

La contratación pública en Panamá

En la era istmeña o republicana Panamá ha tenido cuatro (4) constituciones, a saber, la Constitución de 1904, la de 1941, la de 1946 y la de 1972, vigente, modificada por los Actos Reformatorios de 1978, el Acto Constitucional de 1983; los Actos Legislativos No.1 de 1993 y No.2 de 1994 y el Acto Legislativo No.1 de 2004. La primera de estas constituciones era de corte individualista y las otras tres (3) de carácter social.

A partir de la Constitución de 1946 aparece consagrado, con rango constitucional, la obligatoriedad del Estado de llevar a cabo, mediante licitación pública, todas sus compras, ejecución y reparación de obras nacionales y los arrendamientos y las ventas de bienes estatales, permitiendo que la Ley desarrolle las medidas que aseguren en toda licitación *el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación*. Así está consagrado en el artículo 222 de la Constitución de 1946, el artículo 238 de la Constitución de 1972 (sin reformar) y el artículo 266 de la Constitución de 1972, reformada por los Actos Reformatorios de 1978, el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994 y el Acto Legislativo No. 1 de 2004.

La norma constitucional expresa que la ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a éstos se llevarán a cabo, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública, entendida en su más amplia expresión. Acota esta norma que la Ley debe desarrollar los mecanismos que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.

La citada norma constitucional fue desarrollada mediante Ley, particularmente a través del Código Fiscal, ya que es en este cuerpo legal donde tradicionalmente se regula lo concerniente a los ingresos, gastos y presupuesto público.

En esta codificación fiscal aparecía regulado todo lo concerniente a los actos de selección de contratistas: licitaciones públicas, concursos de precios y solicitudes de precios, clasificación que estaba caracterizada por los rangos económicos de cada cual. El Órgano Ejecutivo de cada gestión de gobierno en turno emitía decretos ejecutivos que regulaban la materia.

Esta regulación era insuficiente en lo referente a varios aspectos de la relación contractual entre particulares y el Estado, tales como el contenido y forma del contrato en sus variadas modalidades, la responsabilidad de las partes contratantes, previo y posterior al contrato, y los principios que rigen la contratación pública. Por esto era común llevar a cabo reformas

continuas a la Ley y variadas reglamentaciones, para procurar resolver los múltiples problemas que en esa materia confrontaban las entidades del Estado.

El hecho de que las modificaciones realizadas a la ley en esta materia no resolvían los problemas de falta de transparencia administrativa, de gasto adecuado de los fondos públicos, de la excesiva burocracia, del bajo nivel de ejecución presupuestaria, de la frecuente publicidad negativa en torno a los actos de selección de contratistas, y demás situaciones similares, procuró que el Órgano Ejecutivo creara mediante Decreto Ejecutivo N.º 8 de 12 de enero de 1995 una Comisión Ad-Hoc integrada por representantes de los gremios privados, quienes guardaban relación directa con las contrataciones públicas, y por funcionarios del entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, quienes elaboraron un Anteproyecto de Ley que regulara de manera integral la Contratación Pública. El mismo contó con el apoyo del sector privado y de la Contraloría General de la República quien participó de manera efectiva en la discusión y ajuste del mismo a nivel de la Asamblea Legislativa.

Esta Comisión utilizó como antecedentes normativos cuerpos legales de otras latitudes, tales como, la Ley 7494 de 1995 de Costa Rica; la Ley 80 de 1993 de Colombia, con sus doce (12) reglamentaciones; el Decreto-Ley 600 de 1993 de Chile, que contiene el estatuto de inversión extranjera; y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Se ayudó también con la experiencia de contratación pública y solución de controversias llevadas a cabo por la Comisión del Canal de Panamá.

Esa normativa trajo como elemento innovador la tendencia clara a responsabilizar a cada entidad estatal de la marcha correcta del acto público, sin perjuicio de la vigilancia y fiscalización del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Contraloría General de la República, quienes ejercen sus funciones por separado y de



acuerdo a sus atribuciones. Con lo anterior se rompe el centralismo ejercido por el otrora Ministerio de Hacienda y Tesoro y la Contraloría General de la República en la contratación pública tradicional.

Como instrumento coadyuvante para con la contratación pública aparece el Decreto-Ley 6 de 1997, por el cual se crea La Dirección General de Tesorería, entidad que se encarga del pago a proveedores, labor que había sido desarrollada por años por la Contraloría General de la República, que actuaba como juez y parte en la contratación.

Pese a todo lo anterior y producto de la cultura burocrática que envuelve a nuestro país, todavía el Estado vive inmerso en problemas de formulación de presupuestos, preparación de pliegos de cargos, convocatoria a actos públicos de selección de contratistas y formalización contractual propiamente.

Valioso fue en esa época, la eliminación del Certificado de Postor mediante la Ley 4 de 13 de enero 1998, con lo cual se permite la participación libre de empresas extranjeras en los procesos de selección de contratistas.

En 1995 fue promulgada en Panamá la primera Ley de Contratación Pública (Ley 56 de 27 de diciembre de 1995) con un contenido que reguló de manera integral esta materia. Antes de dicha Ley el fenómeno estaba regulado de manera dispersa por normas legales contenidas en el Código Fiscal y por ello, cada administración gubernamental reglamentaba la misma a través de Decretos Ejecutivos y algunas Resoluciones, cuyo manejo estaba centralizado en el entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas.

A mediados del año 2006, la Asamblea Nacional aprueba la Ley 22 de 27 de junio, por la cual se regula la contratación pública y dicta otra disposición, misma que inicia su vigencia a partir del 28 de diciembre de 2006 y con lo cual procura mejorar el sistema precontractual y contractual administrativo panameño, así como el sistema de reclamos e impugnaciones, actuaciones administrativas que deben regirse por los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, debido proceso, publicidad, economía, responsabilidad e inhabilidad de los funcionarios, equilibrio contractual, libre concurrencia, selección objetiva y justa y buena fe administrativa.

La citada Ley 22 de 2006 desde el año posterior a su promulgación fue modificada y en la actualidad cuenta con catorce modificaciones, a saber: Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010, Ley 48 de 2011, Ley 15 de 2012, Ley 62 de 2012 y Ley 82 de 2012. Con la promulgación de la Ley 48 de 2011 se ordenó la confección de un Texto Único de dicha Ley.

En el año 2017, la nueva administración gubernamental promueve y promulga la Ley 61 de 2017 por la cual se modifica el Texto Único de la Ley 22 de 2006 y ordena la confección de un Texto Único, mismo que entró en vigencia a final del mes de marzo de 2018 y

que es conocida como Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017.

El problema de la Contratación Pública en Panamá no necesariamente lo debemos ubicar en la Ley, puesto que el rigor de las acciones poco transparentes y corruptas por parte de la administración lo puede constituir el Pliego de Cargos que es el dispositivo normativo vinculante de la contratación pública y que nuestra jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha calificado como la ley de la licitación.

En cada acto público las reglas del juego vienen definidas por el Pliego de Cargos, pero generalmente no contienen normas objetivas, justas, claras y completas con lo cual se lesionan los dos extremos del contenido normativo de dicha fuente de derecho, cuales son: el ordenamiento jurídico y la protección del interés público.

Ante Pliegos de Cargos plagados de normas poco objetivas, injustas, incompletas y a veces oscuras cada proponente se lanza al riesgo de participar en licitaciones que pueden llegar a perder por tecnicismos en el Pliego de Cargos, situación que se agrava porque al momento de ventilar a través de un reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (control fiscal subjetivo o precontractual de la contratación pública panameña), de igual manera podríamos obtener como respuesta que son facultades de la entidad contratante aunque se encuentren al margen de lo establecido en la Ley.

Urge en Panamá una reforma integral de la Ley de Contrataciones Públicas apegada a la norma constitucional y tomando como ejemplo la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, estatuto que contiene la correspondiente reglamentación y que incluso Panamá podría ensayar reglamentando los Pliegos de Cargos de manera objetiva y acorde con las buenas prácticas de la Administración Pública.

ELOY E. ÁLVAREZ DE LA CRUZ
ADADE Panamá



MÓNICA G. RODRÍGUEZ G.
ADADE Panamá

