

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso Administrativo
de Viabilidad Jurídica.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

Vista Número 1766

Panamá, 13 de diciembre de 2021

El Licenciado Irving Javier Álvarez, actuando en representación de la **Contraloría General de la República**, solicita que la Sala Tercera se pronuncie sobre la viabilidad jurídica de refrendo del Contrato No. 11-2018-S, para el servicio de producción, creatividad y servicios de cuñas, pautas para radio, televisión, redes sociales y noticias para todo el público, suscrito entre el **Instituto Panameño de Deportes** y la empresa **Impakt Events & More, S.A.**

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, en concordancia con el artículo 77 de la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso contencioso administrativo de viabilidad jurídica de refrendo descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

Al revisar las constancias procesales, se aprecia que el **Instituto Panameño de Deportes (Pandeportes)** y la empresa **Impakt Events & More, S.A.**, suscribieron el Contrato N°11-2018-S, para el suministro de cuñas publicitarias en los medios de comunicación nacional durante el mes de diciembre, por el valor total de ciento veinte mil balboas (B/.120,000.00), cantidad que fue asignada a la partida presupuestaria N°1.35.0.1.071.01.00.194 correspondiente al presupuesto general del Estado aprobado para la vigencia fiscal del año 2019. El término de duración de dicho contrato fue de un (1) mes, comprendido desde el seis (6) de diciembre del año 2017, al seis (6) de enero del año 2018 (Cfr. fojas 23-25 del expediente administrativo foliado).

En ese mismo sentido, este Despacho observa que mediante Resolución No. DIPEC 246 de catorce (14) de noviembre de 2018 emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, se

aprobó la contratación a la que hicimos referencia en el párrafo anterior, según el procedimiento excepcional determinado en el artículo 73 (numeral 1), hoy 79 (numeral 1) del nuevo Texto Único de Ley 22 de 27 de junio de 2006 publicado en Gaceta Oficial 29107-A de 7 de septiembre de 2020, que procede cuando ocurran situaciones que pongan en riesgo la satisfacción de los requerimientos e intereses del Estado, señalando en su parte motiva, que el **Instituto Panameño de Deportes** presentó la Nota No.1577-D.G.2017 del 30 de octubre de 2017, en la que constaba la autorización de la Secretaría de Comunicación del Estado para el servicio de publicidad objeto de la contratación (Cfr. foja 22 y su reverso, del expediente administrativo foliado).

Asimismo, constan las comunicaciones del Director General de la entidad contratante dirigidas al Señor Contralor de la República, con la finalidad de obtener el refrendo del Contrato N°11-2018-S, siendo la primera ellas, la Nota N°1713-2018 D.G. de 14 de noviembre de 2018 con la que envían el contrato, y posteriormente, la Nota N°411-2019 D.G. de 28 de marzo de 2019 para remitir la subsanaciones solicitadas (Cfr. fojas 13 y 18 del expediente judicial).

Al respecto, la **Contraloría General de la República**, a través de la Nota.2192-19 DFG, de 3 de mayo de 2019, devuelve el contrato en referencia con sustento en el artículo 87, hoy artículo 93 del nuevo Texto Único de la Ley 22 de 26 de junio de 2006, de contratación pública, advirtiendo que no procede el refrendo solicitado debido a que el servicio contratado fue recibido de manera previa al perfeccionamiento de lo pactado (Cfr. foja 41 del expediente administrativo foliado).

A pesar de ello, el **Instituto Panameño de Deportes** emite la Nota N°520-2019 D.G. de 15 de mayo de 2019, con el fin de remitir el expediente administrativo y sustentar los trámites previos a la celebración del contrato; sin embargo, la **Contraloría General de la República**, por medio de la Nota N°2802-19 DFG de 31 de mayo de 2019, reitera la negación para el refrendo del Contrato No.11-2018-S a favor de la empresa Impakt Events & More, S.A. (Cfr. foja 21 del expediente judicial y la foja 43 del expediente administrativo foliado).

Manteniéndose el mismo escenario de negación, mediante la Nota DG-736-20 de 18 de septiembre de 2020, emitida por la entidad contratante, se solicita nuevamente el refrendo del contrato objeto de análisis, señalando que se había recibido de manera satisfactoria la publicidad

pautada y se debía honrar el compromiso adquirido con la empresa publicitaria (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

II. Razones jurídicas en las que se fundamenta la Contraloría General de la República para no proceder con el refrendo.

La Contraloría General de la República argumenta, entre otros aspectos, que la devolución del contrato sin el refrendo solicitado obedeció a que al momento de solicitar que se subsanara la cláusula cuarta del contrato, que guarda relación a la partida presupuestaria, la entidad no asimila la observación y por el contrario, sustenta que la contratación se había realizado según el procedimiento excepcional contemplado en la ley de contrataciones públicas, vulnerando así el contenido de la Circular 19-15-DC-DFG de 24 de febrero de 2015, emitida por la entidad veladora del gasto público, la cual prohíbe la recepción de bienes, obras y servicios con antelación al perfeccionamiento del contrato (Cfr. fojas 3 y 4 del expediente judicial).

Agrega además, que el contrato celebrado entre el **Instituto Panameño de Deportes** y la sociedad Imparkt Events & More, S.A., viola lo dispuesto en el artículo 87, hoy 93, del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que trata sobre la prohibición de recibir un bien o servicio antes de contar con el respectivo refrendo de la Contraloría General de la República, y de esta manera, reitera que lo que en realidad busca la entidad contratante es una autorización posterior por un servicio que ya ha recibido sin que se haya dado cumplimiento a las normas relativas al caso (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

III. Posición del Instituto Panameño de Deporte (Pandeportes).

Por su parte, la entidad contratante, ha sustentado su posición mediante una contestación de demanda, argumentando que la contratación objeto de estudio, se sustenta en el artículo 73 (numeral 1), hoy 79 (numeral 1) del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que establece el procedimiento excepcional de contrataciones en los casos de adquisición o arrendamiento, de bienes o servicios, en los que no haya más de un oferente, siendo éste aprobado por la Dirección General de Contrataciones Públicas mediante la Resolución N°DIPEC-246 de catorce (14) de noviembre de 2018 (Cfr. foja 25 y 27 del expediente judicial).

En ese contexto, sostiene que en el expediente contentivo del Contrato N°11-2018-S por el monto de ciento veinte mil balboas (B/.120,000.00), no se observaba ninguna evidencia de la insistencia advertida por la entidad fiscalizadora del gasto público, haciendo con ello referencia a dos pronunciamientos de la Sala Tercera, con relación al requisito de admisibilidad para los procesos administrativos de viabilidad jurídica (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

IV. Posición de la empresa Imparkt Eventos & More, S.A. como tercero interesado.

La empresa contratada, interviene en el proceso como tercero interesado, haciendo valer su posición dentro del negocio que nos ocupa, argumentando medularmente que el servicio contratado se requería para las fechas navideñas; sin embargo en aquel momento no contaban con la documentación completa para tramitar la contratación, de manera que procedieron siguiendo las indicaciones del **Instituto Panameño de Deportes**, de buena fe y confiando en las actuaciones de ésta, prestando los servicios requeridos con la convicción que recibirían el pago respectivo (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

Agrega de igual forma, que los trabajos anticipados se sustentaron en el procedimiento excepcional, debido a que el valor del contrato no excede de la suma de trescientos mil balboas (B/.300.000.00), contando así con la debida aprobación de la Dirección General de Contrataciones Públicas, de manera que a su forma de ver, siguieron el procedimiento correspondiente y cumplieron a cabalidad con el servicio prestado (Cfr. fojas 43 y 44 del expediente judicial).

V. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Previo a nuestro análisis de legalidad, debemos señalar que la viabilidad jurídica consiste en una acción o recurso privativo de la Contraloría de la República, que se ejerce para evitar refrendar un acto administrativo, si considera que se ha emitido en presunta violación del orden jurídico vigente y aplicable al caso sometido a su revisión, específicamente en aquellos casos en los que la entidad contratante insista en el referido refrendo. La competencia para analizar este tipo de consulta, recae sobre la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley No. 32 de 1984.

Luego entonces, de ser conocidos los argumentos en los cuales se sustenta la presente acción, así como las consideraciones externadas por cada una de las partes, debemos indicar que este Despacho comparte el criterio de la **Contraloría General de la República**, por razón del control previo que ésta ejerce, el cual tiene rango constitucional y legal, tal como se dispone en el artículo 280 (numeral 2) de la Constitución Política y el artículo 11 (numeral 2) de la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, que puntualizan:

Constitución Política:

“**Artículo 280.** Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que le señale la Ley, las siguientes:

...

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

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que sólo ejercerá este último...”

Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984:

“**Artículo 11.** Para el cumplimiento de su misión, la Contraloría General de la República ejercerá las siguientes atribuciones:

...

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.”

Según puede advertirse, las disposiciones citadas facultan a la Contraloría General de la República para ejercer, entre otros, el control previo de los actos de manejo de fondos y bienes públicos, a fin que los mismos, se utilicen con corrección y según lo establecido en las normas que resulten aplicables dentro de la respectiva relación jurídica.

En ese sentido, el contenido del artículo 93 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, publicado en Gaceta Oficial 29107-A de 7 de septiembre de 2020, es claro al establecer que los contratos se entenderán perfeccionados al momento de ser refrendados por la Contraloría General de la República. Veamos:

“**Artículo 93. Facultad de Contratación.** La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad

contratante correspondiente a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. **Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República**, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista. Se exceptúan los convenios marco, los cuales se perfeccionarán una vez sean suscritos por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Todos los contratos, independientemente de su cuantía, de deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”. (Lo resaltado es nuestro).

Al analizar el artículo que antecede, se observa que la Ley de Contrataciones Públicas no deja lugar a dudas o interpretaciones en cuanto a la obligatoriedad del refrendo por parte de la Contraloría General de la República, para que un contrato con alguna entidad estatal se entienda perfeccionado. Sin embargo, de las constancias procesales que reposan en autos, esta Procuraduría se corresponde advertir que la entidad contratante ya estaba recibiendo el servicio al momento de solicitar el refrendo para el contrato objeto de esta causa, incluso, lo recibía de manera previa a la autorización por parte de Dirección General de Contrataciones Públicas.

Lo anterior se desprende, precisamente, de las constancias que nos permiten observar que la fecha de celebración del contrato objeto de análisis, es previa a la aprobación de la Dirección General de Contrataciones Públicas, pues resulta evidente que el plazo estipulado para recibir el servicio contratado, comprendía el periodo de un mes computado desde el seis (6) de diciembre de 2017 hasta el seis de (6) de enero de 2018, y lo cierto es que, aunque hubiera una nota de la Secretaría de Comunicación del Estado autorizando la contratación emitida en el año 2017, no fue hasta noviembre de 2018, que la entidad competente aprobó el procedimiento excepcional de contratación.

En este sentido, las normas contenidas tanto en la ley especial de contrataciones públicas y la ley orgánica de la **Contraloría General de la República**, establecen sin lugar a dudas, que todo contrato celebrando con una entidad pública requiera para su perfeccionamiento el debido refrendo de la entidad responsable de fiscalizar el gasto que asuma el Estado, situación que no ocurre en el caso que nos ocupa, pues se ha logrado comprobar que el servicio se recibió sin haber culminado el

trámite correspondiente de la contratación, indistintamente, según el tipo de modalidad que se utilizara, ya que ni siquiera los procedimientos especiales, se encuentran excluidos del refrendo.

De esta manera, esta Procuraduría es del criterio que no le asiste la razón a la entidad que pretende el refrendo del contrato por insistencia, pues tal como hemos señalado en líneas anteriores, la secuencia cronológica de los hechos nos permiten concluir que la empresa contratista prestó un servicio bajo un contrato con vigencia posterior para recibir el pago, circunstancia que imposibilita el refrendo de la Contraloría General de la República para perfeccionar la contratación, pues en efecto, primero debe garantizarse el trámite respectivo para garantizar que el Estado podrá honrar el compromiso adquirido y no adelantarse a cumplir lo pactado en un contrato sin validez.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado en situaciones similares a la que nos ocupa, de las cuales nos permitimos citar la parte medular de la Sentencia de veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020). Veamos:

“...ningún acto público surge a la vida jurídica si éste no ha sido perfeccionado mediante el refrendo de la Contraloría General de la República; por ende, en estricto apego a la ley, la Sala coincide con los planteamientos esbozados por el apoderado judicial del accionante, cuando señala que la **Contraloría General de la República no puede acceder al pago de ninguna cuenta si el acto contractual sometido a refrendo no cumple con las disposiciones legales que rigen a las contrataciones públicas**, pues, es evidente que la Autoridad Nacional de Administración de Tierras **recibió el objeto del contrato**, que en ese caso era el arrendamiento de una bodega para el depósito de bienes muebles de su propiedad, **antes que culminara el procedimiento excepcional de contratación directa**.

...

Para concluir, la Sala se ve precisada a indicar que de acceder a la **viabilidad jurídica del Contrato** de Servicio de Custodia y Almacenamiento ..., a favor de la empresa Smart Storage, S.A. **traería como consecuencia no solo que desconozcamos todas las disposiciones que en materia de contratación pública son aplicables en este caso, sino que incentivaríamos a que las instituciones incurrieran en ese tipo de malas prácticas** que lesionan el ordenamiento jurídico patrio y la seguridad jurídica de los administrados, aparte de que sería ir en contra del principio de transparencia y el orden requerido en la formalización y perfeccionamiento que en este tipo de contrataciones debe predominar, lo cual obliga a la Sala a señalar que el referido contrato de servicios no debe ser refrendado por la Contraloría General de la República.” (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

El extracto jurisprudencia antes citado viene a reafirmar el hecho que la Contraloría General de la República es la encargada de orientar a los distintos entes que componen el engranaje gubernamental, sobre la correcta aplicación de las normas administrativas que involucran la disposición de bienes y fondos públicos, a fin que los actos se realicen con corrección y de acuerdo al procedimiento previamente establecido en la ley,

En consecuencia, esta Procuraduría solicita respetuosamente a la Sala Tercera se sirva declarar que **NO ES JURÍDICAMENTE VIABLE** el refrendo del Contrato No. 11-2018-S para el servicio de producción, creatividad y servicios de cuñas, pautas de radio, televisión, redes sociales y noticias para todo público, suscrito entre el **Instituto Panameño de Deportes (Pandeportes)** y la empresa **Imparkt Events & More, S.A.**

Del Honorable Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General

Expediente 44802021