de funciones sociales.

En esta clase de contrato, cuando se dé el financiamiento mixto (Estado particular), debe requerírsele el afianzamiento, equivalente a la responsabilidad del contratista.

La ejecución de este contrato estará sujeta a la fiscalización de la entidad contratante y de la Contraloría General de la República.

Los bienes y los derechos que se deriven de la contratación pasarán a propiedad del Estado, una vez se hayan cumplido los derechos y las obligaciones de ambas partes.” (Resaltado del Despacho).

Como se aprecia, los contratos llave en mano suelen utilizarse cuando la administración pretende alcanzar la entrega del objeto que se va a contratar en perfecto estado de funcionamiento y rendimiento, apto para proporcionar a la institución pública o a la población en general la capacidad de uso necesario de la obra, para los fines para los cuales fue contratada.

De acuerdo a lo indicado en el tercer párrafo de la norma legal citada, en estos casos, el financiamiento de las obras a ejecutar puede ser mixto (Estado-particular); o, como es posible inferir de dicho texto, también puede correr en su totalidad por cuenta del contratista, correspondiéndole en este caso autofinanciarse, u obtener financiamiento de terceros, para poder ejecutar el proyecto. En este último supuesto, para obtener dicho

financiamiento de terceros, el contratista puede optar por ceder los créditos que se generen del contrato, en los términos que señala el segundo párrafo del artículo 76 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, a instituciones financieras u otras personas naturales o jurídicas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, los créditos que se generen de un contrato podrán ser cedidos en la forma que establezca el Ministerio de Economía y Finanzas para las entidades del gobierno central. En ese sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas emitió el Decreto Ejecutivo N° 8 de 26 de enero de 2016, por el cual se reglamentó el procedimiento para la notificación de las Cesiones de Crédito; no obstante, cada entidad del gobierno central ha desarrollado su propio procedimiento de cesión de crédito, situación que se aparta de lo dispuesto en la norma citada.

En ese sentido, se han emitido instrumentos jurídicos como el Decreto Ejecutivo No. 85 de 25 de agosto de 2010, "por el cual se reglamenta el reconocimiento de créditos resultantes de proyectos que desarrolla el Ministerio de Seguridad Pública cuyo financiamiento haya sido aportado por el propio contratista" y el Decreto Ejecutivo N° 1433 de 13 de diciembre de 2010, "por el cual se reglamenta el reconocimiento de créditos resultantes de proyectos que desarrolla el Ministerio de Salud cuyo financiamiento haya sido aportado por el propio contratista", por los cuales se ha reglamentado la cesión de créditos contractuales derivados de contratos de llave en mano.

De conformidad con los mencionados instrumentos reglamentarios, el crédito a ceder puede estar representado por cuentas de pago parcial (CPPs) o certificados de no objeción (CNOs); mismos que certifican el reconocimiento y la aprobación del pago correspondiente al informe de avance parcial de proyecto o pago anticipado, según corresponda, contra el Estado y llevan las firmas de las personas responsables por el Ministerio correspondiente y la Contraloría General de la República. (Ver artículo 2 de los Decretos Ejecutivos No. 85 y No. 1433 de 2010)

Una vez expedidos los CPPs o CNOs, constituyen una obligación autónoma, incondicional e irrevocable del Ministerio correspondiente, sujeto sólo a la ley y al reglamento, de pagar el monto indicado, en la fecha que se estipule en el propio documento; incluso en caso de terminación anticipada, suspensión o resolución administrativa del respectivo contrato por cualquier causa e independientemente de que exista o no disputa entre el Ministerio respectivo, el Ministerio de Economía y Finanzas, otra entidad gubernamental y el contratista y/o cualquier fiador del mismo, con respecto a cualquier asunto, relacionado o no con el proyecto, incluyendo sin limitación, que el proyecto no haya sido terminado y/o entregado o que los bienes entregados no se hayan ajustado a las especificaciones previstas. (Ver artículo 4 de los Decretos Ejecutivos No. 85 y No. 1433 de 2010).

La cesión de los CPPs o CNOs por el contratista a las Cesionarias requerirá la aprobación de los fiadores del contratista, la cual deberá adjuntarse a la notificación de dicha cesión que el contratista deberá presentar al Ministerio respectivo y al Ministerio de Economía y Finanzas, sin necesidad de acuerdo o consentimiento adicional de ningún fiador. Además, una vez efectuada la notificación de la cesión de crédito anteriormente referida y presentada ante la entidad contratante la documentación necesaria para la tramitación de la gestión de

La cesión de los CPPs o CNOs por el contratista a las Cesionarias requerirá la aprobación de los fiadores del contratista, la cual deberá adjuntarse a la notificación de dicha cesión que el contratista deberá presentar al Ministerio respectivo y al Ministerio de Economía y Finanzas, sin necesidad de acuerdo o consentimiento adicional de ningún fiador. Además, una vez efectuada la notificación de la cesión de crédito anteriormente referida y presentada ante la entidad contratante la documentación necesaria para la tramitación de la gestión de cobro ante el Ministerio de Economía y Finanzas (Resolución Ministerial No. 001-DT de 24 de febrero de 2015), los créditos reflejados contra el Estado en cada CPP o CNO, serán pagaderas a las Cesionarias. (Ibídem)

A juicio de este Despacho, de las consideraciones anotadas trasluce que la finalidad de los CPPs y CNOs, en los contratos llave en mano o similares, en los que el contratista se ha obligado a asumir el riesgo del financiamiento, no es otra que facilitar el acceso al crédito por parte de terceros, ajenos al Estado, para la realización de la obra y demás prestaciones objeto del contrato; razón por la cual, es nuestra opinión que el Banco Nacional de Panamá no puede, en su calidad de fiduciario, invertir fondos del Fideicomiso del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), en CPPs y CNOs.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración.

RGM/skdf



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

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

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