

Panamá, 30 de abril de 2004.

Señor
David Berroa Pinzón
Director General
Instituto de Investigación Agropecuaria de Panamá
E. S. D.

Señor Director General:

Por este medio damos respuesta a su nota N°058-04 recibida el 15 de abril de 2004, a través de la cual nos solicita nuestra opinión legal sobre las autorizaciones que debe emitir la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas, en virtud de lo que disponen los artículos 99 y 101 del Capítulo de Adquisición y Disposición de Bienes, de la Ley 56 de 1995, por la cual se regula la Contratación Pública.

Cabe señalar que las consultas sobre los procedimientos de selección de contratista o de la contratación pública, son de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 7 de la ley 56 de 1995. No obstante, le proveeremos de nuestra opinión en derecho de lo que dispone los artículos 99 y 101 de la mencionada ley, y haremos referencia a las compras menores y contratación directa. Expondremos conceptos doctrinales, y extractos de consultas previamente absueltas por este despacho relacionadas al tema. Todo esto con el objetivo de orientarle y cumplir así con nuestra función de consejera jurídica de los servidores públicos establecida en la ley 38 de 2000.

El contrato público, tal y como lo dispone nuestro derecho sustantivo, es un acuerdo de voluntades celebrado, entre un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica, nacional o extranjera, del cual surgen derechos y obligaciones y cuya finalidad es de carácter público. En el contrato público, al igual que en cualquier clase de contrato, existen los llamados sujetos, y la propia ley reconoce que en este caso son: la entidad estatal contratante y el contratista. Sin embargo, la misma ley establece que el Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad normativa y fiscalizadora del sistema de contratación pública. A este respecto citamos parte del artículo 7 de la ley 56 de 1995:

“...En consecuencia , corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro:

1. Elaborar las especificaciones o condiciones que sirvan de base a todos los procedimientos de selección de contratistas.

2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando.
3. Intervenir en atención de las quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el expediente del acto público de que se trate.
4. Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratistas que hayan sido omitidos, u ordenar la corrección o el cese de aquellos realizados en contravención a esta Ley o a su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.
5. Elaborar instructivos y reglas para el correcto desenvolvimiento y regularidad de los procedimientos de selección de contratistas, que regula la presente Ley.”

Lo anterior fundamenta las actuaciones del Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección de Contratación Pública. Es claro que toda entidad contratante debe cumplir con todos los trámites fijados por la ley y los reglamentos de procedimientos de selección de contratista, ya que si se obvian, la autoridad fiscalizadora y normativa puede ordenar el cumplimiento de los mismos.

Por considerarlo relacionado al tema de las facultades de la Dirección de Contrataciones Públicas , citamos parte de la Consulta No.192 del 2001, que la referida Dirección elevara a La Procuraduría de la Administración, y en la cual nos consultaba lo siguiente:

“...

¿1. Cuando se habla de la etapa precontractual en los procedimientos de selección de contratista, esta etapa se extiende hasta que punto, dentro del propio acto público?

Lo anterior es con la finalidad de dilucidar la competencia de la Dirección de Contrataciones Públicas, para fiscalizar y revisar los actos públicos, ya sea cuando medie queja o de oficio, toda vez que cada día son más las instituciones que pretenden refugiarse bajo la premisa de que si un acto ha sido adjudicado y se encuentra debidamente notificado, la Dirección de Contrataciones no puede fiscalizarlo ni revisarlo.

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

...

Sin embargo, el artículo 7 de la Ley 56 de 1995 dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control fiscal que deba ejercer la Contraloría General de la República. Es decir, que el Ministerio de Economía y Finanzas puede intervenir dentro de los procesos de selección de contratistas que realicen las diferentes instituciones para velar por el cumplimiento de los principios de responsabilidad, transparencia y economía que conllevan la escogencia justa y objetiva de los contratistas con el Estado.

En consecuencia, el Ministerio de Economía y Finanzas por conducto de la Dirección de Contrataciones Públicas, puede intervenir en la atención de las Quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el expediente del acto público de que se trate. **De igual forma, está facultado para ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratistas que hayan sido omitidos, u ordenar la corrección o el cese de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos,** es decir, desde los proponentes hasta la propia Administración contratante.

....

En resumen, toda revisión que se realice por parte del Ministerio de Economía y Finanzas o la Administración, según sea el caso, debe ser antes del acto público de adjudicación, por las razones antes expuestas; de igual forma, es necesario, que la entidad contratante o la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Economía y Finanzas aplique los mecanismos para detectar con antelación los defectos de las propuestas antes de la adjudicación y subsanar las omisiones y evitar mayores costos para las entidades contratantes y ofrecer seguridad jurídica a los participantes en este proceso. ...”

La ley 56 de 1995, establece los sistemas de contratación pública o los denominados procedimientos de selección de contratistas, de acuerdo a la cuantía:

| Sistema o Procedimiento Aplicable | Cuantía / Bienes |
|-----------------------------------|--|
| 1.) Licitación Pública | Excede B/. 250,000.00 |
| 2.) Solicitud de Precios | Entre B/.10,000.00 a B/.250,000.00 |
| 3.) Compras Menores | Hasta B/.9,999.99 |
| 4.) Contratación Directa | Es la vía de excepción establecida en la propia ley. |

Adicionalmente existe un sistema de concurso de precio de acuerdo a la cuantía del sistema aplicable, y el remate público.

Para cada sistema de contratación pública, la ley 56 de 1995 y su reglamentación a través del Decreto Ejecutivo 18 de 1996, prevé un procedimiento que debe ser observado en su totalidad por la entidad contratante; inclusive no se debe seleccionar un sistema que no aplique a la cuantía de la compra, obra, servicios, suministros adquisición ó disposición de bienes.

Es decir, si la cantidad es mayor de B/.250,000.00 se utiliza la Licitación Pública, si es de B/10,000.00 a B/.250,000.00 se utiliza la Solicitud de Precios, si es menor a B/.10,000.00 se utiliza el procedimiento de compras menores. El sistema de compras menores, se realiza a través de un procedimiento sumario para la adquisición, obras, mantenimiento y reparación de bienes, venta o arrendamiento de bienes y servicios.

A este respecto deseamos citar a Ernesto Cedeño Alvarado, quien en su obra Aspectos Procesales de la Contratación Pública en Panamá, página 48, nos hace el siguiente señalamiento relacionado a los contratos menores:

“...el procedimiento allí establecido no puede ni debe aplicarse para el resto de los sistemas, tendientes a finalizar en una contratación del Estado.

El procedimiento es ágil, por lo que goza de aceptación en el sector público y privado, por lo que no deja de ser tentable el hecho de querer utilizar tal procedimiento para casos no permitidos en la normativa...”

También en la página 39, nos comenta sobre la contratación directa :

“En nuestro medio , la regla general es que el Estado, para que pueda llevar a cabo diversos tipos de contratos, debe efectuar el análisis, legal, propio, para saber cual es ritual necesario, propio de cada sistema de Contratación Pública, que debe aplicar para poder llevar a cabo el contrato deseado.

La regla general tiene una vía de excepción que, es la contratación directa, que puede realizar el ente, pretermitiendo, los sistemas pertinentes, si acaecen, una serie de presupuestos, que le pueden hacer idónea, la utilización de ésta vía...”

Continuando en este mismo orden de ideas, y entrando al fondo de su consulta sobre lo que dispone el artículo 99 y 101 de la ley 56 de 1995, referente a la adquisición y disposición de bienes, y que pasamos a transcribir:

Artículo 99. Disposición de bienes.

“Las dependencias del Organismo Ejecutivo y los otros órganos del Estado podrán disponer de sus bienes, mediante venta, arrendamiento, o permuta de bienes, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro. Igualmente, podrán disponer de tales bienes las entidades descentralizadas que tengan patrimonio propio con respecto a sus bienes.

Salvo las excepciones establecidas en la ley, toda venta de bienes del Estado deberá estar precedida del procedimiento de selección de contratista en atención al valor real del bien, que será determinado mediante avalúo realizado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y la Contraloría General de la República.

Cuando el valor de los bienes no exceda de la suma de ciento cincuenta mil balboas (B/:150,000.00) de acuerdo con el avalúo que habla este artículo, el Ministerio de Hacienda y Tesoro hará la venta, lo que informará de inmediato al Presidente de la República.

La venta de bienes cuyo valor exceda de ciento cincuenta mil balboas (B/.150,000.00), deberá estar precedida de la autorización del Consejo de Gabinete.

Como regla general, la contraprestación por la disposición de bienes se hace mediante el pago en moneda de curso legal. No obstante, excepcionalmente, podrá aceptarse por la disposición de bienes o derechos, la permuta u otro medio legalmente idóneo, previo avalúo realizado en la forma prevista en el Artículo 97.

Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados en la forma que determine la ley.” (el subrayado es nuestro)

Artículo 97: El Avalúo

“Los bienes que el Estado se proponga adquirir conforme a los artículos precedentes, deberán ser avaluados por dos peritos, uno designado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y uno por la Contraloría General de la República, para determinar su valor de mercado.

En caso de permuta, se avaluarán en la misma forma el bien que se entrega y el que se recibe a razón de la permuta. No se podrá pagar sumas mayores que el avalúo de los bienes y, en caso de discrepancia entre ellos, del promedio de dichos avalúos.”

El concepto de permuta:

Permuta: “Contrato llamado también de permutación o de trueque, que tiene lugar cuando uno de los contratantes se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa, a cambio de que éste le dé la propiedad de otra.”¹

Artículo 101. Procedimiento de disposición.

“La disposición de bienes mediante venta o arrendamiento, por parte de las entidades correspondientes, se realizará por medio del procedimiento de selección de contratista que corresponda, por razón de la cuantía, o por remate, según lo que disponga la entidad que realiza el acto de disposición.”

Por disposición de la ley 56 de 1995, previo a toda venta de bienes del Estado se deberá realizar un procedimiento de selección de contratista de acuerdo al valor del bien, este valor se establece mediante avalúo que realiza el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

Con base en el valor real del bien, se deben obtener las autorizaciones requeridas para disponer del bien propiedad del Estado, y luego establecer si se procede a través de: licitación pública, solicitud de precios, remate público, compra menor ó contratación directa, esta última se dará siempre y cuando de alguna de las causales para optar por

¹ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales. Página 739.

esta forma de contratar establecida en la ley. Una vez reconocido el sistema a utilizar, se deberá proceder con apego al procedimiento correspondiente. Es importante identificar y separar a través de todo el proceso, para que cada autorización y qué entidad está facultada para emitirla.

La permuta es reconocida como medio excepcional de pago, ya que usualmente se espera como contraprestación el pago en moneda de curso legal. El artículo 58 de la ley 56 de 1995, establece que en los casos de contrato de permuta, se opta por la vía de excepción de contratación directa.

Pasamos a citar parte del artículo 58 de la ley 56, de 1995:

Contratación directa

“No será necesaria la celebración de procedimiento de selección de contratistas, en los siguientes casos:

1. Los de adquisición o disposición de bienes o su arrendamiento, en los cuales no haya más de un oferente o en aquellos que, según informe técnico oficial fundado, no haya sustituto adecuado...
2. ...
3. Cuando hubiere urgencia evidente que no permita conceder el tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista.

....

12. Los contratos de permuta para adquisición de bienes muebles o inmuebles , previo avalúo correspondiente.

....”

La ley es clara al establecer en el numeral 12 del artículo 58, que en el caso de la Permuta, se deben avaluar el bien a disponer propiedad del Estado y el bien a adquirir; y esto debe hacerse previo a la contratación directa. No se debe dejar de lado, que en adición al avalúo se requerirá la declaratoria de excepción por la autoridad competente, para proceder a la contratación directa.

En su nota hace referencia a los casos en que solo exista un oferente y el de urgencia evidente; éstos también son causales para optar por la contratación directa, y también debe cumplirse con el requisito de solicitar la declaratoria de excepción de acuerdo a la cuantía de la operación.

En los casos en que no haya más de un oferente y en los que no exista un sustituto adecuado, se deberá adjuntar como sustento un informe de las razones y justificaciones por parte de la entidad contratante. El artículo 58 del Decreto Ejecutivo No 18 de 1996 define informe técnico oficial fundado.

La urgencia evidente son casos en donde la necesidad de adquirir el bien o la prestación del servicio es tan notoria que no existe tiempo necesario para la realización de actos de selección de contratistas, la urgencia evidente se define en el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 18 de 1996.

Para mayor aclaración pasamos a mencionar la manera que deberán emitirse las declaratorias de excepción para la poder contratar de forma directa, a saber:

- a. Cuando se trate de contratos cuya cuantía sea mayor de B/250,000.00, la declaratoria deberá constar en Acuerdo del Consejo de Gabinete.
- b. Cuando se trate de contratos que no excedan de B/.250,000.00 , la declaratoria será autorizada por el Ministerio de Hacienda y Tesoro o el servidor público de este Ministerio en quien se delegue esta facultad.

Dicho de otra forma, todas las causales para contratar directamente y dentro de las cuales se encuentra: el contrato de permuta, la urgencia evidente, y cuando exista un solo oferente, requieren de autorización previa a la contratación directa de acuerdo a las cantidades arriba mencionada. Reiteramos, que en los casos de disposición de bienes del Estado, se deberá contar con la requerida autorización para disponer del bien en atención a la cuantía; y si la forma de pago es la permuta se deberá contar con el avalúo , tanto del bien a entregar como del bien a recibir.

En contratación directa las operaciones que son por cuantías hasta de B/.9,999.99, se opta siempre por el procedimiento sumario de Compras Menores, que se encuentra reglamentado en el Capítulo II del Decreto Ejecutivo No 18 de 1996.

A este respecto citamos lo siguiente:

“..Consideraciones especiales del contrato público.

...

1. Falta de Declaratoria de Excepción del Acto Público.

Un contrato de B/.10,000.00 en adelante deberá emerger de un acto público correspondiente. Si el mismo no se realiza, se necesita conseguir una excepción del acto público, que lo emite el Ministerio de Economía y Finanzas, si el rango es de B/10,000.00 a B/.250,000.00. El CENA si es de más de B/.250,000.00 a los B/.2,000,000.00 , y el Consejo de Gabinete por cifras que superen los 2 millones de Balboas. **Las cuantías inferiores a 10,000.00 se sujetan al procedimiento sumario de contratos menores.** (el resaltado es nuestro)

...¹²

Concluido nuestro análisis, procedemos a emitir nuestra opinión legal sobre las referidas disposiciones:

- 1.) La entidad contratante, en este caso el IDIAP, debe proceder con el Sistema de Contratación Pública o Selección de Contratista que aplique a la operación a realizar, en atención a la cuantía. Deberá apegarse a todos los procedimientos que establece la ley de contratación pública y su respectivo reglamento. En caso que se obvie algún paso, la entidad fiscalizadora, el Ministerio de Economía y Finanzas puede intervenir y ordenar se cumpla con lo dispuesto en la norma.

² Aspectos Procesales de la Contratación Pública. Ernesto Cedeño Alvarado

- 2.) En el caso de tratarse de Contratos de Permuta, en donde la contraprestación no es dinero de curso legal sino otro bien, se deberá contar con: autorización para disponer del bien, de los avalúos correspondientes que trata el artículo 97 de la ley 56 de 1995, y por ser éste contrato una de las causales que permite la Contratación Directa, se deberá solicitar la declaratoria de excepción a las autoridades correspondientes de acuerdo a la cuantía del bien.
- 3.) En el caso que se trate de una operación cuya cuantía sea hasta de B/.9,999.99, se debe utilizar el procedimiento de Compras Menores reglamentado en los artículos 6 al 18 del Decreto Ejecutivo No 18 de 1995, dentro de los cuales se prevén los casos de urgencia evidente y en lo que exista solo un oferente, específicamente los artículos 13 y 14 del referido decreto ejecutivo, disponen lo siguiente:

Artículo 13: "cuando se trate de contrataciones que versen sobre la adquisición, disposición de bienes, arrendamientos y servicios profesionales en donde no haya más de un oferente o no exista sustituto adecuado no se exigirán cotizaciones, y el jefe de la entidad contratante deberá justificar esta situación formalmente mediante nota acompañando esa sola cotización."

Artículo 14: "En los casos cuando exista urgencia evidente, en donde la necesidad de adquirir el bien o la prestación del servicio es tan notoria que no exista el tiempo necesario para solicitar las cotizaciones, se podrá contratar con una sola oferta, y el expediente completo podrá ser revisado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro una vez se haya realizado la compra."

Dicho de otra forma, todas las operaciones menores a B/.10,000.00 se deberán realizar observando el procedimiento sumario de compras menores. Específicamente en el caso de contrato de permuta por una cuantía menor de B/.10,000.00, se debe obtener el avalúo, estar autorizado para disponer del bien, y proceder como dicta la norma reguladora del sistema, en los casos de compras menores.

Con la pretensión de que esta consulta le oriente en sus interrogantes, le reitero nuestra consideración y respeto.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/go/hf.