

C-No.37

Panamá, 12 de febrero de 1999.

Su Excelencia

LEONOR CALDERÓN A.

Ministra de la Juventud,

La Mujer, La Niñez y La Familia

E. S. D.

Señora Ministra:

A continuación nos permitimos absolver la Consulta que tuvo a bien plantearnos en su Nota N°. 312 ¿D.A.L. ¿99, calendada 27 de enero de 1999, y recibida en este Despacho el 29 de enero del mismo año, relacionada con la facultad de la Contraloría General de la República, para fiscalizar, controlar y refrendar los actos de manejo de fondos provenientes de un Convenio Internacional de Financiación suscrito por la República de Panamá.

Con el respeto que nos merece su opinión legal, este Despacho no comparte en esta ocasión, el criterio jurídico vertido en su atenta Consulta. No obstante lo señalado, procedemos a dar respuesta a la misma, en los siguientes términos.

Para dar cumplimiento a lo solicitado por el Despacho de la señora Ministra, se hace necesario observar 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 aquéllos 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 aquellas que realicen colectas públicas, para fines públicos, pero tal acción será proporcional al grado de participación de dichos entes públicos. ...¿
(Los subrayados y negritas son nuestros)

Debemos tener presente que Panamá como país Beneficiario del Convenio Internacional de Financiación, se compromete como país local, a dar un aporte de B/.4,657,000.00, que consiste en contribuciones en especie, el cual cubrirá los pagos de salarios del personal local y al contrato de arrendamiento de las oficinas que albergarán el proyecto. Esta cifra, sumada al aporte otorgado por la Comunidad Europea, hacen un gran total de Catorce Millones Cuatrocientos Cincuenta y siete mil Dólares (B/.14,457,000.00), los cuales representan el costo total del Proyecto.

Como quiera que Panamá esta aportando una cifra significativa (B/.4,657,000.00), para la ejecución del Convenio, consideramos como requisito imperativo que dicho Convenio Internacional de Financiación sea refrendado por el señor Contralor General de la República.

A pesar que el monto otorgado por la Comunidad Europea es mayor que el aporte nacional, debemos tener presente que, una vez la Comunidad Europea 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.

No debemos olvidar que las funciones de la Contraloría General de la República, evidencian un doble carácter: el de ente contable y el de vigilante de la gestión fiscal. Dichas funciones, a su vez, pueden ser agrupadas en cuatro grandes atribuciones; la de llevar el libro de la deuda pública, la supervisión de las cuentas del erario, la determinación de los métodos de contabilidad y la organización administrativa de la propia Contraloría.

En esencia, tales funciones se centran en la revisión, confrontación y supervisión, mediante procedimientos contables, de las cuentas, pagos, transferencias, contratos y órdenes de las entidades públicas, para determinar si están conforme a las normas jurídicas pertinentes, a fin de otorgar o no, el respectivo refrendo.

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.

Ahora bien, en lo que respecta a las normas o reglas de la Contratación Pública, debemos ceñirnos en primera instancia, a las pactadas en el propio Convenio de carácter Internacional. Veamos:

DE LAS CLÁUSULAS PARTICULARES:

Proyecto: ¿ Promoción de la Igualdad de oportunidades en
Panamá ¿ (PAN/B7-3010-95-100).

A pesar que el costo total del proyecto arriba enunciado, asciende a B/.14,457,000.00, el compromiso de la Comunidad Europea, no será mayor a los B/.9,800,000.00; esto quiere decir que Panamá como país Beneficiario del mismo, corresponderá aportar en dinero, la suma de 4,657,000.00, independientemente el destino o uso que se le vaya a dar; llámesele aporte en especie, para el pago de salarios del personal local o para el contrato de arrendamiento de las oficinas que albergarán el Proyecto (son y representan fondos públicos).

Este compromiso o aporte de la Comunidad Europea está limitado a la suma antes señalada (B/.9,800,00.00); así está determinado en el artículo 2 de las Cláusulas Particulares del presente Convenio. (Cfr. a foja 2).

DE LAS CLÁUSULAS GENERALES:

Estas, están contenidas dentro del Anexo 1 del presente Proyecto.

Señala el texto dentro de su Título I, artículo 1, que el compromiso de la Comunidad Europea cuyo importe se fija para el proyecto en las Cláusulas Particulares del Convenio, determina los límites dentro de los cuales debe procederse a la liquidación y el libramiento de los pagos correspondientes, en el marco de los contratos públicos, contratos y estimaciones presupuestarias debidamente aprobadas.

Cabe destacar el hecho significativo que advierte el presente Convenio, cuando alude que: ¿cualquier gasto superior al compromiso de la Comunidad Europea corre a cargo del Beneficiario¿. (V. A foja 8 del Convenio de Financiación)

El artículo 2 del mismo Título, establece que, cuando la ejecución del proyecto depende de compromisos financieros procedentes de recursos propios del Beneficiario, tal y como se estipula en el Anexo 2, -- el cual observaremos más adelante --, el desembolso de los fondos de la Subvención comunitaria, en los plazos fijados por el Anexo 2, estará sujeta al cumplimiento de las obligaciones que incumben al Beneficiario.

TÍTULO II.- CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Veamos lo establecido en el artículo 4 del presente Convenio:

¿Artículo 4: Procedimiento de Contratación.

Previo a la conclusión de los contratos públicos de obras o de suministro o a la conclusión de contratos de cooperación técnica, se seguirá el procedimiento especificado en el Anexo 2 y los principios que se detallan a continuación.¿

Es evidente que en materia de Contratación Pública, dentro del contexto del actual Convenio Internacional de Financiación, 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).

Analicemos ahora, el artículo 5 del mismo instrumento legal:

¿ Artículo5: Participación en Licitaciones

Para aquellas intervenciones en las cuales la Comunidad Europea es la única fuente de ayuda externa, la participación en las licitaciones, contratos públicos y contratos, está abierta, en igualdad de condiciones, a todas las personas físicas y morales sujetas al ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado sobre la Unión Europea, y a todas las personas físicas y morales del Beneficiario.

Tal participación podrá igualmente extenderse a otros países en vías de desarrollo que reciben ayuda de la Comunidad Europea, dentro del programa contemplado en el artículo 1 de las Condiciones Particulares.

Las mismas reglas se aplicarán en el caso de que la Comunidad Europea financie con otras fuentes financieras.

En tales casos de co-financiación , la participación de tercios (sic) países en las licitaciones, contratos públicos y contratos, puede autorizarse únicamente después de un examen, caso por caso, en el seno de la Comisión.¿

De la norma reproducida se colige claramente que en el caso que nos ocupa, impera en primer término la Teoría de la Voluntad de las partes; dicho de otra manera, en materia de Contratación Pública, primero se atenderá a las normas pactadas en el Convenio o Tratado Internacional por la partes y, en segunda instancia, por cualquier razón, aplicaremos las normas del derecho positivo.

Lo anteriormente expuesto tiene su fundamento legal, en el artículo 192 de la Ley N°.98 de 21 de diciembre de 1998, por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal de 1999, que es del siguiente tenor:

¿Artículo 192. 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.¿

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 se regirán por las normas de la Contratación Pública del país Beneficiario; en tal caso, aplicaremos las estipulaciones contenidas en la Ley N°.56 de 1995. Veamos:

Ley N°.56 de 1995, por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras medidas.

El artículo 1 de la Ley 56 de 1995 determina su ámbito de aplicación, así:

¿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 al Convenio Internacional de Financiación suscrito entre la República de Panamá y la Comunidad Europea, en caso que fuese necesario.

a.- De conformidad con lo establecido en el artículo 195, numeral 3 de la Constitución Política de la República de Panamá, el Consejo de Gabinete tiene entre sus funciones: ¿Acordar la celebración de contratos...¿; lo cual se deduce que para la celebración de un Convenio Internacional o de Préstamo, es menester que el mismo se someta a la consideración de dicho organismo estatal.

Es indudable pues, que el presente Convenio Internacional de Financiación, contó con la autorización del Consejo de Gabinete, organismo éste que se encuentra

investido Constitucionalmente de plena autoridad para acordar la celebración de los mismos, tal como estatuye el artículo 195 de nuestra Carta Fundamental.

b.- Así mismo, el citado Convenio debe contar con el REFRENDO del señor Contralor de la República.

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 de obligatorio cumplimiento.

Nuestras Conclusiones:

1.- 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).

No obstante, 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 esta una dependencia facilitadora, dentro del entorno gubernamental.

La visión amplia, armónica, ágil y expedita con que debe funcionar la Contraloría General de la República, a la hora de fiscalizar, controlar o refrendar actos de manejo de fondos públicos, no debe entorpecer la labor de ninguna de las instituciones que, por disposición Constitucional y Legal, está llamada a juzgar.

2.- 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 No Reembolsable, 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.

3.- En materia de Contratación Pública, Procedimientos de Contratación, Participación en Licitaciones, o Publicación de Licitaciones o cualquier otro acto dentro de este género, regirá en primer lugar, la voluntad de las partes previamente establecida en el Convenio o Contrato propiamente dicho, de lo contrario aplicaremos las normas de nuestra legislación vigente, concernientes a la Contratación Pública.

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

De usted, con toda consideración y aprecio.

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMde F/14/cch